

*Magdalena Proczek**
*Rudolf Michałkiewicz***

Pozycja dominująca w UE a jej nadużywanie ze szczególnym uwzględnieniem spółek prawa brytyjskiego

Wprowadzenie

Regulacje prawne dotyczące kwestii ochrony konkurencji stanowią nieodłączną część problemów gospodarczych i powinny służyć przede wszystkim umożliwieniu prawidłowego funkcjonowania i rozwoju przedsiębiorstw, co z kolei przekłada się na zwiększenie zadowolenia konsumentów i poprawę wskaźników zarówno mikro-, jak i makroekonomicznych państw. Warto dodatkowo podkreślić, że wprowadzanie jakichkolwiek regulacji prawnych w zakresie prawa konkurencji powinno z założenia wzmacniać ochronę konkurencji oraz rozwój przedsiębiorczości na każdym poziomie gospodarczym.

Ze względu na swobodę konkurencji i przedsiębiorczości w UE niezwykle ważnym problemem jest określenie pozycji dominującej w UE, ale także jej nadużywania. Tematyka ta nie jest zbyt częstym problemem rozważań naukowych w Polsce, jak i za granicą. Badania nad pozycją dominującą prowadzili głównie w ramach analizy prawa konkurencji UE m.in.: J. Barcz, K. Kohutek, M. Sieradzka, M. Szydło, K. Kulesza, Z. Ślusarczyk, J.T. Lang, V. Korah, C. Stothers, C. Baden-Fuller, A. Jones, B. Sufrin, D.J. Gerber, R. Whish, D. Bailey. Studia podjęte w niniejszej pracy wymagały ujęcia tej problematyki zarówno z perspektywy ekonomicznej, jak i prawniczej. Zestawienie tych dwóch zagadnień zostało dokonane na podstawie bezpośredniej analizy przepisów Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE) oraz pozostałych aktów prawnych związanych z tematyką pracy, jak i literatury przedmiotu oraz orzecznictwa Unii Europejskiej.

* Prof. dr hab. **Magdalena Proczek** – Katedra Unii Europejskiej im. Jeana Monneta, Kolegium Ekonomiczno-Społeczne, Szkoła Główna Handlowa w Warszawie, e-mail: mprocz@sgh.waw.pl.

** **Rudolf Michałkiewicz** – Ernst & Young.

Niniejsza praca ma na celu wyjaśnienie istoty oraz zależności między pozycją dominującą w UE a jej nadużywaniem oraz przedstawienie praktyk nadużywających pozycji dominującej w UE na przykładzie spółek prawa brytyjskiego. Wyboru analizy empirycznej dokonano z powodu rozpoczęcia procedury Brexitu w UE oraz ze względu na to, że wiele z wyroków dotyczących przedsiębiorców brytyjskich stanowiło przełom w dotychczasowym ustawodawstwie UE. Postawiony w pracy cel wymagał także zdefiniowania dwóch pojęć ściśle związanych z badaną problematyką, tzn. przedsiębiorcy jako strony unijnego postępowania antymonopolowego oraz rynku właściwego, czego również podjęto się w opracowaniu.

Istota pozycji dominującej w UE

Mając na uwadze zachodzące na całym świecie procesy globalizacyjne oraz stale rosnącą liczbę przedsiębiorstw, które dokonują ekspansji poza terytoria państw swoich siedzib, jak również obowiązującą w UE zasadę swobody przedsiębiorczości, Unia Europejska szybko dostrzegła potrzebę uregulowania kwestii związanych z ochroną konkurencji, a w związku z tym również określenia pozycji dominującej przedsiębiorcy na rynku UE.

Jednak jak do tej pory żaden z traktatów UE nie zdefiniował, czym jest „pozycja dominująca”. Europejski Trybunał Sprawiedliwości określił pozycję dominującą jako silną pozycję ekonomiczną, która umożliwia przedsiębiorstwu realizację własnej, niezależnej strategii w stosunku do partnerów rynkowych. Posiadanie pozycji dominującej przez przedsiębiorstwo daje mu zatem ten komfort, że nie musi poddawać się ono presji konkurencji. Dzięki temu może swobodnie ustalać własną strategię¹. Z kolei zgodnie z wypracowanym poglądem nauki prawa konkurencji UE, pozycja dominująca przedsiębiorstwa jest to „pozycja ekonomicznej (rynkowej) siły przedsiębiorstwa, która umożliwia mu zapobieganie skutecznej konkurencji na rynku właściwym², przez możliwość przejawiania zachowań w znacznym stopniu niezależnych od innych konkurentów, klientów, a w końcu także od konsumentów”³. Co warte podkreślenia, unijne regulacje w zakresie ochrony konkurencji nie zakazują przedsiębiorcom posiadania na wskazanych rynkach pozycji dominującej. Zgodnie z wy-

¹ Zakaz nadużywania pozycji dominującej na rynku unijnym, https://lexplay.pl/artukul/Prawo-Europejskie/zakaz_naduzywania_pozycji_dominujacej_na_ryнку_unijnym (dostęp 15.12.2017).

² Niezbędnym elementem przy określaniu pozycji dominującej jest określenie rynku właściwego, o czym będzie mowa w dalszej części opracowania.

³ M. Szydło, *Nadużywanie pozycji dominującej w prawie konkurencji*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2010, s. 82–83; D. Bailey, R. Whish, *Competition Law. Eight edition*, Oxford University Press, Oxford 2015, s. 190.

pracowanym stanowiskiem Komisji Europejskiej⁴ prawo UE nie zabrania żadnemu przedsiębiorcy posiadania pozycji dominującej, o ile pozycja ta nie jest utrzymywana dzięki niezgodnemu z prawem konkurencji działaniu. Pokreślenia wymaga jednak fakt, że szczególną rolę przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą jest stanie na straży, aby żaden inny przedsiębiorca lub inny uczestnik rynku, ze względu na działania dominującego przedsiębiorcy, nie mógł ponieść szkody w związku z ograniczeniem konkurencji na danym rynku.

Samo posiadanie pozycji dominującej w UE nie jest zatem zabronione, niedopuszczalne jest dopiero jej nadużywanie. Artykuł 102 TFUE określa praktyki, które ustawodawstwo Unii uznaje za nadużywające pozycji dominującej. Według powyższego artykułu, „niezgodne z rynkiem wewnętrznym i zakazane jest nadużywanie przez jedno lub większą liczbę przedsiębiorstw pozycji dominującej na rynku wewnętrznym lub na znacznej jego części, w zakresie, w jakim może wpływać na handel między państwami członkowskimi”.

Wskazany powyżej artykuł zakazuje wyraźnie nadużywania pozycji dominującej oraz zawiera również katalog przykładowych zachowań, które mogą świadczyć o tym, że przedsiębiorca nadużywa pozycji dominującej. Zachowania te polegają w szczególności na:

- „narzucaniu w sposób bezpośredni lub pośredni niesłusznym cen zakupu lub sprzedaży albo innych niesłusznym warunków transakcji;
- ograniczaniu produkcji lub rozwoju technicznego ze szkodą dla konsumentów;
- stosowaniu wobec partnerów handlowych nierównych warunków do świadczeń równoważnych i stwarzaniu im przez to niekorzystnych warunków konkurencji;
- uzależnianiu zawarcia kontraktów od przyjęcia przez partnerów zobowiązań dodatkowych, które ze względu na swój charakter lub zwyczajnie handlowe nie mają związku z przedmiotem tych kontraktów”.

Wskazany powyżej katalog zachowań nie jest wystarczający, by jasno określić, którzy przedsiębiorcy dopuszczają się antykonkurencyjnych zachowań związanych z nadużywaniem pozycji dominującej przez oddziaływanie na rynek UE. Dlatego Komisja Europejska przewidziała również

⁴ Komunikat Komisji z dnia 24 lutego 2009 r. w sprawie priorytetów, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. 82 Traktatu WE w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyk wyłączających, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące, Dz. Urz. UE C 45/7 z 2009 r.

inną metodę weryfikacji, czy dany przedsiębiorca posiada na rynku unijnym pozycję dominującą. Metoda ta przewiduje zdolność przedsiębiorstwa do trwającego przez pewien okres (względnie stały) zwiększania cen sprzedawanych dóbr, podczas gdy pozostali przedsiębiorcy takiej zdolności nie posiadają. Co istotne, owe zwiększanie cen oznacza, że ustalone ceny znajdują się powyżej cen ustalonych przez konkurencję. Komisja zaznacza, że wspomnianą zdolność do podnoszenia cen przez przedsiębiorcę należy pojmować szeroko, czyli oprócz samych cen, także zdolność przedsiębiorcy do oddziaływania na rozmaite kryteria związane z konkurencją, takie jak wielkość produkcji lub wybór oferowanych dóbr. Komisja Europejska podkreśla, że aby móc na tej podstawie stwierdzić, że przedsiębiorca nadużywa pozycji dominującej, należy wykazać, że przedsiębiorca odnosi korzyści z tytułu stosowania szeroko rozumianego podwyższania cen, podczas gdy odbywa się to kosztem pozostałych uczestników rynku⁵.

Na podstawie postanowień Unii Europejskiej dotyczących nadużywania pozycji dominującej można zauważyć, że owa pozycja dominująca może być nadużywana nie tylko przez jednego przedsiębiorcę, ale także przez kilku przedsiębiorców łącznie⁶ – tzw. wspólna pozycja dominująca. Pierwotnie za przedsiębiorców nadużywających łącznie pozycji dominującej Komisja uznawała tylko takich przedsiębiorców, którzy podejmowali swoje działania wyłącznie w ramach pojedynczej grupy kapitałowej. Według Komisji Europejskiej, przedsiębiorstwa w ramach jednej grupy kapitałowej tworzyły „wspólną jednostkę ekonomiczną”⁷ (ang. *single economic unit*). Następnie pojmowanie łącznej pozycji dominującej skoncentrowane zostało wokół obserwacji, czy między współpracującymi przedsiębiorcami dochodziło do swoistego ekonomicznego powiązania (ang. *economic links*). Końcowo porzucono koncepcję powiązania kapitałowego na rzecz łącznej, kolektywnej pozycji dominującej przedsiębiorstw, które w swym działaniu tworzą na rynku sytuację zbliżoną do oligopolu. Kolektywna pozycja dominująca występuje, gdy spełnione są trzy warunki. Przedsiębiorcy w ramach łącznej pozycji dominującej podejmują takie same decyzje (działania), jakie podejmują pozostali członkowie oligopolu. Zachowania te trwają przez jakiś stały okres oraz występuje brak możliwości wpływu na przedsiębiorców z łączną pozycją dominującą przez pozostałych – poszkodowanych – uczestników takiego oligopolistycznego rynku⁸.

⁵ Ibidem.

⁶ Art. 102 TFUE, Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, Dz. Urz. UE C 326 z 2012 r.

⁷ M. Szydło, op.cit., s. 99–100.

⁸ Ibidem.

Dla indywidualnej pozycji dominującej innym sposobem weryfikacji posiadania bądź nie przez przedsiębiorcę operującego na rynku unijnym pozycji dominującej, niż kryteria jakościowe, jest zmierzenie jego udziału rynkowego na danym rynku (tzw. kryterium ilościowe). Ustawodawstwo Unii Europejskiej ustaliło próg 40% udziału w danym rynku, ażeby móc stwierdzić, że dany przedsiębiorca posiada pozycję dominującą. Komisja Europejska wypracowała stanowisko, zgodnie z którym posiadanie udziału w danym rynku wynoszące mniej niż 40% najczęściej świadczy o tym, że dany przedsiębiorca nie posiada pozycji dominującej, a szanse na to, że mimo mniejszego udziału wskazany przedsiębiorca będzie na danym rynku dominował, są bardzo małe⁹.

W trakcie badania siły rynkowej danego przedsiębiorcy na rynku należy przeanalizować również kwestie związane z presją konkurencyjną. Może się ona objawiać w bieżącej relacji udziału w rynku wskazanego przedsiębiorstwa dominującego oraz jego konkurentów. Komisja Europejska podkreśla, że presja konkurencyjna może być związana także z zagrożeniem związanym z możliwością późniejszej ekspansji obecnych konkurentów. Zagrożenie to może być także związane z potencjalną ekspansją dotychczas nieznanymi konkurentów – w sytuacji ich wejścia na wskazany rynek.

Jednocześnie należy podkreślić, że kontrahenci (konsumenty) wspomnianych wyżej przedsiębiorców są także zdolni prawie w takim samym stopniu, jak konkurenci, wywierać stosowną presję konkurencyjną na dominującego przedsiębiorcę. Umożliwia to tzw. wyrównawcza siła nabywcza. Nie każdy konsument jest jednak w stanie taką presję wywierać. Uzależnione jest to od wielkości kontrahentów (konsumentów), którzy dokonują określonych operacji z dominującym przedsiębiorcą, a także od ich możliwości zmiany dotychczasowego dostawcy na obecnych konkurentów dominującego przedsiębiorcy lub wchodzących na ten rynek nowych uczestników¹⁰.

Jeżeli przedstawiona powyżej presja konkurencyjna nie będzie występowała, będzie można stwierdzić, że dany przedsiębiorca ma na nim pozycję dominującą. Jeżeli dodatkowo wskazany przedsiębiorca będzie jej nadużywał, stwarzając tym samym warunki ograniczające konkurencję na danym rynku, to według dorobku ustawowego i orzeczniczego Unii Europejskiej jest przedsiębiorcą zajmującym oraz nadużywającym pozycję dominującą na wskazanym rynku, określoną w art. 102 TFUE, a podejmowane przez niego na danym rynku operacje są niezależne względem konkurentów i powodują ograniczenie rozwoju konkurencji¹¹.

⁹ Pkt 14, *Komunikat Komisji z dnia 24 lutego 2009 r...*, op.cit.

¹⁰ Ibidem.

¹¹ M. Szydło, op.cit., s. 91.

Należy jednocześnie podkreślić, że adresatem zakazu nadużywania pozycji dominującej jest wyłącznie określony rodzaj przedsiębiorców – przedsiębiorcy posiadający pozycję dominującą na rynku UE – stanowiącą szczególną kategorię prawną, odpowiadającą ekonomicznej kategorii władzy rynkowej (*market power*) czy znaczącej siły rynkowej¹². Przedsiębiorcy ci nie mogą zatem pod żadnym pozorem wykorzystywać swojej pozycji do niezgodnych z prawem działań, które skutkowałyby utrudnieniem ich dostawcom lub klientom współpracy z ich konkurentami. „Komisja Europejska może (i rzeczywiście korzysta z tego prawa) nakładać na te przedsiębiorstwa grzywny za tego rodzaju praktyki. Prowadzone przez Komisję Europejską dochodzenia w sprawie praktyk antykonkurencyjnych dotyczą nie tylko towarów. Obejmują również usługi świadczone przez przedstawicieli wolnych zawodów (lekarzy, prawników itp.) oraz usługi finansowe, m.in. w sektorach bankowości detalicznej i kart kredytowych”¹³.

Przedsiębiorca jako strona unijnego postępowania antymonopolowego

Mimo tego, że w zapisach traktatowych pojęcie przedsiębiorcy pojawia się bardzo często, to nie zostało ono nigdzie zdefiniowane (podobnie jest w polskich przepisach dotyczących ochrony konkurencji, gdzie termin przedsiębiorca nie ma swojej definicji). Z pomocą jednak w tym zakresie przychodzi doktryna oraz orzecznictwo Unii Europejskiej, które wypracowało własną definicję przedsiębiorcy na potrzeby omawianych przepisów.

Doktryna podkreśla, że mimo braku traktatowej definicji przedsiębiorcy istotny jest fakt, że wypracowana przez naukę prawa UE oraz przez orzecznictwo europejskie praktyka musi być w sposób jednolity stosowana we wszystkich państwach członkowskich. Jest to ważne o tyle, że w przeciwnym przypadku byłyby możliwe sytuacje, w których ze względu na różne struktury organizacyjne działających podmiotów niektóre z nich mogłyby być wyłączone spod regulacji dotyczących prawa konkurencji. Dlatego mimo rozbieżności w definiowaniu pojęcia przedsiębiorcy na potrzeby krajowego ustawodawstwa wszystkie państwa członkowskie są zobowiązane do stosowania wypracowanego przez doktrynę i orzecznictwo jednolitego pojęcia przedsiębiorcy¹⁴.

¹² K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2008, s. 206.

¹³ *Europa – Działalność Unii Europejskiej – Konkurencja*, https://europa.eu/europe-an-union/topics/competition_pl (dostęp 11.12.2017).

¹⁴ M. Szydło, *Swobody rynku wewnętrznego a reguły konkurencji. Między konwergencją a dywergencją*, Dom Organizatora, Toruń 2006, s. 294–295.

Zgodnie z wypracowaną definicją przedsiębiorca w rozumieniu przepisów unijnego prawa ochrony konkurencji to „każda jednostka prowadząca działalność gospodarczą niezależnie od formy prawnej i sposobu finansowania”¹⁵. Ta niewątpliwie szeroka definicja jest jednakże niezbędna ze względu na cel stanowionych przepisów, które mają za zadanie umożliwić ochronę konkurencji. Tak szeroko zdefiniowane pojęcie przedsiębiorcy ma pozwolić na osiągnięcie celu, jakim jest ochrona konkurencji, a nie określać, jakie formy organizacyjno-prawne pozwolą danemu przedsiębiorcy uniknąć jurysdykcji unijnych przepisów dotyczących konkurencji.

Jak zostało już zaznaczone wyżej, bez znaczenia pozostaje forma, w jakiej dany przedsiębiorca podejmuje i wykonuje działalność gospodarczą, a także to, czy podlega on prawu prywatnoprawnemu czy publicznoprawnemu¹⁶. Istotne jest jedynie czysto ekonomiczne kryterium, jakim jest wykonywanie rzeczywistej działalności gospodarczej. Dlatego za przedsiębiorcę w rozumieniu art. 101 oraz 102 TFUE może być uznana zarówno spółka prawa handlowego, jak i przedsiębiorca prowadzący jednoosobową działalność gospodarczą (uwzględniając również osoby fizyczne wykonujące wolne zawody), a także jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej. W tym ostatnim przypadku za przykład mogą posłużyć spółki osobowe, którym w wielu ustawodawstwach państw członkowskich, w tym i polskim, nie jest przyznawana osobowość prawna¹⁷.

Mimo tego, że do uzyskania statusu przedsiębiorcy na potrzeby unijnych przepisów ochrony konkurencji nie jest wymagana prawna odrębna podmiotowość, to jest już wymagana samodzielność ekonomiczna, pozwalająca danemu podmiotowi na swobodne decydowanie w zakresie podejmowania oraz wykonywania działalności gospodarczej, a także o zakresie czy sposobie jej prowadzenia¹⁸. Jako przykłady podmiotów nieposiadających takiej samodzielności w pierwszej kolejności są wymieniani pracownicy, którzy podlegają kierownictwu innego podmiotu, jakim jest ich pracodawca. Pozostając częścią innego przedsiębiorstwa i wykonując pracę wyłączając na jego rzecz, pracownicy nie mogą zostać uznani na gruncie unijnych przepisów za oddzielnych przedsiębiorców¹⁹.

Kolejną grupą podmiotów wyłączoną spod definicji przedsiębiorcy są agenci *sensu stricte*, czyli tacy, którzy dokonują określonych transakcji

¹⁵ G. Materna, *Pojęcie przedsiębiorcy w polskim i europejskim prawie ochrony konkurencji*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2009, s. 115.

¹⁶ M. Szydło, *Swobody rynku...*, op.cit., s. 296.

¹⁷ G. Materna, op.cit., s. 117.

¹⁸ M. Szydło, *Swobody rynku...*, op.cit., s. 297–298.

¹⁹ G. Materna, op.cit., s. 116.

(najczęściej zakupu lub sprzedaży) w imieniu oraz na rzecz swoich zleceńodawców. Moment graniczny, w którym wspomniany agent będzie uznany za przedsiębiorcę, jest wyznaczany przez rodzaj ryzyka, które podejmuje w związku z wykonywanymi zleceniami. Jeśli określony agent bierze na siebie większe ryzyko w związku z wykonywanymi działaniami niż tzw. prawdziwy agent, istnieją podstawy, by uznać danego agenta za przedsiębiorcę²⁰.

Podobnie rzecz ma się w przypadku podmiotów zależnych należących do jednej grupy kapitałowej. Nierzadko w takich sytuacjach występuje brak samodzielności w podejmowaniu decyzji przez podmioty zależne, takie jak np. spółki córki wchodzące w skład podatkowych grup kapitałowych, których głównym udziałowcem, a zarazem podmiotem decydującym jest dominująca w grupie kapitałowej spółka. Jeżeli taka sytuacja ma miejsce, to nie można przypisać spółce zależnej przymiotu samodzielności ekonomicznej, niezbędnej do uznania wskazanego podmiotu za przedsiębiorcę w rozumieniu unijnych przepisów ochrony konkurencji. W takim przypadku za przedsiębiorcę zostanie uznana albo cała grupa kapitałowa, albo podmiot dominujący²¹.

Gdy analizuje się pojęcie przedsiębiorcy, należy jeszcze odnieść się do terminu działalności gospodarczej (ekonomicznej), istoty jej wykonywania, która – podobnie jak pojęcie przedsiębiorcy – jest różnie określana w poszczególnych państwach członkowskich UE. Na potrzeby unijnych przepisów ochrony konkurencji przyjęto, że „przedsiębiorca jest zaangażowany w działalność ekonomiczną, jeżeli: oferuje na rynku towary lub usługi, ponosi ekonomiczne lub finansowe ryzyko z tym związane oraz ma potencjał do osiągnięcia zysku wynikającego ze swojej oferty”²².

Doktryna wskazuje jednakże, że wykonywana działalność gospodarcza nie musi być ukierunkowana na osiągnięcie zysku. Oznacza to, że może dojść do sytuacji, że tzw. organizacja *non profit* zostanie uznana za przedsiębiorcę na potrzeby unijnych przepisów o ochronie konkurencji. Taka sytuacja miała miejsce chociażby w 1995 r., kiedy Europejski Trybunał Sprawiedliwości orzekł, że mimo niezarobkowego charakteru działalności i realizacji celów społecznych podmiot mógł zostać uznany za przedsiębiorcę ze względu na zasady, którym wspomniana działalność podlegała i zgodnie z którymi była wykonywana²³.

²⁰ M. Szydło, *Swobody rynku...*, op.cit., s. 300.

²¹ Ibidem.

²² A. Brzezińska-Rawa, *Zakaz nadużycia pozycji dominującej we wspólnotowym i polskim prawie antymonopolowym*, Dom Organizatora, Toruń 2009, s. 38.

²³ Wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z 16 listopada 1995 r., sprawa C-244/94 przeciwko Federation Française des Sociétés d'Assurance.

Powyższe dowodzi temu, że przesłanka zarobkowości pozostaje bez znaczenia dla potrzeb określenia działalności gospodarczej dopóty, dopóki jest wykonywana w sposób standardowy dla pozostałych działalności tego rodzaju oraz racjonalnie pod względem ekonomicznym. Można zatem stwierdzić, że niezarobkowa działalność będzie uznana za działalność gospodarczą w świetle unijnych przepisów dotyczących konkurencji pod warunkiem, że będzie prowadzona w taki sam sposób i na takich samych zasadach, jak przez pozostałe prywatne podmioty, które są nastawione na działalność zarobkową²⁴.

Odmienne niż ma to miejsce w polskich przepisach dotyczących ochrony konkurencji, przy definiowaniu działalności gospodarczej w świetle unijnych przepisów nie jest niezbędny element ciągłości wykonywania działalności gospodarczej. Chodzi o względnie trwałe charakter prowadzonej działalności gospodarczej, a więc jest możliwa sytuacja, w której nawet przedsiębiorca, który przez bardzo krótki czas wykonuje działalność gospodarczą, zostanie uznany za podmiot wykonujący działalność gospodarczą dla potrzeb przepisów o ochronie konkurencji. Przez ciągłość rozumiane są powtarzające się działania wskazanego przedsiębiorcy, ale także jedynie jego chęć do wykonywania takich działań w dłuższej perspektywie²⁵.

Warto także nadmienić, że przedsiębiorstwa państwowe również mogą zostać uznane za przedsiębiorców na potrzeby unijnych przepisów dotyczących ochrony konkurencji. Jednakże rodzajem działalności, która nie będzie w świetle unijnego orzecznictwa uznana za podlegającą pod przepisy UE, będzie co do zasady działalność wykonywana w sferze władztwa państwowego (*ius imperii*) oraz tam, gdzie – przykładowo – są realizowane potrzeby społeczeństwa (np. w przypadku zadań własnych gmin)²⁶.

Jednocześnie jeszcze raz należy zaznaczyć, że nadużywanie pozycji dominującej w UE jest rozważane tylko wobec przedsiębiorców w rozumieniu prawa UE, którzy tę pozycję posiadają.

Pojęcie rynku właściwego w UE

Dla celów prawa ochrony konkurencji, w tym określenia pozycji dominującej w UE i jej nadużywania, konieczne jest określenie rynku właściwego²⁷, na którym operują przedsiębiorcy. Jako pierwszy z argumentów za

²⁴ M. Szydło, *Swobody rynku...*, op.cit., s. 309.

²⁵ Ibidem, s. 311.

²⁶ Ibidem, s. 317.

²⁷ I. Van Bael, *Competition Law of the European Community*, Kluwer Law International, Haga 2005, s. 118.

niezbędnością wyznaczenia rynku właściwego jest fakt, że przedsiębiorcy stosujący praktyki nadużywające pozycji dominującej podejmują swoje działania na konkretnych rynkach (rynkach właściwych), a nie na rynku w znaczeniu ogólnym. Skutki, które niesie za sobą stosowanie praktyk antymonopolowych, uwidaczniają się na konkretnych rynkach, na których wskazani przedsiębiorcy (jak zostało wyżej wskazane) działają. Określenie rynku właściwego jest także niezbędne ze względu na możliwość ustalenia siły rynkowej wskazanego przedsiębiorcy, co potencjalnie umożliwia przyznanie pozycji dominującej na danym rynku²⁸.

Z pomocą w określeniu rynku właściwego dla potrzeb stosowania unijnego prawa konkurencji przychodzi Komisja Europejska, która podkreśla, że „pojęcie rynku właściwego różni się od innych definicji rynku, często używanych w innym kontekście. Na przykład przedsiębiorstwa często używają pojęcia «rynek» do określenia obszaru, gdzie sprzedają swoje produkty lub określania branży lub sektora, do którego należą”²⁹.

Zgodnie z nomenklaturą przyjętą przez Komisję rynek właściwy można podzielić na dwie grupy – rynek asortymentowy oraz rynek geograficzny. Komisja podkreśla, że „właściwy rynek asortymentowy składa się ze wszystkich tych produktów i/lub usług, które uważane są za zamiennie lub za substytuty przez konsumenta, ze względu na właściwości produktów, ich ceny i ich zamierzone stosowanie”, natomiast rynek geograficzny jest definiowany w następujący sposób: „właściwy rynek geograficzny obejmuje obszar, na którym dane przedsiębiorstwa uczestniczą w podaży i popycie na produkty lub usługi, na którym warunki konkurencji są wystarczająco jednorodne, oraz który może zostać odróżniony od sąsiadujących obszarów ze względu na to, że warunki konkurencji na tym obszarze znacznie się różnią”³⁰.

W rzeczywistości Komisja Europejska, próbując określić właściwy rynek asortymentowy, poddaje analizie m.in.: „dowody substytucji w niedawnej przeszłości, poglądy klientów i konkurentów, upodobania konsumentów, bariery i koszty związane z przestawieniem popytu na potencjalne substytuty, zróżnicowanie klientów. Komisja stosuje też szereg testów ilościowych uwzględniających analizę statystyczną i ekonometryczną”³¹.

Z kolei podczas określania właściwego rynku geograficznego Komisja Europejska uwzględnia m.in.: „dowody z przeszłości, charakterystykę po-

²⁸ Ibidem.

²⁹ Obwieszczenie Komisji Europejskiej z dnia 9 grudnia 1997 r. w sprawie definicji rynku właściwego do celów wspólnotowego prawa konkurencji, Dz. Urz. UE C 372 z 1997 r., s. 5.

³⁰ Ibidem.

³¹ M.K. Kolasiński, *Zarys prawa antymonopolowego Unii Europejskiej na tle prawa Stanów Zjednoczonych i Polski*, Dom Organizatora, Toruń 2012, s. 125.

pytu, poglądy klientów i konkurentów, aktualną geograficzną strukturę zakupów, bariery i koszty związane ze skierowaniem zamówień do przedsiębiorstw zlokalizowanych na innym obszarze oraz struktury handlu i dostaw”³².

Od rynku właściwego należy z całą pewnością odróżnić pojęcie rynku wewnętrznego, na który składa się obszar UE, na którym zapewnione są traktatowe swobody³³. Gdy ma się to na uwadze, można postawić tezę, że rynek wewnętrzny to całokształt gospodarczy, zarówno pod względem ekonomicznym, jak i prawnym, który umożliwia funkcjonowanie poszczególnym podmiotom, podczas gdy rynek właściwy stanowi jedynie część rynku wewnętrznego i odnosi się do konkretnej sytuacji gospodarczej, jak i stanu prawnego, w którym dokonują operacji poszczególni przedsiębiorcy.

Komisja Europejska w swych wytycznych, przy określaniu rynku właściwego, poddaje analizie również okres trwania procesu związanego z integracją rynku wewnętrznego. W szczególności bada, czy środki zastosowane i implementowane w ramach rynku wewnętrznego będą pomocne w usuwaniu barier handlowych oraz umożliwiły dalszą integrację rynków państw członkowskich³⁴.

Warto podkreślić, że organy antymonopolowe UE nie byłyby w stanie właściwie ocenić, czy dany przedsiębiorca posiada pozycję dominującą, gdyby nie możliwość odniesienia jego pozycji względem innych podmiotów dokonujących operacji na wskazanym rynku właściwym. Dlatego na mocy art. 102 TFUE postępowanie antymonopolowe składa się z dwóch etapów. W pierwszym etapie organ antymonopolowy jest zobowiązany do wyznaczenia rynku właściwego, a dopiero w kolejnym kroku jest w stanie ocenić, czy dany podmiot stosujący praktyki, które mogą być potencjalnie uznane za nadużywające pozycji dominującej, ma na wskazanym rynku pozycję dominującą.

Rodzaje praktyk nadużywających pozycji dominującej w UE na przykładzie spółek prawa brytyjskiego

Jak zostało już wspomniane, art. 102 TFUE odnoszący się bezpośrednio do praktyk nadużywających pozycji dominującej wymienia przykładowy katalog zachowań przedsiębiorców posiadających pozycję dominującą, które mogą zostać uznane przez unijne organy antymonopolowe za ograniczające konkurencję. Przez użycie sformułowania w tym artykule

³² Ibidem.

³³ B. Kurcz, *Prawo i ekonomia konkurencji. Wybrane zagadnienia*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2010, s. 40.

³⁴ Ibidem.

„w szczególności” katalog ten pozostaje otwarty, a wymienione w nim działania stanowią wskazówkę dla organów antymonopolowych i przedsiębiorców dotyczącą możliwości uznania innych – niewymienionych wprost w artykule – praktyk za nadużywające pozycji dominującej.

Komisja Europejska i Europejski Trybunał Sprawiedliwości przez lata wydały dziesiątki decyzji oraz wyroków dotyczących przedsiębiorców działających na rynku unijnym, a nadużywających pozycji dominującej i dzięki temu wypracowały szereg wskazówek interpretacyjnych co do możliwości uznania poszczególnych praktyk rynkowych za antykonkurencyjne. Wiele z wyroków dotyczących przedsiębiorców brytyjskich stanowiło przełom w dotychczasowym ustawodawstwie unijnym, czego przykłady zaprezentowano poniżej.

W 1987 r. Europejski Trybunał Sprawiedliwości zajmował się sprawą *British American Tobacco Limited* oraz *R.J. Reynold Industries Inc.* W 1981 r. przedsiębiorcy *Philip Morris* oraz *Rembrandt* (którzy byli interwenientami w powyższej sprawie) zawarli porozumienia, w ramach których *Philip Morris* wszedł w posiadanie 50% udziałów w kapitale *Rothmans Tobacco Ltd*, w której 100% udziałów posiadał *Rembrandt*. Powyższe porozumienia zostały zakwestionowane przez Komisję Europejską jako naruszające wówczas art. 81 oraz 82 TWE. Następnie, w efekcie negocjacji podjętych przez interwenientów z Komisją Europejską, zostały zawarte nowe porozumienia, w ramach których *Philip Morris* odsprzedał swoje udziały w kapitale *Rothmans Tobacco Ltd.*, otrzymując jednocześnie bezpośredni udział w kapitale *Rothmans International*. Dodatkowo, na mocy nowych porozumień, strony przyznały sobie wzajemne prawo pierwokupu, z tym zastrzeżeniem, że gdyby któraś ze stron chciała sprzedać swoje udziały osobie trzeciej, będzie mogła sprzedać tylko cały pakiet udziałów. Nabywcą natomiast będzie mogła zostać wyłącznie niezależna osoba albo 10 lub więcej niezależnych nabywców. Ostatecznie do powyższych porozumień Komisja Europejska nie miała zastrzeżeń³⁵.

British American Tobacco Limited oraz *R.J. Reynold Industries Inc.* wniosły odwołanie od powyższej decyzji Komisji Europejskiej, stwierdzając, że Komisja zbyt pochopnie doszła do wniosku, że nie dochodzi do naruszenia art. 81 i 82 TWE. Jak stwierdzili odwołujący, „w przypadku nabycia istotnego, choćby tylko mniejszościowego udziału w kapitale firmy konkurencyjnej, można domniemywać, że spowoduje to ograniczenie konkurencji. Nabycie takiego udziału w sposób nieuchronny ma wpływ

³⁵ E. Misiejuk, *British American Tobacco Company Limited* oraz *R.J. Reynolds Industries Inc. v. Komisja Wspólnot Europejskich*, w: *Orzecznictwo sądów wspólnotowych w sprawach konkurencji w latach 1964–2004*, red. A. Jurkowska, T. Skoczny, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2007, s. 253.

na zachowanie rynkowe firm, szczególnie w przypadku wysoce oligopolistycznego i pozostającego w latach 70. XX w. w stagnacji rynku papierosów, a ustanowienie powiązań między dwoma największymi przedsiębiorstwami na rynku papierosów zniszczy istniejącą konkurencję³⁶.

Ostatecznie Europejski Trybunał Sprawiedliwości zdecydował o oddaleniu odwołania, argumentując, że sam fakt nabycia udziałów przez przedsiębiorstwo konkurencyjne nie stanowi zachowania mającego cechy ograniczającego konkurencję. Takie działanie jednakże może służyć jako narzędzie do wywarcia wpływu, przez który konkurencja na danym rynku (na którym dani przedsiębiorcy działają) zostanie ograniczona bądź zniekształcona. Takie działanie będzie możliwe szczególnie w sytuacji, w której przez nabycie udziałów bądź zawarcie innych klauzul w porozumieniu przedsiębiorstwo zapewni sobie możliwość kontrolowania konkurencyjnego przedsiębiorstwa³⁷. „Gdy przedsiębiorstwo nabywa udział w kapitale przedsiębiorstwa konkurencyjnego, to nadużycie pozycji dominującej wchodzi w grę tylko wtedy, gdy na gruncie spornych udziałów sprawowana jest skuteczna kontrola nad drugim przedsiębiorstwem lub przynajmniej wywierany jest wpływ na jego politykę handlową³⁸. W odmiennym przypadku nie dochodzi do naruszenia pozycji dominującej, co potwierdza, że samo posiadanie pozycji dominującej nie jest zabronione przez ustawodawstwo unijne.

Za inny przykład szczególnych praktyk nadużywających pozycji dominującej może posłużyć wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z 1995 r., dotyczący sprawy Radio Telefis Eireann („RTE”) oraz Independent Television Publications Ltd. („ITP”, łącznie „przedsiębiorcy”) ze skargi Magill TV Guide Ltd („Magill” albo „skarżący”). W ocenie Komisji (której stanowisko zostało podtrzymane zarówno przez Sąd Pierwszej Instancji, jak i Europejski Trybunał Sprawiedliwości) przedsiębiorcy dopuścili się oddzielnych przypadków nadużycia indywidualnej pozycji dominującej przez odmówienie udzielenia licencji na udostępnienie informacji oraz rozkładu dotyczącego emitowanych przez przedsiębiorców programów telewizyjnych. Tym samym doprowadzili do uniemożliwienia na rynku Irlandii oraz Irlandii Północnej stworzenia przez Magill tygodnika telewizyjnego, na który – jak twierdził skarżący – istniał niezaspokojony popyt³⁹.

³⁶ Ibidem.

³⁷ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 17 listopada 1987 r., w połączonych sprawach 142 i 156/84, British American Tobacco Company Limited oraz R.J. Reynolds Industries Inc. przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich.

³⁸ E. Misiejuk, op.cit., s. 253.

³⁹ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 6 kwietnia 1995 r., w połączonych sprawach C-241/91 P i C-242/91 P, Radio Telefis Eireann i Independent Television Publications Ltd. przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich.

W zakresie określenia pozycji dominującej Komisja Europejska stwierdziła, że „samo dysponowanie prawem własności intelektualnej nie jest wystarczającą przesłanką do stwierdzenia pozycji dominującej na rynku właściwym, ponieważ nawet produkty lub informacje chronione, np. prawem autorskim, mogą mieć aktualne lub co najmniej potencjalne substytuty. W swoim orzeczeniu ETS zajął się dość powierzchownie problemem stwierdzenia, czy operatorzy telewizyjni RTE i ITP faktycznie posiadają pozycję dominującą na irlandzkich rynkach informacji programowych. [...] ETS potwierdził jedynie, że zaskarżone spółki telewizyjne *de facto* posiadają monopol w zakresie swoich danych programowych, będących produktem ubocznym ich podstawowej działalności telewizyjnej, dzięki temu, iż są one chronione prawem autorskim na gruncie irlandzkiego i brytyjskiego prawa własności intelektualnej. W efekcie ETS uznał, iż nie ma w danym wypadku wątpliwości, że każdemu z operatorów telewizyjnych można przypisać indywidualną pozycję dominującą, jako że z powodu ich faktycznego monopolu w zakresie informacji dotyczących ich wykazów programów, stanowiących konieczny produkt wyjściowy dla wydawców tygodniowych magazynów telewizyjnych, są oni w stanie zapobiegać skutecznej konkurencji na właściwym rynku wydawniczym na obszarze, na którym działają”⁴⁰.

Powyższy wyrok jest o tyle istotny, że wprowadził do ustawodawstwa unijnego *novum* w postaci zasady, zgodnie z którą wykonywanie prawa wyłącznego (odmowy udzielenia licencji tak jak miało to miejsce w charakteryzowanej sprawie) może zostać potencjalnie uznane za niezgodne z prawem nadużywanie pozycji dominującej. Europejski Trybunał Sprawiedliwości podkreślił, że działanie przedsiębiorców polegające na odmowie udostępnienia informacji o rozkładzie emitowanych programów (udzielenia licencji) musiało zostać uznane za nadużywanie pozycji dominującej, ponieważ odmowa nie znajdowała uzasadnienia zarówno w ramach podstawowej działalności telewizyjnej przedsiębiorców, jak i w powiązanej z nią działalności wydawniczej – gdyż przedsiębiorcy sami nie wydawali tygodników telewizyjnych. Tym samym przedsiębiorcy przez swoje sprzeczne z prawem unijnym zachowanie (przez *de facto* brak zachowania, działania) zarezerwowali dla siebie powiązany rynek wydawniczy⁴¹.

⁴⁰ E. Sage, *Radio Telefis Eireann (RTE) i Independent Television Publications Ltd. (ITP) v. Komisja Wspólnot Europejskich*, w: *Orzecznictwo sądów wspólnotowych w sprawach konkurencji w latach 1964–2004*, red. A. Jurkowska, T. Skoczny, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2007, s. 628.

⁴¹ *Ibidem*.

Podsumowanie

Potencjalnie mogłoby się wydawać, że pozycja dominująca jest zastrzeżona wyłącznie dla największych przedsiębiorstw, które generują duże przychody i że tylko czynna postawa przedsiębiorcy może w praktyce uczynić go monopolistą. Jednak jak zostało dowiedzione w niniejszym opracowaniu, jest zupełnie inaczej. Wszak mowa jest o nadużywaniu pozycji dominującej na danym rynku właściwym. A skoro przez rynek właściwy w UE rozumiany jest rynek produktów i/lub usług, które uważane są za zamienne lub za substytuty przez konsumenta, ze względu na właściwości produktów, ich ceny i ich zamierzone stosowanie, rynek ten może okazać się bardzo mały. Mogą na nim podejmować aktywności nieliczni przedsiębiorcy, a nawet – jak się okazuje – może na nim nie być żadnego przedsiębiorcy (tak jak miało to miejsce w przedstawionej sprawie dotyczącej Radio Telefis Eireann i Independent Television Publications Ltd., w której rynek magazynów z programem telewizyjnym praktycznie nie istniał).

Niewątpliwie rozpoczęcie procedury Brexitu to problem dla tysięcy przedsiębiorców w UE, którzy swoją aktywność przejawiają nie tylko lokalnie, ale także na arenie międzynarodowej. Przez przeszło 40 lat członkostwa w Unii Europejskiej brytyjscy przedsiębiorcy przez swoją działalność wnieśli duży wkład w rozwój prawa antymonopolowego UE, o czym świadczą przełomowe dla prawa konkurencji wyroki wydane przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości w odniesieniu do spółek prawa brytyjskiego. Bez cienia wątpliwości Brexit spowoduje, że dorobek prawa antymonopolowego UE znowu ulegnie rozszerzeniu, gdyż prawo konkurencji będzie musiało zostać dostosowane do nowych warunków. Z pewnością brytyjscy przedsiębiorcy będą chcieli pozostać na rynku UE, a przedsiębiorcy z pozostałych państw członkowskich przejawiający swoją aktywność gospodarczą na terenie Wielkiej Brytanii będą chcieli pozostać aktywną częścią brytyjskiego rynku. Instytucje Unii Europejskiej stanęły współcześnie przed niewyobraźalnie trudnym zadaniem, gdyż precedensowe wystąpienie Wielkiej Brytanii z Unii Europejskiej sprawi, że wiele przepisów – nie tylko dotyczących prawa antymonopolowego – będzie tworzonych na nowo.

Bibliografia

- Brzezińska-Rawa A., *Zakaz nadużycia pozycji dominującej we wspólnotowym i polskim prawie antymonopolowym*, Dom Organizatora, Toruń 2009.
- Bailey D., Whish R., *Competition Law. Eight edition*, Oxford University Press, Oxford 2015.
- Europa – Działalność Unii Europejskiej – Konkurencja, https://europa.eu/european-union/topics/competition_pl (dostęp 11.12.2017).
- Kohutek K., Sieradzka M., *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2008.
- Kolasiński M.K., *Zarys prawa antymonopolowego Unii Europejskiej na tle prawa Stanów Zjednoczonych i Polski*, Dom Organizatora, Toruń 2012.
- Komunikat Komisji z dnia 24 lutego 2009 r. w sprawie priorytetów, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. 82 Traktatu WE w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyk wyłączających, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące, Dz. Urz. UE C 45/7 z 2009 r.
- Kurcz B., *Prawo i ekonomia konkurencji. Wybrane zagadnienia*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2010.
- Materna G., *Pojęcie przedsiębiorcy w polskim i europejskim prawie ochrony konkurencji*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2009.
- Misiejuk E., *British American Tobacco Company Limited oraz R.J. Reynolds Industries Inc. v. Komisja Wspólnot Europejskich*, w: *Orzecznictwo sądów wspólnotowych w sprawach konkurencji w latach 1964–2004*, red. A. Jurkowska, T. Skoczny, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2007.
- Obwieszczenie Komisji Europejskiej z dnia 9 grudnia 1997 r. w sprawie definicji rynku właściwego do celów wspólnotowego prawa konkurencji, Dz. Urz. UE C 372 z 1997 r.
- Sage E., *Radio Telefís Éireann (RTE) i Independent Television Publications Ltd. (ITP) v. Komisja Wspólnot Europejskich*, w: *Orzecznictwo sądów wspólnotowych w sprawach konkurencji w latach 1964–2004*, red. A. Jurkowska, T. Skoczny, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2007.
- Szydło M., *Nadużywanie pozycji dominującej w prawie konkurencji*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2010.
- Szydło M., *Swobody rynku wewnętrznego a reguły konkurencji. Między konwergencją a dywergencją*, Dom Organizatora, Toruń 2006.
- Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, Dz. Urz. UE C 326 z 2012 r.
- Van Bael I., *Competition Law of the European Community*, Kluwer Law International, Haga 2005.

Wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z 16 listopada 1995 r., sprawa C-244/94 przeciwko Federation Française des Sociétés d'Assurance.

Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 17 listopada 1987 r., w połączonych sprawach 142 i 156/84, British American Tobacco Company Limited oraz R.J. Reynolds Industries Inc. przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich.

Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 6 kwietnia 1995 r., w połączonych sprawach C-241/91 P i C-242/91 P, Radio Telefis Eireann i Independent Television Publications Ltd. przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich.

Zakaz nadużywania pozycji dominującej na rynku unijnym, https://lexplay.pl/artukul/Prawo-Europejskie/zakaz_naduzywania_pozycji_dominujacej_na_rynku_unijnym (dostęp 15.12.2017).

Słowa kluczowe: pozycja dominująca, nadużywanie pozycji dominującej, Unia Europejska, przedsiębiorca, rynek właściwy

Key words: Dominant Position, Abuse of a Dominant Position, European Union, Entrepreneur, Relevant Market

The Dominant Position in the EU and Its Abuse, with Particular Emphasis on British Law Companies

Abstract

The aim of this study is to present the definition of a dominant position developed by the European Union authorities and representatives of science, as well as the issue of its abuse in EU on the example of verdicts of the EU Court of Justice with respect to British law companies. For the purposes of this study, verdicts that were of particular importance for the acquis of EU antitrust law have been selected and which, due to the Brexit procedure initiated in the EU at the same time, underline the importance of UK entrepreneurs in the development of EU competition policy.