



dr hab. Krystyna Kowalik-Bańczyk, prof. INP PAN

Autorka jest sędzią Sądu Unii Europejskiej (ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7007-3203>).

Ewolucja wykładni art. 102 TFUE w orzecznictwie sądów Unii Europejskiej

Słowa kluczowe: nadużywanie pozycji dominującej, Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, skutki antykonkurencyjne, ochrona konkurencji

Nadużywanie pozycji dominującej uregulowane jest w prawie Unii Europejskiej w art. 102 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej¹. Zakazuje on nadużywania pozycji dominującej przez jedno lub więcej przedsiębiorstw, podając otwartą listę przykładowych nadużyć. Artykuł 102 pozostaje przepisem o niezmienionej treści od czasu przyjęcia pierwszej wersji Traktatu ustanawiającego ówczesną Europejską Wspólnotę Gospodarczą. Zmieniał mu się jedynie numer w związku z kolejnymi modyfikacjami traktatu (wyjściowo chodziło o art. 86, następnie art. 82, i wreszcie art. 102 TFUE). A jednak zagadnienie oceny nadużywania pozycji dominującej to od lat jedna z bardziej dynamicznych dziedzin prawa Unii Europejskiej². By zidentyfikować ewolucję w interpretacji poszczególnych pojęć zawartych w art. 102, konieczna jest analiza praktyki stosowania tego przepisu na przestrzeni lat. W niniejszym tekście zostaną skrótkowo przedstawione główne zarysy tej analizy, tak by ustalić, co z jednej strony stanowi już pewien niezmienny kanon badania, a z drugiej strony, co podlega nadal ewolucji. Przewidywalność rozstrzygnięć europejskich organów ochrony konkurencji (na poziomie krajowym i unijnym) zależy od stabilności orzecznictwa. Pojęciem, które nadal pozostaje otwarte, jest pojęcie nadużycia. Wydaje się, że w ostatnich latach mniej częste jest założenie, że może istnieć nadużycie *per se*. Należy zatem wykazać, że dana praktyka stanowi nadużycie, wykazując jej antykonkurencyjne skutki.

1. Praktyka stosowanie art. 102 TFUE – wprowadzenie

Z uwagi na to, że tekst art. 102 pozostał bez zmian od 1957 r. i brak jest prawa wtórnego³, które uzupełniałoby jego stosowanie, jego wykładnia kształtowana jest głównie przez praktykę organów ochrony konkurencji i orzecznictwo. Lista naruszeń jest otwarta i w różnych okresach poszczególne fragmenty art. 102 TFUE były eksploatowane w odmiennym stopniu⁴. Do 2006 r. w 98% spraw Komisja Europejska wygrywała przed sądami UE, a do 2016 r. nie doszło do żadnego pełnego

1 Wersja skonsolidowana Dz.Urz. UE C 202 z 2016 r., s. 47. Art. 102 stanowi: „Niezgodne z rynkiem wewnętrznym i zakazane jest nadużywanie przez jedno lub większą liczbę przedsiębiorstw pozycji dominującej na rynku wewnętrznym lub na znacznej jego części, w zakresie, w jakim może wpływać na handel między Państwami Członkowskimi. Nadużywanie takie może polegać w szczególności na: a) narzucaniu w sposób bezpośredni lub pośredni niesłusznym cen zakupu lub sprzedaży albo innych niesłusznym warunków transakcji; b) ograniczaniu produkcji, rynków lub rozwoju technicznego ze szkodą dla konsumentów; c) stosowaniu wobec partnerów handlowych nierównych warunków do świadczeń równoważnych i stwarzaniu im przez to niekorzystnych warunków konkurencji; d) uzależnianiu zawarcia kontraktów od przyjęcia przez partnerów zobowiązań dodatkowych, które ze względu na swój charakter lub zwyczajnie handlowe nie mają związku z przedmiotem tych kontraktów”.

2 N. Petit, *Droit européen de la concurrence*, Paris 2020, *passim*; R. O'Donoghue, J. Padilla, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, Hart Publishing, London 2020, *passim*; L. Idot, *L'article 102 TFUE toujours au coeur de l'actualité*, „Revue trimestrielle de droit européen” 2023/4, s. 747–754.

3 N. Petit, *Droit européen...*, s. 363; definicja pozycji dominującej jest czyisto orzecznicza – por. wyrok TS z 14.02.1978 r., 27/76, *United Brands* i *United Brands* *Continentaal* przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich, EU:C:1978:22, pkt 65 – dalej wyrok 27/76, *United Brands*.

4 P. Akman, *A Critical Inquiry Into 'Abuse' in EU Competition Law*, „Oxford Journal of Legal Studies, Forthcoming”, s. 1–29.

unieważnienia decyzji Komisji⁵. Nieco ponad 10 lat temu została po raz pierwszy nałożona najwyższa w historii kara pieniężna na Microsoft. Od tego czasu poziom kar wzrósł dziesięciokrotnie. To, że Komisja nakłada coraz wyższe kary pieniężne, było też jednym z powodów, iż pojawił się wyższy odsetek unieważnień decyzji⁶. Dla ilustracji, w 2018 r. Google został ukarany 10-krotnie wyższą karą pieniężną niż Microsoft w 2008 r.⁷ W związku z tendencją do koncentracji dużych przedsiębiorców na rynkach jest wielu dużych graczy i w naturalny sposób, w związku ze skalą swej działalności, otrzymują oni coraz wyższe kary pieniężne.

W 2008 r. Komisja Europejska wydała komunikat o priorytetach w stosowaniu art. 102 do praktyk wykluczających (komunikat z 5.12.2008 r. został opublikowany w 2009 r., dlatego niekiedy odwołania do niego mówią o 2009 r.), jego uaktualniona wersja ukazała się w 2023 r.⁸ Nowe wytyczne z 2023 r. wskazują, że podmiot dominujący może naruszyć funkcjonowanie rynku, nawet jeśli wyklucza mniej skutecznego czy innowacyjnego konkurenta⁹. W lutym 2024 r. został wydany nowy komunikat dotyczący zasad definiowania rynku właściwego¹⁰. Prawidłowa definicja rynku właściwego ma kluczowe znaczenie dla definicji istnienia pozycji dominującej¹¹. Komisja przygotowuje też wytyczne dotyczące nadużyć polegających na wykluczeniu¹².

Od czasu wydania komunikatu z 2008 r., definiującego priorytety Komisji jako skoncentrowane na praktykach

wykluczających, sądy UE wydały prawie 40 orzeczeń mających wpływ na rzeczywistość konsumentów i konkurentów oraz na stan konkurencji na rynku Unii Europejskiej. Aktywność orzecznicza Sądu UE i Trybunału Sprawiedliwości UE w ostatnich latach wskazuje na to, że obecnie jest więcej uchylonych decyzji Komisji Europejskiej niż kiedykolwiek wcześniej. Ta krytyczna ocena praktyki Komisji nie wyczerpuje obrazu. Decyzji Komisji jest zarazem również relatywnie mniej niż przed decentralizacją wykonywania unijnego prawa konkurencji, ponieważ ciężar wykonywania art. 102 TFUE spoczywa od 2004 r. również na krajowych organach ochrony konkurencji w ramach Europejskiej Sieci Konkurencji (ECN). Wątpliwości podnoszone przez sądy krajowe w pytaniach prejudycjalnych prowadzą do tego, że Trybunał Sprawiedliwości dokonuje wykładni pojęć z art. 102 TFUE, kształtując już nie tylko praktykę Komisji, lecz także krajowych organów ochrony konkurencji. Priorytety Komisji niekoniecznie przekładają się na priorytety na poziomie krajowym, praktyka orzecznicza znacznie się zatem zdywersyfikowała również z tego powodu. Stosowanie art. 102 ma zatem obecnie dwie odsłony, ponieważ odbywa się przed sądami UE w dwóch rodzajach spraw. Z jednej strony w ramach tzw. kontroli bezpośredniej, w postaci skarg na decyzje Komisji Europejskiej. W ramach kontroli legalności decyzji Komisji na podstawie art. 263 TFUE sądy UE badały w ostatnich latach praktyki dotyczące zapewniania wyłączności lub rabatów na wyłączność (saga Intel w toku, T-235/18, Qualcomm¹³; T-334/19, Google AdSense w toku); odmowy dostępu (T-814/17, Lietuvos¹⁴; T-136/19, Bulgarian Energy Holding¹⁵; T-612/17, Google Shopping¹⁶, czy T-604/18, Google Android¹⁷). Wiele spraw rozstrzyganych przez Sąd Unii Europejskiej jest zaskarżanych do TS¹⁸.

5 Zob. o tych „gorszych” wynikach Komisji Europejskiej – R. O'Donoghue, J. Padilla, *The Law...*, s. 94.

6 Jak zauważa P. Akman: „Strikingly though, this evolution has been through not wins but losses for the Commission” – P. Akman, *A Critical...*, s. 6.

7 N. Petit, *Droit européen...*, s. 352.

8 Komunikat Komisji – zmiany komunikatu Komisji – wytyczne w sprawie priorytetów, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. 82 Traktatu WE w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wykluczającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące (Dz.Urz. UE C 2023/116) – dalej wytyczne 2023/116.

9 Nowe brzmienie pkt 23 wytycznych 2023/116 to: „Aby nie dopuścić do antykonkurencyjnego zamknięcia dostępu do rynku, Komisja zwykle będzie podejmować interwencje, gdy prowadzone działania już utrudniają lub mogą utrudniać konkurencję ze strony konkurentów uznawanych za równie efektywnych jak przedsiębiorstwo dominujące”. W przypisie do tego paragrafu znajduje się wyjaśnienie, że: „Trybunał Sprawiedliwości uznał, że pojęcie konkurenta «równie skutecznego» odnosi się do efektywności i atrakcyjności dla konsumentów, między innymi pod względem cen, możliwości wyboru, jakości i innowacyjności, zob. wyrok z dnia 6 września 2017 r., Intel Corp. przeciwko Komisji, sprawa C-413/14 P, EU:C:2017:632, pkt 134 oraz wyrok z dnia 19 stycznia 2023 r., Unilever Italia Mkt. Operations, sprawa C-680/20, EU:C:2023:33, pkt 37”.

10 Komunikat Komisji – zawiadomienie Komisji w sprawie definicji rynku właściwego do celów unijnego prawa konkurencji (Dz.Urz. UE C 2024/1645).

11 Zob. wyrok Sądu z 12.12.2018 r., T-691/14, Servier SAS i in. przeciwko Komisji Europejskiej, EU:T:2018:922 – dalej wyrok T-691/14, Servier; wyrok TS z 27.06.2024 r., C-201/19 P, Servier SAS i in. przeciwko Komisji Europejskiej, EU:C:2024:552 – dalej wyrok C-201/19 P, Servier. Por. o praktyce orzeczniczej oceny definicji rynku L. Idot, *Laurence: Droit du contentieux de l'UE – Confirmations sur l'article 102 TFUE: l'approche plus économique de l'abus (ex. compression des marges) ne dispense pas de procéder à une délimitation correcte du marché* (Trib. UE 12 déc. 2018, aff. T-691/14, Servier, Trib. UE 13 déc. 2018, 2 arrêts, aff. T-827/14, Deutsche Telekom, aff. T-851/14, Slovak Telekom), „Revue trimestrielle de droit européen” 2019/4, s. 895–898.

12 Por. draft Guidelines on exclusionary abuses of dominance (Wytyczne w sprawie stosowania art. 102 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wykluczającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące), dostępne na stronie: https://competition-policy.ec.europa.eu/public-consultations/2024-article-102-guidelines_en#how-to-submit-your-contribution (dostęp: 5.09.2024 r.).

13 Wyrok Sądu z 15.06.2022 r., T-235/18, Qualcomm, Inc. przeciwko Komisji Europejskiej (Qualcomm – wypłaty z tytułu wyłączności), EU:T:2022:358.

14 Wyrok Sądu z 18.11.2020 r., T-814/17, Lietuvos geležinkeliai AB przeciwko Komisji Europejskiej, EU:T:2020:545 – dalej wyrok T-814/17, Lietuvos.

15 Wyrok Sądu z 25.10.2023 r., T-136/19, Bulgarian Energy Holding EAD i in. przeciwko Komisji Europejskiej, EU:T:2023:669 – dalej wyrok T-136/19, Bulgarian Energy Holding. Por. C. Mongouachon, *Refus d'accès: Le Tribunal de l'Union européenne annule la décision de la Commission de sanctionner l'opérateur historique pour refus d'accès à des infrastructures gazières stratégiques en Bulgarie (Bulgarian Energy Holding)*, „Concurrences: revue des droits de la concurrence” 2024/1, s. 82–86; J. Ante, *Neues zum Missbrauch auf Gasinfrastrukturmärkten: Anmerkung zu EuG in Sachen Bulgarian Energy Holding*: [T-136/19], „Neue Zeitschrift für Kartellrecht” 2023, s. 660–663.

16 Wyrok Sądu z 10.11.2021 r., T-612/17, Google LLC, dawniej Google Inc., i Alphabet, Inc. przeciwko Komisji Europejskiej, EU:T:2021:763 – dalej wyrok T-612/17, Google Shopping; por. M.K. Kolański, *Self-preferencing in European Union competition law after the Google Shopping judgment: Google LLC v European Commission (T-612/17)*, „European Competition Law Review” 2022/9, s. 435–440; A.S. D'Amico, B. Balasingham, *Super-dominant and super-problematic?: the degree of dominance in the Google Shopping judgement*: T-612/17, „European Competition Journal” 2022/3, s. 614–630; M. Tagliavini, *Self-preferencing and the concept of abuse of dominance: much ado about nothing?: Google LLC (formerly Google Inc) v European Commission (T-612/17 R)*, „European Competition Law Review” 2023/5, s. 201–211; C. Bergqvist, *Google Shopping and self-favouring as a separate abuse*: T-612/17, „European Competition Law Review” 2022/4, s. 191–195; C. Ahlborn, G. Van Gerven, W. Leslie, *Brommer revisited: Google Shopping and the resurrection of discrimination under Article 102 TFEU: case T-612/17 Google v Commission*, „Journal of European Competition Law & Practice” 2022/2, s. 87–98.

17 Wyrok Sądu z 14.09.2022 r., T-604/18, Google i Alphabet przeciwko Komisji Europejskiej, EU:T:2022:541 – dalej wyrok T-604/18, Google Android.

18 Wyroki TS: z 28.01.2021 r., C-466/19 P, Qualcomm Inc. i Qualcomm Europe Inc. przeciwko Komisji Europejskiej, EU:C:2021:76 – dalej wyrok

Z drugiej strony sądy krajowe, do których trafiają odwołania od decyzji krajowych organów ochrony konkurencji, kierują pytania prejudycjalne. Bardzo często TS wykorzystuje taką okazję do wydania tzw. wyroków podsumowujących, co jest łatwiejsze niż w sprawach opartych na art. 263 TFUE. Często są również obecne pytania dotyczące spraw o odszkodowanie za naruszenie prawa konkurencji. Sprawy prejudycjalne trafiające do TS rzadziej obecnie dotyczą zagadnień decentralizacji stosowania prawa konkurencji¹⁹. Mogą dotyczyć bardzo różnych praktyk na rynku, np. dostaw energii elektrycznej (C-377/20, SEN²⁰), dystrybucji lodów (C-680/20, Unilever²¹), działalności platform internetowych z użyciem danych osobowych (C-252/21, Meta Platforms²²) czy naruszeń w dziedzinie sportu (C-333/21, Superleague²³). Niekiedy wyraźnie widać, że sprawy antymonopolowe toczą się w UE równolegle na dwóch poziomach – przed Komisją Europejską oraz przed organami krajowymi (np. w sprawach dotyczących tzw. *pay for delay* czy *margin squeeze*).

Rodzaje praktyk, którymi zajmują się obecnie organy ochrony konkurencji, to od 2008 r. głównie praktyki wykluczające. Jednak, jak mówi jeden z czołowych autorów zajmujących się prawem konkurencji, *exclure aujourd'hui, c'est exploiter demain*²⁴, to znaczy, że każda praktyka wykluczająca może doprowadzić do eksploatacji w przyszłości. Jeżeli chodzi

o rodzaje spraw, to Komisja Europejska zajmuje się wieloma sprawami farmaceutycznymi (dotyczącymi tzw. *excessive pricing* lub *pay for delay*), sprawami z zakresu energetyki i telekomunikacji (głównie w odniesieniu do tzw. *margin squeeze*), sprawami dotyczącymi dostępu do infrastruktury (tzw. *refusal to deal*) oraz tzw. rynków cyfrowych. Zainteresowanie Komisji budziły zarówno praktyki cenowe (Intel; Qualcomm), jak i niedotyczące cen (SEN, trzy sprawy Google). Pojawiały się też sprawy, w których dochodziło do kumulatywnego stosowania art. 101 i 102 (Servier²⁵, Superleague), gdzie art. 101 był stosowany do rynków oligopolistycznych, a art. 102 do rynków monopolistycznych (Hoffman-La Roche)²⁶.

2. Reguły oceny wynikające z tradycyjnego orzecznictwa sądów Unii Europejskiej

Jak podają niektórzy autorzy, tradycyjne orzecznictwo TSUE dotyczące art. 102 TFUE było formalistyczne i oderwane od reguł współczesnej ekonomii²⁷. Jednak przyjęcie bardziej ekonomicznego podejścia, tak jak sugerowała to sama Komisja, spowodowało odejście od tego formalistycznego oceniania naruszeń i doprowadziło do przyjęcia podejścia opartego na skutkach i – jak już wskazano – radykalnie zwiększyło liczbę uchylonych decyzji Komisji, gdy podlegają one zaskarżeniu na podstawie art. 263 TFUE. Jednak ta ewolucja nie była ani natychmiastowa, ani spójna, więc rozróżnienie, co należy do tradycyjnego orzecznictwa, a co jest wyrazem zmieniającego się nastawienia sądów UE, jest niekiedy płynne i na pewno nie widać jednego jednolitego progu, poza orzeczeniem C-413/14 P, Intel (w drugiej instancji), o czym będzie mowa niżej. Nie ulega jednak kwestii, że nie wszystko uległo ewolucji i nie wszystko uległo zmianie, a dodatkowo na przestrzeni lat w odpowiedziach na pytania prejudycjalne TSUE wydawał się sięgać łatwiej po podejście ekonomiczne, podczas gdy przy stosowaniu kontroli na podstawie art. 263 TFUE sądy UE wydawały się bardziej trzymać tradycji formalizmu²⁸.

Nawet jednak jeśli bierze się pod uwagę tę ewolucję, niektóre zasady interpretacji art. 102 TFUE pozostają utrwalone – w Unii Europejskiej raczej chroni się konkurencję, a nie samych konkurentów²⁹. Konkurencja jako taka nie powinna zostać wyeliminowana³⁰. Zmiana struktury konkurencji możliwa jest przez nabycie potencjalnego konkurenta, co po raz pierwszy zostało stwierdzone w sprawie 6/72, Continental Can, a obecnie zostało potwierdzone w odpowiedzi na pytanie

C-466/19 P, Qualcomm; z 25.03.2021 r., C-152/19 P, Deutsche Telekom AG przeciwko Komisji Europejskiej, EU:C:2021:238; z 25.03.2021 r., C-165/19 P, Slovak Telekom a.s. przeciwko Komisji Europejskiej, EU:C:2021:239 – dalej wyrok C-165/19 P, Slovak Telekom; z 12.01.2023 r., C-42/21 P, Lietuvos geležinkeliai przeciwko Komisji Europejskiej, EU:C:2023:12; z 21.12.2023 r., C-124/21 P, International Skating Union przeciwko Komisji Europejskiej, EU:C:2023:1012 – dalej wyrok C-124/21 P, International Skating; z 11.06.2024 r., C-221/22 P, Komisja Europejska przeciwko Deutsche Telekom AG, EU:C:2024:488; wyrok T-612/17, Google Shopping, i opinia rzecznik generalnej J. Kokott z 11.01.2024 r., C-48/22 P, Google i Alphabet przeciwko Komisji Europejskiej, EU:C:2024:14 – dalej opinia C-48/22 P, Google Shopping; wyrok T-136/19, Bulgarian Energy Holding; opinia rzecznika generalnego A. Rantosa z 6.06.2024 r., C-255/22 P, Orlen S.A., dawniej Polski Koncern Naftowy Orlen S.A., dawniej Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A. przeciwko Komisji Europejskiej, EU:C:2024:466; wyrok T-604/18, Google Android.

19 Por. wcześniejsze sprawy: np. wyrok TS z 3.05.2011 r., C-375/09, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów przeciwko Tele2 Polska sp. z o.o., devenue Netia SA, EU:C:2011:270; wyrok TS z 3.04.2019 r., C-617/17, Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie S.A. w Warszawie przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, EU:C:2019:283; wyrok TS z 25.02.2021 r., C-857/19, Slovak Telekom a.s. przeciwko Protimonopolný úrad Slovenskej republiky, EU:C:2021:139.

20 Wyrok TS z 12.05.2022 r., C-377/20, Servizio Elettrico Nazionale SpA i in. przeciwko Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato i in., EU:C:2022:379 – dalej wyrok C-377/20, SEN; por. A. Komninos, *A Steady Course Towards the Effects-Based Approach: Case C-377/20 Servizio Elettrico Nazionale*, „Journal of European Competition Law & Practice” 2023/5, s. 290–292; T. Buytaert, *Arrêt «Servizio Elettrico Nazionale»: abus de position dominante découlant de pratiques d'éviction dans le contexte de la libéralisation du marché électrique*, „Journal de droit européen” 2022/10, s. 466–470.

21 Wyrok TS z 19.01.2023 r., C-680/20, Unilever Italia Mkt. Operations przeciwko Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, EU:C:2023:33 – dalej wyrok C-680/20, Unilever.

22 Wyrok TS z 4.07.2023 r., C-252/21, Meta Platforms dawniej Facebook Inc., Meta Platforms Ireland Ltd, dawniej Facebook Ireland Ltd., Facebook Deutschland GmbH przeciwko Bundeskartellamt, EU:C:2023:537.

23 Wyrok TS z 21.12.2023 r., C-333/21, European Superleague Company przeciwko Fédération internationale de football association (FIFA), Union des associations européennes de football (UEFA), EU:C:2023:1011 – dalej wyrok C-333/21, Superleague.

24 N. Petit, *Droit européen...*, s. 405.

25 Wyrok T-691/14, Servier; wyrok C-201/19 P, Servier.

26 Art. 101 i 102 TFUE nie są postrzegane przez TS jako dwie rozłączne alternatywy – mogą być stosowane kumulatywnie; por. wyrok TS z 13.02.1979 r., 85/76, Hoffmann-La Roche & Co. AG przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich, EU:C:1979:36, pkt 116 – dalej wyrok 85/76, Hoffmann-La Roche; wyrok Sądu z 10.07.1990 r., T-51/89, Tetra Pak Rausing SA przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich, EU:T:1990:41, pkt 25 – dalej wyrok T-51/89, Tetra Pak; wyrok Sądu pierwszej instancji (piąta izba) z 23.10.2003 r., T-65/98, Van den Bergh Foods Ltd przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich, EU:T:2003:281; wyrok T-691/14, Servier. 27 P. Akman, *A Critical...*, s. 6.

28 P. Akman, *A Critical...*, s. 7, cytując jako przykład formalnego podejścia wyrok TS z 19.04.2012 r., C-549/10 P, Tomra Systems ASA i in. przeciwko Komisji Europejskiej, EU:C:2012:221.

29 Wyrok C-680/20, Unilever, pkt 36–39; wyrok C-377/20, SEN, pkt 73.

30 Wyrok TS z 21.02.1973 r., 6/72, Europemballage i Continental Can Company Inc. przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich, EU:C:1973:22 – dalej wyrok 6/72, Continental Can.

prejudycjalne francuskiego sądu w sprawie C-449/21, Towercast³¹. By ustalić ewentualną pozycję dominującą, sądy UE dokonują oceny udziału w rynku (ang. *market share*) oraz siły rynkowej (ang. *market power*), co zostało jasno sformułowane w sprawach 27/76, United Brands, oraz T-51/89, Tetra Pak. Pozycja dominująca definiowana jest jako sytuacja, w której podmiot na rynku może nie brać pod uwagę swoich klientów, konsumentów i nawet konkurentów³². Podmiot dominujący na rynku jest tradycyjnie uznawany w orzecznictwie za podmiot obciążony specjalną odpowiedzialnością (ang. *special responsibility*)³³, ponieważ jego pozycja na rynku powoduje zależność ekonomiczną konsumentów oraz plasuje go w roli „nieuniknionego partnera handlowego”. Od lat, od czasu sprawy 322/81, Michelin I, sądy UE uznają, że podmiot dominujący na rynku ponosi tę specjalną odpowiedzialność, biorąc pod uwagę różne wskaźniki pozycji dominującej, takie jak: fakt bycia pierwszym podmiotem na rynku, posiadanie praw do ochrony własności intelektualnej, pozycja na rynku wobec konkurentów, rozmiar, bariery wejścia na rynek, bariery dla ekspansji (por. np. w sprawie – C-457/10 P, AstraZeneca³⁴, gdzie chodziło o rynek leków na chorobę wrodzoną i cofnięcie pozwolenia na wprowadzenie do obrotu – jedna z pierwszych spraw dotyczących systemu patentów i zachowanie zmierzające do uniemożliwienia wprowadzenia generycznej wersji Omeprazolu). Nie można domniemywać nadużycia, jednak sam fakt bycia monopolistą czy quasi monopolistą powoduje, że podmiot taki powinien zwracać szczególną uwagę na to, jakie praktyki podejmuje – w tradycyjnym orzecznictwie można jednak było zawsze powiedzieć, że *big is bad*³⁵. Oceniając pozycję dominującą, mogło chodzić o samą strukturę rynku, gdy była ona tak skoncentrowana, że sama w sobie stawiała się problematyczna,

albo mogło chodzić o określone zachowanie na rynku, gdy podmiot dominujący był w stanie w określony sposób działać i nikt nie był w stanie tego powielić. Te dwa scenariusze nie mogą być traktowane dokładnie tak samo, mają różny charakter, pierwszy nieco bardziej obiektywny, drugi subiektywny.

Jako wskaźniki nadużycia sądy UE brały pod uwagę różne czynniki, takie jak usuwanie skutecznych konkurentów, antykonkurencyjne skutki, antykonkurencyjne zamiary³⁶ (tak np. w 2008 r., gdy Bill Gates zapowiedział w swojej publicznej przemowie wyeliminowanie konkurentów Microsoft³⁷). Naruszenie może polegać na wykluczeniu lub eksploatacji, może mieć charakter cenowy lub nie, horyzontalny (taki jak *predatory pricing* czy *monotradng*) albo wertykalny (*refusal to supply*, odmowa sprzedaży licencji itp.). Zagrożenia dla konkurencji mogą pojawić się na wszelkich rynkach³⁸, również tych regulowanych³⁹, zatem nie tylko praktyki gigantów technologicznych czy przemysłu farmaceutycznego mogą być przedmiotem zainteresowania ze strony organów ochrony konkurencji stosujących art. 102 TFUE. Może się zdarzyć, że naruszane są równoległe zakazy z art. 102 TFUE oraz z art. 101 TFUE (zakaz karteli)⁴⁰. Wreszcie, zasadą wspieraną przez organy ochrony konkurencji jest reguła, że konkurencja merytoryczna jest dopuszczalna i pozytywna⁴¹. Dlatego to dopiero nadużywanie pozycji dominującej w postaci przede wszystkim wykluczania czy eksploatacji powinno być przedmiotem zakazu.

W tradycyjnym podejściu sądów UE do art. 102 TFUE nie do końca jasne było, czy konieczne było ustalenie dowodów antykonkurencyjnych skutków określonej praktyki uznawanej za nadużycie, czy też wystarczyło zidentyfikowanie pewnej „formy” zachowania, by można było uznać art. 102 TFUE za naruszony⁴². Widać to bardzo wyraźnie w niektórych orzeczeniach, w których w tym samym okresie niektóre wymagają oceny skutków zachowania, a inne ograniczają się do oceny

31 Wyrok TS z 16.03.2023 r., C-449/21, Towercast SASU przeciwko Autorité de la concurrence, Ministre chargé de l'économie, EU:C:2023:207 – dalej wyrok C-449/21, Towercast. Por. M. Cartapanis, *Seuils de notification: La Cour de justice de l'Union européenne restaure la jurisprudence Continental Can et juge que l'article 102 TFUE est susceptible de s'appliquer à une concentration non notifiable (Towercast)*, „Concurrences: revue des droits de la concurrence” 2023/2, s. 78–82.

32 Wyrok TS z 25.10.1977 r., 26/76, Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich, EU:C:1977:167; wyrok 85/76, Hoffmann-La Roche/Komisja.

33 Wyrok TS z 9.11.1983 r., 322/81, NV Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich, EU:C:1983:313 – dalej wyrok 322/81, Michelin I; koncepcja specjalnej odpowiedzialności pojawia się też w wyrokach TS: z 17.02.2011 r., C-52/09, Konkurrenter przeciwko TeliaSonera Sverige AB, EU:C:2011:83, pkt 28 – dalej wyrok C-52/09, TeliaSonera Sverige; z 14.10.2010 r., C-280/08 P, Deutsche Telekom AG przeciwko Komisji Europejskiej, EU:C:2010:603, pkt 83 – dalej wyrok C-280/08 P, Deutsche Telekom; z 6.09.2017 r., C-413/14 P, Intel Corp. Inc. przeciwko Komisji Europejskiej, EU:C:2017:632, pkt 135 – dalej wyrok C-413/14 P, Intel. O pojęciu specjalnej odpowiedzialności zob. E. Rousseva, G. Monti, *The Special Responsibility of Dominant Undertakings* [w:] *Research Handbook on Abuse of Dominance and Monopolization*, red. A. Pinar, O. Brook, K. Stylianou, Edward Elgar, Cheltenham 2023, s. 239–257.

34 Wyrok TS z 6.12.2012 r., C-457/10 P, AstraZeneca AB i AstraZeneca plc przeciwko Komisji Europejskiej, EU:C:2012:770. Por. I. Govaere, V. Demedts, *Towards an „Ex Ante” or Preventive Application of Article 102 TFUE in the Commission's Policy Pursuant to the Astra Zeneca-Case* [w:] *Mundi et Europae civis Liber Amicorum Jacques Steenbergen*, red. D. Arts, W. Devroe, R. Foaqué, K. Marchand, I. Veroughstraete, Brussel 2014, s. 441–452.

35 Wyrok TS z 23.04.1991 r., C-41/90, Klaus Höfner i Fritz Elser przeciwko Macrotron GmbH, EU:C:1991:161, pkt 28–34; N. Petit, *Droit européen...*, s. 358.

36 Zob. wyrok TS z 3.07.1991 r., C-62/86, AKZO Chemie BV przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich, EU:C:1991:286 – dalej wyrok C-62/86, AKZO (ceny poniżej kosztów); wyrok TS z 27.03.2012 r., C-209/10, Post Danmark A/S przeciwko Konkurrenterådet, EU:C:2012:172 – dalej wyrok C-209/10, Post Danmark I (wyeliminowanie konkurentów).

37 Wyrok Sądu z 27.06.2012 r., Microsoft Corp. przeciwko Komisji Europejskiej, T-167/08, EU:T:2012:323.

38 M. Maggolino, *When an ice cream provides antitrust experts with food for thought: Unilever Italia*, „Common Market Law Review” 2023/60, s. 1433–1452.

39 Wyrok Sądu z 29.03.2012 r., T-336/07, Telefónica, SA, i Telefónica de España, SA, przeciwko Komisji Europejskiej, EU:T:2012:172 (podobnie z transportem, ubezpieczeniami czy sportem).

40 Art. 101 i 102 TFUE mogą zostać naruszone przez to samo zachowanie – por. wyrok 85/76, Hoffmann-La Roche; wyrok T-51/89, Tetra Pak; wyrok Sądu z 16.05.2017 r., T-480/15, Agria Polska sp. z o.o. i in. przeciwko Komisji Europejskiej, EU:T:2017:339.

41 Przedsiębiorstwa mogą w uzasadniony sposób osiągnąć i zachować pozycję dominującą przez konkurencję merytoryczną – por. wyrok C-413/14 P, Intel, pkt 133–134: „W tym względzie należy przypomnieć, że art. 102 TFUE nie ma bowiem na celu uniemożliwienia przedsiębiorstwu zdobycia, dzięki jego własnym świadczeniom, dominującej pozycji na rynku. Przepis ten nie zmierza także do zapewnienia, aby konkurencja mniej skutecznie niż przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą pozostali na rynku (zob. w szczególności wyrok z dnia 27 marca 2012 r., Post Danmark, C-209/10, EU:C:2012:172, pkt 21 i przytoczone tam orzecznictwo). Nie każdy skutek w postaci wykluczenia musi koniecznie prowadzić do naruszenia konkurencji. Z definicji konkurencja oparta na jakości może doprowadzić do zniknięcia z rynku lub do odsunięcia na dalszy plan konkurentów mniej skutecznych, a zatem – mniej interesujących dla konsumentów w szczególności pod względem cen, możliwości wyboru, jakości i innowacyjności”.

42 P. Akman, *A Critical...*, s. 9.

formy naruszenia⁴³. Niektórzy uznają to nawet za powielenie w art. 102 TFUE dychotomii istniejącej w art. 101 TFUE, który mówi o porozumieniach, które ze względu na swój cel lub skutek mogą doprowadzić do naruszenia czy ograniczenia konkurencji. Ta dychotomia była przez niektórych dostrzegana po wydaniu wytycznych z 2008 r.⁴⁴, podczas gdy inni uważają, że ten podział zupełnie nie ma znaczenia, gdyż niektóre praktyki są po prostu zakazane *prima facie*, niezależnie od ich skutków⁴⁵.

W późniejszym orzecznictwie, takim jak C-280/08 P, Deutsche Telekom I, czy C-52/09, TeliaSonera, TS stwierdził, aby dane zachowanie stanowiło nadużycie w rozumieniu art. 102 TFUE, musi ono wywoływać skutki dla równie skutecznych konkurentów, gdy ich dostęp do rynku bądź ich rozwój jest ograniczony lub wykluczony. *Margin squeeze* nie może zatem stanowić nadużycia, bez wykazania tych skutków⁴⁶. W sprawie C-7/97, Bronner⁴⁷, TS stwierdził, że odmowa zawarcia umowy (ang. *refusal to deal*) będzie takim naruszeniem tylko, gdy uda się wykazać, że działania podmiotu dominującego są niezbędne i odmowa współpracy wyeliminuje wszelką konkurencję ze strony podmiotów, które starają się uzyskać dostęp. Mogło to tworzyć wrażenie, że najpierw konieczne jest wykazanie skutków, by w ogóle można było uznać, że dochodzi do nadużycia. W innych jednak sprawach TSUE zdawał się nie domagać wykazania skutków. Formalizm wystarczał, bez konieczności brania pod uwagę takich parametrów ekonomicznych jak relacja ceny i kosztów, pokrycie rynku itp.

3. Obecne stosowanie art. 102 TFUE

W ostatnich dziesięciu latach coraz więcej wyroków TSUE wskazuje na przyjęcie podejścia opartego na analizie skutków (mniej formalne spojrzenie na art. 102 TFUE)⁴⁸. Ta nowa „era” rozpoczęła się od orzeczenia C-413/14 P, Intel⁴⁹. Pinar Atman nazywa erę pre-Intel erą „formalistyczną”, a erą post-Intel erą nowoczesną bądź erą skutków. Ale, jak już wskazano powyżej, przed sprawą C-413/14 P, Intel, poczynawszy od sprawy C-209/10, Post Danmark I, TS przyjął tzw. bardziej ekonomiczne podejście, niedopuszczające już możliwości chronienia wszelkich konkurentów lub chronienia określonej struktury rynku. W sprawie C-209/10, Post Danmark I, TS po raz pierwszy uznał, że konkurencja co do *meritum* może doprowadzić do odejścia z rynku, mówiąc: „Z definicji konkurencja między świadczeniami [w wersji angielskiej: *competition on the merits* – dop. aut.] może doprowadzić do zniknięcia z rynku lub do odsunięcia na dalszy plan konkurentów mniej

skutecznych, a zatem – mniej interesujących dla konsumentów w szczególności pod względem cen, możliwości wyboru, jakości i innowacyjności”⁵⁰.

W wielu późniejszych orzeczeniach TS potwierdził konieczność prowadzenia analizy co do skutków ewentualnego nadużycia pozycji dominującej dla równie skutecznych lub potencjalnych konkurentów⁵¹. Z tego względu konieczne jest wykazanie choćby potencjalnych lub prawdopodobnych skutków danej praktyki, by mogła ona stanowić nadużycie⁵², nie mogą być one jednak czysto hipotetyczne. Pojawił się również standard „równie skutecznego konkurenta”⁵³. Nie można przyjmować, że dana forma czy typ działania jest zawsze nadużyciem, co powoduje, że ocena skutków powinna zawsze mieć miejsce. W wyroku C-413/14 P, Intel, który w drugiej instancji, zgodnie z oceną niektórych autorów, uderzył we wspólnotę prawa konkurencji jak bomba („*hit the European competition law community like a bombshell*”)⁵⁴, TS zakwestionował analizę Komisji. Trybunał Sprawiedliwości, rozstrzygając w Wielkiej Izbie, uznał, że zadaniem art. 102 TFUE nie jest ochrona mniej skutecznych konkurentów, tak by mogli oni pozostać na rynku, na którym działa podmiot dominujący. Przyjął, że nie każdy skutek wykluczający jest szkodliwy dla konkurencji. Tym samym TS uchylił wyrok Sądu, w którym ten sąd zastosował dotychczasowe, dość formalistyczne orzecznictwo. Dodatkowo, TS nie ograniczył swoich wytycznych do określonego zachowania czy praktyki, co spowodowało, że nie jest tak, by pewne kategorie nadużyć mogły tym wymogom dowodowym nie podlegać. C-413/14 P, Intel był też pierwszym wyrokiem, w którym doszło do tak poważnego skrytykowania Sądu przez TS w zakresie stosowania art. 102 TFUE oraz do tak poważnej krytyki decyzji Komisji Europejskiej, że okazała się nie do obrony. Wyrok C-413/14 P, Intel, spowodował zatem absolutny zwrot w ocenie niektórych praktyk (np. rabatów zapewniających wyłączność za lojalność). By doszło do nadużycia, zachowanie musi móc ograniczać konkurencję (ang. *capable of restricting competition*) oraz dawać potencjalne skutki wykluczające (ang. *produce alleged foreclosure effects*). W swoim rozumowaniu TS uznał, że dotychczasowe orzecznictwo Hoffman-La Roche wymaga doprecyzowania (czytaj: zmiany) w tym znaczeniu, że jeśli podmiot oskarżony o naruszenie prawa konkurencji podnosi,

43 P. Ibáñez Colomo, *Anticompetitive Effects in EU Competition Law*, „Journal of Competition Law & Economics” 2020/2, s. 350.

44 B. Wardhaugh, *Competition, Effects and Predictability: Rule of Law and the Economic Approach to Competition*, Hart, London 2020, s. 112; P. Ibáñez Colomo, *Beyond the „More Economics-Based Approach”: A Legal Perspective on Article 102 TFEU Case Law*, „Common Market Law Review” 2016/3, s. 712–713.

45 R. O'Donoghue, J. Padilla, *The Law...*, s. 278.

46 Wyrok C-280/08 P, Deutsche Telekom, pkt 234; wyrok C-52/09, TeliaSonera Sverige, pkt 61–63.

47 Wyrok TS z 26.11.1998 r., C-7/97, Oscar Bronner GmbH & Co. KG przeciwko Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG i Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG, EU:C:1998:569, pkt 41 – dalej wyrok C-7/97, Oscar Bronner.

48 P. Akman, *A Critical...*, s. 12, nazywa to „Modern Era”.

49 L. Idot, *L article...*, s. 766–774.

50 Wyrok C-209/10, Post Danmark I, pkt 22.

51 Wyrok C-280/08 P, Deutsche Telekom, pkt 177; wyrok C-52/09, TeliaSonera Sverige, pkt 31–33, 39–40, 43, 63–64, 70, 73; wyrok C-209/10, Post Danmark I, pkt 21–22, 25, 38.

52 Wyrok C-280/08 P, Deutsche Telekom, pkt 250, 252–254, 259; wyrok C-52/09, TeliaSonera Sverige, pkt 64; wyrok C-209/10, Post Danmark I, pkt 25, 40, 44; wyrok TS z 6.10. 2015 r., C-23/14, Post Danmark A/S przeciwko Konkurrencerådet, EU:C:2015:651, pkt 46–49 – dalej wyrok C-23/14, Post Danmark II.

53 I. Lianos, *The Price/Non Price Exclusionary Abuses Dichotomy: A Critical Appraisal*, „Concurrences: revue des droits de la concurrence” 2009/2.

54 A.C. Witt, *The European Court of Justice and the More Economic Approach to EU Competition Law – Is the Tide Turning?*, „Antitrust Bulletin” 2019/2, s. 208. Spotkało się to z negatywnymi i pozytywnymi ocenami – por. L. Peepkorn, *Conditional Pricing: Why the General Court Is Wrong in Intel (and What the Court of Justice Can Do to Rebalance the Assessment of Rebates)*, „Concurrences: revue des droits de la concurrence” 2015/1, s. 43, 44; W.P.J. Wils, *The Judgment of the EU General Court in Intel and the So-Called „More Economic Approach” to Abuse of Dominance*, „World Competition” 2014/4, s. 405, 418, 437; P. Nihoul, *The Ruling of the General Court in Intel: Towards the End of an Effect-based Approach in European Competition Law?*, „Journal of European Competition Law & Practice” 2014/8, s. 521, 530.

że jego działanie nie mogło mieć skutków wykluczających, Komisja powinna zbadać następujące kumulatywne warunki: po pierwsze, zakres pozycji dominującej na rynku właściwym, po drugie, udział w rynku objętych badaną praktyką, po trzecie, warunki i rozwiązania dla przyznania rabatów, ich trwanie i ich wysokość (przy innych praktykach przekłada się to na dokładne zbadanie charakteru praktyki oraz jej zasięgu i trwania), po czwarte, Komisja powinna ocenić możliwość istnienia strategii, która ma na celu wykluczenie z rynku konkurentów, którzy są co najmniej równie skuteczni jak podmiot dominujący. Ten czwarty warunek stanowi analizę tzw. *capacity to foreclose*, czyli zdolności wykluczenia z rynku, istniejącej po stronie podmiotu nadużywającego pozycji dominującej⁵⁵.

Począwszy od orzeczenia C-413/14 P, Intel, TS zmienił zatem swoje dotychczasowe bardziej formalistyczne orzecznictwo i wymaga obecnie od Komisji analizy skutków praktyki, przez dokonanie badania różnych ekonomicznych czynników, uplasowanych w badanym kontekście, takich jak: strategia wykluczenia równie skutecznych konkurentów. Przez pewien czas pozostawały wątpliwości, czy sprawa C-413/14 P, Intel, dotyczy tylko praktyk cenowych (taki był stan faktyczny w sprawie Intel, dotyczący rabatów). Jednak sposób formułowania oceny przez TS oraz późniejsze orzecznictwo wskazują, że chodziło o wszelkie możliwe praktyki. Druga wątpliwość dotyczyła tego, czy Intel zawsze wymaga przeprowadzenia testu równie skutecznego konkurenta, czy zdolność do wykluczenia może być badana różnymi sposobami w różnych konfiguracjach faktycznych. Po kilku latach stosowania podejścia ze sprawy C-413/14 P, Intel, wydaje się, że badanie zdolności do wykluczania ma charakter uniwersalny i powinno być stosowane również przy ocenie obiektywnych usprawiedliwień oraz pozytywnych skutków, które mogą przeważać w ocenie skutków danej praktyki w taki sposób, by jednak nie doszło do stwierdzenia naruszenia bądź by doszło do uznania, że naruszenie było usprawiedliwione.

Po sprawie C-413/14 P, Intel, można rzeczywiście dostrzec trwałą zmianę podejścia europejskich sądów do oceny pojęcia naruszenia. Zarówno TS, jak i Sąd zaczęły stosować wytyczne ze sprawy C-413/14 P, Intel, w sposób ogólny, a zatem nie tylko do praktyk cenowych i nie tylko w okolicznościach przypominających sprawę C-413/14 P, Intel⁵⁶. W sprawie C-525/16, MEO, TS uznał nawet, że należy tę analizę stosować wobec praktyk eksploatacyjnych, a nie wykluczających. Innym dobrym przykładem pozostaje sprawa C-307/18, Generics⁵⁷,

w której TS wskazał, że aby uznać daną praktykę za nadużycie, zachowanie to musi mieć zdolność do ograniczania konkurencji, powodując skutki wykluczające, oraz ocena taka musi być dokonana z uwzględnieniem wszystkich istotnych faktów związanych z tym zachowaniem⁵⁸. Jasne jest, że TS przyjmuje to samo podejście niezależnie od tego, czy chodzi o praktyki cenowe⁵⁹, czy nie⁶⁰. Wymóg wykazania przynajmniej potencjalnych skutków antykonkurencyjnych lub skutków wykluczających na badanym rynku został też wyraźnie przywołany przez TS w sprawie C-165/19 P, Slovak Telekom⁶¹. W sprawie C-377/20, SEN, TS wręcz odrzucił swoje dotychczasowe formalne podejście (iż dana forma praktyki zawsze stanowi naruszenie), wskazując, że konieczne jest wykazanie skutków naruszenia, w postaci wykluczenia czy ograniczenia konkurencji, w tym przypadku skutków wykluczających, a ocena musi być oparta na wszystkich relewantnych faktach⁶². W sprawie C-377/20, SEN, dotyczącej praktyk niemających charakteru cenowego, TS potwierdził też, że test równie skutecznego konkurenta może być stosowany do każdego rodzaju praktyk⁶³. W sprawie C-680/20, Unilever, TS potwierdził, że sposób analizy ze sprawy C-413/14 P, Intel, miał również zastosowanie do tzw. *exclusive dealing*, a tym samym do praktyk niemających charakteru cenowego⁶⁴. Późniejsza praktyka TS rozwiewa zatem wszelkie wątpliwości co do tego, jaki powinien być zakres zastosowania analizy ze sprawy C-413/14 P, Intel – ma ona zastosowanie do wszelkich praktyk wykluczających, cenowych i niecenowych⁶⁵. Również Sąd zaczął stosować Intel jako element ogólnego podejścia do wszelkich hipotez związanych z nadużywaniem pozycji dominującej. W sprawie T-612/17, Google Shopping, wyjaśnił, że Komisja ma obowiązek wykazać przynajmniej potencjalne skutki praktyki, wykluczył też, by niektóre naruszenia były naruszeniami *per se*⁶⁶. Analiza wymagana w sprawie C-413/14 P, Intel, nie jest tylko elementem procedury (nie jest wypowiedzeniem pewnej formuły o potencjalnych skutkach), ale wymaga rzeczywistej analizy skutków. Oba sądy, odpowiednio TS w sprawie C-680/20, Unilever⁶⁷,

58 Wyrok C-307/18, Generics, pkt 154, odwołując się do wyroku C-280/08 P, Deutsche Telekom, pkt 64–66, 68; oraz wyroku C-413/14 P, Intel, pkt 138.

59 Takie jak *margin squeeze* czy rabaty.

60 Takie jak umowy przewidujące tzw. *pay for delay*.

61 Wyrok C-165/19 P, Slovak Telekom, pkt 51. Skutki mają być odczuwalne dla równie skutecznych konkurentów, por. pkt 109.

62 Wyrok C-377/20, SEN, pkt 72.

63 Wyrok C-377/20, SEN, pkt 79.

64 P. Akman, *A Critical...*, s. 18; wyrok C-680/20, Unilever, pkt 50, 52, 59.

65 P. Akman, *A Critical...*, s. 21. Zdaniem tej autorki sprawy Generics, Google Shopping, ENEL, Intel RENV, Qualcomm oraz Unilever, wprowadzają jednolite podejście do art. 102 TFUE.

66 Wyrok T-612/17, Google Shopping, pkt 441.

67 Wyrok C-680/20, Unilever, pkt 52, 53. Zob. również pkt 62: „art. 102 TFUE należy interpretować w ten sposób, że w przypadku istnienia klauzul wyłączności zawartych w umowach dystrybucyjnych organ ochrony konkurencji jest zobowiązany, w celu stwierdzenia nadużycia pozycji dominującej, do ustalenia, w świetle wszystkich istotnych okoliczności i z uwzględnieniem w szczególności analiz ekonomicznych przedstawionych w danym przypadku przez przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą co do braku zdolności rozpatrywanych zachowań do wykluczenia z rynku równie skutecznego konkurenta jak to przedsiębiorstwo, że klauzule te mają zdolność do ograniczenia konkurencji. Zastosowanie testu równie skutecznego konkurenta ma charakter fakultatywny. Jednakże jeżeli wyniki takiego testu zostaną przedstawione przez zainteresowane przedsiębiorstwo w toku postępowania administracyjnego, organ ochrony konkurencji jest zobowiązany zbadać jego moc dowodową”.

55 P. Akman, *A Critical...*, s. 14.

56 Wyrok T-814/17, Lietuvos, pkt 76; wyrok Sądu z 13.12.2018 r., T-827/14, Deutsche Telekom AG przeciwko Komisji Europejskiej, EU:T:2018:930, pkt 87. Zob. też wyrok, w którym TS zastosował zasady ze sprawy C-413/14 P, Intel, do praktyki o innym charakterze niż wykluczający, wskazując, że Intel ma zastosowanie uniwersalne – wyrok TS z 19.04.2018 r., C-525/16, MEO – *Serviços de Comunicações e Multimédia SA* przeciwko Autoridade da Concorrência, EU:C:2018:270, pkt 31 – dalej wyrok C-525/16, MEO.

57 Wyrok TS z 30.01.2020 r., C-307/18, Generics (UK) Ltd i in. przeciwko Competition and Markets Authority, EU:C:2020:52 – dalej wyrok C-307/18, Generics. Por. L. Šimas, M. Nteve, G. Tzifa, *Long-awaited Court of Justice's say on „pay for delay” agreements in C-307/18 Generics (UK) Ltd and Others v Competition and Markets Authority*, „European Competition Law Review” 2020/10, s. 521–526; N. Dunne, *Potential competition in EU law: Generics (UK) Ltd v Competition and Markets Authority (C-307/18)*, *H Lundbeck A/S v European Commission (C-591/16 P)*, „European Competition Law Review” 2021/12, s. 638–644; K. Kowalik-Bańczyk, *Commentary on C-307/18 Generics (UK) Ltd v Competition and Markets Authority: competition delayed, competition denied?*, „Journal of Antitrust Enforcement” 2021/3, s. 592–603.

oraz Sąd w sprawach T-286/09 RENV, Intel⁶⁸ czy T-235/18, Qualcomm⁶⁹, jak dotychczas to potwierdziły, wymagając od organów ochrony konkurencji konkretnej analizy skutków. Jak podaje P. Atman, w sprawie C-333/21, Superleague, odwołanie do „celu” praktyki⁷⁰ (jako odwołanie do dychotomii cel/skutek w art. 101 TFUE) nie jest tworzeniem analogii między art. 102 i 101, ponieważ w tej sprawie chodziło o przedmiot czy cel (*object*) w postaci uniemożliwienia wejścia na rynek potencjalnych konkurentów, co TS odróżnia od rzeczywistego lub potencjalnego wykluczenia rywali⁷¹. Nie można już obecnie domniemywać naruszenia, opierając się tylko na formie praktyki, konieczne jest zbadanie skutków w całościowym kontekście sprawy.

Z kolei w sprawie C-377/20, SEN⁷², TS wprost odwołał się do koncepcji, która również stanowi obecnie fundament stosowania art. 102 TFUE, czyli do pojęcia konkurencji ze względu na jakość. Trybunał Sprawiedliwości uznał, że: „Każdą praktykę, której wprowadzenie w życie nie ma dla przedsiębiorstwa dominującego interesu gospodarczego z wyjątkiem celu polegającego na wyeliminowaniu jego konkurentów, aby móc następnie podnieść swoje ceny poprzez czerpanie korzyści z sytuacji monopolu, należy uznać za stanowiącą środek inny niż te wchodzące w zakres konkurencji pozacenowej (ang. *competition on the merits*)”. Trybunał Sprawiedliwości dokonał tutaj ekonomicznego opisu praktyki, a nie odwoływał się do konceptów „wolności, by konkurować” lub wolności wyboru. By coś było antykonkurencyjne, musi zasadniczo nie mieć sensu ekonomicznego innego niż próba wykluczenia konkurentów.

4. Zmiana perspektywy – konkurencja co do jakości

Jak pisał J. Schumpeter⁷³, niebranie pod uwagę konkurencji co do jakości (czyli konkurencji merytorycznej) jest jak granie sztuki Szekspira pt. „Hamlet” bez duńskiego księcia. Nie jest to jednak wcale proste, by ustalić, czy zachowania podmiotu mającego pozycję dominującą na rynku stanowią jeszcze konkurencję co do *meritum*. Sądy UE starają się zapewnić na rynku UE tzw. *Leistungswettbewerb*, czyli konkurencję merytoryczną – podejście to widać szczególnie w następstwie rozstrzygnięcia sprawy C-377/20, Intel.

Komisja Europejska od ponad 20 lat opiera swoją analizę na tzw. podejściu ekonomicznym (ang. *more economic approach*⁷⁴), które zostało jej narzucone przez wyrok Sądu w sprawie

T-219/99, Michelin II, i T-219/99, British Airways⁷⁵, dotyczącym systemu rabatów udzielanych przez linie lotnicze. Przed tym wyrokiem Komisja mogła niemal opierać się na domniemaniu naruszenia – ilustrowana sprawą 85/76, Hoffman-La Roche, dotyczącą rynku witamin i rabatów za lojalność (ang. *fidelity rebates*). Ekonomiczne podejście Komisji zakłada, że nie jest karana *competition on the merits*. Komisja stosuje to podejście wobec wszystkich praktyk (wyłączających i wykorzystujących) i ma to, jak się wydaje, wykluczyć *over-condemnation*, ponieważ gdy wyklucza się równie dobrego konkurenta, ma miejsce naruszenie art. 102. Niemniej konkurencja co do *meritum* i środki wykluczające lub eksplonujące często nie są jasno zdefiniowane w decyzjach Komisji i orzecznictwie, co powoduje, że zachowania prokonkurencyjne niekiedy, zdaniem niektórych autorów, również mogą być objęte decyzjami organów UE, ponieważ precyzyjne rozróżnienie, co stanowi konkurencję co do *meritum*, a co już nie, nie zawsze jasno wynika z decyzji⁷⁶. Zdaniem N. Petit sądy długo ignorowały teorie ekonomiczne⁷⁷ i z tego powodu to tzw. bardziej ekonomiczne podejście, oparte na ocenie skutków praktyki, nie było stosowane. Z tego względu TS odwoływał się do pewnych „abstrakcyjnych formuł” i uznawał za antykonkurencyjne praktyki, które nie powinny być uznane za szkodliwe, gdyby zbadać ich skutki.

Dodatkowo lista nadużyć z art. 102 TFUE jest otwarta, a Komisja ma pełną dyskrecjonalność i możliwość określania swoich priorytetów. Brak jest również reguły *de minimis*, choć niektórzy komentatorzy dopatrzili się jej w praktykach polegających na dyskryminacji z art. 102 lit. c TFUE, odwołując się od orzeczenia C-525/16, MEO⁷⁸, dotyczącym pytania prejudycjalnego w sprawie cen dyskryminacyjnych na rynku niższego szczebla – i tu jednak TS przyjął, że nie ma powodu ani sensu, by badać próg, poniżej którego nadużycie jest dopuszczalne. Niekiedy jednak dla oceny skutków badanie wpływu jest nieuniknione i wówczas w grę mogą wchodzić różne progi. Nie ma jednak jednolitej reguły, oszacowanie ma miejsce od przypadku do przypadku. Obecnie bada się przede wszystkim zasięg/pokrycie praktyki (ang. *coverage*). Ma to zapewnić rzeczywistą analizę sprawy. Powoduje to zarazem, że sprawy badane przez Komisję trwają coraz dłużej i że gromadzony jest coraz większy materiał dowodowy. Dodatkowo, jak już wskazano, 8.02.2024 r. Komisja wydała nowe wytyczne dotyczące definicji rynku, pierwsze po 25 latach, które również są dużo bardziej dokładne niż poprzednie i odzwierciedlają szeroką praktykę orzeczniczą ostatnich lat⁷⁹.

Decyzje Komisji badane są co do ich legalności przez sądy UE. Sąd Unii Europejskiej również, od czasu sprawy C-23/14, Post Danmark II, bada bardziej ekonomiczne podejście (ang. *more economic approach*), stwierdzając, że gdy chodzi o konkurencję co do *meritum*, to brak jest nadużycia pozycji dominującej – odzwierciedla to podejście TS przyjęte w sprawie

68 Wyrok Sądu z 26.01.2022 r., T-286/09 RENV, Intel Corporation Inc. przeciwko Komisji Europejskiej, EU:T:2022:19, pkt 507, 512, 521. Decyzja Komisji została uchylona.

69 Tu Komisja dokonała analizy skutków, ale decyzja została unieważniona ze względu na nieprawidłowości dotyczące prawa do obrony w odniesieniu do niektórych dowodów.

70 Wyrok C-333/21, Superleague, pkt 131.

71 P. Akman, *A Critical...*, s. 20, przyp. 104.

72 Wyrok C-377/20, SEN, pkt 77. O tym pojęciu również wyrok C-680/20, Unilever, w pkt 39, odwołuje się do wyroku C-377/20, SEN, pkt 71 i 75, 76, które odwołują się do równie skutecznych konkurentów, by wskazać, kiedy praktyka nie opiera się na konkurencji merytorycznej.

73 Tak cytuje to N. Petit: „Schumpeter has said that not taking account of the competition through quality is like having a piece of Shakespeare entitled Hamlet without the Danish prince” – N. Petit, *Droit européen...*, s. 368.

74 A.C. Witt, *The European Court...*, s. 174–176; P. Ibáñez Colomo, A. Kalintiri, *The Evolution of EU Antitrust Policy: 1966–2017*, „Modern Law Review” 2020/2, s. 334–338.

75 Wyrok Sądu z 17.12.2003 r., T-219/99, British Airways plc przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich EU:T:2003:343.

76 Zob. opinia rzecznika generalnego A. Rantosa z 9.12.2021 r., C-377/20, Servizio Elettrico Nazionale SpA i in. przeciwko Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato i in., EU:C:2021:998, pkt 53; P. Ibáñez Colomo, *The Shaping of EU Competition Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2018, s. 312–313; N. Petit, *Droit européen...*, s. 358.

77 N. Petit, *Droit européen...*, s. 358.

78 Wyrok C-525/16, MEO, pkt 29.

79 Komunikat Komisji – zawiadomienie Komisji w sprawie definicji rynku właściwego do celów unijnego prawa konkurencji (Dz.Urz. UE C 2024/1645).

C-413/14 P, Intel. Sąd bada przede wszystkim, czy praktyka ma tzw. możliwość wyłączenia (ang. *capacity to exclude*): w badaniu takim dochodzi do oceny skutków praktyki, ponieważ nie chodzi o naruszenie *per se*. Dobrze ilustruje to wskazany już wyrok C-680/20, Unilever – w sprawie tej TS wykluczył, by producentowi przypisywano działania jego dystrybutorów. Możliwość wyłączenia ocenia się w świetle dowodów przedstawionych przez obie strony. Aby sprawdzić tę możliwość wyłączenia, istotne jest ustalenie, kogo się wyłącza – krytyce podlega wyłączenie „równie skutecznego konkurenta” – przez odwołanie do tzw. *as-efficient-competitor test* (AEC⁸⁰). Test taki dotyczy efektywności i korzyści dla konsumenta w odniesieniu do ceny, wyboru, jakości lub innowacji⁸¹, może on jednak również służyć jako obrona dla podmiotu, który stara się wykazać, iż nie naruszył prawa konkurencji, zatem AEC może służyć jako obrona. W ostatnim orzecznictwie TS potwierdził też, że nadal celem art. 102 jest ochrona procesu konkurencji, a nie samych konkurentów⁸². Możliwe jest też wykazanie, że na podstawie tzw. *state action defence*, czyli zarzutu, że to państwo narzuca obowiązek określonego działania, można się uwolnić od zarzutu naruszenia prawa konkurencji⁸³.

Badanie konkretnej praktyki przez pryzmat jej skutków prowadzi oczywiście do pytania, jak takie skutki ustalić. Badana jest obiektywna praktyka, ale zgodnie z wytycznymi TS rzeczywiste skutki mogą zostać wzięte pod uwagę w analizie⁸⁴. Jak wskazuje Trybunał, skutki dla konkurencji nie są same w sobie wystarczające, by uznać, że praktyka nie może ograniczać konkurencji w danym kontekście: trzeba to uzupełnić badaniem cech rynku właściwego, zasięgiem praktyki oraz zakresem pozycji dominującej. Dodatkowo potencjalne skutki danej praktyki też powinny być wzięte pod uwagę, a sam charakter praktyki wpływa na płynne progi: są one niskie, gdy sam cel praktyki jest antykonkurencyjny, albo gdy co do istoty wyklucza merytoryczną konkurencję; a wyższe, gdy praktyka ma charakter ambiwalentny lub (nawet) zgodny z prawem lub prokonkurencyjny⁸⁵.

Wspomniany już wyżej test równie skutecznego konkurenta wymaga ustalenia, kto może być (jest) równie skutecznym konkurentem. Od czasu sprawy C-62/86, AKZO, w 1991 r. Trybunał Sprawiedliwości zakłada, że gdy mamy równie skutecznych konkurentów, czyli konkurentów, którzy mogą zapewnić analogiczne usługi/produkty, to zastosowanie cen poniżej kosztów może być potencjalnie wykluczające. W późniejszym orzecznictwie, jak C-209/10, Post Danmark I, i C-413/14 P, Intel, stanowisko to uległo uzupełnieniu i TS dodał, że nie chodzi tylko o ceny. Z jednej strony wykluczenie mniej skutecznych konkurentów jest naturalnym skutkiem procesu konkurencji. Ale art. 102 ma zagwarantować, że rywale, którzy są w stanie konkurować, pozostaną na rynku mimo obecności na nim podmiotu dominującego. Niezwykle istotne i *de facto* trudne pozostaje pytanie, jak to wykazać. Trybunał Sprawiedliwości wymaga, by przedstawione zostały następujące elementy:

1) związek przyczynowy między nadużywaniem i rzeczywistymi lub potencjalnymi skutkami (*attributability*); 2) pewność i przewidywalność; 3) rola procesu konkurencyjnego w zachowaniu przesłanek, by tworzyć, inwestować i wprowadzać innowacje. W sprawie C-377/20, SEN, TS nie odpowiedział jednak na to, czy ostatecznym celem art. 102 TFUE jest zachowanie odpowiedniej struktury rynku, czy zapewnienie dobrobytu konsumentów.

5. Praktyki wykluczające

Od 2008 r. priorytetem Komisji Europejskiej pozostaje zwalczanie praktyk wykluczających. Z tego względu w orzecznictwie sądów UE wiele takich praktyk jest ocenianych przy okazji kontroli decyzji Komisji Europejskiej, natomiast ewentualne inne praktyki mogą zostać ocenione przez TS w trybie odpowiedzi na pytania prejudycjalne skierowane przez sądy krajowe. Poniżej zostaną przedstawione sprawy, w których różnego rodzaju praktyki wykluczające podlegały w ostatnich latach badaniu przez sądy UE. Wszystkie one wskazują z jednej strony na to, że praktyki wykluczające mogą pojawić się na bardzo odmiennych rynkach i mieć różny charakter, ale zarazem, z drugiej strony, że przedstawiona powyżej analiza skutków i możliwości wykluczenia konkurentów znajduje uniwersalne zastosowanie.

Pierwszym rodzajem praktyki wykluczającej może być tzw. odmowa dostępu. Niekiedy łączy się taki obowiązek udzielenia dostępu (celem zachowania konkurencji na rynku) z pojęciem tzw. urządzeń kluczowych i doktryną udzielania dostępu do urządzeń kluczowych. W ostatnich latach sądy UE nie łączą tych dwóch zagadnień i uznają, że praktyka wykluczająca w postaci odmowy dostępu nie oznacza, iż dostęp nie został udzielony do urządzeń kluczowych i że miałyby mieć w związku z tym zastosowanie siatka pojęciowa wypracowana w orzecznictwie w sprawie C-7/97, Oscar Bronner. W sprawie T-814/17, Lietuvos, w której rozstrzygnięcie Sądu zostało potwierdzone przez TS, Sąd stwierdził, że „wymóg ochrony zachęty [ang. *requirement to protect the incentive*] dla przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą do inwestowania w budowę kluczowej infrastruktury nie istnieje, gdy obowiązujące ramy regulacyjne nakładają już obowiązek świadczenia na przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą lub gdy pozycja dominująca, jaką przedsiębiorstwo uzyskało na rynku, wynika z dawnego monopolu państwa. [...] zachowanie [likwidacja całej drogi kolejowej – dop. aut.] nie może być analizowane w świetle utrwalonego orzecznictwa dotyczącego odmowy udzielenia dostępu do kluczowej infrastruktury, lecz powinno być rozpatrywane jako zachowanie, które może stanowić przeszkodę w wejściu na rynek poprzez utrudnienie dostępu do tego rynku i wywołanie w ten sposób antykonkurencyjnego skutku w postaci wykluczenia. Wynika z tego, że kwestia, czy art. 102 TFUE nakłada na skarżącą obowiązek naprawy drogi kolejowej, nie ma znaczenia dla niniejszej sprawy”⁸⁶. Podobnie w sprawie T-136/19, Bulgarian Energy Holding, dotyczącej rynku dostawy gazu w Bułgarii przez rumuński Transit Pipeline 1 Sąd nie stwierdził, by doszło do naruszenia art. 102 TFUE w związku z tym, że podmiot podejrzewany o nadużycie pozycji dominującej realizował tylko zobowiązania wynikające z umowy międzynarodowej.

Nową, niespotykaną wcześniej praktyką będącą przykładem praktyki wykluczającej, jest praktyka dyskryminująca określana

80 Wyrok C-413/14 P, Intel, pkt 134; wyrok C-680/20, Unilever, pkt 37.

81 Wyrok C-413/14 P, Intel, pkt 134; wyrok C-680/20, Unilever, pkt 37.

82 Wyrok C-680/20, Unilever, pkt 36–39; wyrok C-377/20, SEN, pkt 73; por. M. Maggolino, *When an ice cream...*, s. 1445.

83 Zob. zwłaszcza bardzo wyraźnie w sprawie: wyrok T-136/19, Bulgarian Energy Holding.

84 Wyrok C-377/20, SEN, pkt 56.

85 Wyrok C-377/20, SEN, pkt 57.

86 T-814/17, Lietuvos, pkt 91 i 98.

jako tzw. *self-referencing*, która wystąpiła w sprawie T-612/17, Google Shopping. W sprawie tej Komisja ustaliła, że Google dokonywał faworyzowania własnych wyników w wyspecjalizowanym serwisie wyszukiwania. Nadużycie polegało na korzystniejszym pozycjonowaniu i pokazywaniu własnych wyników oraz zmniejszaniu przepływu danych z ogólnej strony z wynikami Google do konkurujących serwisów z wyspecjalizowanymi wyszukiwarkami, tak by zwiększać własny przepływ danych. To nowe nadużycie, polegające na faworyzowaniu samego siebie w takiej formie, zostało uznane przez Sąd za niewpisujące się w konkurencję merytoryczną⁸⁷, ponieważ symultanicznie dochodziło do polepszania własnej widoczności i pogarszania widoczności innych. Niezależnie od ich relewantności, wyniki konkurencyjnych wyszukiwarek nigdy nie były traktowane w taki sam sposób jak wyniki z porównywarki Google (pozycjonowanie i widoczność były inne). Sąd potwierdził, że ta praktyka zmniejsza konkurencję na rynku. Uznał też, że Google jest strażnikiem dostępu, posługując się już odwołaniami do wówczas uchwalanego DMA⁸⁸, oraz wskazując, że wyszukiwarka Google to brama dostępu do internetu (ang. *Gateway to internet*), a sam Google to tzw. *gatekeeper*. W sprawie T-612/17, Google Shopping, Komisja Europejska stwierdziła, że spółka Google nadużyła swojej pozycji dominującej na rynku wyszukiwania ogólnego, by faworyzować swoje własne porównywarki cen, preferując wyniki wyszukiwania produktów w internecie korzystniejsze dla Google niż dla konkurencyjnych porównywarek cen. W wyroku z 10.11.2021 r. Sąd oddalił skargę Google, potwierdzając analizę Komisji i unieważniając jedynie stwierdzenie naruszenia na rynku wyszukiwania ogólnego, bez wpływu na wymiar nałożonej grzywny. Jak na razie rzecznik generalna Juliane Kokott zaproponowała oddalenie odwołania i utrzymanie w mocy decyzji Komisji, również co do kary⁸⁹. W tej sprawie Sąd potwierdził, że autofaworyzowanie stanowi nową niezależną formę nadużycia wynikającego z zastosowania wobec konkurencyjnych porównywarek cenowych nieuczciwych warunków dostępu, jeżeli wywiera ono co najmniej potencjalne skutki antykonkurencyjne (jak stwierdziła Komisja w niniejszej sprawie – w postaci wykluczenia z rynku usług wyspecjalizowanego wyszukiwania produktów).

Często formą praktyki wykluczającej są praktyki umowne, w których w umowie pojawiają się klauzule o wyłączności. W sprawie T-604/18, Google Android, producenci oryginalnych urządzeń i operatorzy sieci mobilnych zostali obciążeni trzema rodzajami ograniczeń umownych: po pierwsze, zawierane były umowy dystrybucji aplikacji mobilnych, które przewidywały obowiązek preinstalowania aplikacji służących do wyszukiwania ogólnego (Google Search) i do przeglądania (Chrome). Stanowiło to warunek uzyskania licencji na korzystanie ze sklepu z aplikacjami Google (Play Store). Po drugie, zawierane były umowy o zapobieganiu fragmentacji. Na ich podstawie producenci oryginalnych urządzeń pragnący zainstalować aplikacje Google nie mogli sprzedawać urządzeń działających pod wersjami Androida, które nie zostały zatwierdzone przez spółkę Google. Wreszcie, po trzecie, zawierane były umowy o podziale przychodów, w których spółka Google przyznawała producentom oryginalnych

urządzeń i operatorom sieci mobilnych odsetek przychodów z reklam, jednak pod warunkiem, że ci producenci lub operatorzy sieci mobilnych zgodzili się nie preinstalować konkurencyjnych ogólnych wyszukiwarek internetowych na jakichkolwiek urządzeniach. Wszystkie te postanowienia umowne zostały przez Sąd uznane za praktyki wykluczające. W sprawie skierowanej do TS w trybie pytania prejudycjalnego, C-680/20 Unilever, TS uznał, że takie klauzule o wyłączności nie stanowią naruszenia art. 102 *per se*, trzeba bowiem wykazać ich skutek wykluczający. Aby ocenić tzw. możliwość wykluczenia, konieczne jest zbadanie dwóch warunków: po pierwsze, organ ochrony konkurencji musi ocenić, czy istniała strategia wykluczenia konkurentów, którzy są co najmniej tak samo skuteczni. Po drugie, konieczne jest ustalenie, czy system nie jest obiektywnie uzasadniony. Dodatkowo, gdy przedstawiony zostanie materiał dowodowy pokazujący niemożność wywołania skutków ograniczających, organ ochrony konkurencji ma obowiązek go zbadać.

Ostatnim przykładem klauzul umownych, które stanowią praktyki wykluczające w sporcie, ale nie tylko, stanowi sprawa C-333/21, Superleague. Sprawa ta, wydana w trybie odpowiedzi na pytanie prejudycjalne, stanowi tzw. *arrêt récapitulatif*, zawierając uporządkowanie i zdefiniowanie pewnych pojęć, i ma prowadzić do harmonizacji orzecznictwa, ponieważ wątki te pojawiły się już w sprawie C-124/21 P, International Skating, oraz w toczącej się równolegle do C-333/21, Superleague, sprawie C-680/21, Royal Antwerp Football Club⁹⁰. W wyroku C-333/21, Superleague, TS stwierdził, że gdy przedsiębiorstwo ma prawa wyłączne⁹¹, dające mu uprawnienia „prawodawcze”, kontrolne i do nakładania sankcji, czyli w konfiguracji, w której stosowany jest zarazem art. 106 i 102 TFUE, obowiązki dla strażników dostępu są większe. W pojęciu nadużycia TS dokonał rozszerzenia, uznając, że pojęcie to obejmuje nie tylko praktykę mogącą wykluczyć równie skutecznych konkurentów, lecz także zachowanie mogące ograniczyć ich rozwój⁹² oraz zachowanie, które może ograniczyć wejście na rynek potencjalnych konkurentów⁹³. W odniesieniu do dowodów nadużycia TS przyjął, że w zależności od sprawy możliwe są różne testy analityczne, analizę należy jednak zawsze przeprowadzać „z uwzględnieniem wszystkich istotnych okoliczności faktycznych”⁹⁴. Bardzo nowatorska jest analiza wskazująca na spójność między art. 101 i 102 TFUE, a mianowicie argumentacja opowiadająca się za dopuszczaniem pewnych praktyk z art. 102 TFUE, gdy są usprawiedliwione, na wzór tego, co istnieje pod egidą art. 101 TFUE. Trybunał Sprawiedliwości dopuścił trzy rodzaje okoliczności „usprawiedliwiających”, po pierwsze, gdy istnieje obiektywne uzasadnienie dla danej praktyki⁹⁵. Po drugie, dopuścił tzw. *efficiency defence*, przez analogię do art. 101 ust. 3 TFUE możliwe jest wykazanie, że skutki są bardziej prokonkurencyjne

87 Wyrok T-612/17, Google Shopping, pkt 185.

88 Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2022/1925 z 14.09.2022 r. w sprawie kontestowalnych i uczciwych rynków w sektorze cyfrowym oraz zmiany dyrektyw (UE) 2019/1937 i (UE) 2020/1828 (akt o rynkach cyfrowych) (Dz.Urz. UE L 265, s. 1) – dalej DMA.

89 Opinia C-48/22 P, Google Shopping.

90 Wyrok TS z 21.12.2023 r., C-680/21, UL, SA Royal Football Club przeciwko Union royale belge des sociétés de football association ASBL (URBSFA), EU:C:2023:1010.

91 Takie jak w wyroku TS z 13.12.1991 r., C-18/88, Régie des télégraphes et des téléphones przeciwko GB-Inno-BM SA, EU:C:1991:474; wyroku TS z 1.07.2008 r., C-49/07, Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE) przeciwko Elliniko Dimosio, EU:C:2008:376.

92 Wyrok C-333/21, Superleague, pkt 129.

93 Wyrok C-333/21, Superleague, pkt 131.

94 Wyrok C-333/21, Superleague, pkt 130.

95 Wyrok C-333/21, Superleague, pkt 202. Taka argumentacja nie jest nowa, por. wyrok 27/76, United Brands, pkt 184, 188; wyrok C-52/09, TeliaSönera Sverige, pkt 31, 75; wyrok C-209/10, Post Danmark I, pkt 41–42.

niż antykonkurencyjne⁹⁶. Po trzecie, TS dopuścił tzw. wyjątek ze sprawy C-309/99, Wouters⁹⁷, odwołujący się do koncepcji ograniczeń ustawowych (ang. *regulatory restraints*)⁹⁸. Ta zupełnie nowa interpretacja art. 102 TFUE może wskazywać na to, że analiza skutków danej praktyki, narzucona od czasu sprawy C-413/14 P, Intel, może zostać nieco złagodzona przez rozszerzenie katalogu usprawiedliwiającego występowanie takiej praktyki.

6. Podsumowanie

Wprowadzona przez orzecznictwo TSUE od czasu sprawy C-413/14 P, Intel, modyfikacja wymogów odnośnie do tego, co Komisja Europejska musi wykazać, by udowodnić nadużycie pozycji dominującej (przez analizę skutków zarzucanej praktyki), prowadzi paradoksalnie do najwyższej w historii liczby uchylonych decyzji Komisji Europejskiej. Trybunał stał się bardziej wymagający wobec Komisji, wprowadzając bardziej systematyczne i metodyczne warunki dla Komisji, by wykazać, że praktyka ma charakter naruszający. Jednak coraz większa złożoność regulacji skierowanych do przedsiębiorców oraz chęć zapewnienia skutecznego egzekwowania reguł konkurencji powoduje dwa trendy. Z jednej strony, skoro prawo antymonopolowe nie działa, tworzy się nowe regulacje, takie jak DMA. Z drugiej strony, skoro art. 102 ma być bezwzględnie wykonywany przez pryzmat analizy skutków, dopuszcza się dialog z podmiotem podejrzewanym o nadużycie odnośnie do tego, co może usprawiedliwiać, czy uzasadniać jego określoną praktykę (widać to bardzo wyraźnie w uzasadnieniu orzeczenia C-333/21, Superleague).

Ostatnie lata przyniosły podwyższenie wymogów wobec organów ochrony konkurencji, w sytuacji gdy mają one wykazać nadużycie pozycji dominującej. Artykuł 102 TFUE jest wykorzystywany przy problemach struktury rynku i dostępu do rynku. Dla skoncentrowanych rynków można zaobserwować zacieranie granicy między art. 102 i kontrolą koncentracji, jak w sprawie C-449/21, Towercast. Jednak większość nadużyć identyfikowanych przez Komisję dotyczy praktyk wykluczających, zwłaszcza wiele spraw dotyczy obowiązku zapewnienia dostępu lub dostawy. Katalog możliwych nadużyć, jak wskazano w artykule, ciągle się rozszerza. Zmienia się też niekiedy charakter tego, co jest uznawane za dotyczące dostępu. W toczącej się sprawie dotyczącej pytań prejudycjalnych włoskiego sądu C-233/23, Alphabet i in., ciekawym zagadnieniem jest konieczność zbadania, czy odmowa zapewnienia świadczenia usługi, gdy dostęp jest niezbędny do wykonywania określonej działalności lub potrzebny dla wygodniejszego korzystania z produktu lub usługi, może też stanowić nadużycie zakazane w art. 102 TFUE. Dostęp do infrastruktury może być obecnie również przedmiotem postępowań innych niż antymonopolowe, takich jak regulacja sektorowa⁹⁹

w postaci DMA¹⁰⁰, która również ma związek z wykorzystywaniem siły rynkowej (w przypadku DMA mowa jest o dużych podmiotach określanych jako strażnicy dostępu). To może budzić wątpliwości co do tego, jak należy traktować ewentualną sytuację podwójnego reagowania na tę samą praktykę tzw. strażników dostępu (ponieważ cel obu regulacji jest inny¹⁰¹, nie dochodzi do naruszenia zasady *ne bis in idem*). Wydaje się, że oba reżimy będą współistniały. DMA nie wymaga badania skutków i w ten sposób daje Komisji szerszą możliwość działania. Pierwszą wskazówką może być sprawa dotycząca praktyk eksploatujących, C-252/21, Meta Platforms, w której niemiecki urząd antymonopolowy zakazał korzystania z Facebooka, by zbierać i przetwarzać dane osobowe bez zgody użytkowników, jako że stanowiło to nadużywanie pozycji dominującej Meta. W odpowiedzi na pytanie prejudycjalne sądu niemieckiego TS stwierdził, że dopuszczalna jest ocena niezgodności z przepisami dotyczącymi ochrony danych osobowych przez krajowy organ ochrony konkurencji, by ustalić nadużywanie pozycji dominującej. Poza tym organy ochrony konkurencji są związane decyzjami dotyczącymi ochrony danych osobowych i mają obowiązek współpracować. Taki model „wzajemnego brania się pod uwagę” jest modelem do wykorzystania przy decyzjach dotyczących DMA, zapewniając pokojowe współistnienie obu reżimów oraz wzajemną współpracę różnych organów stosujących te różne reżimy. Nie ulega jednak kwestii, że art. 102 TFUE nadal będzie odgrywał dużą rolę, również w sytuacji, gdyby DMA nie okazało się w pełni skuteczne.

Tekst wyraża osobiste poglądy autorki i nie może być interpretowany jako stanowisko Sądu.

Bibliografia/References

- Ahlborn C., Van Gerven G., Leslie W., *Bronner revisited: Google Shopping and the resurrection of discrimination under Article 102 TFEU: case T-612/17 Google v Commission*, „Journal of European Competition Law & Practice” 2022/2.
- Akman P., *A Critical Inquiry Into ‘Abuse’ in EU Competition Law*, „Oxford Journal of Legal Studies, Forthcoming”.
- Akman P., *Regulating Competition in Digital Platform Markets: A Critical Assessment of the Framework and Approach of the EU Digital Markets Act*, „European Law Review” 2022/1.
- Ante J., *Neues zum Missbrauch auf Gasinfrastrukturmärkten: Anmerkung zu EuG in Sachen Bulgarian Energy Holding: [T-136/19]*, „Neue Zeitschrift für Kartellrecht” 2023.
- Bergqvist C., *Google Shopping and self-favouring as a separate abuse: T-612/17*, „European Competition Law Review” 2022/4.
- Buytaert T., *Arrêt «Servizio Elettrico Nazionale»: abus de position dominante découlant de pratiques d’éviction dans le contexte de la libéralisation du marché électrique*, „Journal de droit européen” 2022/10.
- Cartapanis M., *Seuils de notification: La Cour de justice de l’Union européenne restaure la jurisprudence Continental Can et juge que l’article 102 TFUE est susceptible de s’appliquer à une concentration non notifiable (Towercast)*, „Concurrences: revue des droits de la concurrence” 2023/2.

⁹⁶ Wyrok C-333/21, Superleague, pkt 204–220.

⁹⁷ Wyrok TS z 19.02. 2002 r., C-309/99, J. C. J. Wouters, J. W. Savelbergh i Price Waterhouse Belastingadviseurs BV przeciwko Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten, EU:C:2002:98.

⁹⁸ Wyrok C-333/21, Superleague, pkt 183–185.

⁹⁹ N. Petit, *The Proposed Digital Markets Act (DMA): A Legal and Policy Review*, „Journal of European Competition Law & Practice” 2021/7, s. 529, uznał ten akt za regulację sektorową. Niektórzy uznają, że jest to regulacja o charakterze horyzontalnym – P. Akman, *Regulating Competition in Digital Platform Markets: A Critical Assessment of the Framework and Approach of the EU Digital Markets Act*, „European Law Review” 2022/1, s. 94.

¹⁰⁰ Por. pierwszy wyrok wydany w postępowaniu przyśpieszonym, który będzie warunkował pozostałe sprawy dotyczące DMA – wyrok Sądu z 17.07.2024 r., T-1077/23, Bytedance Ltd. przeciwko Komisji Europejskiej, EU:T:2024:478.

¹⁰¹ Por. motyw 11 DMA, który wskazuje, że cel jest odmienny, ale kompletny wobec postanowień przepisów antymonopolowych.

- D'Amico A.S., Balasingham B., *Super-dominant and super-problematic?: the degree of dominance in the Google Shopping judgment*: T-612/17, „European Competition Journal” 2022/3.
- Dunne N., *Potential competition in EU law: Generics (UK) Ltd v Competition and Markets Authority (C-307/18)*, H Lundbeck A/S v European Commission (C-591/16 P), „European Competition Law Review” 2021/12.
- Govaere I., Demedts V., *Towards an „Ex Ante” or Preventive Application of Article 102 TFEU in the Commission’s Policy Pursuant to the Astra Zeneca-Case [w:] Mundi et Europae civis Liber Amicorum Jacques Steenbergen*, red. D. Arts, W. Devroe, R. Foqué, K. Marchand, I. Veroughstraete, Brussel 2014.
- Ibáñez Colomo P., *Anticompetitive Effects in EU Competition Law*, „Journal of Competition Law & Economics” 2020/2.
- Ibáñez Colomo P., *Beyond the „More Economics-Based Approach”: A Legal Perspective on Article 102 TFEU Case Law*, „Common Market Law Review” 2016/3.
- Ibáñez Colomo P., *The Shaping of EU Competition Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2018.
- Ibáñez Colomo P., Kalintiri A., *The Evolution of EU Antitrust Policy: 1966–2017*, „Modern Law Review” 2020/2.
- Idot L., *L'article 102 TFUE toujours au coeur de l'actualité*, „Revue trimestrielle de droit européen” 2023/4.
- Idot L., *Laurence: Droit du contentieux de l'UE – Confirmations sur l'article 102 TFUE: l'approche plus économique de l'abus (ex. compression des marges) ne dispense pas de procéder à une délimitation correcte du marché (Trib. UE 12 déc. 2018, aff. T-691/14, Servier, Trib. UE 13 déc. 2018, 2 arrêts, aff. T-827/14, Deutsche Telekom, aff. T-851/14, Slovak Telekom)*, „Revue trimestrielle de droit européen” 2019/4.
- Kolasiński M.K., *Self-preferencing in European Union competition law after the Google Shopping judgment: Google LLC v European Commission (T-612/17)*, „European Competition Law Review” 2022/9.
- Komninou A., *A Steady Course Towards the Effects-Based Approach: Case C-377/20 Servizio Elettrico Nazionale*, „Journal of European Competition Law & Practice” 2023/5.
- Kowalik-Bańczyk K., *Commentary on C-307/18 Generics (UK) Ltd v Competition and Markets Authority: competition delayed, competition denied?*, „Journal of Antitrust Enforcement” 2021/3.
- Lianos I., *The Price/Non Price Exclusionary Abuses Dichotomy: A Critical Appraisal*, „Concurrences: revue des droits de la concurrence” 2009/2.
- Maggiolino M., *When an ice cream provides antitrust experts with food for thought: Unilever Italia*, „Common Market Law Review” 2023/60.
- Mongouachon C., *Refus d'accès: Le Tribunal de l'Union européenne annule la décision de la Commission de sanctionner l'opérateur historique pour refus d'accès à des infrastructures gazières stratégiques en Bulgarie (Bulgarian Energy Holding)*, „Concurrences: revue des droits de la concurrence” 2024/1.
- Nihoul P., *The Ruling of the General Court in Intel: Towards the End of an Effect-based Approach in European Competition Law?*, „Journal of European Competition Law & Practice” 2014/8.
- O'Donoghue R., Padilla J., *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, Hart Publishing, London 2020.
- Peeperkorn L., *Conditional Pricing: Why the General Court Is Wrong in Intel (and What the Court of Justice Can Do to Rebalance the Assessment of Rebates)*, „Concurrences: revue des droits de la concurrence” 2015/1.
- Petit N., *Droit européen de la concurrence*, Paris 2020.
- Petit N., *The Proposed Digital Markets Act (DMA): A Legal and Policy Review*, „Journal of European Competition Law & Practice” 2021/7.
- Rousseva E., Monti G., *The Special Responsibility of Dominant Undertakings [w:] Research Handbook on Abuse of Dominance and Monopolization*, red. A. Pinar, O. Brook, K. Stylianou, Edward Elgar, Cheltenham 2023.
- Šimas L., Nteve M., Tzifa G., *Long-awaited Court of Justice’s say on „pay for delay” agreements in C-307/18 Generics (UK) Ltd and Others v Competition and Markets Authority*, „European Competition Law Review” 2020/10.
- Tagliavini M., *Self-preferencing and the concept of abuse of dominance: much ado about nothing?: Google LLC (formerly Google Inc) v European Commission (T-612/17 R)*, „European Competition Law Review” 2023/5.
- Wardhaugh B., *Competition, Effects and Predictability: Rule of Law and the Economic Approach to Competition*, Hart, London, 2020.
- Wils W.P.J., *The Judgment of the EU General Court in Intel and the So-Called “More Economic Approach” to Abuse of Dominance*, „World Competition” 2014/4.
- Witt A.C., *The European Court of Justice and the More Economic Approach to EU Competition Law – Is the Tide Turning?*, „Antitrust Bulletin” 2019/2.

Abstract

dr hab. Krystyna Kowalik-Bańczyk, prof. INP PAN
The author is a judge of the General Court of the European Union (ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7007-3203>).

Evolution of the Interpretation of Article 102 of the TFEU in Judgments of the Courts of the European Union

Keywords: abuse of a dominant position, Court of Justice of the European Union, anti-competitive effects, competition protection

Abuse of a dominant position is governed in the law of the European Union by Article 102 of the TFEU. This provision prohibits any abuse of a dominant position by one or more undertakings, while presenting a list of abuse examples. Article 102 has remained unchanged since the adoption of the first version of the Treaty on the establishment of the then European Economic Community. Only its number changed due to succeeding modifications of the Treaty (initially, it was Article 86, then – Article 82, and ultimately – Article 102 of the TFEU). However, the issue of the evaluation of an abuse of a dominant position has been one of the most dynamic areas of law of the European Union for years. An analysis of the application of this regulation in practice over years is required to identify the evolution of the interpretation of particular notions used in Article 102. The article outlines this analysis with the aim of determining what, on the one hand, constitutes an invariable canon of the evaluation and, on the other hand, what is still evolving. Predictability of decisions of European competition protection authorities (at the national and EU levels) depends on the stability of judgments. The notion of abuse is still open for interpretation. It appears that the assumption that abuse per se may exist has been ruled out in recent years. Consequently, it is necessary to prove that a given practice is an abuse by indicating its anti-competitive effects.