

Aleksander Maziarz

Odmowa kontraktowania jako przejaw nadużycia pozycji dominującej

STRESZCZENIE

Z reguły przedsiębiorcy mają swobodę w decydowaniu, czy będą sprzedawać swoje produkty lub usługi i z którymi przedsiębiorcami i klientami będą zawierać stosunki handlowe. Taka wolność nie jest jednak nieograniczona w sytuacji, gdy określony przedsiębiorca utrzymuje pozycję dominującą. W takim właśnie przypadku odmowa nawiązania stosunków handlowych, polegająca np. na odmowie dostaw produktów lub usług, może stanowić przejaw nadużycia pozycji dominującej. Celem artykułu jest analiza najczęstszych form odmowy kontraktowania w świetle prawa konkurencji. Zbadanie tego przejawu nadużycia pozycji dominującej pozwoli odpowiedzieć na pytanie, które z praktyk polegających na odmowie kontraktowania są dozwolone, a które zakazane z punktu widzenia prawa konkurencji. Ostatnia część artykułu podda analizie koncepcję obiektywnego uzasadnienia stosowania odmowy kontraktowania. Skupi się ona na zbadaniu przesłanek, które umożliwiają dominantowi odmowę kontraktowania z uwagi na obiektywne uzasadnienie.



Aleksander Maziarz

Refusal to Deal as an Abuse of Dominant Position

ABSTRACT

As a rule companies are free to decide where and when they will sell their products and with which companies or clients they are prepared to contract. Such freedom is not unlimited and a dominant company which refuses to deal may be accused of abusing its dominant position. The aim of the article is to analyse the most common forms of refusals to deal, with regard to the law on competition. The article will focus on practices which lead to the elimination of competition, discrimination against consumers and business partners and creating barriers of entry to the market. Examining such practices will answer the question as to which practices constitute a refusal to deal and abuse a dominant position. The last part of the article will focus on the issue of unbiased justification of refusal to deal. It will examine those conditions where the dominant undertaking can refuse to deal with its competitors or clients because of unbiased reasons.



1

WPROWADZENIE

Wolność gospodarcza oznacza nie tylko swobodę co do podjęcia i prowadzenia działalności gospodarczej, lecz również swobodę w nawiązywaniu relacji handlowych. Oznacza to, że przedsiębiorca sam decyduje, z którym klientem lub kontrahentem będzie zawierał umowy. Jednakże wolność wyboru klientów i kontrahentów nie jest nieograniczona. O ile przedsiębiorca nieutrzymujący pozycji dominującej na rynku może dowolnie dokonywać takiego wyboru, to już przedsiębiorca, który taką pozycję utrzymuje, musi mieć na uwadze, że jego działania mogą prowadzić do ograniczenia konkurencji. W tym ostatnim przypadku możliwym jest, że dominant, odmawiając dostaw produktów lub usług określonego przedsiębiorcy, doprowadzi do wykluczenia go z rynku. Praktyka ta ma charakter wykluczający, prowadzi do wyeliminowania konkurentów z rynku, ograniczenia ich działalności oraz stworzenia barier dostępu do rynku. Stąd zachowania dominanta polegające na odmowie kontraktowania mogą wejść w zakres zakazu nadużywania pozycji dominującej.

Możliwość stwierdzenia, że odmowa kontraktowania stanowi zachowanie niezgodne z prawem konkurencji, powoduje, że organ antymonopolowy może nałożyć na określonego przedsiębiorcę obowiązek dostaw. Jednakże już sama Komisja Europejska zauważyła, że nakładając taki obowiązek, nie zawsze będzie można ochronić mechanizm konkurencji. Przedsiębiorca zobligowany do dostaw może podjąć decyzję, że jego działalność objęta tym obowiązkiem nie przyniesie już mu zakładanych korzyści. Może więc on odstąpić od podejmowania działań, które wzmocniłyby konkurencję na określonym rynku – np. odstąpić od innowacji, czy znacząco obniżyć inwestycje na innowacje. W końcu sami konkurenci dominanta mogą stwierdzić, że skoro mają zapewnione dostawy określonego produktu po określonej przez organ antymonopolowej cenie, to też im nie będzie się opłacało inwestować w rozwój technologii¹. Problemy te powodują, że ochrona przez działaniami dominantów polegającymi na odmowie kontraktowania musi być podejmowana bardzo rozważnie, ponieważ każda ingerencja organów

¹ Komisja Europejska, Dz. Urz. UE C45/18 z 2009 r., pkt 75.

antymonopolowych może wpłynąć na mechanizm konkurencji w długofalowej perspektywie.

Odmowa kontraktowania może przejawiać się w wielu zachowaniach przedsiębiorców. Zwykle przybiera ona formę odmowy dostaw określonych produktów lub usług, odmowę dostępu do urządzeń kluczowych oraz odmowę udzielenia licencji².

Zbadanie odmowy kontraktowania będącej przejawem nadużycia pozycji dominującej jest istotne z tego powodu, że zarówno polski, jak i unijny prawodawca nie zdefiniowali, na czym praktyka ta może polegać. Jest to konsekwencją tego, że prawodawcy ci nie zdefiniowali, na czym polega samo nadużycie pozycji dominującej. Zamiast tego utworzyli otwarty katalog najczęściej występujących praktyk, które są przejawami nadużycia pozycji dominującej. W celu zbadania więc jednego z przejawów, jakim jest odmowa kontraktowania, niezbędne jest sięgnięcie do poglądów doktryny i orzecznictwa.

Celem artykułu jest poddanie analizie praktyk, które można zakwalifikować jako odmowę kontraktowania w świetle naruszenia zakazu nadużywania pozycji dominującej. Artykuł ma także na celu odpowiedzenie na pytanie, w jakich granicach praktyka ta podejmowana przez dominantów jest zgodna z prawem konkurencji oraz ustalić przypadki, w których stosowanie tego typu praktyki jest obiektywnie uzasadnione. Tezą artykułu jest stwierdzenie, że ustalenie stosowania odmowy kontraktowania będącej przejawem nadużycia pozycji dominującej przez przedsiębiorcę wymaga zbadania kontekstu rynkowego stosowania takiej praktyki. To bowiem kontekst rynkowy pozwala na stwierdzenie, czy praktyka ta została podjęta w celu eliminacji konkurentów i tym samym stanowi nadużycie pozycji dominującej.

2

ISTOTA NADUŻYCIA POZYCJI DOMINUJĄCEJ

Zarówno ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów, jak i Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej nie zakazuje przedsiębiorcom utrzymywania

² K. Kohutek, M. Sieradzka (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów: komentarz*, Warszawa 2008, s. 387.

pozycji dominującej. Oznacza to, że przedsiębiorstwa mogą w drodze rywalizacji rynkowej powiększać swoje udziały rynkowe i w ten sposób stać się dominantem³. Obydwaj ustawodawcy natomiast zakazali nadużywania przez przedsiębiorców pozycji dominującej, z tym jednak zastrzeżeniem, że nie zdefiniowali, na czym konkretnie nadużycie pozycji dominującej polega. Zamiast tego stworzyli otwarty katalog zachowań, które właśnie stanowią przejaw takiego nadużycia.

Brak legalnej definicji nadużycia pozycji dominującej wymaga poszukiwania ich w orzecznictwie sądów. Z uwagi na to, że polskie orzecznictwo nie wypracowało dotąd jednolitej i precyzyjnej definicji nadużycia pozycji dominującej, niezbędne jest sięgnięcie do orzecznictwa sądów unijnych⁴.

Koncepcja pozycji dominującej wykształcona została w kilku orzeczeniach Trybunału Sprawiedliwości UE. Jedną z pierwszych spraw, w których Trybunał Sprawiedliwości odniósł się do koncepcji nadużycia pozycji dominującej, była sprawa Hoffman-La Roche. W sprawie tej Trybunał stwierdził, że „nadużycie pozycji dominującej jest pojęciem obiektywnym, odnoszącym się do zachowań przedsiębiorcy posiadającego pozycję dominującą, które to mogą wpływać na strukturę rynku, na którym konkurencja jest osłabiona”. Co więcej, zachowania takiego przedsiębiorstwa odbiegają od zachowań zwykle podejmowanych przez konkurentów i tym samym utrudniają zachowanie konkurencji na rynku lub jej rozwój⁵. W sprawie AKZO Trybunał dodał, że zakazane jest eliminowanie konkurentów i wzmacniania pozycji dominującej poprzez stosowanie środków innych niż oparte na konkurencji rynkowej⁶. Stanowisko to zostało potwierdzone w wielu późniejszych orzeczeniach Trybunału⁷. Natomiast w sprawie United Brands Trybunał stwierdził, że „Pozycja dominująca (...), oznacza pozycję siły

³ Nie dotyczy to jednak sytuacji, gdy pozycja dominująca lub jej umocnienie jest wynikiem koncentracji przedsiębiorców.

⁴ M. Szydło, *Nadużywanie pozycji dominującej w prawie konkurencji*, Warszawa 2010, s. 123.

⁵ Sprawa 85/76 Hoffmann-La Roche & Co. AG przeciwko Komisji Europejskiej, Zb. Orz. z 1979 r., s. I-461, pkt 91.

⁶ Sprawa C 62/86, AKZO Chemie BV przeciwko Komisji Europejskiej, Zb. Orz. z 1986 r., s. I-1503, pkt 69.

⁷ Np. sprawa T-65/98 Van den Bergh Foods Ltd przeciwko Komisji Europejskiej, Zb. Orz. z 2003 r., s. II-4653, pkt 157; połączone sprawy T-374/94, T-375/94, T-384/94 i T-388/94 European Night Services Ltd (ENS), Eurostar (UK) Ltd, poprzednio European Passenger Services Ltd (EPS), Union internationale des chemins de fer (UIC), NV Nederlandse Spoorwegen (NS) i Société nationale des chemins de fer français (SNCF) przeciwko Komisji Europejskiej, Zb. Orz. z 1998 r., s. II-3141, pkt 208; sprawa 322/81 NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin przeciwko Komisji Europejskiej, Zb. Orz. z 1983 r., s. I-3461, pkt 70.

ekonomicznej posiadanej przez danego przedsiębiorcę, która umożliwia mu powstrzymanie skutecznej konkurencji na danym rynku poprzez swobodę zachowania się w dużej mierze niezależnie od konkurentów, klientów (dostawców) i w końcu konsumentów”⁸.

W rezultacie przyjęcie takiej koncepcji oznacza, że zakaz nadużywania pozycji dominującej miał zastosowanie także do praktyk bezpośrednio niewskazanych w obecnym art. 102 TFUE⁹.

3

ELIMINACJA KONKURENTÓW

Nie ulega wątpliwości, że najczęściej dominanci nadużywają pozycji dominującej w celu wyeliminowania konkurentów z rynku. Faull i Nikpay wskazują, że niezbędnym elementem zastosowania zakazu nadużywania pozycji dominującej do odmowy kontraktowania jest wykazanie, że jego celem lub skutkiem było wyrządzenie szkody konkurencji na określonym rynku¹⁰. Należy przy tym wskazać, że celem przedsiębiorcy może być nie tylko wyeliminowanie konkurentów z rynku, na którym utrzymuje on pozycję dominującą, ale także eliminacja konkurentów z rynków sąsiadujących. W tym ostatnim przypadku poprzez odmowę dostaw określonego produktu, który jest np. elementem składowym urządzenia lub surowcem niezbędnym do jego produkcji, uniemożliwiają oni swym konkurentom poprawne funkcjonowanie. W ten sposób dominanci działają w celu ograniczenia konkurencji na innym rynku właśnie poprzez wyeliminowanie konkurentów. Należy przy tym zaznaczyć, że praktyka ta ma miejsce w sytuacji, gdy dominant działa na kilku rynkach, tj. na rynku czynników produkcji, gdzie utrzymuje pozycję dominującą oraz na rynku produktów, do których wytworzenia niezbędne są oferowane przez niego czynniki.

Warto podkreślić, że odmowa kontraktowania zostanie uznana za antykonkurencyjne zachowanie wtedy, gdy będzie prowadziła do wyeliminowania konkurencji. Przy czym nie jest wymagane ustalenie, że skutek działania

⁸ Sprawa 27/76 *United Brands Company i United Brands Continental Bv przeciwko Komisji*, Zb. Orz. z 1978 r., s. I-207, pkt 65.

⁹ T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 613.

¹⁰ J. Faull, A. Nikpay, *The EC Law of Competition*, Oxford 2007, s. 354.

dominanta zostanie wyeliminowana cała konkurencja z rynku. Niezbędne jest ustalenie warunków panujących na różnych szczeblach obrotu. Może się więc okazać, że wyeliminowanie jednego konkurenta pociągnie za sobą znaczne zniekształcenie konkurencji na rynku niższego szczebla¹¹. Należy dodać, że nie chodzi tutaj o natychmiastowe wyeliminowanie konkurencji wskutek odmowy dostaw¹². Wystarczające będzie zatem stwierdzenie, że poprzez odmowę kontraktowania konkurenci nie będą w stanie pozyskać określonych czynników produkcji po cenie pozwalającej im na efektywne konkurowanie z dominantem i z tego powodu będą musieli opuścić rynek.

Odmowa kontraktowania będzie stanowiła przejaw nadużycia pozycji dominującej nawet w przypadku, gdy przedsiębiorca odmawia dostaw czynników konkurentom z uwagi na ich wykorzystanie do produkcji własnych produktów¹³. Oznacza to, że dostawa czynników produkcji powinna być zagwarantowana każdemu potencjalnemu konkurentowi, w przypadku gdy są one dostarczane lub produkowane przez dominanta.

Typowym przykładem zachowania mającego na celu wyeliminowanie konkurencji jest sprawa ICI dotycząca rynku substancji chemicznych. Trybunał Sprawiedliwości UE stwierdził, że nadużycie pozycji dominującej na rynku czynników produkcji poprzez odmowę dostaw może powodować ograniczenie konkurencji na rynku produktów, do których wytwarzania są niezbędne takie czynniki produkcji. Oznacza to, że badając określoną praktykę, należy brać pod uwagę nie tylko cel lub skutek określonej praktyki na rynku, na którym działa dominant, ale również skutki wywoływane na innych rynkach. Trybunał podkreślił, że nadużycie pozycji dominującej będzie miało w szczególności miejsce, gdy przedsiębiorca będący wytwórcą czynników produkcji oraz produktów odmawia sprzedaży czynników produkcji swoim konkurentom. W takim przypadku działa on w celu wyeliminowania konkurencji właśnie na rynku wytworzonych produktów¹⁴.

Warto także dodać, że odmowa dostaw może być rezultatem połączenia się przedsiębiorców. W sprawie General Electric przeciwko Komisji Sąd UE uznał, że poprzez połączenie producentów silników lotniczych oraz

¹¹ Komisja Europejska, *DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, Bruksela 2005, pkt 222.

¹² Sprawa T-201/04 Microsoft przeciwko Komisji, Zb. Orz. z 2007 r., s. II-3601, pkt 622.

¹³ Połączone sprawy 6 i 7-73 Istituto Chemioterapico Italiano S. p.A. i Commercial Solvents Corporation przeciwko Komisji, Zb. Orz. z 1974 r., s. I-223, pkt 25.

¹⁴ Ibidem.

awioniki nie tylko dojdzie do umocnienia pozycji dominującej, ale też nowo powstały podmiot będzie stosował wiązanie produktów i tym samym będzie odmawiał dostaw swoich produktów oddzielnie. Sąd podkreślił, że samo posiadanie pozycji dominującej nie może pozbawić przedsiębiorcy prawa do ochrony jego interesów, ale jednocześnie zachowania dominanta mogą wejść w zakaz nadużywania pozycji dominującej. Właśnie poprzez odmowę dostaw istotnego elementu składowego produktu konkurentom nadużywa on pozycji dominującej¹⁵.

Podobne rozstrzygnięcie podjęła Komisja Europejska w sprawie Hugin. Producent kas fiskalnych Hugin odmówił dostaw części zamiennych do swoich produktów przedsiębiorcom nienależącym do jego sieci dystrybucji. Tym samym uniemożliwił on świadczenie usług naprawy i konserwacji wytwarzanych przez siebie produktów swoim konkurentom. Co prawda sprawa ta nie została podtrzymana przez Trybunał Sprawiedliwości UE, który uznał, że praktyka ta nie miała wpływu na handel między państwami członkowskimi¹⁶ to jednak ukazuje ona, że celem dominanta było przede wszystkim wyeliminowanie konkurentów z rynku usług i konserwacji kas fiskalnych właśnie poprzez odmowę dostaw części zamiennych. Co więcej, poza odmową sprzedaży części zamiennych producent ten posiadał monopol na produkcję tych części. Wynikało to z faktu, że wartość części zamiennych dla produkowanych przez dominanta kas fiskalnych była bardzo niska, co zaś powodowało, iż produkcja tych części przez konkurentów była po prostu nieopłacalna¹⁷.

Powyższe sprawy ukazują, że odmowa dostaw produktów lub usług konkurentom może prowadzić do nadużycia pozycji dominującej. Co jest istotne, w sprawach tych uznano, że praktyki takie stanowiły nadużycie pozycji dominującej, której celem było wyeliminowanie określonego konkurenta z rynku. Jednakże odmowa dostaw każdemu potencjalnemu zainteresowanemu także może prowadzić do ograniczenia konkurencji. Jako przykład można podać sprawę GVL dotyczącą zbiorowego zarządzania prawami autorskimi. Trybunał Sprawiedliwości UE stwierdził, że odmowa świadczenia usług tym podmiotom, które takich usług potrzebują, a jednocześnie

¹⁵ Sprawa T-210/01 General Electric Company przeciwko Komisji, Zb. Orz. z 2005 r., s-II-5575, pkt 306.

¹⁶ Sprawa 22/78 Hugin przeciwko Komisji, Zb. Orz. z 1979 r., s. 1869.

¹⁷ A. Pathak, *Articles 85 and 86 and anti-competitive exclusion in EEC competition law: Part 2*, European Competition Law Review 1989, 10, s. 258.

nie mieszczą się z zdefiniowanej przez dominanta kategorii klientów, jest przejawem nadużycia pozycji dominującej¹⁸.

4

DYSKRYMINACJA KONKURENTÓW I KLIENTÓW

Odmowa kontraktowania może polegać także na nieuzasadnionym zaprzestaniu dostaw określonego przedsiębiorcy lub odmowie sprzedaży określonej grupie klientów.

W pierwszym z powyższych przypadków chodzi o zerwanie stosunków handlowych z dotychczasowym kontrahentem dominanta poprzez odmowę dostaw produktów lub usług. Przykładem takiej praktyki jest sprawa UBC dotycząca rynku bananów. UBC był producentem bananów i sprzedawał je dojrzewalniom na terenie całej Europy, utrzymując pozycję dominującą na tym rynku. W latach 60. wprowadził na rynek nową markę bananów Chiquita. Chcąc zwiększyć sprzedaż nowego produktu, rozpoczął kampanię marketingową, zachęcając do tego również swoich kontrahentów. Jednakże zachowania tego producenta nie ograniczyły się jedynie do skłaniania swoich kontrahentów do wspólnych działań marketingowych. Odmawiał dostaw tym kontrahentom, którzy zaangażowani byli w działania marketingowe innych producentów bananów. Trybunał Sprawiedliwości UE stwierdził, że takie zachowanie stanowi przejaw nadużycia pozycji dominującej. Stwierdził, że przede wszystkim dominant nie może odmówić dostaw tym kontrahentom, którzy przez dłuższy czas składali u niego zamówienia¹⁹.

Co więcej, Komisja Europejska, rozpatrując tę sprawę, stwierdziła, że zachowanie dominanta wpłynęło na niezależność partnerów handlowych. Podkreśliła, że sprzedając produkty konkurencyjnych dostawców, w tym produkty pochodzące od dominanta, nabywca nie może być ograniczany w decydowaniu, których producentów produkty będzie sprzedawał. To właśnie do niego należy decyzja, czy i w jakim stopniu zaangażować się w kampanię marketingową określonego producenta²⁰. Ponadto należy

¹⁸ Sprawa 7/82 Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten mbH (GVL) przeciwko Komisji, Zb. Orz. z 1983 r., s. 483, pkt 56.

¹⁹ Sprawa 27/76 UBC przeciwko Komisji, Zb. Orz. z 1978 r., s. 207, pkt 182–183.

²⁰ Sprawa 76/353/EEC, Dz. Urz. WE L 95/1 z 1976 r.

dodać, że poprzez odmowę dostaw i zmuszenie swoich kontrahentów do reklamowania jedynie określonej marki bananów celem dominanta było wykluczenie innych konkurentów z możliwości dystrybucji ich produktów za pośrednictwem tych samych dystrybutorów. Trybunał podkreślił, że odmowa sprzedaży małym i średnim przedsiębiorstwom podejmowana w celu zniechęcenia ich do sprzedaży konkurencyjnych produktów znacząco narusza ich niezależność. Skutkiem takiej praktyki jest umożliwienie działania tylko tym przedsiębiorcom, którzy podporządkują się zachowaniom dominanta²¹.

Dominant może stosować odmowę dostaw nie tylko w sposób bezpośredni, odmawiając sprzedaży określonych produktów lub usług swoim konkurentom lub klientom. Praktyka ta może być również stosowana w sposób pośredni, będąc w istocie efektem stosowania przez dominanta innego rodzaju praktyki stanowiącej przejaw nadużywania pozycji dominującej.

Jedną z możliwości pośredniego stosowania praktyki, jaką jest odmowa dostaw, jest wiązanie produktów. Praktyka ta polega na oferowaniu dwóch odrębnych od siebie produktów jako jednego produktu twierdząc, że oferowanego produktów nie da się rozdzielić. Przykładem takiej praktyki jest sprawa Hilti, w której poprzez wiązanie sprzedaży magazynków i gwoździ do pistoletów pneumatycznych dominant miał na celu zablokowanie sprzedaży konkurencyjnych gwoździ do produkowanych przez niego pistoletów²².

Pośrednio odmowa sprzedaży może być stosowana także poprzez zaniżanie marży handlowej. W takim przypadku dominant, działając równocześnie na szczeblu hurtowym i detalicznym, oferuje swe usługi użytkownikom końcowym z bardzo niską marżą. Taka zaś sytuacja powoduje, że równie skuteczny konkurent nie może w sposób efektywny konkurować z dominantem na rynku detalicznym nie ponosząc nadmiernych strat²³. Komisja Europejska wskazała, że podstawą do zbadania, czy określony dominant stosuje taką praktykę będzie długookresowy średni koszt przyrostowy osiągany przez dominanta na rynku niższego szczebla²⁴.

Odmowa dostaw w wymiarze długofalowym przynosi również szkodę konsumentom. Poprzez wyeliminowanie konkurentów oraz stworzenie

²¹ Sprawa 27/76 UBC przeciwko Komisji, Zb. Orz. z 1978 r., s. 207, pkt 192–194.

²² Sprawa T-30/89 Hilti AG przeciwko Komisji, Zb. Orz. z 1991 r., s. II-01439.

²³ R. Subiotto, F. Malone, D. Little, C. Broses, S. De Suci, *Recent EU Case Law Developments: Article 102 TFEU*, *Journal of European Competition Law & Practice* 2011, 2, s. 144.

²⁴ Komisja Europejska, *DG Competition...*, pkt 80.

barier dostępu do rynku potencjalnym konkurentom ogranicza się wybór produktów oferowanych na rynku. Zresztą dominant w ten sposób zapewnia sobie co najmniej *status quo*, co zaś powoduje, że nie będzie musiał podejmować inwestycji związanych chociażby z obniżeniem kosztów produkcji. Tym samym ceny określonego produktu na takim rynku najprawdopodobniej nie będą niższe. Co więcej, dominant nie będzie zainteresowany w ulepszaniu swoich produktów, skoro i tak nie będzie się spotykał z konkurencją ze strony innych producentów. Będzie więc mógł ograniczyć wydatki na innowacje, czy opracowanie nowej technologii wytwarzania produktów. W rezultacie konsumenci w wymiarze długofalowym zostaną pozbawieni możliwości zakupu produktów lub usług po coraz to niższej cenie i coraz to wyższej jakości²⁵.

W sprawie IMS Health rzecznik generalny stwierdził, że praktykę, jaką jest odmowa dostaw, można ocenić, ważąc interesy przedsiębiorstwa polegające na ochronie praw własności intelektualnej i ochronę konkurencji. Ta ostatnia przeważa, jeżeli odmowa udzielenia licencji na rynku niższego szczebla ogranicza możliwość rozwoju tego rynku dla większości konsumentów. Trybunał dodał, że odmowa udzielenia licencji przez dominantą, która jest niezbędna do wytworzenia określonego produktu na innym rynku, może wejść w zakres zakazu nadużywania pozycji dominującej. Będzie to mogło mieć miejsce, jeżeli przedsiębiorca zainteresowany otrzymaniem licencji zamierza ją wykorzystać do wytwarzania nowych produktów lub usług, na które istnieje zapotrzebowanie ze strony konsumentów, a sam dominant takich produktów lub usług nie wytwarza²⁶. Oznacza to, że prawo konkurencji ma, zdaniem Trybunału, chronić warunki umożliwiające powstanie nowych rynków. Tym bardziej, że odmowa udzielenia licencji w przypadku, gdy przedsiębiorca nie zamierza duplikować produktu lub usługi wytwarzanej przez dominantą, tylko wytwarzać całkiem nowy produkt lub usługę, jest trudna do obiektywnego uzasadnienia. W takim przypadku dominant wyrządza szkodę przedsiębiorcom, ograniczając możliwość ich rozwoju na innych rynkach, oraz pozbawia konsumentów dostępu do nowych produktów lub usług.

Ponadto zdaniem Komisji Europejskiej odmowa dostaw może wyrządzić szkodę konsumentom, jeżeli dominant działa na rynku wyższego

²⁵ Podobnie J. Basedow, W. Wurmnest (red.), *Structure and Effects in EU Competition Law: Studies on Exclusionary Conduct and State Aid*, Kluwer Law International 2011, s. 51.

²⁶ Sprawa C-418/01 IMS Health przeciwko NDC Helath, Zb. Orz. z 2004 r., s. I-5039, pkt 48 i 49.

i niższego szczebla, przy czym ceny regulowane są jedynie na rynku wyższego szczebla. Dominant, odmawiając dostaw, może więc wyeliminować konkurentów z rynku niższego szczebla i osiągnąć na tym rynku większe zyski niż w innym przypadku²⁷.

5

TWORZENIE BARIER DOSTĘPU DO RYNKU

Praktyka, jaką jest odmowa kontraktowania, może nie tylko prowadzić do wyeliminowania konkurencji z rynku, lecz jej skutkiem może być wprowadzenie barier dostępu do rynku, które uniemożliwiają wejście potencjalnych konkurentów. Taką barierą dostępu do rynku jest odmowa dostaw części lub czynników produkcji niezbędnych do wytworzenia określonego produktu. A zatem potencjalny konkurent, chcąc wejść na określony rynek, może spotkać się z odmową dostarczenia mu czynników produkcji niezbędnych do podjęcia działalności gospodarczej. Komisja Europejska stwierdziła, że odmowa dostaw przez dominanta będzie nieuzasadniona, jeżeli potencjalny konkurent nie będzie mógł pozyskać na takim rynku żadnego faktycznego lub potencjalnego substytutu czynników produkcji, a skuteczne konkurowanie bez dostępu do takich czynników jest obiektywnie niemożliwe²⁸. W takim przypadku czynniki produkcji wytwarzane przez dominanta będą niezbędne do wytworzenia dalszych produktów, zaś ich zastąpienie jest niemożliwe z tego względu, że na rynku nie występuje żaden ich substytut²⁹. Oznacza to, że odmowa dostaw będzie wchodziła w zakres zakazu nadużywania pozycji dominującej, jeżeli np. wytworzenie określonego czynnika produkcji lub jego sprowadzenie będzie tak kosztowne, że uniemożliwi konkurencję z dominantem przez równie efektywnego przedsiębiorcę.

Typowym przykładem, w których poprzez odmowę dostaw stworzono bariery dostępu do rynku jest sprawa *British-Midland/Aer Lingus*. Sprawa ta dotyczyła rynku przewozów lotniczych pomiędzy Londynem i Dublinem,

²⁷ Komunikat Komisji – wytyczne w sprawie priorytetów, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. 82 Traktatu WE w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wyłączającej podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące, Dz. Urz. UE C 45/7 z 2009 r., pkt 88.

²⁸ *Ibidem*, pkt 83.

²⁹ Komisja Europejska, *DG Competition...*, pkt 228.

którą obsługiwało jedynie dwóch przewoźników – Aer Lingus utrzymujący pozycję dominującą na tym rynku oraz British Airways. Obaj przewoźnicy objęci byli porozumieniami zawartymi w branży lotniczej umożliwiającymi ich klientom na swobodną zmianę rezerwacji i przewoźnika w ramach wykupionego biletu na określonej trasie. Po tym jak British-Midland zaofiarował połączenia na trasie Dublin–Londyn Aer Lingus ogłosił zakończenie współpracy z przewoźnikami lotniczymi w zakresie uznawania ich rezerwacji na tej trasie. Komisja Europejska stwierdziła, że uznawanie rezerwacji konkurentów jest praktyką linii lotniczych od wielu lat. Tym samym odmowa uznawania rezerwacji konkurentów z powodów innych niż różnice kursowe lub wątpliwości co do wypłacalności innej linii lotniczej jest niestandardową praktyką. Podkreśliła, że powodem, który uzasadnia odmowę uznawania rezerwacji konkurentów, nie może być spadek dochodów dominanta. Jedynie okolicznością uzasadniającą taką odmowę byłby wzrost kosztów związanych z prowadzeniem własnej działalności gospodarczej, a taki wzrost nie został wykazany przez dominanta. Komisja Europejska stwierdziła również, że wchodząc na określony rynek, nowy przedsiębiorca będzie musiał liczyć się ze stratami związanymi ze świadczeniem przez niego usług. Straty te jednak zazwyczaj wystąpią w początkowym okresie, w którym określona działalność jest dopiero organizowana. W przypadku przewozów lotniczych straty te związane są chociażby z nieobsadzeniem wszystkich miejsc w samolotach. Tym samym ograniczanie możliwości uznawania rezerwacji naraża nowego konkurenta na ponoszenie jeszcze większych strat, które w rezultacie uniemożliwiają mu działanie na takim rynku³⁰.

Niewątpliwie celem dominanta było narażenie swoich konkurentów na straty, których by nie ponieśli, gdyby dominant nie zaprzestał stosowania określonej praktyki rynkowej. Sprawa ta w pewnym sensie nawiązuje do koncepcji dostępu do urządzeń kluczowych. W tym przypadku, za tego typu „urządzenie kluczowe” można uznać porozumienie o wzajemnej uznawalności rezerwacji. Bez tego typu porozumienia wejście na rynek nowego konkurenta jest co prawda możliwe, jednakże w znaczący sposób utrudnia lub nawet uniemożliwia to prowadzenie działalności gospodarczej. Należy jednak zaznaczyć, że sprawa ta dotyczyła sytuacji funkcjonowania na rynku określonej praktyki rynkowej i zaprzestania jej stosowania wyłącznie

³⁰ Sprawa IV/33.544 British-Midland/Aer Lingus, Dz. Urz. WE L 96/34 z 1993 r., pkt 3–28.

z tego powodu, że na rynku pojawił się nowy konkurent. Oznacza to, że na dominanta można jedynie nałożyć obowiązek kontynuowania określonej praktyki rynkowej. Natomiast nie może on być zobligowany do podjęcia nowej praktyki, chociażby ułatwiała ona dostęp do rynku potencjalnym konkurentom.

Tworzenie barier dostępu do rynku poprzez odmowę dostaw może mieć miejsce w przypadku, gdy dominant wykonuje przyznane mu prawa wyłączne. Chodzi tu o sytuację, w której poprzez wykonywanie praw wyłącznych dominant uniemożliwia określonemu przedsiębiorcy np. świadczenie usługi, której sam nie oferuje, a na rynku istnieje popyt na tego typu usługę. Ponadto odmawia on w sposób obiektywnie nieuzasadniony dostępu do czynników produkcji niezbędnych do świadczenia takich usług, eliminując w ten sposób wszystkich przedsiębiorców chcących świadczyć nową usługę lub wytwarzać nowy produkt³¹. Ten przypadek odmowy dostaw jest również szkodliwy dla mechanizmu konkurencji, ponieważ uniemożliwia on rozwój konkurencji na rynkach, na których dominant nawet nie oferuje produktów lub usług. Tym bardziej odmowa dostaw wobec przedsiębiorców, którzy nie są w żaden sposób konkurentami dominanta, nie znajduje obiektywnego uzasadnienia.

Poza odmową dostępu do czynników produkcji lub urządzeń kluczowych dominant może stworzyć bariery dostępu do rynku poprzez zapobieganie interoperacyjności standardów. Taka praktyka miała miejsce w sprawie Microsoft, w której to dominant utrzymujący pozycję dominującą na rynku systemów operacyjnych dla komputerów osobistych odmówił udostępnienia dokumentacji technicznej, tak aby inni przedsiębiorcy mogli stworzyć oprogramowanie współpracujące z tymi systemami. Komisja Europejska ustaliła, że bez udostępnienia dokumentacji technicznej wprowadzenie przez innych przedsiębiorców produktów współpracujących z systemami operacyjnymi Microsoftu jest co prawda możliwe, ale wymaga opracowania złożonych procedur testowania takiego oprogramowania, które są zarówno długotrwałe jak i kosztowne. W końcu opracowanie takich produktów bez informacji technicznej naraża przedsiębiorców na znaczne ryzyko handlowe w przypadku, gdy określony produkt nie będzie w prawidłowy sposób działał z systemami Microsoftu. Komisja Europejska stwierdziła, że w ten sposób Microsoft uniemożliwił innym przedsiębiorcom wejście na rynek

³¹ Sprawa C-418/01 IMS Health, Zb. Orz. z 2004 r., s. I-5309, pkt 38.

oprogramowania współpracującego z oferowanymi przez niego systemami operacyjnymi. Nakazała Microsoftowi ujawnienie specyfikacji technicznej w takim zakresie, w jakim umożliwia to producentom oprogramowania opracowanie produktów kompatybilnych z systemami Microsoftu. Co więcej, Komisja zobowiązała Microsoft do powstrzymania się od pełnego egzekwowania praw własności intelektualnej, które uniemożliwiłoby udostępnienie takich informacji technicznych. Te ostatnie zaś miały być udostępniane w sposób niedyskryminujący żadnego producenta oprogramowania oraz nie mogły być ograniczone do określonych rodzajów produktów³².

Decyzja Komisji Europejskiej w sprawie Microsoft nawiązuje więc do tych spraw, w których za nadużycie pozycji dominującej została uznana odmowa dostaw czynników produkcji niezbędnych do wytwarzania konkurencyjnych produktów lub usług. W tej sprawie doszło do bardzo podobnego rozstrzygnięcia. Komisja Europejska uznała, że bez dostępu do informacji technicznej producenci oprogramowania nie mogą wejść na rynek oprogramowania kompatybilnego z systemami operacyjnymi Microsoftu. Ponadto alternatywą udostępnienia takich informacji było stworzenie własnych procedur testowania zgodności oprogramowania. Jednakże Komisja Europejska uznała, że alternatywa ta nie daje takich samych możliwości dla producentów, jak wykorzystanie informacji technicznych otrzymanych przez Microsoft. Z tego też względu uznała, że Microsoft nadużył pozycję dominującą poprzez odmowę udostępniania takich informacji producentom oprogramowania.

Odmowa kontraktowania może polegać także na uzależnieniu dostaw od obiektywnie nieuzasadnionych warunków. W takim przypadku dominant uzależnia dostawę od spełnienia przez przedsiębiorcę warunków, które sam uważa, że są nie do zaakceptowania przez drugą stronę, przy czym nie są to warunki nieuczciwe³³. Chodzi więc o rozmyślne stawianie przez dominanta takich warunków, które powodują, że ich akceptacja przez innego przedsiębiorcę będzie powodowała u niego nieuzasadnione straty. Typowym przykładem takiej praktyki jest sprawa Deutsche Post AG dotycząca praktyki operatora pocztowego Deutsche Post AG mającego monopol na dostawę przesyłek listownych, który uzależnił dostawę międzynarodowych przesyłek listownych otrzymywanych przez brytyjskiego

³² Sprawa 2007/53/EC Microsoft, Dz. Urz. UE z 2007 r., L32/23, pkt 30–31.

³³ Sprawa COMP/35.134 Trans-Atlantic Conference Agreement, Dz. Urz. UE L 95/1 z 1999 r., pkt 553.

operatora British Post Office od zapłaty pełnej należności za dostarczanie krajowych przesyłek na terenie Niemiec. Komisja Europejska uznała, że Deutsche Post AG uzależniał dostarczanie międzynarodowych przesyłek listownych od uiszczenia wynagrodzenia, które jest wyższe niż jego średnia gospodarcza wartość o 25%. Z tego też powodu Komisja uznała, że warunki, od których dominant uzależnił świadczenie swojej usługi, były w istocie odmową kontraktowania wchodzącą w zakres zakazu nadużywania pozycji dominującej³⁴.

6

OBIEKTYWNE UZASADNIENIE ODMOWY KONTRAKTOWANIA

Dominant, odmawiając kontraktowania, może ograniczyć konkurencję, jednakże nie wszystkie przypadki stosowania takiej praktyki wejdą w zakres zakazu nadużywania pozycji dominującej. Oczywiście jest, że przedsiębiorca, który nie wywiązuje się z umowy o dostawę określonego produktu lub korzystanie z urządzeń, nie uiszczając wynagrodzenia lub korzystając z takich urządzeń w sposób niezgodny z umową, może się liczyć z tym, że dominant odmówi mu dostaw. Poza tego typu przypadkami należy odróżnić odmowę kontraktowania podejmowaną w celu ograniczenia konkurencji od odmowy kontraktowania podejmowanej z uwagi na obiektywnie uzasadnione czynniki. W tym ostatnim przypadku, jeżeli dominant odmawia kontraktowania wszystkim swoim klientom lub kontrahentom, nie dyskryminując żadnego z nich, nie nadużywa pozycji dominującej.

Za obiektywne uzasadnioną odmowę kontraktowania należy uznać okres kryzysu w określonej branży. Typowym przykładem może być kryzys paliwowy, podczas którego producenci ropy naftowej lub paliw ograniczają realizację zamówień swoim klientom lub kontrahentom. W sprawie BPB Sąd UE stwierdził, że w czasach, w których określony surowiec nie jest dostępny w takim stopniu, żeby zrealizować wszystkie zamówienia dominant może odmówić dostaw. Jednakże taka odmowa nie może być dokonywana w sposób arbitralny. Przedsiębiorca taki powinien przyjąć kryteria, na

³⁴ Sprawa Comp/C-1/36.915 Deutsche Post AG, Dz. Urz. UE L 331/40 z 2001 r.

podstawie których będzie realizował dostawy. Kryteria te muszą być obiektywne i nie mogą prowadzić do dyskryminacji kontrahentów lub klientów. Oznacza to, że nie można uzależniać realizacji dostaw od tego, czy określone przedsiębiorstwo dokonuje zakupów wyłącznie u dominanta, czy zaopatruje się również u jego konkurentów. W takim przypadku doszłoby do stosowania niejednakowych warunków do równoważnych transakcji handlowych i tym samym zachowanie takie weszłoby w zakres zakazu nadużywania pozycji dominującej³⁵.

Ponadto odmowa dostaw może być obiektywnie uzasadniona w przypadku, gdy polega ona na odmowie dostępu do urządzeń kluczowych³⁶. Chodzi to jedynie o takie przypadki, w których wykorzystanie urządzeń kluczowych przez inne podmioty niż dominant nie jest możliwe z uwagi na wykorzystanie już całej mocy produkcyjnych. Jednakże nie można wykluczyć sytuacji, w której dominant działa w sposób nieefektywny, tylko po to, żeby wykorzystać całe posiadane przez siebie moce produkcyjne. W takim przypadku wydaje się, że Komisja Europejska musi zbadać, w jaki sposób prowadzona jest działalność gospodarcza dominanta. Ustalenie, że celowo działa w sposób nieefektywny, zaniża lub ogranicza moce produkcyjne w sposób gospodarczo nieuzasadniony daje podstawę do stwierdzenia, że podejmuje takie zachowania, aby odmówić innym przedsiębiorcom dostępu do czynników produkcji lub urządzeń kluczowych. Ponadto dominant może odmówić dostępu do urządzeń kluczowych, jeżeli udostępnienie tych urządzeń naraziłoby go na nadmierne koszty oraz w przypadku, gdy przedsiębiorca domagający się dostępu nie ma technicznych możliwości poprawnego korzystania z takich urządzeń³⁷.

Odmowa dostępu do urządzeń kluczowych ma istotne znaczenie w przypadku, gdy dominant działa równocześnie na różnych szczeblach obrotu. Sąd UE w sprawie ARD stwierdził, że nadużycie pozycji dominującej

³⁵ Sprawa BPB i British Gypsum przeciwko Komisji, Zb. Orz. z 1993 r., s. II-369, pkt 94.

³⁶ Komisja Europejska zdefiniowała urządzenia kluczowe jako: „urządzenia lub infrastruktura, która jest niezbędna dla dotarcia do konsumentów i/lub umożliwiająca konkurentom prowadzenie działalności gospodarczej. Urządzenie jest kluczowe, gdy jego zduplikowanie jest niemożliwe lub szczególnie trudne z uwagi na ograniczenia fizyczne, geograficzne, prawne lub ekonomiczne”. (Komisja Europejska, *Glossary of terms used in EU competition policy Antitrust and control of concentrations*, Bruksela 2002, s. 18). B. Targański twierdzi, że urządzeniem kluczowym będą zwykle elementy drogiej infrastruktury technicznej takiej jak rurociąg czy port morski, B. Targański, *Ochrona konkurencji w działalności platform handlu elektronicznego*, Warszawa 2010, s. 136.

³⁷ Komisja Europejska, *DG Competition...*, pkt 234.

będzie miało miejsce w tych przypadkach, gdy odmowa dostępu do urządzeń kluczowych spowoduje wyeliminowanie konkurencji na niższych szczeblach obrotu. Przy czym odmowa dostępu do urządzeń kluczowych nie będzie miała żadnego obiektywnego uzasadnienia³⁸.

Istotne jest więc, na czym może polegać obiektywne uzasadnienie odmowy dostępu do urządzeń kluczowych. Bardzo dobrym przykładem ukazującym tę kwestię jest sprawa Bronner dotycząca dostępu do sieci dystrybucji prasy. Mediaprint utrzymująca pozycję dominującą na rynku prasy dostarczanej do klientów odmówiła swojemu konkurentowi spółce Bronner dostępu do sieci dystrybucji. Ten ostatni twierdził, że w istocie został pozbawiony dostępu do urządzeń kluczowych, z tego względu, iż nie mając znaczącej liczby klientów, nie jest w stanie ponieść inwestycji związanych z budową własnej sieci dystrybucji. Trybunał Sprawiedliwości UE stwierdził, że odmowa dostępu do urządzeń kluczowych jest zachowaniem antykonkurencyjnym, gdy urządzenia te są niezbędne do prowadzenia określonej działalności gospodarczej i nie ma możliwości ich zduplikowania. W przedmiotowej sprawie ustalono jednak, że alternatywą dla systemu dystrybucji prowadzonego przez dominanta były inne sposoby dystrybucji prasy, chociażby za pośrednictwem poczty. Co więcej, Trybunał podkreślił, że nie ma żadnych technicznych, prawnych lub gospodarczych przeszkód, które uniemożliwiałyby lub znacząco utrudniałyby utworzenie alternatywnego systemu dystrybucji prasy³⁹. Należy dodać, że te trzy przeszkody nie muszą wystąpić kumulatywnie. Wystarczające jest wystąpienie jednego z nich, aby stwierdzić, że określone urządzenie jest niezbędne do wytwarzania określonego produktu lub świadczenia określonej usługi⁴⁰.

Orzeczenie to ukazuje, że oceniając odmowę dostępu do urządzeń kluczowych, należy zbadać nie tylko to, czy dominant miał obiektywne ku temu uzasadnienie, ale także to, czy urządzenia te mogą być zduplikowane. W tym ostatnim przypadku chodzi nie tylko o powielenie dokładnie takich samych urządzeń kluczowych, ale użycie innych, które mogą pełnić taką samą funkcję. Dopiero, gdy będzie to obiektywnie niemożliwe, konkurenci powinni uzyskać dostęp do takich urządzeń. W pewnym sensie orzeczenie to wskazuje także to, że konkurenci nie mogą uzyskać „łatwego” dostępu

³⁸ Sprawa T-158/00 ARD przeciwko Komisji, Zb. Orz. z 2003 r., s. II-3825, pkt 225.

³⁹ Sprawa C 7/97 Bronner, Zb. Orz. z 1998 r., s. I-7791, pkt 45 i 46.

⁴⁰ S. Evrard, *Essential Facilities in the European Union: Bronner and Beyond*, Columbia Journal of European Law 2004, 10, s. 30.

do urzędzeń kluczowych dominanta twierdząc jedynie, iż nie ma dla tych urzędzeń alternatywy na rynku⁴¹. Natomiast przeszkody gospodarcze, wystąpią wtedy, gdy wytworzenie alternatywnych produktów lub usług nie będzie opłacalne w skali porównywalnej do przedsiębiorcy, który odmawia dostaw⁴².

Komisja Europejska wskazała również, że uzasadnieniem odmowy dostaw przez dominanta może być uzyskanie zwrotu z poczynionych inwestycji związanych z czynnikami produkcji. Oznacza to, że dominant może odmówić dostaw czynników produkcji, jeżeli zamierza kontynuować te inwestycje w przyszłości, jednakże w takim przypadku to do dominanta należał będzie obowiązek udowodnienia, że obowiązek dostaw wpłynie negatywnie na poziom jego inwestycji w innowacje⁴³. W ten sposób Komisja Europejska nawiązała do koncepcji wyłączenia indywidualnego spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję, z tym zastrzeżeniem, że uznała, iż odmowa dostaw, która ma na celu podtrzymanie dalszych inwestycji dominanta, np. w rozwój określonej technologii, doprowadzi w wymiarze długofalowym do korzyści dla konkurencji. Z tego też powodu praktyka taka może zostać uznana za obiektywnie uzasadnioną i nie wejść w zakres zakazu nadużywania pozycji dominującej.

7

PODSUMOWANIE

Odmowa kontraktowania podejmowana przez przedsiębiorcę utrzymującego pozycję dominującą na rynku nie zawsze wejdzie w zakres zakazu nadużywania pozycji dominującej. Spowodowane jest to tym, że praktyka ta może mieć często swoje obiektywne uzasadnienie i z tego też powodu nie ograniczać mechanizmu konkurencji. Ocena, czy odmowa kontraktowania narusza prawo konkurencji winna być dokonywana na podstawie przesłanek wykształconych w sprawie Bronner. Powołując się na tę sprawę, należy stwierdzić, że odmowa dostępu do czynników produkcji lub urzędzeń

⁴¹ Podobnie R. Incardona, *Modernisation of Article 82 EC and Refusal to Supply: Any Real Change in Sight?*, *European Competition Journal* 2006, 2, s. 352.

⁴² Sprawa C-418/01 *IMS Health*. *Zb. Orz.* z 2004 r., s. I-5309, pkt 28 i 30.

⁴³ Komunikat Komisji – wytyczne..., pkt 90.

kluczowych będzie wchodziła w zakres zakazu nadużywania pozycji dominującej, jeżeli ze względów technicznych, prawnych lub gospodarczych nie jest możliwe pozyskanie substytucyjnych czynników produkcji z innych źródeł lub wykorzystanie innych urządzeń. Taka ocena jest niewątpliwie korzystna dla samych dominantów. Często bowiem podejmują oni znaczne inwestycje związane z budową określonej infrastruktury czy wydobywaniem czynników produkcji. Gdyby w każdym przypadku dominanci musieli realizować obowiązek dostaw, to znaleźliby się w gorszym położeniu niż ich konkurenci lub inni przedsiębiorcy, którzy nie musieli ponosić ryzyka związanego z dokonywaniem inwestycji. Kryteria wykształcone w sprawie Bronner umożliwiają więc nałożenie na dominanta obowiązku dostaw jedynie w tych przypadkach, w których pozyskanie alternatywnych czynników produkcji lub dostępu do urządzeń kluczowych jest obiektywnie niemożliwe albo tak kosztowne, że naraziłoby innych przedsiębiorców na nadmierne straty. Należy więc stwierdzić, że orzeczenie to wskazuje, że nałożenie obowiązku kontraktowania jest w pewnym sensie ostatecznością wynikającą z braku alternatyw dla działalności dominantanta.

Kolejną ważną przesłanką decydującą o zakwalifikowaniu odmowy kontraktowania jako przejawu nadużycia pozycji dominującej jest eliminacja konkurencji. Dopiero, gdy zostanie stwierdzone, że dominant poprzez odmowę kontraktowania tworzy bariery dostępu do rynku, eliminuje konkurencję, czy uniemożliwia rozwój nowych rynków asortymentowych jego zachowanie będzie sprzeczne z prawem konkurencji. Należy przy tym zaznaczyć, że zachowania dominantanta nie mogą także prowadzić do wyrządzenia szkody konsumentom. A zatem te działania, które co prawda nie prowadzą do wyeliminowania konkurencji, ale do ograniczenia innowacyjności czy ograniczenia wyboru oferowanych konsumentom produktów, też mogą być zakwalifikowane jako zachowanie sprzeczne z prawem konkurencji.

Jednakże wykształcone przez Komisję Europejską oraz orzecznictwo kryteria oceny powinny skupiać się nie tylko na kontekście rynkowym określonego zachowania, ale także brać pod uwagę, w jaki sposób działa sam dominant. Możliwym jest bowiem sytuacja, w której dominant odmawia kontraktowania twierdząc, że wykorzystuje całe swoje moce produkcyjne na potrzeby własnej produkcji, uniemożliwiając dostęp do czynników produkcji lub urządzeń kluczowych innym przedsiębiorcom. O ile praktyka taka wydaje się obiektywnie uzasadniona, to należałoby zbadać, czy dominant wykorzystuje swoje moce produkcyjne celowo w sposób mało



efektywny, mając jednocześnie uzasadnienie dla odmowy dostaw. Oczywiście w takim przypadku nasuwa się pytanie, czy stwierdzając nadużycie pozycji dominującej, można jednocześnie nałożyć na przedsiębiorcę obowiązek dostaw i poprawę efektywności produkcji. Wydaje się, że ustalenie, iż dominant celowo działał w sposób nieefektywny, jest wystarczające do nałożenia na niego obowiązku dostaw. Oczywiście do organów ochrony konkurencji będzie należało ustalenie, w jakim zakresie moce produkcyjne były nieefektywnie wykorzystywane i, w konsekwencji, w jakim wymiarze obowiązek dostaw może być realizowany.

BIBLIOGRAFIA

- Basedow J., Wurmnest W. (red.), *Structure and Effects in EU Competition Law: Studies on Exclusionary Conduct and State Aid*, Kluwer Law International 2011.
- Evrard S., *Essential Facilities in the European Union: Bronner and Beyond*, Columbia Journal of European Law 2004, nr 10.
- Faull J., Nikpay A., *The EC Law of Competition*, Oxford 2007.
- Incardona R., *Modernisation of Article 82 EC and Refusal to Supply: Any Real Change in Sight?*, European Competition Journal 2006, nr 2.
- Kohutek K., Sieradzka M. (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów: komentarz*, Warszawa 2008.
- Pathak A., *Articles 85 and 86 and anti-competitive exclusion in EEC competition law: Part 2*, European Competition Law Review, 1989, nr 10.
- Skoczny T. (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2009.
- Subiotto R., Malone F., Little D., Broses C., De Suciú S., *Recent EU Case Law Developments: Article 102 TFEU*, Journal of European Competition Law & Practice, 2011, nr 2.
- Szydło M., *Nadużywanie pozycji dominującej w prawie konkurencji*, Warszawa 2010.
- Targański B., *Ochrona konkurencji w działalności platform handlu elektronicznego*, Warszawa 2010.

ORZECZNICTWO

Połączone sprawy 6 i 7/73 Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. i Commercial Solvents Corporation przeciwko Komisji Europejskiej, Zb. Orz. z 1974 r., s. I-223.



- Sprawa 22/78 Hugin przeciwko Komisji Europejskiej, Zb. Orz. z 1979 r., s. 1869.
- Sprawa 27/76 United Brands Company i United Brands Continental Bv przeciwko Komisji Europejskiej, Zb. Orz. 1978, s. I-207.
- Sprawa 85/76 Hoffmann-La Roche & Co. AG przeciwko Komisji Europejskiej, Zb. Orz. z 1979, s. I-461.
- Sprawa 322/81 NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin przeciwko Komisji Europejskiej, Zb. Orz. z 1983 r., s. I-3461.
- Sprawa 7/82 Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten mbH (GVL) przeciwko Komisji Europejskiej, Zb. Orz. z 1983 r., s. 483.
- Sprawa C 62/86, AKZO Chemie BV przeciwko Komisji Europejskiej, Zb. Orz. z 1986 r., s. I-1503.
- Sprawa T-30/89 Hilti AG przeciwko Komisji Europejskiej, Zb. Orz. Z 1991 r., s. II-01439.
- Sprawa BPB i British Gypsum przeciwko Komisji Europejskiej, Zb. Orz. z 1993 r., s. II-369.
- Połączone sprawy T-374/94, T-375/94, T-384/94 i T-388/94 European Night Services Ltd (ENS), Eurostar (UK) Ltd, poprzednio European Passenger Services Ltd (EPS), Union internationale des chemins de fer (UIC), NV Nederlandse Spoorwegen (NS) i Société nationale des chemins de fer français (SNCF) przeciwko Komisji Europejskiej, Zb. Orz. z 1998 r., s. II-3141.
- Sprawa T-65/98 Van den Bergh Foods Ltd przeciwko Komisji Europejskiej, Zb. Orz. z 2003 r., s. II-4653.
- Sprawa T-158/00 ARD przeciwko Komisji Europejskiej, Zb. Orz. z 2003 r., s. II-3825.
- Sprawa T-210/01 General Electric Company przeciwko Komisji Europejskiej, Zb. Orz. z 2005 r., s-II-5575.
- Sprawa C-418/01 IMS Health., Zb. Orz. z 2004 r., s. I-5309.
- Sprawa T-201/04 Microsoft przeciwko Komisji Europejskiej Zb. Orz. z 2007 r., s. II-3601.

DOKUMENTY I DECYZJE KOMISJI EUROPEJSKIEJ

DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, Bruksela 2005.

Komunikat Komisji – wytyczne w sprawie priorytetów, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. 82 Traktatu WE w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wyłączającej podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące, Dz. Urz. UE C 45/7 z 2009 r.



Glossary of terms used in EU competition policy Antitrust and control of concentrations, Bruksela 2002.

Sprawa 76/353/EEC, Dz. Urz. WE L 95/1 z 1976 r.

Sprawa IV/33.544 British-Midland/Aer Lingus, Dz. Urz. WE L 96/34 z 1993 r.

Sprawa COMP/35.134 Trans-Atlantic Conference Agreement, Dz. Urz. UE L 95/1 z 1999 r.

Sprawa Comp/C-1/36.915 Deutsche Post AG, Dz. Urz. UE L 331/40 z 2001 r.

Sprawa 2007/53/EC Microsoft, Dz. Urz. UE z 2007 r. L32/23.

