

DARIA KOSTECKA-JURCZYK

Uniwersytet Wrocławski
e-mail: dkj@prawo.uni.wroc.pl

Zastosowanie art. 101 ust. 1 TFUE
przez krajowe organy antymonopolowe
w sytuacji, gdy porozumienie
ograniczające konkurencję spełnia kryteria
de minimis, a konkurencja zostaje
w znacznym stopniu ograniczona —
glosa do orzeczenia z dnia 13 grudnia 2012 r.
w sprawie C-226/11 Expedia

Wprowadzenie

Orzeczenie wstępne Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: TSUE) w sprawie Expedia dotyczy wykładni art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej: TFUE) i art. 3 ust. 2 rozporządzenia 1/2003¹. Zostało ono wydane w związku z postępowaniem dotyczącym sporu między spółką Expedia Inc. (dalej: Expedia) i *Autorité de la concurrence* (francuski organ ochrony konkurencji) w kwestii naruszenia konkurencji przez utworzenie wspólnej spółki zależnej między Expedia i *Société nationale des chemins de fer français* — państwowa spółka kolejowa (dalej: SNCF).

Orzeczenie to budzi kilka wątpliwości. Po pierwsze, TSUE nie wyjaśnił, czy krajowe organy ochrony konkurencji są obowiązane uwzględnić obwieszczenia Komisji Europejskiej (dalej: Komisja). Wprawdzie hierarchia źródeł prawa europejskiego nie pozwala uznać ich za akty prawne wiążące państwa członkowskie

¹ Rozporządzenie Rady (WE) z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 81 Traktatu (art. 101 i 102 TFUE), Dz. Urz. 2003 L 1/1.

(art. 288 TFUE), obwieszczenia Komisji dotyczące stosowania i egzekwowania prawa konkurencji określają jednak narzędzia służące do oceny zachowań przedsiębiorstw. Mają więc one niezwykle istotne znaczenie dla jednolitego stosowania prawa konkurencji w UE. W tym kontekście istotne jest też pytanie o zasadę lojalnej współpracy, która powinna skłaniać organy ochrony konkurencji państw członkowskich do uwzględniania wytycznych wydawanych przez Komisję, mimo że nie mają takiego obowiązku.

Wątpliwość budzi także wyrażony przez TSUE pogląd dotyczący odczuwalności ograniczenia konkurencji — wbrew dotychczasowej linii orzeczniczej uznał bowiem, że porozumienie, którego celem jest zakłócenie konkurencji, z natury stanowi dotkliwe jej ograniczenie, bez względu na jego skutki.

Stan faktyczny

Spółka Expedia utworzyła we wrześniu 2001 r. wraz ze spółką SNCF wspólne przedsiębiorstwo w celu sprzedaży biletów kolejowych i wycieczek turystycznych przez Internet. W tym celu spółka SNCF zawarła wiele porozumień z Expedia dotyczących internetowej sprzedaży wycieczek przez wyspecjalizowaną spółkę amerykańską i wspólnie utworzyły wspólną spółkę zależną pod firmą GL Expedia. Na stronie internetowej voyages-SNCF.com, która zawierała dotychczas możliwość rezerwacji i kupna biletów kolejowych, wprowadzono ofertę internetowego biura podróży. Działalność ta stanowiła obszar zadań wspólnego przedsiębiorstwa — oferowanie *on-line* usług internetowego biura podróży. W 2004 r. wspólna spółka córka zaczęła prowadzić działalność gospodarczą pod zmienioną firmą — Agencja voyages SNCF.com (dalej: Agencja VSC). Francuski organ ochrony konkurencji decyzją z dnia 5 lutego 2009 r. stwierdził, że współpraca SNCF i Expedia polegająca na utworzeniu Agencji VSC narusza art. 101 TFUE i art. L 420-1 francuskiego kodeksu handlowego (*code de commerce*), gdyż *de facto* powstał kartel, którego celem lub skutkiem będzie wspieranie pozycji spółki córki na rynku usług biur podróży ze szkodą dla konkurentów. Organ ten nałożył karę finansową na Expedia i SNCF. Wyraził on pogląd, że Expedia i SNCF były konkurentami na internetowym rynku usług turystycznych (wyjazdów wypoczynkowych), utrzymywały udział w rynku wynoszący ponad 10% i tym samym art. 7 obwieszczenia *de minimis* a także art. L 464-2-1 francuskiego kodeksu handlowego nie miały zastosowania. W postępowaniu przed francuskim sądem apelacyjnym Expedia zakwestionowała wielkość udziału w rynku Agencji VSC. Zdaniem Expedia jego wysokość została przez sąd przeszacowana i w związku z tym nie było podstaw nałożenia kary pieniężnej na podstawie art. 3 ust. 2 rozporządzenia 1/2003. Trybunał Sprawiedliwości UE w orzeczeniu z dnia 23 lutego 2010 r. stwierdził w szczególności, że *Autorité de la concurrence*, z uwagi na treść art. L 464-6-1 kodeksu handlowego i użycie w nim pojęcia „można” ma moż-

liwość ścigania sprzecznych z regułami konkurencji zachowań przedsiębiorstw, których udział w rynku jest niższy niż próg określony w wytycznych Komisji w sprawie porozumień o mniejszym znaczeniu. Zdaniem obu spółek porozumienie ze względu na niewielkie znaczenie nie mogło być oceniane jako kartel. Strony porozumienia wyraziły też wątpliwość, czy krajowe organy mogą stwierdzić naruszenie prawa konkurencji w sytuacji, gdy nie zostały osiągnięte progi udziału w rynku określone w wytycznych Komisji w sprawie porozumień *de minimis*². Francuski sąd apelacyjny (*Cour d'appel de Paris*) uznał, że kryterium udziału w rynku nie jest wyczerpującą podstawą rozstrzygnięcia sporu. W świetle francuskiego prawa organy ochrony konkurencji mogą wszcząć postępowanie, gdy udział w rynku jest niższy niż ustawowy próg. Ponieważ były spełnione także przesłanki stanu faktycznego kartelu w świetle prawa europejskiego, ewentualny konflikt norm prawnych w świetle art. 3 ust. 2 rozp. 1/2003 należy rozstrzygnąć na korzyść prawa unijnego. *Cour de cassation* potwierdził pogląd francuskiego organu ochrony konkurencji, że porozumienie między Expedia i SNCF bezspornie miało na celu ograniczenie konkurencji. Wyraził jednak wątpliwość, czy w sytuacji, gdy nie zostały spełnione kryteria ilościowe określone w obwieszczeniu *de minimis*, można domniemywać nieznacznego ograniczenia konkurencji. Z tego względu *Cour de cassation* odroczył postępowanie i skierował pytanie do TSUE, czy krajowy organ ochrony konkurencji był uprawniony do nałożenia kary finansowej na strony porozumienia na podstawie różnych przepisów: art. 101 ust. 1 TFUE i krajowego prawa konkurencji, w sytuacji, gdy nie zostały osiągnięte progi udziału w rynku określone w obwieszczeniu *de minimis*.

Orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej

W odpowiedzi na pytanie prejudycjalne TSUE, biorąc pod uwagę art. 288 TFUE potwierdził, że obwieszczenia Komisji, jak na przykład obwieszczenie *de minimis*, nie są wiążące dla państw członkowskich³. Organ ochrony konkurencji państwa członkowskiego może wykorzystać próg udziału w rynku określony w pkt. 7 wytycznych *de minimis* w celu ustalenia odczuwalności ograniczenia konkurencji, ale nie ma takiego obowiązku⁴. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej stwierdził, że art. 101 TFUE i art. 3 ust. 3 rozporządzenia Rady UE

² Obwieszczenie Komisji w sprawie porozumień o mniejszym znaczeniu, które nie ograniczają odczuwalnie konkurencji na mocy art. 81 ust. 1 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską [101 ust. 1 TFUE] (*de minimis*), Dz. Urz. 2001 C 368/13 (dalej: obwieszczenie *de minimis*).

³ Orzeczenie z dnia 13 grudnia 2012 r. w sprawie C-226/11 Expedia, pkt 29, jeszcze nieopublikowane w zbiorze orzecznictwa.

⁴ *Ibidem*, pkt 31.

Nr 1/2003 z dnia 16 lutego 2002 r. nie stoją na przeszkodzie w stosowaniu przez krajowy organ ochrony konkurencji art. 101 TFUE w przypadku porozumień, które mogą mieć wpływ na handel między państwami członkowskimi, ale nie osiągają obrotów określonych w obwieszczeniu Komisji w sprawie porozumień bagatelnych (obwieszczenie *de minimis*) pod warunkiem, że porozumienie skutkuje odczuwalnym ograniczeniem konkurencji. Jednocześnie, TSUE wyraził pogląd, że porozumienie, którego celem jest ograniczenie konkurencji ze swej natury, niezależnie od konkretnych jego skutków stanowi dotkliwe ograniczenie konkurencji⁵.

Komentarz

W omawianym orzeczeniu chodziło o pytanie, jak należy interpretować kryterium odczuwalnego ograniczenia konkurencji, jeśli jej ograniczenie jest celem porozumienia. Pośrednio chodziło też o pytanie, czy obwieszczenie Komisji w sprawie porozumień bagatelnych wywiera wiążące skutki dla krajowych organów ochrony konkurencji.

Odczuwalność ograniczenia konkurencji

W sporze między Expedia i francuskim organem ochrony konkurencji chodziło o rozstrzygnięcie, czy stwierdzone przez ten organ ograniczenie konkurencji wypełniało przesłankę odczuwalności. To kryterium jest określone w art. 3 ust. 1 rozp. 1/2003 i obowiązuje ono także wówczas, gdy krajowe organy egzekwują prawo konkurencji UE. W obwieszczeniu Komisji w sprawie porozumień *de minimis* zostało ono zinterpretowane w ten sposób, że poniżej określonego progu udziału w rynku nie można mówić o dotkliwym ograniczeniu konkurencji. Bagatelne porozumienie nie wchodzi w zakres zakazu określonego w art. 101 TFUE⁶. Trybunał Sprawiedliwości UE odniósł się w związku z tym do orzecznictwa, które określa odczuwalność ograniczenia konkurencji na podstawie całości stosunków rynkowych⁷. Uwzględnienie aktualnych warunków panujących na rynku właściwym jest niezbędnym elementem postępowania, ponieważ w przeszłości zdarzało się, że założenie o znikomej wadze porozumienia (ze względu na niski udział w rynku, niższy niż próg określony w obwieszczeniu *de minimis*) prowadziło do poważnych ograniczeń konkurencji⁸.

⁵ *Ibidem*, pkt 37.

⁶ *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, red. T. Skoczny, Warszawa 2009, s. 436.

⁷ Orzeczenie w sprawie C-409/06 *Winner Wetten*, Zb. Orz. 2010, s. I-8015, pkt 21.

⁸ Zob. orzeczenie w sprawie 5/69 *Völk przeciwko Vervaecke*, Zb. Orz. 1969, s. 295, pkt 7; orzeczenie 1/71 *Cadillon przeciwko Höss*, Zb. Orz. 1971, s. 351, pkt 9; Orzeczenie w sprawie 19/77 *Miller przeciwko Komisji*, Zb. Orz. 1978, s. 131.

W głosowanym orzeczeniu TSUE, odbiegając od dotychczasowego orzecznictwa, stwierdził jednak, że porozumienie, którego celem jest ograniczenie konkurencji, stanowi jej dotkliwe ograniczenie⁹. W świetle przyjętego założenia o dotkliwości ograniczenia konkurencji, głosowane orzeczenie budzi wątpliwości. Trybunał Sprawiedliwości UE słusznie wskazał, że art. 101 ust. 1 nakazuje rozróżnienie między celem i skutkiem ograniczenia konkurencji. Fakt ograniczenia, zakłócenia lub zniekształcenia konkurencji należy jednak ustalić na podstawie obiektywnych kryteriów i konkretnych okoliczności prawnych i faktycznych. To, że porozumienie obiektywnie może spowodować jakiekolwiek negatywne skutki na rynku, nie oznacza jeszcze, że są one znaczne. W głosowanym orzeczeniu TSUE odstąpił od badania kryterium odczuwalności i wskazał, że negatywne skutki porozumienia wynikają z jego celu. Zdaniem TSUE rozstrzygające jest urzeczywistnienie celu ograniczenia konkurencji.

Cel lub skutek ograniczenia konkurencji

Artykuł 101 TFUE rozróżnia porozumienia, których celem jest ograniczenie konkurencji, i takie, których skutkiem jest jej naruszenie¹⁰. W sprawie 56/65 *Société Technique Minière przeciwko Maschinenbau Ulm GmbH*¹¹ TSUE stwierdził, że pojęcie „cel” lub „skutek” powinny być czytane rozłącznie. W efekcie Komisja musi sprawdzić, czy porozumienie, uzgodniona praktyka lub decyzja związku przedsiębiorstw mają na celu ograniczenie konkurencji. Cel, jakim jest ograniczenie konkurencji, zawiera domniemanie, że zmowa ma antykonkurencyjne skutki dla rynku¹². Domniemanie naruszenia prawa konkurencji może się opierać zarówno na rzeczywistych, jak i potencjalnych negatywnych skutkach. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej wyjaśnił znaczenie pojęcia celu ograniczenia konkurencji w orzeczeniu w sprawie 8/08 *T-Mobile Netherlands BV*¹³. Przedstawił on kryteria, które należy zastosować, aby ustalić, czy celem uzgodnionej praktyki jest ograniczenie konkurencji. Są to: treść i cel uzgodnionej praktyki, która powinna zostać oceniona w świetle okoliczności sprawy, na przykład jej uwarunkowań prawnych i gospodarczych. O porozumieniu, którego celem jest ograniczenie konkurencji, świadczą jego postanowienia¹⁴. Ponadto, istotny jest zamiar stron, choć nie stanowi on kluczowego czynnika w określeniu, czy zachowanie przedsiębiorstwa ogranicza konkurencję. Trybunał Sprawiedliwości UE stwierdził, że

⁹ Orzeczenie z dnia 13 grudnia 2012 r. w sprawie C-226/11 *Expedia*, *op. cit.*, pkt 37.

¹⁰ Porozumienia mogą ograniczyć, zniekształcić lub wyeliminować konkurencję. We wszystkich przypadkach stosuje się jednakowy zakres analizy.

¹¹ Orzeczenie w sprawie 56/65 *Société Technique Minière przeciwko Maschinenbau Ulm GmbH*, Zb. Orz. 1966, s. 235.

¹² Zob. A. Jurkowska-Gomułka, T. Skoczny, *Wspólne reguły konkurencji Unii Europejskiej*, Warszawa 2010, s. 33–36; B. Pęczalska, *Ochrona Konkurencji*, Warszawa 2007, s. 151.

¹³ Orzeczenie w sprawie C-8/08 *T-Mobile Netherlands BV and others przeciwko Komisji*, Zb. Orz. 2009, s. I-4529.

¹⁴ Zob. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 1 marca 2012 r., VI ACa 1179/11; por. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 19 grudnia 2012 r., VI ACa 752/12.

różnica między celem naruszenia i skutkiem naruszenia wynika z faktu, że pewne formy zмовы między przedsiębiorstwami mogą być postrzegane z natury jako szkodliwe dla właściwego funkcjonowania konkurencji.

W rezultacie, gdy ograniczenie konkurencji jest nieuchronnym skutkiem porozumienia, decyzji lub uzgodnionej praktyki, jak na przykład zakaz eksportu, będzie ono postrzegane jako praktyka, której celem jest ograniczenie konkurencji bez względu na to, czy aktualnie ogranicza konkurencję lub czy może wywołać negatywne skutki dla konkurencji. W sprawie 7/95 P John Deere TSUE orzekł, że aby określić, czy porozumienie może być uznane za zakazane ze względu na ograniczenie konkurencji, które jest skutkiem porozumienia, należy ocenić stan konkurencji, jaki istniałby, gdyby porozumienie nie zostało zawarte¹⁵. Należy jednak wziąć pod uwagę nie tylko rzeczywisty i bezpośredni, ale też pośredni i potencjalny skutek ograniczenia konkurencji.

Istnieje wiele czynników, które powinny być brane pod uwagę w ocenie konsekwencji porozumienia na danym rynku. Są to:

— łączny udział stron w rynku właściwym (może zostać on określony w ujęciu procentowym). W orzeczeniu 19/77 Miller¹⁶ TSUE uznał jednak, że porozumienie, w którym łączny udział stron w rynku właściwym wynosił tylko 5%, miało znaczący wpływ na handel między państwami członkowskimi;

— rodzaj porozumienia — niektóre są zdolne do wywołania znaczącego wpływu na konkurencję, nawet jeśli łączny udział stron w rynku nie jest znaczący. Są to przede wszystkim porozumienia, w których pośrednio lub bezpośrednio ustalane są ceny, podział rynku, nakładany jest zakaz eksportu lub są jednym z porozumień podobnych do porozumień sieciowych, które mają łączny (skumulowany) wpływ na rynek.

Pogląd sformułowany przez TSUE w głosowanym orzeczeniu wydaje się stosunkowo restrykcyjny, gdyż w przyszłości w przypadku porozumień, których celem jest zakłócenie konkurencji będzie można domniemywać dotkliwości jej ograniczenia. Rzecznik generalna J. Kokott wyjaśniła, że udział w rynku niższy niż próg określony w obwieszczeniu *de minimis* wręcz zachęca do rezygnacji ze wzajemnej rywalizacji i stanowi naruszenie podstawowych zasad rynku wewnętrznego¹⁷. Zdaniem TSUE francuski organ ochrony konkurencji mógł zakładać dotkliwe ograniczenie konkurencji, ponieważ chodziło o porozumienie, którego cel był sprzeczny z regułami konkurencji. Dotychczas w przypadkach, gdy porozumienie miało na celu ograniczenie konkurencji TSUE, podejmował odrębnie w każdym przypadku analizę dotkliwości i przy mniejszym znaczeniu uczestniczących przedsiębiorstw na rynku porozumienie było wyłączone spod zakazu

¹⁵ Orzeczenie w sprawie 7/95 P *Deere*, Zb. Orz. 1998, s. I-3111.

¹⁶ Orzeczenie w sprawie 19/77 *Miller przeciwko Komisji*, Zb. Orz. 1978, s. 131.

¹⁷ Opinia rzecznik generalnej J. Kokott z dnia 6 września 2012 r. w sprawie *Expedia przeciwko Autorité de la concurrence* i in., pkt 52.

zawartego w art. 101 ust. 1 TFUE¹⁸. Wdaje się, że TSUE zdystansował się od tego poglądu, ale podzielił opinię Sądu Generalnego. W świetle orzecznictwa tego ostatniego przedsięwzięcia, które zawarły porozumienie mające na celu ograniczenie konkurencji, nie mogą uchylić się od odpowiedzialności za naruszenie art. 101 TFUE, nawet gdy porozumienie to nie spełnia kryterium dotkliwości¹⁹. Podobnych argumentów użyła rzecznik generalna J. Kokott²⁰.

Trybunał Sprawiedliwości UE zarówno we wcześniejszych wyrokach, jak i w głosowanym orzeczeniu²¹ stwierdził, że odczuwalność ograniczenia konkurencji jest oceniana nie tylko na podstawie kryteriów ilościowych (próg udziału w rynku), ale również jakościowych (cel porozumienia). Oznacza to, że ani sam udział w rynku stron porozumienia, ani jego cel nie powinny przesądzać o naruszeniu przepisów prawa konkurencji. Istotne jest zatem pytanie, czy krajowe organy przy wykładni kryterium odczuwalności zakłócenia konkurencji muszą uwzględniać interpretację Komisji zawartą między innymi w obwieszczeniu *de minimis*, określającą ilościowy próg pozwalający uznać porozumienie za sprzeczne (lub nie) z regułami konkurencji.

Wiążące skutki wytycznych Komisji

Trybunał Sprawiedliwości UE potwierdził, że obwieszczenia, komunikaty i informacje Komisji mają wiążące skutki wyłącznie dla niej²². Nie dotyczy to krajowych organów ochrony konkurencji. Obwieszczenie Komisji, takie jak *de minimis*, nie wiąże państw członkowskich²³. W literaturze wskazuje się, że krajowe organy administracji publicznej i sądy powinny uwzględniać zalecenia Komisji, jeżeli zawierają one wskazówki co do wykładni prawa UE²⁴. Warto jednak zwrócić uwagę, że krajowe organy państw członkowskich mają obowiązek lojalnej współpracy wynikającej z art. 4 TUE²⁵. Właśnie z tej zasady może wynikać obowiązek uwzględniania wytycznych i zaleceń Komisji przez krajowe organy administracji publicznej i sądy. Jej istotą jest przecież wspólne wdrażanie i egzekwowanie prawa europejskiego, w tym prawa konkurencji.

¹⁸ Orzeczenie w sprawie C-5/69 *Völk*, *op. cit.*; orzeczenie w sprawie, C-306/96 *Javico International and Javico AG przeciwko Yves Saint Laurent Parfums SA*, Zb. Orz. 1998, s. I-1983.

¹⁹ Orzeczenie T-49 do 51/02 *Brasserie Nationale przeciwko Komisji*, Zb. Orz. 2005, s. II-3033, pkt 137.

²⁰ Opinia rzecznik generalnej J. Kokott, *op. cit.*, pkt 50.

²¹ Orzeczenie z dnia 13 grudnia 2012 r. w sprawie C-226/11 *Expedia*, *op. cit.*, pkt 21.

²² Orzeczenie C-360/09 *Pfleiderer*, Zb. Orz. 2011, s. I-5161, pkt 21; orzeczenie w sprawie w sprawie C-520/09P *Arkema przeciwko Komisji*, Zb. Orz. 2011, s. I-8901, pkt 88.

²³ Orzeczenie z dnia 13 grudnia 2012 r. w sprawie C-226/11 *Expedia*, *op. cit.*, pkt 29.

²⁴ M. Herdegen, *Prawo europejskie*, Warszawa 2006, s. 136.

²⁵ Traktat o Unii Europejskiej, Dz. U. z 2004 r., Nr 90, poz. 864/30 z późn. zm.

Stosowanie przez krajowe organy ochrony konkurencji i sądy europejskiego prawa konkurencji

Odpowiedź na pytanie, czy krajowe organy ochrony konkurencji i sądy w ogóle powinny być związane wytycznymi Komisji, wymaga uwzględnienia wpływu reformy prawa konkurencji na jego stosowanie i egzekwowanie w państwach członkowskich. Jej głównym celem było wzmocnienie egzekwowania europejskiego prawa konkurencji w rozszerzonej UE i bardziej ekonomiczne podejście w prawie konkurencji²⁶. Reforma została oparta między innymi na przepisach rozporządzenia 1/2003, które zdecentralizowało proces egzekwowania europejskiego prawa konkurencji i ustanowiło system kooperacji między Komisją z jednej strony i krajowymi organami ochrony konkurencji oraz sądami krajowymi z drugiej. Określiło ono też jasne reguły dotyczące relacji między prawem konkurencji UE i prawem krajowym. Stosunki między art. 101 i 102 TFUE oraz krajowym prawem konkurencji reguluje art. 3 rozp. 1/2003. W celu wdrożenia nowego reżimu Komisja wydała wiele wytycznych i zaleceń, które jak już wcześniej wskazano, nie mają charakteru wiążącego, ale ignorowanie ich przez organy krajowe powoduje brak spójności stosowania prawa konkurencji²⁷.

Decentralizacja nie wysunęła na pierwszy plan prawa krajowego. Przeciwnie, krajowe organy jednolicie stosują prawo europejskie, także niezależnie od krajowych osobliwości²⁸. W związku z decentralizacją zniesiono monopol Komisji na wyłączenia z zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję, na podstawie art. 101 ust. 3 TFUE, który wzmacniał niepewność przedsiębiorstw. System wyłączeń z zakazu zawartego w art. 101 ust. 1 TFUE opiera się na samoocenie przedsiębiorstw. Nie ma już możliwości zapobiegawczego notyfikowania porozumień. Z tego wynikają zarówno wzrost potrzeby spójnego stosowania prawa, jak również stworzenia przedsiębiorstwom pewności prawnej. Chodzi tu o również o spójne stosowanie takich narzędzi, jak: wytyczne, informacje, komunikaty. Zważywszy na wysoki stopień niedookreślenia znamion naruszenia art. 101 TFUE z jednej strony i zależności od ekonomicznej oceny z drugiej — mechanizmy określone w wytycznych Komisji stanowią często istotne źródło umożliwiające ocenę zachowań przedsiębiorstw na rynku. W prawie konkurencji mają one szczególnie istotne znaczenie²⁹.

²⁶ Zob. A. Jurkowska-Gomułka, *Stosowanie zakazu porozumień ograniczających konkurencję zorientowane na ocenę skutków ekonomicznych? Uwagi na tle praktyki decyzyjnej Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w odniesieniu do ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z 2007 r.*, internetowy „Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2012, nr 1, s. 33–36.

²⁷ K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 303.

²⁸ Zob. K. Kowalik-Bańczyk, *State action defence a odpowiedzialność przedsiębiorcy za naruszenie art. 81 lub 82 TWE*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2009, nr 6, s. 20–27.

²⁹ Zob. G. Pampel, *Rechtsnatur und Rechtswirkungen horizontaler und vertikaler Leitlinien im reformierten europäischen Wettbewerbsrecht*, „Nomos Verlagsgesellschaft” 2005, s. 15.

Rzecznik generalna J. Kokott stwierdziła, że obwieszczenie *de minimis* stanowi podstawę zastosowania w całej Unii Europejskiej skutecznych i jednolitych reguł egzekwowania art. 101 i 102 TFUE³⁰. Mimo że interpretacje Komisji nie mają charakteru wiążącego, krajowe organy ochrony konkurencji i sądy powinny je wziąć pod uwagę.

W glosowanym orzeczeniu TSUE także potwierdził, że obwieszczenia Komisji nie wiążą krajowych organów administracji i sądów. Nie stanowią one ani prawa pierwotnego, ani wtórnego, ale tylko normy zachowania się, które przede wszystkim wiążą Komisję i są przejawem zasady równości i zaufania w obszarze prawa UE³¹. Komisja, która jest związana własnymi wytycznymi, może odstąpić od nich tylko w uzasadnionych przypadkach. Krajowe organy ochrony konkurencji, które nie są związane wytycznymi Komisji, mogą wziąć pod uwagę progi *de minimis*, ale nie mają takiego obowiązku i nie muszą uzasadniać ich nieuwzględnienia³². Ze względu na samozwiązanie Komisji jej wytycznymi, nie wywierają one żadnego skutku prawnego³³. Wytyczne kreują po stronie adresatów uzasadnione oczekiwania prawne, których naruszenie może prowadzić do uchylenia decyzji.

Rzecznik generalna potwierdziła wiodącą rolę Komisji w zakresie stosowania i egzekwowania europejskiego prawa konkurencji, która nie będzie realizowana, jeżeli krajowe organy i sądy państw członkowskich będą ignorowały wytyczne Komisji. Z punktu widzenia normatywnego, w świetle art. 4 ust. 3 TUE, wytyczne nie są wiążące. Obowiązek jednolitego ich stosowania w przypadku antykonkurencyjnych zachowań przedsiębiorstw wynika z przepisów rozp. 1/2003³⁴. Normy te przyznają Komisji teoretycznie nieograniczone prawo ingerencji w sprawach z zakresu ochrony konkurencji. Warto podkreślić, że Komisja jest także zobowiązana do dalszego rozwoju prawa konkurencji poprzez rewizję obowiązujących przepisów lub inicjatywę w zakresie tworzenia nowych aktów prawnych.

Podsumowanie

Podsumowując, należy wskazać, że, po pierwsze, wyrażony przez TSUE w glosowanym orzeczeniu pogląd, że porozumienie, którego celem jest zakłócenie konkurencji, z natury stanowi dotkliwe jej ograniczenie, niezależnie od konkretnych jego skutków, odbiega od jego dotychczasowej linii orzeczniczej. Trybunał

³⁰ Opinia rzecznik generalnej J. Kokott, *op. cit.*, pkt 39.

³¹ Orzeczenie C-189/02 *Dansk Rørindustri i inni przeciwko Komisji*, Zb. Orz. 2005, s. I-5425, pkt. 209, 211; orzeczenie w sprawie C-520/09P *Arkema przeciwko Komisji*, *op. cit.*, pkt 88.

³² Orzeczenie z dnia 13 grudnia 2012 w sprawie C-226/11 *Expedia*, *op. cit.*, pkt 31.

³³ Orzeczenie C-360/09 *Pfleiderer*, *op. cit.*, pkt 21.

³⁴ Między innymi z art. 3, art. 11 ust. 6 i art. 16 ust. 1 rozp. 1/2003.

Sprawiedliwości UE stwierdził, że porozumienie, którego celem było ograniczenie konkurencji, z natury pozwala domniemywać odczuwalnego jej ograniczenia bez konieczności oceny jego faktycznych skutków. Domniemanie odczuwalnego ograniczenia konkurencji na podstawie celu porozumienia może być zbyt daleko idące, gdyż potwierdzenie hipotezy naruszenia prawa konkurencji nie wymaga analizy warunków rynkowych, a tylko ustalenia celu porozumienia.

Po drugie, z prawnego punktu widzenia wytycznych Komisji nie można zaklasyfikować do wiążących aktów prawa europejskiego. Z punktu widzenia praktycznego — logika nakazuje przedsiębiorstwom orientować się w obowiązujących wytycznych i zaleceniach Komisji. Można mieć nadzieję, że w przyszłości krajowe organy i sądy będą jednak je uwzględniały w swojej praktyce orzeczniczej, ale pożądana jest zmiana podejścia TSUE i spojrzenie przez pryzmat zasady lojalnej współpracy. Będzie to służyło pewności prawnej i jednolitemu stosowaniu europejskiego prawa konkurencji.

Application of Article 101 [1] TFEU by NCA in Expedia case — commentary on a judgment ECJ C-226/11

Summary

The aim of the paper is to analyze the possibility of imposing sanctions on anticompetitive agreements, when in national law this practice appreciably restricts competition, but in the light of EU law, it is classified as an agreement of minor importance. The paper also shows the criteria useful to determine when the restriction on competition is appreciable.

Keywords: anticompetitive agreements, concerted practice, agreements of minor importance, national competition authorities, restriction on competition