

TOMASZ DĄBROWSKI

Uniwersytet Wrocławski

NADUŻYCIE POZYCJI DOMINUJĄCEJ NA RYNKACH NOWYCH TECHNOLOGII W PRAWIE UNII EUROPEJSKIEJ — PROBLEMY TEORETYCZNE I PRAKTYCZNE

1. WPROWADZENIE

Nadużycie pozycji dominującej na rynkach nowych technologii jest lakonicznie unormowane w prawie Unii Europejskiej (UE), co sprawia, że organy jurysdykcyjne mają szeroki wachlarz możliwości swobodnego działania w toku interpretacji i stosowania prawa w tym zakresie. Ostatnie orzeczenia Trybunału, a także niedawne wyniki postępowań wyjaśniających Komisji świadczą także o agresywnej polityce konkurencji w wykonaniu realizujących ją instytucji. Ten stan rzeczy implikuje zderzenie z problemami o charakterze zarówno prawnym, jak i ekonomicznym. Już od dawna w doktrynie ekonomicznej panuje spór o efektywność polityki antymonopolowej w szerszej perspektywie, nazywanej w ekonomii „długim okresem czasu”. Milton Friedman, ojciec szkoły chicagowskiej, której osiągnięcia stały się podstawą współczesnej polityki ekonomicznej, upatrującej podstaw rozwoju gospodarczego w korzyściach płynących z wolnego rynku, napisał, że „zamiast promować konkurencję, działania wymierzone w praktyki monopolistyczne zmierzają w przeciwną stronę, [...] przynoszą znacznie więcej strat niż korzyści i wyszłoby nam na lepsze, gdyby w ogóle ich nie było”¹. Tymczasem takie działania podejmowane w Unii mają ogromny wpływ na rynek. Problem ten bezpośrednio przekłada się na kwestie prawne, obejmujące narastające wątpliwości, czy Komisja, a następnie Trybunał, funkcjonują w tej polityce w oparciu o właściwe, skuteczne kryteria i czy ich szerokie kompetencje nie są nadużywane ze szkodą dla społeczeństwa.

Krótkookresowe spojrzenie nie obejmuje wszystkich aspektów zagadnienia. Działanie właściwego organu przynosi wielopłaszczyznowe skutki bezpośrednio po jego zastosowaniu, tj. powoduje zmianę równowagi na rynku poprzez nało-

¹ M. Friedman, *The Business Community's Suicidal Impulse*, <http://object.cato.org/sites/cato.org/files/serials/files/policy-report/1999/3/cpr399.pdf> (dostęp: 21.04.2015).

zenie kary na podmiot dominujący, nakazuje zachowanie się wbrew naturalnym siłom rynkowym i działa prewencyjnie z dużym powodzeniem. Aby jednak dokonać całościowej oceny, należy uwzględnić konsekwencje o szerszym wymiarze — jeśli przedsiębiorstwo nie będzie odczuwało pewności co do prawa i innych warunków swojej działalności na rynku, wówczas może podjąć decyzję o jej ograniczeniu. Nie tylko wpływa to na jego sytuację, lecz także determinuje presję konkurencyjną na oponentach i bardzo często objawia się pogorszeniem sytuacji konsumentów. Kiedy działania antymonopolowe organów publicznych odstraszą podmiot od osiągnięcia pozycji dominującej, pozbawi go to motywacji do podwyższania standardów oferowanych dóbr i usług, do obniżania kosztów produkcji, do rozszerzania kanałów dystrybucyjnych, a co najgorsze — do inwestycji w badania i rozwój, podstawę funkcjonowania współczesnej gospodarki opartej na wiedzy. Jak pokazują realia rynkowe, szczególnie w omawianej branży nowych technologii, koszty inwestycyjne są bardzo wysokie, nie ponoszą ich więc podmioty o słabej sile rynkowej. Tylko graczy ze znaczącą pozycją stać na innowacyjność i rozwój technologiczny będący motorem rynku.

Równoległe do dylematów ekonomicznych rodzi się problem o charakterze prawnym, który dotyczy kryteriów wykonywania polityki konkurencji na rynku wewnętrznym UE przez unijne instytucje i organy. Analiza prawa w tym zakresie powinna określić, czy przyznane im kompetencje nie są używane w zbyt dowolny, uznaniowy sposób, destabilizując rynek i działając przeciwnie względem postawionych im celów — zwiększania konkurencyjności podmiotów rynku unijnego w wymiarze ogólnosięciowym oraz polepszenia sytuacji konsumentów.

2. USTALANIE POZYCJI DOMINUJĄCEJ — PODSTAWA PRAWNA I PRAKTYKA INSTYTUCJI UE

Zakres przedmiotowy zakazu nadużywania pozycji dominującej, określonego w art. 102 TFUE, ulega w ostatnich latach żywiołowej ewolucji — zarówno w orzecznictwie Trybunału, jak i w stosowaniu prawa unijnego przez Komisję. Traktat wskazuje trzy przesłanki, których łączne wystąpienie warunkuje możliwość zastosowania powyższego artykułu:

- przedsiębiorstwo lub grupa przedsiębiorstw zajmuje pozycję dominującą na rynku,
- dochodzi do nadużycia owej pozycji,
- wskazane nadużycie ma wpływ na handel między państwami członkowskimi.

Warto zauważyć, że powołany powyżej przepis nie zabrania samego osiągnięcia statusu monopolisty na danym rynku, potępia jedynie nadużywanie tej pozycji. Dążenie do wzmocnienia siły rynkowej przez przedsiębiorstwo traktowane jest

w prawie europejskim, zgodnie z regułami ekonomii, jako zjawisko korzystne, które mobilizuje podmioty rynkowe do osiągania zysków poprzez korzystne dla konsumentów procesy opierające się głównie na obniżaniu cen i ułatwianiu dostępu do produktów i usług lub też na podwyższaniu standardów ich jakości, obsługi klienta i budowaniu silnej marki. Traktat potępia w ogólnym zarysie nadużywanie dominującej pozycji, pozostawiając jednak podstawowe pojęcia dotyczące tej instytucji bez definicji legalnej — rozwinięte zostały w judykaturze i aktach *soft law* stanowionych przez Komisję². Upublicznienie procedur, kryteriów i sposobów dowodzenia faktów ma zwiększyć przejrzystość działań instytucji unijnych oraz wzmocnić pewność obrotu gospodarczego poprzez zwiększenie stopnia przewidywalności stosowanego prawa.

Etapem poprzedzającym ustalenia dotyczące dominacji jest samo określenie przestrzeni ekonomicznej, w której badane zjawiska mają miejsce, tj. ustalenie rynku właściwego przede wszystkim w dwóch aspektach: asortymentowym i terytorialnym. Jest to niezbędny krok w procedurze stosowania art. 102 TFUE, szczególnie ustalone zostały przez Komisję³. Kryterium, jakie wskazano w akcie prawnym, które konieczne jest do uznania danego rynku towarów lub usług za właściwy, to wymiennosc lub substytucyjność pod względem właściwości, ceny i przeznaczenia danego dobra. Najistotniejsza z punktu widzenia praktyki jest procedura badania substytucji popytu przy użyciu metody ilościowej — tzw. testu hipotetycznego monopolisty (testu SSNIP)⁴. Wskazana koncepcja polega na zbadaniu, czy konkretne przedsiębiorstwo zwiększy swój zysk, podnosząc cenę w niewielkim stopniu — rzędu 5–10% powyżej poziomu warunków konkurencji — przy odczuwalnym i trwałym charakterze tej zmiany. Jeśli przedsiębiorstwo odnotuje spadek zysków, dany produkt należy uznać za substytut dobra, którego sprzedaż wzrosła w wyniku eksperymentu. Z kolei jeśli zyski zwiększą się, testowany produkt będzie uznany za autonomiczny rynek właściwy o charakterze asortymentowym, a dane przedsiębiorstwo automatycznie określimy jako posiadające dużą siłę rynkową w tym zakresie.

Rynek właściwy geograficznie to taki obszar ekonomiczny, na którym warunki konkurencji można uznać za dostatecznie homogeniczne, a równocześnie odmienne względem innych obszarów — taką definicję znajdujemy we wspomnianym wcześniej obwieszczeniu Komisji, jednak wynika ona z wcześniejszych orzeczeń Trybunału⁵. Do miar owej homogeniczności zaliczane są w orzecznictwie: koszty

² 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.U. UE 2009 C 45, s. 7–20.

³ Obwieszczenie Komisji w sprawie definicji rynku właściwego do celów wspólnotowego prawa konkurencji, Dz.U. UE 1997 C 372/03.

⁴ J. Barcz (red.), *Prawo gospodarcze Unii Europejskiej*, Warszawa 2011, cz. VI, s. 71–74.

⁵ Wyrok Trybunału z dnia 14 lutego 1978 roku w sprawie United Brands Company i United Brands Continentaal BV przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich. Sprawa 27/76. ECLI EU C 1978 22.

transportu, zwyczaje konsumenckie, istnienie monopolu prawnego⁶. Przy analizie rynku nowych technologii najczęściej obszar ten obejmuje cały świat.

Trudnością w określeniu dominującej pozycji jest różnorodność warunków poszczególnych sektorów gospodarki, struktura danego rynku oraz odmienność zasad funkcjonowania przedsiębiorstw i konsumentów w nim uczestniczących. Określana w judykaturze definicja dominacji wskazuje na jej niezbędny atrybut — hipotetyczną zdolność zapobiegania, ograniczania lub wykluczania skutecznej konkurencji — niezależnie od pozostałych uczestników rynku, zarówno w stosunku do partnerów, jak i konkurentów, a nawet konsumentów⁷. Nie budzi wątpliwości stwierdzenie takiej pozycji w sytuacji istnienia monopolu faktycznego lub prawnego. Orzeczenie w sprawie AKZO ustanawia arbitralną regułę wskazującą, że w każdym przypadku, kiedy przedsiębiorstwo osiągnęło udział rynkowy wyższy niż 50%, należy stwierdzić istnienie pozycji dominującej⁸. Jeśli jednak próg ten nie został przekroczony, konieczna jest głębsza analiza danego rynku, szczególnie przez pryzmat konkurencji, jeśli bowiem pozostali uczestnicy rynku mają w nim znikome udziały i jest ich stosunkowo wielu, nie można wykluczyć pozycji dominującej. Z kolei niewielka liczba podmiotów po stronie podaży może wynikać ze specyfiki danej gałęzi i komplikuje dalszą procedurę. Należy bowiem rozpatrzyć dwie możliwości: albo jest to czysto naturalna sytuacja, albo też przedsiębiorstwa te są powiązane (co odróżnia tę sytuację od zмовы kartelowej z art. 101 TFUE) i wykorzystują swoją pozycję w celu zwiększenia własnej siły rynkowej — jest to dominacja kolektywna. Aby móc zastosować procedurę w oparciu o art. 102 TFUE, należy nie tylko wykazać istnienie powiązań kapitałowych, ale też udowodnić, że strategia rynkowa przedsiębiorstwa jest prowadzona w oparciu o uzgodnienia z podmiotem macierzystym lub wytyczne pochodzące od niego⁹. Trybunał uznaje, że kryterium jest tu ocena ekonomiczna, a nie związki strukturalne, decydujące znaczenie ma uznanie za podmiot kolektywny, gdy z ekonomicznego punktu widzenia prezentują się lub działają wspólnie¹⁰.

Równolegle należy wziąć pod uwagę przeciwną stronę rynku — popyt, czyli rynek zakupów. Oczywiście podmioty, które będą tu przedmiotem zainteresowania, to nie konsumenci, ale przedsiębiorstwa pośredniczące w transakcji. Monopson to forma rynku, w której funkcjonuje tylko jeden odbiorca, mogący od wielu dostawców towaru czy usługi żądać zaniżania cen w negocjacjach z dostawcami.

⁶ J. Barcz (red.), *op. cit.*

⁷ Wyrok Trybunału z dnia 13 lutego 1979 roku w sprawie Hoffmann — La Roche & Co. AG przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich. Sprawa 85/76. ECLI EU C 1979 36.

⁸ Wyrok Trybunału z dnia 3 lipca 1991 roku w sprawie AKZO Chemie BV przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich. Sprawa C-62/86. ECLI EU C 1991 286.

⁹ A. Cieśliński (red.), *Wspólnotowe prawo gospodarcze*, t. II, Warszawa 2007, s. 621–624.

¹⁰ Wyrok Trybunału z dnia 16 marca 2000 roku w sprawach Compagnie Maritime Belge Transports SA (C-395/96 P), Compagnie Maritime Belge SA (C-395/96 P) i Dafra-Lines A/S (C-396/96 P) przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich. Sprawy połączone C-395/96 P oraz C-396/96 P. ECLI EU C 2000 132.

Zazwyczaj jest to przedsiębiorstwo państwowe, które zapewnia dobra publiczne, np. opiekę zdrowotną lub też operuje w sektorze rynku o strategicznym znaczeniu, np. przesył ropy naftowej czy gazu ziemnego¹¹. Takie rozumowanie zostało potwierdzone przez Trybunał w sprawie CICCE¹².

3. POJĘCIE POZYCJI DOMINUJĄCEJ

Z uwagi na podstawowe zasady funkcjonowania zdrowego rynku prawo unijne nie zakazuje samego zajęcia pozycji dominującej ani korzystania z niej zgodnie z prawem — art. 102 TFUE potępia tylko jej nadużycie. Traktat nie definiuje tego pojęcia, ograniczając się do przykładowego wyliczenia takich nadużyć:

- narzucania uciążliwych cen i warunków umów,
- ograniczania produkcji, zbytu lub rozwoju technicznego,
- stosowania zróżnicowanych warunków wobec różnych partnerów handlowych,
- zobowiązywania do nabywania świadczeń dodatkowych czy niezwiązanych z przedmiotem transakcji.

We wskazanym wcześniej orzeczeniu w sprawie *Hoffmann — La Roche* przeciwko Komisji Trybunał określił zobiektywizowaną definicję nadużycia jako takie zachowanie podmiotu zajmującego pozycję dominującą, które wpływa na strukturę rynku, na którym w wyniku obecności danego przedsiębiorstwa warunki konkurencji są zaburzone. Ta nierównowaga musi ponadto wynikać z zastosowania przez to przedsiębiorstwo metod odbiegających od normalnej konkurencji opartej na jakości działań uczestników rynku. W tej konkretnej sprawie Trybunał uznał za nadużycie działania polegające na ograniczaniu możliwości wyboru konsumentom oraz blokowaniu innym producentom dostępu do rynku — tzw. praktyki wykluczające (wyłączające). Poza konkretny rynek właściwy mogą wykraczać tzw. praktyki wiązania, polegające na wykorzystaniu dominującej pozycji w jednym sektorze do wzmocnienia siły rynkowej w innym. Tutaj najważniejszym przykładem jest potwierdzone przez Trybunał nadużycie przez Microsoft pozycji dominującej, polegające na wykorzystaniu bezkonkurencyjnego statusu na rynku systemów operacyjnych dla PC do zdobycia rynku systemów operacyjnych dla serwerów oraz segmentu programów multimedialnych.

Priorytetem polityki unijnej w tym zakresie jest ochrona procesu konkurencji, a nie podmiotów konkurujących — Komisja ma oceniać konkretne praktyki

¹¹ U. Kalina-Prasznica, *Leksykon polityki gospodarczej*, Kraków 2005, s. 135.

¹² Wyrok Trybunału z dnia 28 marca 1985 roku w sprawie *Comité des industries cinématographiques des Communautés européennes (CICCE)* przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich. Sprawa 298/83. ECLI EU C 1985 150.

z punktu widzenia ich efektów¹³. Wytyczne wskazują cztery obszary wraz z zasadami oceny każdego z nich:

— systemy wyłączności obejmują zobowiązania do wyłącznego zakupu lub inne zobowiązania o takim samym skutku oraz rabaty warunkowe;

— sprzedaż wiązana, polegająca na uzależnieniu możliwości zakupu produktu podstawowego od nabycia produktu powiązanego (w oparciu zarówno o warunki umowne, jak i aspekty techniczne), oraz sprzedaż pakietowa, która jest co do istoty oferowaniem produktów w sposób łączny, w ustalonych proporcjach, lub też w przypadku metody mieszanej, kiedy oferuje się konsumentom zarówno pakiet, jak i poszczególne jego składniki osobno, gdy suma cen tych składników jest wyższa od ceny pakietu; Komisja uzależnia podjęcie działań w tym zakresie od wystąpienia dwóch przesłanek: produkt podstawowy i powiązany są odrębnymi produktami, a także praktyka może doprowadzić do zamknięcia dostępu do rynku;

— praktyki drapieżne to działalność przynosząca straty ekonomiczne podejmowana w celu zamknięcia dostępu do rynku, przy czym o stratach mówi się, gdy cena dobra jest niższa od średniego jednostkowego zmiennego kosztu produkcji, czyli kosztu uzależnionego od rozmiarów wolumenu działalności przedsiębiorstwa;

— odmowa dostaw produktu bądź usługi koniecznych do skutecznego konkurencji na rynku, która może wyeliminować skuteczną konkurencję i zaszkodzić konsumentom oraz zaniżanie marży.

Nawet w przypadku spełnienia w danej sytuacji powyższych przesłanek, wciąż istnieje możliwość uwolnienia się od odpowiedzialności. Wytyczne Komisji zawierają dwie przesłanki egzoneryjne — wobec braku takiego uregulowania w Traktacie. Pierwsza z nich to obiektywna konieczność i proporcjonalność działania przedsiębiorstwa — na przykład w związku z zapewnieniem bezpieczeństwa w związku z wyjątkowym charakterem konkretnego produktu, choć nie należy do kompetencji podmiotów prywatnych podejmowanie inicjatyw w celu wyeliminowania z rynku produktów konkurencji, niezależnie od tego, czy są np. mniej bezpieczne od własnych. Drugą przesłanką są korzyści w postaci wzrostu efektywności, o ile przewyższają one rozmiar negatywnych, antykonkurencyjnych skutków dla konsumentów (brak szkód netto). Możliwość powołania tej obrony uzależniona jest od łącznego spełnienia warunków, które odpowiadają tym wskazanym w art. 101 ust. 3 TFUE, takich jak: wzrost efektywności przybierze formę np. obniżenia kosztów produkcji lub dystrybucji czy też podwyższenia standardów jakościowych towaru lub usługi, nie ma alternatywy o mniejszym koszcie dla konkurencji oraz działanie to nie przyczyni się do faktycznego stłumienia konkurencji.

¹³ 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.U. UE 2009 C 45, s. 7–20.

4. UPRAWNIENIA KOMISJI EUROPEJSKIEJ

Po niedawnej zmianie prawa pierwotnego, regulującego postępowania antymonopolowe, obowiązuje zdecentralizowany system stosowania art. 102 TFUE, który ujednolicił możliwości stosowania reguł konkurencji zarówno przez Komisję, jak i krajowe organy ochrony konkurencji i sądy¹⁴. Jednak to wciąż na Komisji spoczywa główny ciężar ochrony konkurencji na rynku wewnętrznym, z uwagi na to przyznano jej wyjątkowo szerokie spektrum władczych uprawnień. Dodatkowe akty prawne, choć nie mają *stricte* wiążącego charakteru, przyjęte zostały przez Dyрекcję Generalną do spraw Konkurencji¹⁵. Rozporządzenie nakłada na organ zarzucający naruszenie obowiązek jego udowodnienia, a z kolei na przedsiębiorstwie spoczywa ciężar dowodowy w zakresie przesłanek egzoneryacyjnych. Komisja zobowiązana do zwalczania najpoważniejszych naruszeń prawa konkurencji ma szerokie uprawnienia śledcze oraz kompetencje do wydawania decyzji:

— nakazujących zaprzestania stwierdzonego naruszenia zasad z art. 101 i 102 TFUE,

— konstytuujących zobowiązania przedsiębiorstw uwzględniających zastrzeżenia Komisji sformułowane we wstępnej fazie postępowania,

— nakładających okresowe bądź jednorazowe kary pieniężne: nie większe niż 10% całkowitego obrotu w poprzednim roku obrotowym, w przypadku dostarczania wadliwych informacji — 1%; okresowa kara pieniężna nakładana jest w celu nakłonienia przedsiębiorstwa do zaprzestania naruszania, uwzględnienia środka tymczasowego, dostarczenia informacji i poddania się kontroli (nie większa niż 5% średniego dziennego obrotu w poprzednim roku obrotowym za każdy dzień uchybienia obowiązkowi).

Komisja ustaliła zasady, na podstawie których nakładane są kary¹⁶. Procedura ta opiera się na wyznaczeniu podstawowej kwoty grzywny, a następnie na jej podwyższeniu w oparciu o przesłanki obciążające lub obniżeniu na podstawie okoliczności łagodzących. Kwota podstawowa to pewna część wartości sprzedaży, której wysokość zależy od wagi naruszenia (uwzględniając charakter naruszenia, siłę rynkową podmiotu, zakres geograficzny), ale co do zasady nie powinna przekroczyć 30% tej wartości, pomnożona przez liczbę lat, w ciągu których trwało naruszenie. Jeśli Komisja stwierdzi kontynuowanie łamania zasad konkurencji lub ponowne jego dokonanie po stwierdzeniu naruszenia przez uprawniony organ, może podwyższyć karę nawet o 100% w stosunku do kwoty bazowej. Ponadto karę można zwiększyć także wtedy, gdy podmiot odmawia współpracy bądź

¹⁴ Rozporządzenie Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16.12.2002 roku w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu, Dz.U. WE 2003 L 1/1.

¹⁵ Zawiadomienie Komisji w sprawie najlepszych praktyk w zakresie prowadzenia postępowania w związku z art. 101 i 102 TFUE, Dz.U. UE 2011 C 308/06.

¹⁶ Wytoczne w sprawie metody ustalania grzywien nakładanych na mocy art. 23 ust. 2 lit. a Rozporządzenia 1/2003, Dz.U. UE 2006 C 210.

utrudnia przeprowadzenie dochodzenia lub też gdy przypisuje mu się kierowniczą rolę w grupowym pogwałceniu zasad konkurencji. Z kolei na obniżenie kwoty podstawowej może wpłynąć: udowodnienie zaprzestania bezprawnej praktyki po pierwszej interwencji Komisji, wykazanie, że działanie było wynikiem zaniechania, aktywna współpraca z Komisją oraz zachęta lub upoważnienie ze strony organów publicznych, w tym także w formie przepisów prawnych. Poza powyższymi przesłankami brana jest pod uwagę konieczność prewencyjnego działania Komisji — w tym celu ma ona prawo podwyższyć grzywnę, jeśli dany podmiot posiada wysoki obrót poza sprzedażą dóbr lub usług w sektorze, do którego odnosi się naruszenie. Decyzje Komisji podlegają kontroli TSUE (Sądu), oprócz traktatowych skarg (o stwierdzenie nieważności aktu prawnego, na zaniechanie oraz odszkodowawczej) przedsiębiorstwo może skorzystać z możliwości przysługującej mu na podstawie art. 31 Rozporządzenia nr 1/2003 — odwołanie od decyzji nakładających grzywnę lub okresową karę pieniężną, które mogą zostać uchylone, obniżone, ale też podwyższone przez Sąd.

5. POSTĘPOWANIE PRZED KE

Pierwsze przeprowadzone przez Komisję postępowanie w związku z nadużyciem pozycji dominującej na rynku nowych technologii dotyczyło Microsoftu. W 2004 roku Komisja stwierdziła naruszenie art. 102 TFUE w dwojaki sposób: poprzez odmowę udostępnienia informacji zapewniających interoperacyjność komputerowych systemów operacyjnych oraz wiązaną sprzedaż systemu Windows i odtwarzacza multimedialnego Windows Media Player¹⁷. Komisja wyodrębniła trzy rynki właściwe: rynek systemów operacyjnych dla PC, systemów operacyjnych dla serwerów i odtwarzaczy multimedialnych. Na pierwszych dwóch stwierdzono dominującą pozycję Microsoftu. Nałożona została grzywna w wysokości 497 mln € — kwotę podstawową podwyższono z uwagi na czas trwania naruszenia (ponad 5 lat) oraz dla efektu odstrasżającego, decyzja zawierała także nakaz zaprzestania naruszenia. Sąd UE w pierwszej instancji oddalił skargę Microsoftu o stwierdzenie nieważności decyzji lub obniżenie grzywny¹⁸. Skarga oparta została przede wszystkim na zarzucie, że technologia Microsoftu nie jest nieodzowna do osiągnięcia kompatybilności z systemem operacyjnym Windows PC, a więc odmowa jej udostępnienia nie ogranicza dostępu do rynku. Ponadto w skardze podniesiono, że teoria wykluczenia w odniesieniu do Windows Media

¹⁷ Decyzja Komisji z dnia 24 maja 2004 roku odnosząca się do procedury przewidzianej w art. 82 Traktatu WE oraz art. 54 Porozumienia EOG przeciwko Microsoft Corporation. Sprawa COMP/C-3/37.792, Dz.U. UE 2007 L 32.

¹⁸ Wyrok Sądu pierwszej instancji (wielka izba) z dnia 17 września 2007 roku w sprawie Microsoft Corp. przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich. Sprawa T-201/04. ECLI EU C 2007 289.

Player ma charakter spekulacyjny, ponieważ fakt wiązania sprzedaży nie oznacza wcale, że w przyszłości kodowanie plików multimedialnych będzie dokonywane jedynie w oparciu o format WMP. Oprócz tego Microsoft powołał się na nowość stwierdzenia naruszenia, uznając, że wysokość grzywny jest w oczywisty sposób zawyżona. Ostatecznie Sąd utrzymał decyzję Komisji w mocy co do najważniejszego jej zakresu — licząc kary przymuszające, Microsoft zapłacił 889 mln euro.

Na skutki prawne i ekonomiczne tego orzeczenia wpływa także fakt, że Microsoft to jedno z najbardziej innowacyjnych przedsiębiorstw branży informatycznej na świecie, które zdobywa udziały w rynku dzięki nowoczesnym produktom o wysokim standardzie jakości, skutecznym i tanim metodom dystrybucji oraz przede wszystkim poprzez wielopłaszczyznową działalność zaspokajającą potrzeby konsumenta w coraz szerszym zakresie, co pozwala na zdobywanie kolejnych rynków, np. narzędzi biurowych, przeglądarek internetowych oraz różnorodnych usług internetowych. W połączeniu z oferowanymi towarami elektronicznymi Microsoft zapewnia konsumentom kompleksowe świadczenie, co bezpośrednio wpływa na sukces ekonomiczny. Korzystanie z praw własności intelektualnej w dobrowolny sposób jest elementem niezbędnym do czerpania korzyści z własnych innowacji, co w dłuższej perspektywie może doprowadzić do efektów przeciwnie skutecznych w dziedzinie tzw. dobrobytu konsumentów. Mimo to Komisja uznała konieczność inwestycji w badania i rozwój za barierę dla twórców innych programów. Komisja nie kryje przy tym, że zgadza się ze stanowiskiem, iż system Windows dla PC stał się „*de facto* standardem” w swojej dziedzinie. Sytuację, kiedy dorównanie standardom uznaje się za barierę ograniczającą dostęp do rynku, należy uznać za niewłaściwą, hamującą naturalne, rynkowe siły budujące kapitał ekonomiczny i dążące do zapewnienia wzrostu gospodarczego. Komisja wskazała, że konkurenci, mając dostęp do przedmiotowych informacji, mogliby zaoferować lepsze produkty — rozumowanie to zawodzi jednak w dłuższej perspektywie czasu, kiedy nadwyżężanie prawa własności intelektualnej spowoduje ograniczenie inwestycji w innowacyjność¹⁹.

W oparciu o wskazane wcześniej przesłanki Komisja wydała decyzję nadającą wiążący charakter zobowiązaniom IBM w zakresie rozwiązania problemów dotyczących konkurencji w wyniku postępowania przeprowadzonego na rynku usług serwisowych dotyczących komputerów typu mainframe oraz systemów operacyjnych IBM²⁰. Takie komputery są urządzeniami o ogromnej mocy obliczeniowej, wykorzystywanymi przez instytucje publiczne oraz korporacje do przechowywania i przetwarzania informacji handlowych o szczególnym znaczeniu, w tym

¹⁹ D. Miąsik, T. Skoczny, M. Surdek (red.), *Sprawa Microsoft — studium przypadku. Prawo konkurencji na rynkach nowych technologii*, Warszawa 2008, s. 31–38.

²⁰ Streszczenie decyzji Komisji z dnia 13 grudnia 2011 roku dotyczącej postępowania przewidzianego w art. 102 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej oraz w art. 54 Porozumienia EOG przeciwko International Business Machines Corporation. Sprawa COMP/39.692, Dz.U. UE 2012 C 18/06.

do obsługi najważniejszych procesów biznesowych. Pozycję tę uzyskały dzięki niezawodności oraz łatwości serwisowania — usługi te świadczy zarówno IBM, jak i inni serwisanci. Komisja wstępnie stwierdziła nadużycie pozycji dominującej poprzez narzucenie nieuzasadnionych warunków dostawy części zamiennych konkurentom. W odpowiedzi na zastrzeżenia Komisji przedsiębiorstwo zobowiązało się do zapewnienia dostępności najważniejszych części zamiennych i informacji technicznych oraz uaktualnień oprogramowania na uzasadnionych rynkowo i niedyskryminujących warunkach przez pięć lat.

W momencie uruchamiania procedury Komisja badała, oprócz powyższego, jeszcze jeden zarzut w oparciu o skargę konkurentów (T3 Technologies i Turbo Hercules, a później także Neon Enterprise Software) dotyczącą nadużycia pozycji dominującej, polegającego na rzekomym wiązaniu sprzętu komputerowego typu mainframe z jego oprogramowaniem przez producenta — IBM. Jednak po przegraniu równoległej sprawy przed organami w Stanach Zjednoczonych skarżący wycofali zarzuty, niedługo potem Komisja zamknęła dochodzenie²¹. Ten przykład wskazuje na dwa niepokojące zjawiska, które są pokłosiem orzeczenia w sprawie Microsoftu, a mianowicie konkurenci zyskują daleko idące ułatwienia, gdy bez ponoszenia kosztów mogą skorzystać ze skargi przewidzianej w prawie UE i oczekiwać przychyłnej decyzji ze strony Komisji, zamiast samodzielnie inwestować w innowację własnych produktów i usług, natomiast ogromny rozmiar kary nałożonej na Microsoft, która rzeczywiście ma silny wymiar odstrasżający, może skłaniać inne podmioty rynkowe do rezygnacji z dochodzenia swych racji przed Trybunałem wobec tak agresywnej polityki Komisji i Sądu i podporządkowywanie się zarzutom Komisji z uwagi na mniejsze ryzyko ekonomiczne.

Podobnie jest ze strategią korporacji Intel, odnoszącą się do dystrybucji procesorów o architekturze x86 w latach 2002–2007, która w nielegalny zdaniem Komisji sposób wykorzystywała swą dominującą pozycję na rynku tych procesorów do wykluczenia jedyne go efektywnego konkurenta — Advanced Micro Devices. Architektura ta jest standardem autorstwa Intela, umożliwia działanie zarówno systemów Linux, jak i Windows. Niewielka liczba konkurentów wynika przede wszystkim z wysokich kosztów związanych z procesami badań i rozwoju, praw własności intelektualnej oraz wyspecjalizowanej metody produkcji. Według Komisji nadużyciem pozycji dominującej Intela było stosowanie rabatów warunkowych dla głównych producentów sprzętu komputerowego (np. Dell, HP, Lenovo) w oparciu o warunek, że będą oni zaopatrywać się wyłącznie lub prawie wyłącznie w jego procesory na potrzeby własnej produkcji²². Na podobnej zasadzie Intel płacił Media Saturn Holding, największemu detaliście w dziedzinie sprzedaży kom-

²¹ The Register, *Mainframers drop EU antitrust complaints against IBM*, http://www.theregister.co.uk/2011/08/03/ibm_eu_mainframe_complaints_dropped/ (dostęp: 23.04.2015).

²² Streszczenie decyzji Komisji z dnia 13 maja 2009 roku dotyczącej postępowania zgodnie z art. 82 Traktatu WE i art. 54 Porozumienia EOG w sprawie COMP/C-3/37.990 — Intel, Dz.U. UE 2009 C 227/07.

puterów osobistych w Europie, za sprzedaż komputerów opartych wyłącznie na własnych procesorach. To również zostało uznane za rabat. Komisja podkreśliła nielegalny charakter związania nabywców obietnicą zaopatrywania się wyłącznie w jednym przedsiębiorstwie, nawet na ich wniosek. Spełnia to przesłanki wskazane w powoływanym wcześniej orzeczeniu Hoffmann — La Roche. Komisja przeprowadziła także hipotetyczną analizę możliwości zamknięcia dostępu do rynku konkurentowi, który byłby równie efektywny jak Intel. W tym przypadku test ów polega na ustaleniu ceny procesora, którą konkurent o identycznej efektywności produkcji musiałby zaoferować producentom komputerów, aby zrównoważyć rabat Intela. Uwzględnia się w tym procesie: udział, który faktycznie może być przeniesiony do konkurencji, nie dłuży niż rok odcinek czasu, właściwy pomiar ponoszonych kosztów (tzw. koszty możliwe do uniknięcia — ACC). Z oceny wynika, że konkurent musiałby zaoferować swój produkt po cenie niższej od kosztów produkcji Intela, a w związku z tym testowany rabat zamyka potencjalnemu konkurentowi dostęp do rynku. Analogiczny proces zastosowano do oceny relacji z MSH. Komisja stwierdziła ponadto szkodę dla konkurencji i konsumentów w postaci ograniczenia możliwości wyboru produktu końcowego i zmniejszania motywacji do innowacji. Intel argumentował z kolei, że z uwagi na wolumen produkcji w rzeczywistości poprawiały efektywność, jako że prowadzi do obniżenia cen i poprawy wydajności produkcji, a negatywny wynik testu wynika z osiągniętych korzyści skali. Komisja nie uznała tych racji i nakazała Intelowi zapłatę rekordowej grzywny 1060 mln €. Sąd odrzucił odwołanie Intela²³.

Na wczesnym etapie jest jeszcze spór pomiędzy kolejnym gigantem na rynku nowoczesnych technologii, Google, a Komisją. Pierwsza kwestia to nadużywanie pozycji dominującej na rynku wyszukiwarek. Komisja sformułowała pisemne zastrzeżenia odnoszące się do faworyzowania własnej porównywarki cenowej Google Shopping²⁴. Przedsiębiorstwo podnosi, że stara się zapewnić kompleksową obsługę klienta, Komisja zauważa jednak negatywny wpływ tych praktyk na innowacyjność i konsumentów z uwagi na to, że pozycjonowanie wyników wyszukiwania nie jest całkowicie uzależnione od istotności poszczególnych rezultatów. Drugą sferą zainteresowania Komisji jest rynek systemów operacyjnych dla urządzeń mobilnych — obecnie prowadzone jest formalne postępowanie wyjaśniające w sprawie systemu Android²⁵. Jest to system o charakterze otwartym, co oznacza, że każdy może z niego nieodpłatnie korzystać, a nawet go modyfikować.

²³ Wyrok Sądu z dnia 12 czerwca 2014 roku Intel Corp. przeciwko Komisji Europejskiej. Sprawa T-286/09. ECLI EU C 2014 547.

²⁴ Komisja Europejska, *Antitrust: Commission sends Statement of Objections to Google on comparison shopping service*, http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-15-4781_en.htm (dostęp: 21.04.2015).

²⁵ Komisja Europejska, *Antitrust: Commission opens formal investigation against Google in relation to Android mobile operating system*, http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-15-4782_en.htm (dostęp: 21.04.2015).

Przedmiotem postępowania są jednak praktyki odnoszące się do preinstalowanych aplikacji, będących produktami Google. Przedsiębiorcy oferujący konsumentom urządzenia mobilne zawierają umowy bilateralne z Google, określające warunki korzystania z tych aplikacji. Postępowanie dotyczy szczegółowych warunków tych właśnie umów — ustalane jest, czy Google nie zamykał konkurentom dostępu do rynku poprzez wymaganie zobowiązania do instalowania wyłącznie własnych aplikacji oraz czy nie dochodziło do sprzedaży związanej bądź pakietowanej w oparciu o opisywane wcześniej procedury.

6. PODSUMOWANIE

Na przestrzeni lat obserwujemy tendencje orzecznicze zmierzające do ekonomicznej wyjaśnianych wcześniej pojęć i mierników wykorzystywanych do osiągnięcia zindywidualizowanych efektów stosowanych sankcji²⁶. Obserwowany jest jednak rozdzźwięk pomiędzy postulatami ekonomistów a faktycznie stosowanymi procedurami prawnymi. W przedstawionych przypadkach widać wyraźnie, że obecny stan prawny jest bardzo niepewny, podlega dynamicznemu rozwojowi, a to nie sprzyja stabilności warunków procesów rynkowych, co z kolei jest podstawą do inwestycji, niezbędnych do podwyższania standardów jakości i dążenia do optymalizacji sytuacji konsumentów. Wziąwszy pod uwagę ekonomiczny poziom istotności tych procesów, a także szczególny charakter rynku nowoczesnych technologii, sukces uzależniony jest właśnie od oferowania nowoczesnych, drogich w produkcji, rozwiązań. W tej konkretnej gałęzi nie zachodzą przesłanki do ostrożnego, ochronnego podejścia do sektorów o strategicznym znaczeniu dla państwa z uwagi na przykład na politykę energetyczną czy publiczny charakter dóbr oferowanych konsumentom. Jest to rynek charakteryzujący się stosunkowo wysokim poziomem płynności, warunki zapewnione poprzez elektroniczne kanały dystrybucji bardzo zbliżają się do postulowanego w teorii braku barier. Wszystkie te czynniki uprawniają do uznania, że warunki tego rynku w istotny sposób zbliżają się do czystej konkurencji, a więc najlepszym rozwiązaniem jest maksymalne ograniczenia roli organów publicznych w gospodarce. Także wskazane wyżej wdrażanie unijnej polityki konkurencji można określić jako zbyt agresywne, nieproporcjonalne oraz godzące w stabilność rynku.

²⁶ A. Wróbel (red.), *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz*, t. II, Warszawa 2012, s. 314–350.

ABUSE OF A DOMINANT POSITION IN THE NEW TECHNOLOGY MARKET — THEORETICAL AND PRACTICAL ISSUES

Summary

The paper indicates the current theoretical and practical problems in the application of EU competition policy, especially with respect to the proceedings relating to recognition of an abuse of a dominant position in the new technology market. A brief analysis of the recent Commission's decisions and Court of Justice's rulings leads to the conclusion that too often an action that is supposed to enhance the conditions of a free internal market based on competition and consumer's welfare contradicts those fundamental purposes. Aggressive approach of the EU institutions in the process of interpretation and applying the law causes the entrepreneurs to feel insecure about their investments in the knowledge economy, innovations and increasing market standards, which means so much in this particular branch.