

Izabela Gancarz*

POJĘCIE PRZEDSIĘBIORSTWA W ŚWIETLE RELACJI POMIĘDZY UNIJNYM I KRAJOWYM PRAWEM KONKURENCJI

1. Wprowadzenie

Pojęcie przedsiębiorstwa¹ odgrywa istotną rolę na gruncie unijnych reguł konkurencji, wyznaczając podmiotowy zakres ich stosowania. Mimo to w żadnym z postanowień Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej: TFUE) nie znajdziemy normatywnej definicji terminu „przedsiębior-

* Mgr Izabela Gancarz – Doktorant, Zakład Prawa Administracyjnego Gospodarczego, Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii, Uniwersytet Wrocławski.

¹ Termin „przedsiębiorstwo” (ang. *undertaking*; fr. *entreprise*; niem. *Unternehmen*) występuje kilkakrotnie w przepisach Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana (Dz.Urz.UE 2010 Nr C 83/47), m.in. w art. 32 lit. b, art. 49, art. 101, art. 102, art. 106, art. 107 ust. 1, art. 173 ust. 1, art. 179 ust. 2. Warto przy tym zauważyć, że w ramach poszczególnych artykułów Traktatu pojęcie „przedsiębiorstwo” jest różnie interpretowane w zależności od materii, której dotyczy. Przykładowo termin „przedsiębiorstwo” w zakresie przepisów Traktatu dotyczących swobody działalności gospodarczej będziemy definiować inaczej niż na gruncie unijnego prawa konkurencji. Zasadniczo panuje jednak zgoda, co do jednolitego definiowania tego terminu w całym szeroko rozumianym unijnym prawie konkurencji: S. Dudzik, *Pomoc państwa dla przedsiębiorstw publicznych w prawie Wspólnoty Europejskiej. Między neutralnością a zaangażowaniem*, Zakamycze 2002, s. 134–135. Przyjmuje się przy tym, iż pojęcie przedsiębiorstwa z art. 101 i 102 TFUE ma charakter podmiotowy, co czyni z niego odpowiednik pojęcia przedsiębiorcy z art. 4 pkt 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. Nr 50, poz. 331 ze zm.). W ramach niniejszego artykułu przyjęto termin „przedsiębiorstwo” zarówno w odniesieniu do unijnego, jak i krajowego prawa konkurencji.

stwo². Wypracowanie koncepcji przedsiębiorstwa akceptowanej na gruncie unijnego prawa konkurencji jest w znacznej mierze zasługą działalności orzeczniczej Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: TSUE), który w drodze wykładni rozszerzającej, opierając się zasadniczo na art. 101 i 102 TFUE³ uznał, iż przedsiębiorstwem jest „każda jednostka zaangażowana w działalność gospodarczą (ekonomiczną), bez względu na jej status prawny oraz sposób finansowania⁴. Oczywiście tak sformułowana definicja przedsiębiorstwa ma jedynie charakter ogólny⁵.

Podkreślić przy tym należy, że sposób definiowania pojęcia przedsiębiorstwa w krajowym prawie konkurencji nie musi powielać koncepcji unij-

² Definicji terminu „przedsiębiorstwo” nie zamieszczono również w obowiązującym wcześniej Traktacie ustanawiającym Wspólnotę Europejską (wersja skonsolidowana: Dz.Urz.UE 2006 Nr C 321E/1); V. Emmerich, *Prawo antymonopolowe [w:] Prawo gospodarcze Unii Europejskiej*, red. M.A. Dausés, Warszawa 1999, s. 666. Co prawda termin ten definiuje art. 196 lit. b Traktatu ustanawiającego Europejską Wspólnotę Energii Atomowej (dalej: TEWEA, wersja skonsolidowana: Dz.Urz.UE 2010 Nr C 84/1) nie ma on jednak zastosowania do spraw z zakresu Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej.

³ Zgodnie z numeracją przyjętą w TFUE art. 101 i 102 zastąpiły art. 81 i 82 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską.

⁴ Orzeczenia ETS w sprawach: C-41/90 *Klaus Höfner i Fritz Elser v. Macrotron GmbH* Zb.Orz.1991 I-1979, pkt 21; C-159 i 160/91 *Christian Poucet v. Assurances Générales de France i Caisse Mutuelle Régionale du Languedoc-Roussillon* Zb.Orz. 1993 I-637, pkt 17; C-244/94 *Fédération Française des Sociétés d'Assurance, Société Paternelle-Vie, Union des Assurances de Paris-Vie i Caisse d'Assurance et de Prévoyance Mutuelle des Agriculteurs v. Ministère de l'Agriculture et de la Pêche* Zb.Orz. 1995 I-4013, pkt 14; C-55/96 *Job Centre coop. arl.*, Zb.Orz. 1997 I-7119, pkt 21; C-67/96 *Albany International BV v. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, Zb.Orz.1999 I-5751, pkt 77; C-115-117/97 *Brentjens' Handelsonderneming BV v. Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de Handel in Bouwmaterialen* Zb.Orz. 1999 I-6025, pkt 77; C-219/97 *Maatschappij Drijvende Bokken BV v. Stichting Pensioenfonds voor de Vervoer en Havenbedrijven* Zb.Orz. 1999 I-6121, pkt 67; C-180/98 do C-184/98 *Pavel Pavlov i inni v. Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten* Zb.Orz. 2000 I-6451, pkt 74; C-309/99 *J.C.J. Wouters, J.W. Savelbergh, Price Waterhouse Belastingadviseurs BV v. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten* Zb.Orz. 2002 I-1577, pkt 46; C-217/05 *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio v. Compañía Española de Petróleos SA* Zb.Orz. 2006 I-11987, pkt 39; M. Stefaniuk, *Publicznoprawne reguły konkurencji. Wprowadzenie do wykładu oraz teksty wybranych aktów prawnych*, Lublin 2005, s. 112; A. Cieśliński (red.), *Wspólnotowe prawo gospodarcze. Tom II*, Warszawa 2007, s. 582.

⁵ Owa ogólna definicja przedsiębiorstwa stosowana przez Trybunał Sprawiedliwości w konkretnych sprawach stanowi jedynie kanwę, w oparciu o którą Trybunał, analizując indywidualne właściwości podmiotu, ustala czy oraz zgodnie z jakimi warunkami (jeżeli w ogóle) można mu przypisać status przedsiębiorstwa. Niemniej jednak, wyznaczenie tak szerokich ram omawianego pojęcia umożliwia objęcie zakresem zakazu podejmowania antykonkurencyjnych praktyk szerokiego kręgu podmiotów, które potencjalnie mogłyby się takich zachowań dopuszczać. Dlatego też szeroką interpretację pojęcia przedsiębiorstwa uznaje się za gwarancję skutecznej ochrony wolnej i równej konkurencji.

nej⁶. Mimo to, krajowe sądy i organy ochrony konkurencji generalnie przyjmują definicję przedsiębiorstwa wypracowaną przez Trybunał Sprawiedliwości. Zdarzają się jednak sytuacje, gdy dochodzi do rozbieżności pomiędzy krajową a unijną koncepcją przedsiębiorstwa (bądź to ze względu na odmienną treść przepisów, bądź też z uwagi na zasady przyjęte w orzecznictwie sądów krajowych). Owe rozbieżności sprowadzają się do przypadków poszerzania bądź zawężania krajowej definicji przedsiębiorstwa w stosunku do granic wyznaczonych przez unijną koncepcję przedsiębiorstwa. Nie ulega wątpliwości, że państwom członkowskim przysługuje możliwość przyjmowania i stosowania własnych rozwiązań prawnych dotyczących konkurencji, których treść nie musi powielać postanowień art. 101 i 102 TFUE. Niemniej jednak stosując krajowe reguły konkurencji, krajowe sądy i organy ochrony konkurencji muszą uwzględniać tzw. rozstrzygnięcia prawodawcy unijnego odnośnie relacji pomiędzy unijnym i krajowym prawem konkurencji. Owe relacje na poziomie unijnym uregulowano w rozporządzeniu 1/2003⁷, które w zamierzeniu unijnego prawodawcy miało m.in. doprowadzić do ujednolicenia stosowania prawa konkurencji w całej UE⁸. Podstawowym środkiem mającym zapewnić jednolite stosowanie prawa konkurencji we wszystkich państwach członkowskich jest zawarta w art. 3 ust. 2 rozporządzenia 1/2003 tzw. reguła konwergencji⁹.

Zgodnie z art. 3 ust. 2 rozporządzenia 1/2003 „zastosowanie krajowego prawa konkurencji nie może prowadzić do zakazania porozumień, decyzji związków przedsiębiorstw lub praktyk uzgodnionych, które mogą wpływać na handel między państwami członkowskimi, lecz nie ograniczają konkurencji w rozumieniu art. 101 ust. 1 Traktatu, lub spełniają przesłanki art. 101 ust. 3 Traktatu, lub które objęte są rozporządzeniem w celu stosowania

⁶ Przykładowo definicja przedsiębiorcy zawarta w art. 4 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nie jest tożsama z pojęciem przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 101 i 102 TFUE. Niemniej jednak nie wydaje się, aby różnice pomiędzy polskimi i unijnymi rozwiązaniami prawnymi mogły doprowadzić do diametralnie różnych skutków prawnych: G. Materna, *Pojęcie przedsiębiorcy w polskim i europejskim prawie ochrony konkurencji*, Warszawa 2009, s. 227.

⁷ Rozporządzenie Rady 1/2003 w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską, Dz.Urz.UE 2003 Nr L 1/1 (dalej: rozporządzenie 1/2003).

⁸ Pkt 1 preambuły do rozporządzenia 1/2003.

⁹ Terminem tym posługuje się sama Komisja Europejska, zob. obwieszczenie Komisji w sprawie współpracy w ramach sieci organów ochrony konkurencji, Dz.Urz.UE 2004 Nr C 101/43, pkt 43.

art. 101 ust. 3 Traktatu. Niniejsze rozporządzenie nie ogranicza możliwości przyjmowania i stosowania przez państwa członkowskie na swoim terytorium bardziej restrykcyjnych krajowych przepisów prawnych, które zakazują lub przewidują sankcje za jednostronne praktyki stosowane przez przedsiębiorstwa". W świetle cytowanego przepisu pojawia się pytanie, czy reguła konwergencji zobowiązuje państwa członkowskie do przyjęcia jednolitej (unijnej) wykładni pojęcia „przedsiębiorstwo”? A jeżeli dopuścimy możliwość istnienia różnic pomiędzy unijną i krajową definicją przedsiębiorstwa to, czy krajowe sądy i organy ochrony konkurencji związane są regułą konwergencji także w przypadku porozumień (decyzji związków przedsiębiorstw i uzgodnionych praktyk) zawieranych przez podmioty nie posiadające statusu przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 101 TFUE¹⁰?

Jak wynika z cytowanego przepisu, reguła konwergencji dopuszcza możliwość przyjmowania i stosowania przez państwa członkowskie przepisów krajowych bardziej restrykcyjnych (niż te, które obowiązują w unijnym prawie konkurencji) w odniesieniu do jednostronnych praktyk przedsiębiorstw. Należy więc postawić pytanie, jak na tym polu kształtują się możliwości stosowania przez krajowe sądy i organy ochrony konkurencji definicji akceptowanych w świetle krajowych reguł konkurencji i jednocześnie różniących się od unijnej koncepcji przedsiębiorstwa?

Poniższe rozważania mają na celu udzielenie wyczerpujących odpowiedzi na wszystkie postawione pytania.

2. Pojęcie przedsiębiorstwa w krajowym prawie konkurencji – koncepcje odbiegające od pojęcia przedsiębiorstwa z art. 101 i 102 TFUE

Dokładne zdefiniowanie pojęcia przedsiębiorstwa z art. 101 i 102 TFUE (a co za tym idzie wyznaczenie podmiotowego zakresu stosowania unijnych reguł konkurencji) wymaga uwzględnienia zarówno aspektu podmiotowego (tj. statusu prawnego podmiotu występującego na rynku), jak i przedmiotowego (tj. rodzaju działalności prowadzonej przez ów podmiot)¹¹. W związku z przyjętą przez Trybunał Sprawiedliwości szeroką i liberalną definicją przed-

¹⁰ A które to porozumienia (decyzje związków przedsiębiorstw lub uzgodnione praktyki) mogą mieć wpływ na handel między państwami członkowskimi.

¹¹ S. Dudzik, op.cit., s. 144. Por. M. Stefaniuk, op.cit., s. 113.

siębiorstwa, wspomniany element podmiotowy nie odgrywa istotnej roli w kwestii klasyfikowania poszczególnych jednostek. W konsekwencji dany podmiot może zostać uznany za przedsiębiorstwo na gruncie unijnego prawa konkurencji niezależnie od tego, w oparciu o jaką formę organizacyjnoprawną działa na rynku oraz bez względu na to, czy podlega prawu prywatnemu czy publicznemu. Konkludując, przedsiębiorstwem w rozumieniu art. 101 i 102 TFUE mogą być zarówno osoby prawne, jak i osoby fizyczne, a także jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej. Z przedstawionych względów nie sposób podać wyczerpującego katalogu podmiotów, które mogłyby być uznane za przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 101 i 102 TFUE¹².

Co ważne, aby uzyskać status przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 101 i 102 TFUE dana osoba fizyczna, osoba prawna czy wreszcie jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej musi być w dostatecznym stopniu samodzielna ekonomicznie¹³. Brak tego elementu uniemożliwia zakwalifikowanie danego podmiotu do kategorii przedsiębiorstw z art. 101 i 102 TFUE. Na gruncie unijnego prawa konkurencji brak wspomnianej samodzielności dotyczy trzech grup podmiotów¹⁴. Po pierwsze, samodzielnością ekonomiczną z całą pewnością nie dysponują pracownicy tj. osoby fizyczne pozostające z innym podmiotem (pracodawcą) w stosunku pracy i które w czasie jego trwania podejmują działania (w tym także działania o charakterze gospodarczym) w imieniu i na rzecz pracodawcy, pozostając pod jego kierownictwem¹⁵.

¹² Jedynie tytułem przykładu można wskazać, że dotychczas za przedsiębiorstwa w rozumieniu unijnego prawa konkurencji uznano m.in. adwokatów (ETS, sprawa C-309/99, pkt 48–49), samozatrudniających się lekarzy specjalistów (ETS, sprawa C-180/98 do C-184/98, pkt 77), rolników (ETS, sprawa C-319/93, C-40/94 i C-224/94 *Hedrik Evert Dijkstra v. Friesland (Frico Domo) Coöperatie BA i inni* Zb.Orz. 1995 I-4471, pkt 24), profesjonalnych i półprofesjonalnych sportowców (ETS, sprawa 13/76 *Gaetano Dona v. Mario Mantero* Zb.Orz. 1976 1333, pkt 12), agentów celnych (ETS, C-35/96 *Komisja v. Włochom* Zb.Orz. 1998 I-3851, pkt 37–38), publiczne urzędy pracy (ETS, sprawa C-41/90, pkt 23). Por. V. Emmerich, *Prawo...*, s. 667; G. Materna, *Pojęcie przedsiębiorcy w polskim...*, s. 117–118; G. Materna [w:] *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, red. T. Skoczny, Warszawa 2009, s. 104.

¹³ O samodzielności ekonomicznej danego podmiotu mówimy wówczas, gdy podmiot ów ma „możliwość swobodnego i autonomicznego decydowania o zakresie, sposobie, czasie prowadzonej działalności gospodarczej, jak też o innych tego typu elementach związanych z podejmowanymi przedsięwzięciami gospodarczymi” – M. Szydło, *Nadużywanie pozycji dominującej w prawie konkurencji*, Warszawa 2010, s. 49–50.

¹⁴ M. Szydło, *Nadużywanie pozycji...*, s. 50.

¹⁵ Podporządkowując się kierownictwu pracodawcy, pracownik traci możliwość samodzielnego decydowania o zakresie, czasie, miejscu czy sposobie wykonywania pracy, tym samym tracąc samodzielność ekonomiczną: M. Szydło, *Nadużywanie pozycji...*, s. 50.

Dlatego też Trybunał Sprawiedliwości orzekł, iż od momentu powstania stosunku pracy do czasu jego zakończenia pracownicy wraz z przedsiębiorstwem, które ich zatrudnia tworzą jedną jednostkę gospodarczą (ang. *economic unit*), a zatem nie mogą być uznani za samodzielne przedsiębiorstwa¹⁶. Po drugie, samodzielności ekonomicznej nie można przypisać agentom, którzy wykonują swoją działalność w imieniu i na rzecz mocodawcy, podlegając przy tym jego instrukcjom. Trybunał uznał, iż w przypadku, gdy mocodawcą jest przedsiębiorstwo, agent powinien być traktowany jako jego organ pomocniczy, tworząc razem z przedsiębiorstwem jedną jednostkę gospodarczą¹⁷. I wreszcie po trzecie, cecha samodzielności ekonomicznej nie występuje w przypadku podmiotów samodzielnych z punktu widzenia prawa cywilnego lub prawa podatkowego, lecz pozbawionych dostatecznej autonomii decyzyjnej w zakresie kształtowania swoich zachowań rynkowych. Dotyczy to przede wszystkim podmiotów zależnych pozostających pod kontrolą przedsiębiorstwa dominującego, któremu przysługuje możliwość determinowania ekonomicznych zachowań tychże podmiotów i określania strategii rynkowej całej grupy kapitałowej. W takim przypadku przedsiębiorstwa zależne tworzące wraz z przedsiębiorstwem dominującym jedną grupę kapitałową traktowane są (na potrzeby art. 101 i 102 TFUE) jak jeden zbiorowy podmiot gospodarczy (ang. *single economic unit*)¹⁸.

Na status przedsiębiorstwa z art. 101 i 102 TFUE nie wpływa natomiast sposób finansowania danego podmiotu. Trybunał nie dokonał szczegółowej interpretacji tej przesłanki, niemniej jednak przyjął, iż podstawowym i ostatecznym kryterium oceny przedsiębiorstw jest to, czy dany podmiot prowadzi działalność gospodarczą, a nie to, w jaki sposób jest on finansowany¹⁹.

Oderwanie pojęcia przedsiębiorstwa od statusu organizacyjnoprawnego i sposobu finansowania danego podmiotu powoduje, iż najistotniejszym

¹⁶ ETS, sprawa C-22/98 *Postępowanie karne przeciwko Jean Claude Becu, Annie Verweire, Smeg NV i Adia Interim NV* Zb.Orz.1999 I-5665, pkt 26.

¹⁷ ETS, sprawa 40-48, 50, 54-56, 111, 113 i 114/73 *Coöperatieve Vereniging „Suiker Unie” UA i inni v. Komisji* Zb.Orz. 1975 1663, pkt 479-480.

¹⁸ ETS, sprawy: 48/69 *Imperial Chemical Industries Ltd. v. Komisja* Zb.Orz. 1972 619, pkt 130-140; 15/74 *Centrafarm BV i Adriaan de Peijper v. Sterling Drug Inc*, Zb.Orz. 1974 1147, pkt. 41; 170/83 *Hydrotherm Gerätebau GmbH v. Compact del Dott. Ing. Mario Andreoli & C. Sas.* Zb.Orz. 1984 2999, pkt.11; C-73/95 *Vihø Europe BV v. Komisja* Zb.Orz. 1996 I-5457, pkt 50-51; G. Materna [w:] *Ustawa o ochronie ...*, s. 103; M. Szydło, *Nadużywanie pozycji...*, s. 50.

¹⁹ ETS, sprawa C-237/04 *Enirisorse SpA v. Sotacarbo SpA* Zb.Orz. 2006 I-2843, pkt 32-33. Takie założenie potwierdza tezę, iż unijne prawo konkurencji w równym stopniu odnosi się do podmiotów prawa prywatnego, jak i publicznego.

(konstytutywnym) elementem definicji przedsiębiorstwa w rozumieniu unijnego prawa konkurencji jest sam fakt prowadzenia przez dany podmiot działalności gospodarczej. Mianowicie, to właśnie fakt prowadzenia działalności gospodarczej i uczestniczenie w obrocie gospodarczym przesądza o przyznaniu danemu podmiotowi statusu przedsiębiorstwa²⁰. Podkreślić przy tym należy, że podobnie jak pojęcie przedsiębiorstwa, również pojęcie działalności gospodarczej jest terminem swoistym prawa unijnego, stąd sposób jego definiowania nie może zależeć od rozwiązań przyjętych przez krajowego prawodawcę²¹.

Samo pojęcie działalności gospodarczej nie zostało zdefiniowane w TFUE. W tym kontekście Trybunał Sprawiedliwości uznał, iż unijne reguły konkurencji wymagają przyjęcia szerokiej interpretacji i winny być stosowane do wszelkich form działalności gospodarczej²². Zgodnie z taką koncepcją pojęcie działalności gospodarczej na gruncie unijnego prawa konkurencji interpretuje się szeroko, jako produkcję, wymianę dóbr (towarów) oraz świadczenie usług na potrzeby danego rynku²³. Unijna koncepcja działalności gospodarczej zasadniczo zakłada, że owa wymiana dóbr oraz świadczenie usług odbywa się w sposób odpłatny. Należy jednak podkreślić, iż nie jest to kryterium o znaczeniu rozstrzygającym²⁴. Stąd działalność gospodarcza definiowana na użytek unijnych reguł konkurencji nie musi być podejmowana w celu generowania zysków, czy też faktycznie takich zysków przynosić²⁵. W związku z tym,

²⁰ V. Emmerich, *Prawo...*, s. 666; M. Szydło, *Swobody rynku wewnętrznego a reguły konkurencji*, Toruń 2006, s. 304.

²¹ M. Szydło, *Swoboda prowadzenia działalności gospodarczej i swoboda świadczenia usług w prawie Unii Europejskiej*, Toruń 2005, s. 35. W Polsce ogólną definicję działalności gospodarczej zawiera art. 2 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz.U. Nr 173, poz. 1807 ze zm.), zgodnie z którym działalnością gospodarczą jest „zarobkowa działalność wytwórcza, budowlana, handlowa, usługowa oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie kopalin ze złóż, a także działalność zawodowa, wykonywana w sposób zorganizowany i ciągły”. Zob. szerzej: C. Kosikowski, *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 15 i n.; M. Szydło, *Swoboda działalności gospodarczej*, Warszawa 2005, s. 22 i n.

²² SPI, sprawa T-66/92 *Herlitz AG v. Komisja* Zb.Orz. 1994 II-531, pkt 32; V. Emmerich, *Prawo...*, s. 667.

²³ ETS, sprawa 118/85 *Komisja v. Włochy* Zb.Orz. 1987 2599, pkt 7.

²⁴ S. Dudzik, *op.cit.*, s. 147.

²⁵ ETS, sprawy: 209–215 i 218/78 *Heintz van Landewyck SARL i in. v. Komisja* Zb.Orz. 1980 3125, pkt 88; C-382/92 *Komisja v. Wielka Brytania* Zb.Orz. 1994 I-2435, pkt 44; M. Stefaniuk, *op.cit.*, s. 114; A. Brzezińska-Rawa, *Zakaz nadużycia pozycji dominującej we wspólnotowym i polskim prawie antymonopolowym*, Toruń 2009, s. 38.

sam fakt prowadzenia przez dany podmiot działalności non-profit nie pozbawia go statusu przedsiębiorstwa z art. 101 i 102 TFUE. Jeżeli bowiem ustalimy, iż prowadzona przez dany podmiot działalność o charakterze niezarobkowym może być równie dobrze wykonywana przez jednostkę z tzw. komercyjnego sektora gospodarki (może podlegać normalnym regułom gry rynkowej) podmiot ów uznamy za przedsiębiorstwo w rozumieniu art. 101 i 102 TFUE²⁶.

Na marginesie prowadzonych rozważań należy podkreślić, iż o ile zamiar generowania zysków bądź możliwość rzeczywistego ich osiągnięcia nie rozstrzyga o tym, czy dany podmiot jest przedsiębiorstwem w rozumieniu art. 101 i 102 TFUE, o tyle konieczne jest, by podmiot ten prowadził działalność w sposób odpłatny (tj. pobierał opłaty z tytułu wykonywanych świadczeń). Bez znaczenia natomiast w tym kontekście jest to, czy owo świadczenie wzajemne ma charakter ekwiwalentny²⁷ oraz to, kto ostatecznie dokonuje płatności za świadczoną usługę (sam usługobiorca czy inny podmiot)²⁸.

W większości krajowych regulacji dotyczących konkurencji (zgodnie skądinąd z doktryną prawa UE) przyjmuje się, iż zarobkowy cel prowadzonej przez dany podmiot działalności, czy też faktyczne osiągnięcie zysków nie jest elementem koniecznym w definicji przedsiębiorstwa. Nawet, jeżeli z literalnego brzmienia przepisów krajowych wynika, iż status przedsiębiorstwa przysługuje jedynie podmiotom funkcjonującym w celu generowania zysków²⁹ to zwykle na gruncie krajowego orzecznictwa wymóg ten interpretuje się jedynie, jako konieczność prowadzenia danej działalności za opłatą bądź wynagrodzeniem³⁰. W przeciwieństwie do tego, polska ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów przyznaje status przedsiębiorstwa przede wszystkim podmiotom motywowanym zamiarem osiągnięcia zysków, co jest rozwiązaniem odmiennym niż na gruncie TFUE³¹.

²⁶ ETS, sprawy: C-244/94, pkt 21; C-67/96, pkt 85; C-115-117/97, pkt 85; C-219/97, pkt 75; C-180-184/98, pkt 117; S. Dudzik, op.cit., 148–150.

²⁷ M. Szydło, *Swoboda prowadzenia...*, s. 35.

²⁸ ETS, sprawa 352/85 *Bond van Adverteerders i in. v. Holandia* Zb.Orz. 1988 2085, pkt 16. Por. D. Adamski, *Pojęcie usługi w systemie prawa rynku wewnętrznego Wspólnoty Europejskiej*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2002, nr 1–2, s. 26–27, 32.

²⁹ Np. zgodnie z art. 3 ust. 1 Irish Competition Act z 2002 r. (nr 14, 2002 r.) przedsiębiorstwem jest każda osoba fizyczna, osoba prawna lub jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej zajmująca się produkcją, dostawami lub dystrybucją towarów oraz świadczeniem usług w celu maksymalizacji zysków.

³⁰ T.M.J. Möllers, A. Heinemann (red.), *The Enforcement of Competition Law in Europe*, Cambridge 2007, s. 413.

³¹ W art. 4 pkt 1 zd. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przyjęto pojęcie przedsiębiorcy w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej. W obecnym sta-

Pogłębiona analiza sposobu prowadzenia przez dany podmiot działalności o charakterze non-profit oraz zasad, którym owa działalność podlega może doprowadzić do postawienia wniosku, że dana konkretna działalność nie jest działalnością gospodarczą w powyższym rozumieniu. Przykładowo Trybunał zmuszony był ocenić, czy działalność niezarobkowa prowadzona przez podmioty zarządzające systemem (funduszem) emerytalnym lub zdrowotnym jest działalnością gospodarczą, a co za tym idzie, czy podmiotom prowadzącym taką działalność można przyznać status przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 101 i 102 TFUE. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału, nie są przedsiębiorstwami w rozumieniu traktatowych reguł konkurencji te instytucje zarządzające systemem ubezpieczeń emerytalnych lub zdrowotnych, które funkcjonują w oparciu o niniejsze zasady: realizują ważne społecznie cele w oparciu o zasadę solidarności, która wyraża się w braku proporcjonalności pomiędzy wysokością składek wpłacanych przez ubezpieczonych, a wysokością kwot wypłacanych konkretnemu ubezpieczonemu; są podporządkowane nadzorowi państwa, które ustawowo określa wysokość składek i kwoty wypłacanych korzyści; równowagę finansową całego systemu zapewnia ustawowy obowiązek przynależności do niego³². Mianowicie uznaje się, iż tak opisana aktywność nie ma charakteru działalności gospodarczej, a jest jedynie realizacją redystrybucyjnej funkcji państwa³³. Jeżeli jednak system ubezpieczeń (emerytalnych lub zdrowotnych) ma jedynie charakter uzupełniający, a zasada solidarności stosowana jest w ograniczonym stopniu, nie ma przeszkód, by instytucję nim zarządzającą uznać za przedsiębiorstwo w rozumieniu art. 101 i 102 TFUE³⁴.

Natomiast przyznawanie statusu przedsiębiorstwa podmiotom zarządzającym systemami (funduszami) emerytalnymi lub zdrowotnymi (także tym

nie prawnym owymi „przepisami o swobodzie działalności gospodarczej” są przepisy ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, która w art. 4 definiuje przedsiębiorcę, jako podmiot wykonujący działalność zarobkową (działalność zorientowaną na generowanie zysków). Zob. K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 87 i n.; C. Banasiński, E. Piontek, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 50 i n.; G. Materna [w:] *Ustawa o ochronie...*, s. 105 i n.

³² ETS, sprawy: C-159 i 160/91, pkt 7–20; C-218/00 *Cisal di Battistello Venanzio & C. Sas v. Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (INAIL)* Zb.Orz. 2002 I-2493, pkt 38–45; C-264/01, C-306/01, C-354/01 i C-355/01 *AOK Bundesverband i in.* Zb.Orz. 2004 I-2493, pkt 47–57.

³³ M. Szydło, *Swobody rynku wewnętrznego a reguły...*, s. 306.

³⁴ ETS, sprawy: C-244/94, pkt 17–22; C-67/96, pkt. 80–87; C-115-117/97, pkt 80–87; C-219/97, pkt 70–77; C-180–184/98, pkt 114–119.

realizującym ważne cele społeczne i działającym w oparciu o zasadę solidarności) jest rozwiązaniem często spotykanym w przepisach krajowego prawa konkurencji. Jako przykład możemy tu wskazać rozwiązania funkcjonujące na gruncie polskich regulacji³⁵.

Problemem wydaje się być również udzielenie jednoznacznej odpowiedzi na pytanie, czy działalność gospodarcza (jako konstytutywny element pojęcia przedsiębiorstwa z art. 101 i 102 TFUE) musi być prowadzona w sposób ciągły (trwały). Trybunał Sprawiedliwości (zwłaszcza we wcześniejszych orzeczeniach) parokrotnie podkreślał, iż przedsiębiorstwo powinno wykonywać działalność gospodarczą w dłuższej perspektywie czasowej (ang. on long-term basis)³⁶. Obecnie doktryna prawa UE przyjmuje, iż fakt prowadzenia działalności w sposób trwały (ciągły) nie jest niezbędnym elementem unijnej definicji działalności gospodarczej³⁷. Trafnym rozwiązaniem wydaje się być wypracowanie pewnego rodzaju kompromisu, zgodnie z którym nawet działalność wykonywana przez stosunkowo krótki czas będzie traktowana jak działalność gospodarcza, o ile podejmowane w jej ramach działania, czy też przedsięwzięcia gospodarcze charakteryzują się minimalną choćby regularnością (cyklicznością)³⁸.

W tym miejscu warto zauważyć, że w wielu krajowych regulacjach prawnych dotyczących konkurencji nadal obowiązują rozwiązania prawne, które przewidują możliwość przyznania statusu przedsiębiorstwa tylko tym podmiotom, które prowadzą działalność w sposób trwały (ciągły). Charakterystycznym przykładem takiej praktyki jest ustawodawstwo belgijskie, na gruncie którego przedsiębiorstwem jest „każda osoba fizyczna lub prawna zaangażowana w działalność gospodarczą w sposób ciągły” (ang. on a perma-

³⁵ Zgodnie ze stanowiskiem polskiego orzecznictwa, przedsiębiorcą jest Narodowy Fundusz Zdrowia – państwowa jednostka organizacyjna, która na podstawie ustawy z 27.8.2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (Dz.U. 2008 r. Nr 164, poz. 1027 ze zm.) organizuje powszechny system ubezpieczenia zdrowotnego w Polsce, zob. wyrok SOKiK z 17.12.2007 r., XVII Ama 62/07, niepubl.; G. Materna [w:] *Ustawa o ochronie...*, s. 105 i n. Szerzej na ten temat zob. G. Materna, *Publiczne instytucje ubezpieczenia zdrowotnego w świetle prawa antymonopolowego*, PiP 2005, z. 6, s. 65–80.

³⁶ ETS, sprawy: 17/61 i 20/61 *Klöckner-Werke AG i Hoesch AG v. Wysoka Władza Europejskiej Wspólnoty Węgla i Stali* Zb.Orz. 1962 325, zwłaszcza s. 341; 19/61 *Mannesmann AG v. Wysoka Władza Europejskiej Wspólnoty Węgla i Stali* Zb.Orz. 1962 357, zwłaszcza s. 371; SPI, sprawa T-11/89 *Shell International Chemical Company Ltd v. Komisja* Zb.Orz. 1992 II-757, pkt 311. Należy przy tym podkreślić, że zarówno ETS, jak i SPI nie przyjął podobnego stanowiska w późniejszych orzeczeniach.

³⁷ S. Dudzik, op.cit., s. 151.

³⁸ M. Szydło, *Swobody rynku wewnętrznego a reguły...*, s. 311.

ment basis)³⁹. Także polski prawodawca przyjął cechę ciągłości, jako przesłankę warunkującą możliwość uznania danej działalności za działalność gospodarczą w znaczeniu normatywnym⁴⁰.

Na gruncie unijnego prawa konkurencji statusu przedsiębiorstwa wyraźnie odmawia się podmiotom realizującym zadania typowe dla władzy publicznej⁴¹. Trybunał w pewnym uproszczeniu przyjął, iż z punktu widzenia traktatowych reguł konkurencji całą działalność państwa można w sposób dychotomiczny podzielić na szeroko rozumianą działalność regulacyjną (wykonywanie prerogatyw władzy publicznej) oraz działalność gospodarczą⁴². Państwo może bowiem podejmować działania służące organizacji rynku w imię interesu publicznego, jak również bezpośrednio angażować się w procesy produkcji i wymiany towarów lub usług⁴³. W tym kontekście pojawia się pytanie, przy pomocy jakich kryteriów należy klasyfikować konkretne działania podejmowane przez państwo. Wydaje się, iż dla przeprowadzenia dokładnej delimitacji obu sfer aktywności państwa należy nie tylko uwzględnić formę prawną prowadzonej działalności (kryterium formalne)⁴⁴, czy funkcję, dla re-

³⁹ Zgodnie z tekstem angielskiego tłumaczeniem belgijskiej ustawy o ochronie konkurencji (Belgian Act on the Protection of Economic Competition) z 15.9.2006 r. (Belgian Official Gazette 29/9/2006), art. 1 ust. 1 pkt 1.

⁴⁰ Ciągłość działalności gospodarczej z art. 2 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, jako jedna z jej konstytutywnych właściwości zakłada trwanie tej działalności w określonym (raczej dłuższym niż krótszym) przedziale czasowym. Nie oznacza to bynajmniej, że działalność gospodarcza musi być wykonywana w sposób permanentny i nieprzerwany. W pełni wystarczające jest, jeżeli dana działalność wykonywana jest w sposób regularny i powtarzalny (sekwencyjny). Podkreślając wymóg ciągłości, ustawodawca pozostawił natomiast poza pojęciem działalności gospodarczej wszelkie przedsięwzięcia o charakterze sporadycznym, jednostkowym, okazjonalnym czy też incydentalnym. Zob. C. Kosikowski, op.cit., s. 29 i n.; M. Szydło, *Swoboda działalności...*, s. 56–58; J. Odachowski, *Ciągłość działalności gospodarczej*, „Glosa” 2003, nr 10, s. 30 i n.

⁴¹ ETS, sprawy: 30/87 *Corinne Bodson v. SA Pompes funebres des régions libérées* Zb.Orz. 1988 2479, pkt 18; C-364/92 *SAT Fluggesellschaft mbH v. Eurocontrol* Zb.Orz. 1994 I-43, pkt 30; C-343/95 *Diego Cali & Figli Srl v. Servizi ecologici porto di Genova SpA (SPEG)* Zb.Orz. 1997 I-1547, pkt 23.

⁴² M. Szydło, *Swobody rynku wewnętrznego a reguły...*, s. 311.

⁴³ Można postawić pytanie, czy państwo jako takie może samodzielnie prowadzić działalność gospodarczą (a w konsekwencji uzyskać status przedsiębiorstwa). W tej kwestii funkcjonują dwa wyrażane w literaturze stanowiska. Zgodnie z pierwszym z nich, państwo prowadząc działalność gospodarczą poprzez własne organy, bez wyodrębniania w tym celu jakiegokolwiek osobnej (i samodzielnej) jednostki organizacyjnej nabywa status przedsiębiorstwa: V. Emmerich, op.cit., s. 906–907. Zgodnie z poglądem przeciwnym państwo jako takie nigdy samodzielnie nie prowadzi działalności gospodarczej. Gdy poszczególne działania podejmowane są przez organy państwa to im, a nie państwu przysługuje status przedsiębiorstwa: S. Dudzik, op.cit., s. 176.

⁴⁴ Korzystanie wyłącznie z kryterium formalnego przy dokonywaniu delimitacji sfer aktywności państwa zostało poddane powszechnej krytyce. Jako że to państwa członkowskie decy-

alizacji której państwo podejmuje działania (kryterium materialne), ale należy także uwzględnić czynniki instytucjonalne⁴⁵.

Od razu należy jednak zaznaczyć fakt, iż zakazy zawarte w art. 101 i 102 TFUE mogą wiązać państwa członkowskie również w sytuacji, gdy dana jednostka działa jako podmiot władzy publicznej (tj. wykonuje działalność regulacyjną)⁴⁶. Oczywiście unijne reguły konkurencji nie dotyczą wszelkich przejawów działalności regulacyjnej państw członkowskich. Sytuacje, w których państwa członkowskie wykonując władzę publiczną, zobowiązane są respektować wynikające z art. 101 i 102 TFUE zakazy, są wyraźnie określone. Mając na względzie art. 106 ust. 1 TFUE możemy z całą pewnością stwierdzić, iż państwo członkowskie prowadząc działalność regulacyjną jest zobowiązane przestrzegać unijnych reguł konkurencji (przede wszystkim artykułów 101 i 102 TFUE) w sytuacji, gdy podejmuje konkretne działania w odniesieniu do przedsiębiorstw publicznych⁴⁷ oraz przedsiębiorstw, które otrzyma-

dują o użyciu określonej formy prawnej (tj. formy właściwej dla prawa publicznego lub prawa prywatnego) podejmowanych przez siebie działań, stosowanie kryterium formalnego przy klasyfikowaniu konkretnych działań jako działalności regulacyjnej bądź działalności gospodarczej oznaczałoby pozostawienie krajowemu prawodawcy ostatecznej decyzji w kwestii kwalifikacji tych działań w świetle unijnego prawa konkurencji: S. Dudzik, op.cit., s. 157–158. Trzeba jednak przyznać, że w sytuacji, gdy konkretne działanie podejmowane jest przez państwo w formie przewidzianej przez prawo publiczne wówczas zdecydowanie łatwiej uzasadnić regulacyjny charakter takiej aktywności, natomiast dużo trudniej wykazać, iż jest to działalność gospodarcza: M. Szydło, *Swobody rynku wewnętrznego a reguły...*, s. 313.

⁴⁵ Należy więc uwzględnić czy podmiot składa się w większości z przedstawicieli władz publicznych; czy państwo jest zaangażowane w działalność podmiotu; czy podejmując decyzje podmiot musi uwzględniać określone kryteria interesu publicznego lub jest zmuszony konsultować się z władzami publicznymi. Jeżeli odpowiedź na powyższe pytania jest pozytywna, można zakładać, że ów podmiot prowadzi jedynie działalność regulacyjną, a w konsekwencji nie przysługuje mu status przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 101 i 102 TFUE, ETS, sprawa C-309/99, pkt 61–63.

⁴⁶ Wydaje się, iż ograniczenie zakresu zastosowania artykułów 101 i 102 TFUE jedynie do działań (praktyk) przedsiębiorstw podejmowanych w ramach prowadzonej przez nie działalności gospodarczej stanowiłoby zbyt daleko idące uproszczenie: M. Szydło, *Swobody rynku wewnętrznego a reguły...*, s. 321–322. Nie oznacza to oczywiście poszerzenia definicji przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 101 i 102 TFUE o podmioty publiczne wykonujące działalność regulacyjną.

⁴⁷ Zgodnie z art. 2 lit. b dyrektywy Komisji nr 2006/111/WE w sprawie przejrzystości stosunków finansowych między państwami członkowskimi a przedsiębiorstwami publicznymi, a także w sprawie przejrzystości finansowej wewnątrz określonych przedsiębiorstw (Dz.Urz.UE 2006 Nr L 318/17) przez przedsiębiorstwo publiczne rozumie się „każde przedsiębiorstwo, na które władze publiczne mogą, bezpośrednio lub pośrednio, wywierać dominujący wpływ z racji bycia jego właścicielem, posiadania w nim udziału kapitałowego lub ze względu na zasady, które nim rządzą”. W literaturze przyjmuje się, iż wszelkie przedsiębiorstwa publiczne, do których odnosi się cyto-

ły od państwa prawa wyłączne lub specjalne⁴⁸. Oczywiście, nie wszystkie działania podejmowane przez państwo członkowskie wobec wymienionych przedsiębiorstw można uznać za sprzeczne z art. 101 lub 102 TFUE. Mianowicie, aby uznać, iż państwo członkowskie podejmując działania o charakterze regulacyjnym w stosunku do przedsiębiorstw publicznych lub uprzywilejowanych naruszyło art. 101 lub 102 TFUE należy wykazać konkretny związek przyczynowy pomiędzy tymże działaniem, a zachowaniem przedsiębiorstwa sprzecznym z art. 101 lub 102 TFUE⁴⁹. Natomiast, w ramach unijnego

wana dyrektywa z całą pewnością należą do kategorii przedsiębiorstw publicznych z art. 106 ust. 1 TFUE. Zob. G. Materna, *Pojęcie przedsiębiorcy w polskim...*, s. 138.

⁴⁸ Przedsiębiorstwa, którym państwa członkowskie przyznają prawa wyłączne lub specjalne określane są w literaturze terminem „przedsiębiorstwa uprzywilejowane”. Zarówno prawa wyłączne, jak i prawa specjalne są pewnego rodzaju przywilejem udzielanym przez państwo określonym przedsiębiorstwom: M. Mielecka, *Stosowanie wspólnotowego prawa konkurencji do przedsiębiorstw publicznych i uprzywilejowanych* [w:] *Prawo Unii Europejskiej. Zagadnienia wybrane*, red. A. Mania, Kraków 2001, s. 159 i n. Objęcie przedsiębiorstw otrzymujących od państwa prawa wyłączne lub specjalne jedną kategorią „przedsiębiorstw uprzywilejowanych” nie oznacza bynajmniej przyjęcia stanowiska, iż prawa wyłączne i specjalne należy definiować identycznie. Wydaje się, iż pojęcia te zostały najtrafniej zdefiniowane przez Komisję w kilku wydanych przez nią dyrektywach. I tak, prawa wyłączne zdefiniowano jako „prawa udzielone przez państwa członkowskie na rzecz jednego przedsiębiorstwa w drodze jakiegokolwiek instrumentu o charakterze legislacyjnym, regulacyjnym lub administracyjnym, które zastrzegają na rzecz tego przedsiębiorstwa uprawnienie do świadczenia usług lub prowadzenia działalności w ramach określonego obszaru geograficznego”. Z kolei prawa specjalne zostały zdefiniowane jako „prawa przyznane przez państwo członkowskie ograniczonej liczbie przedsiębiorstw, za pomocą jakiegokolwiek instrumentu legislacyjnego, regulacyjnego lub administracyjnego, które w ramach określonego obszaru geograficznego: 1) limitują do dwu lub więcej liczbę takich przedsiębiorstw upoważnionych do prowadzenia działalności gospodarczej, czyniąc to przy tym na innych warunkach niż obiektywne, proporcjonalne i niedyskryminujące, 2) przyznają przedsiębiorstwom, w inny sposób niż na wymienionych warunkach, prawne lub regulacyjne korzyści, które istotnie ograniczają zdolność pozostałych przedsiębiorstw do prowadzenia tej samej działalności gospodarczej w danym obszarze geograficznym na istotnie równoważnych warunkach”, art. 2 lit. f) i g) dyrektywy Komisji 2006/111/WE; art. 1 dyrektywy Komisji 90/388/EWG z 28.6.1990 r. w sprawie konkurencji na rynku usług telekomunikacyjnych (Dz.Urz.UE 1990 Nr L 192/10); art. 1 pkt 5 i 6 dyrektywy Komisji 2002/77/WE w sprawie konkurencji na rynkach usług sieci i usług łączności elektronicznej (Dz.Urz. 2002 Nr L 249/21); G. Materna, *Pojęcie przedsiębiorcy w polskim...*, s. 139–141.

⁴⁹ Związek ów może się przejawiać w różny sposób. Tytułem przykładu można wskazać orzeczenia, w których Trybunał orzekł, iż państwo członkowskie narusza art. 101 lub 102 TFUE w szczególności, gdy wymaga lub sprzyja zawieraniu porozumień, decyzji związków przedsiębiorstw lub uzgodnionych praktyk niezgodnych z art. 101 TFUE lub podejmowaniu praktyk sprzecznych z art. 102 TFUE lub wzmacnia owe skutki, lub gdy pozbawia własne regulacje charakteru państwowego, przenosząc na prywatne podmioty gospodarcze odpowiedzialność za podejmowanie decyzji ingerujących w sferę gospodarczą. Por. ETS, sprawy: 267/86 *Pascal Van Eecke v. ASPA*

prawa konkurencji nie istnieją przepisy (poza wspomnianym art. 106 TFUE), które zakazywałyby władzom publicznym ograniczania konkurencji poprzez działalność regulacyjną, jeżeli działalność taka nie jest związana z naruszającymi art. 101 lub 102 TFUE praktykami przedsiębiorstw.

Tymczasem kwestia stosowania krajowych reguł konkurencji w stosunku do przejawów działalności regulacyjnej władz publicznych jest różnie rozstrzygana na gruncie przepisów krajowych poszczególnych państw członkowskich. Najczęściej te działania krajowych władz publicznych, które skutkują naruszeniem zasad konkurencji w pełni podlegają przepisom krajowego prawa konkurencji. Dotyczy to także sytuacji, gdy działalność regulacyjna wykonywana jest w oparciu o formy przewidziane przez prawo administracyjne i jest wyrazem wykonywania prerogatyw władzy państwowej oraz nie wpływa na podejmowanie przez poszczególne przedsiębiorstwa praktyk niezgodnych z krajowym prawem konkurencji. Można przy tym wyróżnić dwa modele rozwiązań prawnych, które normują kwestię stosowania prawa konkurencji wobec działań krajowych władz publicznych podejmowanych w ramach wykonywania funkcji regulacyjnej. Pierwszy z nich przyjmuje na tyle szeroką definicję przedsiębiorstwa, by swym zakresem objęła także podmioty publiczne wykonujące działalność regulacyjną (rozwiązanie takie przyjęto w polskim prawie konkurencji)⁵⁰. Drugi z modeli dopuszcza możliwość sto-

NV. Zb.Orz. 1988 I-4769, pkt 16; C-332/89 *Postępowanie karne przeciwko André Marchandise, Jean-Marie Chapuis i SA Traftex* Zb.Orz.1991 I-1027, pkt 22; C-2/91 *Postępowanie karne przeciwko Wolf W. Meng* Zb.Orz. 1993 I-5751, pkt 14; C-185/91 *Bundesanstalt für den Güterfernverkehr v. Gebrüder Reiff GmbH & Co. KG* Zb.Orz. 1993 I-5801, pkt 14; C-245/91 *Postępowanie karne przeciwko Ohra Schadeverzekeringen NV* Zb.Orz. 1993 I-5851, pkt 10; C-379/92 *Postępowanie karne przeciwko Matteo Peralta* Zb.Orz. 1994 I-3453, pkt 21; C-401 i 402/92 *Postępowanie karne przeciwko Tankstation «t Heukske vof i J.B.E. Boermans* Zb.Orz. 1994 I-2199, pkt 16; C-153/93 *Niemcy v. Delta Schiffahrts-und Speditionsgesellschaft mbH* Zb.Orz. 1994 I-2517, pkt 14; C-96/94 *Centro Servizi Spediporto Srl v. Spedizioni Marittima del Golfo Srl* Zb.Orz.1995 I-2883, pkt 20-21; C-35/99 *Postępowanie karne przeciwko Manuele Arduino* Zb.Orz. 2002 I-1529, pkt 34-35; C-198/01 *Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF) v. Autorita Garante della Concorrenza e del Mercato* Zb.Orz. 2003 I-8055, pkt 45-46.

⁵⁰ Art. 4 pkt. 1 lit. a ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów stanowi, że przedsiębiorcą jest również „osoba fizyczna, osoba prawna, a także jednostka organizacyjna niemająca osobowości prawnej, której ustawa przyznaje zdolność prawną, organizująca lub świadcząca usługi o charakterze użyteczności publicznej, które nie są działalnością gospodarczą w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej”. Zgodnie ze stanowiskiem polskiej judykatury organizowanie usług o charakterze użyteczności publicznej może polegać na prowadzeniu działalności regulacyjnej w formach właściwych dla prawa publicznego, zob. wyrok SOKiK z 13.6.2006 r., XVII Ama 48/05, niepubl.; wyrok SOKiK z 20.3.2008 r., XVII Ama 78/07, niepubl.

sowania krajowych reguł konkurencji w odniesieniu do działań władz publicznych ograniczających konkurencję, bez normatywnego poszerzenia pojęcia przedsiębiorstwa o te właśnie władze (rozwiązanie to przyjęto np. na gruncie francuskiego prawa konkurencji⁵¹). W obu opisanych powyżej schematach rozwiązań prawnych władze publiczne wykonujące działalność regulacyjną są z punktu widzenia prawa konkurencji traktowane tak jak przedsiębiorstwa, wobec czego z całą pewnością można przypisać im – w sensie materialnym – status krajowego przedsiębiorstwa.

Podsumowując, sposób definiowania pojęcia przedsiębiorstwa przyjmowany na gruncie krajowych reguł konkurencji (choć generalnie zgodny z definicją wypracowaną w oparciu o art. 101 i 102 TFUE) może wyraźnie różnić się od pojęcia przedsiębiorstwa w rozumieniu unijnych reguł konkurencji. I tak, zdarzają się zarówno definicje węższe niż pojęcie przedsiębiorstwa z art. 101 i 102 TFUE (np. nieuwzględniające podmiotów, które prowadzą działalność non-profit lub działalność pozbawioną cechy ciągłości), jak również definicje szersze od pojęcia przedsiębiorstwa z art. 101 i 102 TFUE (np. uwzględniające podmioty prowadzące działalność o charakterze społecznym w oparciu o zasadę solidarności czy władze publiczne prowadzące działalność regulacyjną).

3. Relacje między unijnym a krajowym prawem konkurencji w świetle art. 3 rozporządzenia 1/2003

W europejskim systemie ochrony konkurencji przepisy prawa unijnego i prawa krajowego państw członkowskich obowiązują równolegle, a to z kolei wymagało określenia relacji pomiędzy wskazanymi systemami prawa tak, aby uniknąć ewentualnych konfliktów norm prawnych⁵². Relacje

⁵¹ Obecnie w orzecznictwie francuskich sądów administracyjnych powszechne jest stanowisko, zgodnie z którym sam fakt prowadzenia działalności przy wykorzystaniu form administracyjnych nie wyłącza *per se* możliwości stosowania wobec niej reguł konkurencji. Mianowicie, sądy administracyjne mogą stosować przepisy dotyczące konkurencji w sytuacji, gdy kwestia ważności danego aktu administracyjnego na gruncie prawa administracyjnego jest nierozdzielnie związana z oceną skutków prawnych, jakie ten akt wywołuje na gruncie prawa konkurencji. Konkludując, gdy podmiot publiczny pełniący funkcję władzy administracyjnej prowadzi działalność ograniczającą konkurencję, sąd administracyjny oceniając ważność aktu administracyjnego wydanego w ramach takiej działalności jest zmuszony uwzględnić także reguły konkurencji: D. Theophile, *France* [w:] *A Practical Guide to National Competition Rules Across Europe*, red. M. Holmes, L. Davey, Kluwer Law International 2004, s. 116.

⁵² Ochrona konkurencji nie stanowi dziedziny, która podlega pełnej harmonizacji z prawem unijnym. Dlatego też, krajowe przepisy dotyczące ochrony konkurencji poszczególnych państw

te uregulowano normatywnie w cytowanym już wcześniej rozporządzeniu 1/2003⁵³.

Artykuł 3 ust. 1 *in principio* stanowi, że: „[j]eżeli organy ochrony konkurencji państw członkowskich lub krajowe sądy stosują krajowe prawo konkurencji do porozumień, decyzji związków przedsiębiorstw lub praktyk uzgodnionych w rozumieniu art. 101 ust. 1 TFUE, które mogą wpływać na handel między państwami członkowskimi w rozumieniu tego przepisu, stosują również art. 101 TFUE do takich porozumień, decyzji lub praktyk uzgodnionych. W przypadkach, gdy organy ochrony konkurencji państw członkowskich lub krajowe sądy stosują krajowe prawo konkurencji do praktyk zakazanych art. 102 TFUE, stosują również art. 102 TFUE”. Głównym założeniem art. 3 ust. 1 rozporządzenia 1/2003 jest równoległość, a zatem jednoczesne stosowanie unijnego i krajowego prawa konkurencji⁵⁴ w tych sprawach, w których konkretne zachowanie przedsiębiorstwa może wpływać na handel między państwami członkowskimi⁵⁵. Można więc przyjąć, że przepis art. 3 ust. 1 ma na celu uniemożliwienie krajowym sądom i organom ochrony konkurencji unikania stosowania art. 101 i 102 TFUE w opisanej sytuacji (tj. gdy praktyki podejmowane przez przedsiębiorstwa mogą wpływać na rynek unijny) nawet wówczas, gdy stosowanie krajowych i unijnych regulacji prowadzi do identycznych skutków prawnych⁵⁶.

członkowskich mogą odbiegać od regulacji unijnej: M. Krasnodębska-Tomkiel, *Wspólnotowe prawo konkurencji. Skutki dla Polski*, Warszawa 2006, s. 120.

⁵³ Wcześniej kwestie te rozstrzygał Trybunał Sprawiedliwości uwzględniając ogólne zasady stosowania prawa unijnego. Kluczową rolę odegrał tutaj wyrok ETS w sprawie 14/68 *Walt Wilhelm i in. v. Bundeskartellamt*, zgodnie z którym stosowanie prawa krajowego w sprawach o wymiarze unijnym można dopuścić tylko w zakresie, w jakim nie narusza to jednolitego stosowania unijnych przepisów dotyczących ochrony konkurencji i skuteczności środków podjętych w celu ich implementacji na całym obszarze wspólnego rynku: ETS, sprawa 14/68 *Walt Wilhelm i in. v. Bundeskartellamt* Zb.Orz. 1969 I, pkt 4.

⁵⁴ Równoległe stosowanie prawa unijnego i krajowego to ocena tego samego stanu faktycznego w świetle dwóch norm prawnych, jednej o charakterze unijnym i drugiej o charakterze krajowym: G. Materna [w:] *Ustawa o ochronie...*, s. 303.

⁵⁵ Pojęcie „handlu między państwami członkowskimi” należy rozumieć szeroko, jako każdego rodzaju transgraniczne działania, bez względu na ich formę lub rodzaj bądź pochodzenie uczestniczących w nich podmiotów, w tym prowadzenie działalności gospodarczej w innym państwie członkowskim na trwałych zasadach, zob. obwieszczenie Komisji – Wytyczne w sprawie pojęcia „wpływu na handel” zawartego w art. 81 i 82 TWE (art. 101 i 102 TFUE), Dz.Urz.UE 2004 Nr C 101/81, pkt 19; K. Kowalik-Bańczyk, *Pojęcie „wpływu na handel” jako kryterium stosowania przez sądy krajowe wspólnotowego prawa konkurencji*, PUG 2008, nr 2, s. 25 i n.

⁵⁶ G. Materna [w:] *Ustawa o ochronie...*, s. 303.

O ile uznamy, iż art. 3 ust. 1 rozporządzenia 1/2003 nakłada na krajowe sądy i organy ochrony konkurencji obowiązek równoległego stosowania art. 101 i 102 TFUE z krajowym prawem konkurencji, o tyle zawarta w art. 3 ust. 2 rozporządzenia 1/2003 reguła konwergencji stanowi środek mający na celu wyeliminowanie możliwych rozbieżności między tymi kompleksami przepisów prawnych. W tym kontekście pojawiają się dwie wymagające wyjaśnienia wątpliwości. Po pierwsze, czy zasada (obowiązek) równoległego stosowania unijnego i krajowego prawa konkurencji dotyczy również praktyk kolektywnych podejmowanych przez podmioty nieposiadające statusu przedsiębiorstwa w rozumieniu unijnego prawa konkurencji? I po drugie, czy konsekwencje prawne obowiązywania reguły konwergencji dotyczą wspomnianych praktyk?

Opierając się jedynie na literalnym brzmieniu art. 3 ust. 1 rozporządzenia 1/2003 nie sposób jednoznacznie stwierdzić, czy „porozumienia, decyzje związków przedsiębiorstw lub praktyki uzgodnione w rozumieniu art. 101 ust. 1 TFUE” obejmują również te zachowania, za które odpowiedzialne są podmioty nieposiadające statusu przedsiębiorstwa na gruncie unijnego prawa konkurencji⁵⁷. Jednak bez względu na nieprecyzyjne sformułowanie art. 3 ust. 1 *in principio* rozporządzenia 1/2003 oczywistym jest fakt, zgodnie z którym stosowanie art. 101 TFUE w odniesieniu do porozumień zawartych przez podmioty nieposiadające statusu przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 101 TFUE nie może prowadzić do uznania tych praktyk za zakazane w oparciu o art. 101 TFUE. Tak więc, nawet jeśli krajowe sądy lub organy ochrony konkurencji stosowałyby art. 101 TFUE do takich umów, nie doprowadzi to do zakazania tych zachowań na krajowym rynku w oparciu o art. 101 TFUE.

Jednakże bardziej doniosłą kwestią wydaje się być możliwość stosowania w stosunku do kolektywnych zachowań podmiotów nieposiadających statusu unijnego przedsiębiorstwa reguły konwergencji wyrażonej w art. 3 ust. 2 *in principio* rozporządzenia 1/2003. Udzielenie w tym względzie jednoznacznej odpowiedzi jest trudne z uwagi na zastrzeżenie, zgodnie z którym porozumienia zawierane przez podmioty nieposiadające statusu przedsiębiorstwa na gruncie art. 101 TFUE i które nie ograniczają konkurencji w rozumieniu art. 101 ust. 1 TFUE, lub które spełniają warunki określone w art. 101

⁵⁷ Natomiast, „gdy organy ochrony konkurencji państw członkowskich lub krajowe sądy stosują krajowe prawo konkurencji do praktyk zakazanych art. 102 TFUE, stosują również art. 102 TFUE”. Stąd jasno wynika, że praktyki podejmowane przez przedsiębiorstwa nieposiadające statusu przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 102 TFUE nie są zakazane przez art. 102 TFUE i nie uzasadniają równoległego stosowania art. 102 TFUE odnośnie do wyżej wymienionych podmiotów.

ust. 3 TFUE, lub które objęte są rozporządzeniem w celu stosowania art. 101 ust. 3 TFUE nie mogą być zakazane na gruncie krajowego prawa konkurencji, nawet jeśli umowy te nie są w rzeczywistości objęte artykułem 101 TFUE jako takie⁵⁸. Wydaje się, że zakres zastosowania reguły konwergencji powinien ograniczać się jedynie do tych osób i podmiotów, którym przysługuje status przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 101 TFUE. Po pierwsze, podmiotowy zakres stosowania rozporządzenia 1/2003 ogranicza się do przedsiębiorstw w rozumieniu art. 101 i 102 TFUE. Pamiętać przecież należy, że rozporządzenie 1/2003 zostało wydane w celu wdrażania reguł konkurencji wyrażonych w art. 101 i 102 TFUE, a zakres rozporządzenia wykonawczego (jakim niewątpliwie jest rozporządzenia 1/2003) nie może wykraczać poza ograniczenia podmiotowe wyznaczone przez art. 101 i 102 TFUE. Po drugie, jednoznaczne określenie pojęć „porozumienie”, „decyzje związków przedsiębiorstw” czy „praktyki uzgodnione” używanych w art. 3 ust. 2 *in principio* rozporządzenia 1/2003 bez odniesienia się do pojęcia przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 101 TFUE jest niemożliwe. Pomijając pojęcie „decyzji związków przedsiębiorstw” (w przypadku których powiązanie z pojęciem przedsiębiorstwa z art. 101 TFUE jest wyraźne) należy pamiętać, że przykładowo porozumienia lub inne kolektywne praktyki podejmowane w ramach jednej jednostki gospodarczej nie możemy uznać za „porozumienia” w rozumieniu art. 101 TFUE, jako że podmioty wchodzące w skład takiej jednostki gospodarczej nie są klasyfikowane, jako niezależne przedsiębiorstwo w rozumieniu art. 101 TFUE. Uogólniając, można postawić tezę, iż praktyki kolektywne realizowane przez podmioty, którym nie przysługuje status przedsiębiorstwa na gruncie art. 101 TFUE nie mogą zostać uznane za „porozumienia” lub „uzgodnione praktyki” w rozumieniu art. 101 TFUE.

Przy założeniu, że reguła konwergencji znajduje zastosowanie jedynie w odniesieniu do tych praktyk, które podejmowane są przez przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 101 TFUE należy jednocześnie stwierdzić, iż porozumienia zawierane przez podmioty nieposiadające statusu przedsiębiorstwa z art. 101 TFUE mogą być prawnie zakazane na gruncie krajowego prawa konkurencji, nawet jeżeli nie ograniczają konkurencji w rozumieniu art. 101 ust. 1 TFUE. W zakresie takowych praktyk krajowe sądy i organy ochrony konkurencji, nawet jeżeli stosują równoległe art. 101 TFUE oraz krajowe prawo konkurencji, to i tak mogą te praktyki zakazać w oparciu o prawo krajowe.

⁵⁸ Z uwagi, iż zakaz zawarty w niniejszym przepisie dotyczy jedynie porozumień zawartych przez co najmniej dwa podmioty, które posiadają status przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 101 TFUE.

4. Dopuszczalność poszerzania pojęcia „przedsiębiorstwo” z art. 101 i 102 TFUE przez krajowe prawo konkurencji

Analizując kwestię dopuszczalności poszerzania unijnego pojęcia przedsiębiorstwa przez krajowe prawo konkurencji, należy w szczególności uwzględnić i zinterpretować przytaczaną już w niniejszych rozważaniach regułę konwergencji. Sama Komisja Europejska uznała, iż art. 3 ust 2 rozporządzenia 1/2003 wyklucza możliwość stosowania takich przepisów krajowego prawa konkurencji, które prowadziłyby do uznania za zakazane porozumień, decyzji związków przedsiębiorstw lub uzgodnionych praktyk, które mogą wpływać na handel między państwami członkowskimi, a nie są zakazane przez art. 101 TFUE⁵⁹. Inaczej mówiąc, gdy dane porozumienia, decyzje związków przedsiębiorstw lub uzgodnione praktyki, które mogą mieć wpływ na handel między państwami członkowskimi nie są zakazane przez art. 101 TFUE (są dozwolone na gruncie tych postanowień) nie mogą zostać uznane za zakazane na gruncie krajowego prawa konkurencji⁶⁰. W konsekwencji, tzw. kolektywne zachowania przedsiębiorstw mogą być zakazane przez krajowe prawo konkurencji wtedy i tylko wtedy, gdy są jednocześnie zakazane przez art. 101 TFUE.

Jeśli przyjąć tak uproszczoną interpretację reguły konwergencji, poszczególne państwa członkowskie byłyby w rzeczywistości pozbawione możliwości zakazywania porozumień, decyzji związków przedsiębiorstw lub uzgodnionych praktyk mogących mieć wpływ na handel pomiędzy państwami członkowskimi, za które odpowiedzialność ponoszą podmioty nie posiadające statusu przedsiębiorstwa z art. 101 TFUE (którym przysługuje jedynie status przedsiębiorstwa w rozumieniu krajowego prawa konkurencji). Akceptacja przedstawionej wykładni reguły konwergencji implikuje postawienie tezy, zgodnie z którą państwa członkowskie pozbawione są możliwości poszerzenia definicji przedsiębiorstwa w oparciu o przepisy krajowe (przynajmniej w przypadku porozumień, które mogą wpływać na handel między państwami wewnątrz UE), jako że porozumienia zawierane przez podmioty nie mieszczące się w zakresie unijnej koncepcji przedsiębiorstwa, tak czy inaczej nie mogą być zakazane na gruncie krajowego prawa konkurencji.

⁵⁹ Tak również pkt 8 preambuły do rozporządzenia 1/2003.

⁶⁰ Zob. komunikat Komisji – Wytyczne w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu, Dz.Urz.UE 2004 Nr C 101/97, pkt 14.

Należy jednak zauważyć, iż tak uproszczona interpretacja reguły konwergencji jest sprzeczna nawet z literalnym brzmieniem art. 3 ust. 2 rozporządzenia 1/2003, zgodnie z którym państwa członkowskie są pozbawione możliwości zakazywania takich porozumień, „które mogą wpływać na handel między państwami członkowskimi, lecz nie ograniczają konkurencji w rozumieniu art. 101 ust. 1 TFUE, lub spełniają przesłanki z art. 101 ust. 3 TFUE, lub które objęte są rozporządzeniem w celu stosowania art. 101 ust. 3 TFUE”. Tak więc przy ocenie, czy państwo członkowskie może zakazać danego porozumienia na gruncie krajowego prawa konkurencji głównym punktem odniesienia nie powinna być kwestia, czy konkretne porozumienie jest generalnie zakazane (bądź nie) przez art. 101 TFUE, ale to, czy jest to porozumienie „ograniczające konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1 TFUE”⁶¹, czy „spełnia przesłanki określone w art. 101 ust. 3 TFUE”⁶², czy też jest „objęte rozporządzeniem w celu stosowania art. 101 ust. 3 TFUE”⁶³. Jeżeli w wyniku przeprowadzonej analizy ustalimy, że porozumienie ogranicza konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1 TFUE, nie spełnia przesłanek z art. 101 ust. 3 TFUE i nie jest objęte rozporządzeniem w celu stosowania art. 101 ust. 3 TFUE, może być wówczas prawnie zakazane na mocy krajowego prawa konkurencji (nawet jeśli zostało zawarte przez osoby lub podmioty, którym nie przysługuje status przedsiębiorstwa na mocy art. 101 TFUE)⁶⁴. Stąd wniosek, iż pań-

⁶¹ To, czy dane porozumienie (decyzja związku przedsiębiorstw lub uzgodnione praktyki) ograniczają konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1 TFUE należy oceniać zgodnie z podejściem ekonomicznym, co sprowadza się do analizy wpływu danego porozumienia na parametry konkurencji na rynku, takie jak cena, wydajność, jakość produktów, różnorodność produktów i innowacji. Gdy porozumienie wywiera niekorzystny wpływ na któryś z tych parametrów objęte jest zakazem z art. 101 ust. 1 TFUE, zob. Wytyczne w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu, pkt 16.

⁶² Stosowanie wyjątku z art. 101 ust. 3 TFUE jest uzależnione od kumulatywnego spełnienia czterech przesłanek: 1) porozumienie (decyzja związku przedsiębiorstw lub uzgodniona praktyka) przyczynia się do polepszenia produkcji lub dystrybucji produktów bądź do popierania postępu technicznego lub gospodarczego; 2) porozumienie zapewnia konsumentom uczciwy udział w zysku; 3) porozumienie nakłada na przedsiębiorstwa jedynie takie ograniczenia, które są niezbędne do osiągnięcia wyżej wspomnianych celów; 4) porozumienie nie umożliwia przedsiębiorstwom eliminowania konkurencji w stosunku do znacznej części produktów. Szerzej zob. Wytyczne w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 TWE.

⁶³ Przykładem „rozporządzenia w celu stosowania art. 101 ust. 3 TFUE” jest przykładowo rozporządzenie Komisji 2790/1999 w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 TWE (art. 101 ust. 3 TFUE) do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych, Dz.Urz.UE 1999 Nr L 336/21, czy rozporządzenie Komisji 2658/2000 w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 TWE (art. 101 ust. 3 TFUE) do kategorii porozumień specjalizacyjnych, Dz.Urz.UE 2000 Nr L 304/3.

⁶⁴ W tym kontekście nie ma znaczenia fakt, iż wspomniane porozumienie jest w istocie dozwolone w świetle art. 101 TFUE.

stwom członkowskim co do zasady przysługuje prawo definiowania pojęcia przedsiębiorstwa (w krajowych przepisach prawa konkurencji) w sposób szerszy niż to wynika z art. 101 TFUE.

Potwierdzeniem postawionej tezy wydaje się być fakt, iż art. 3 ust. 2 rozporządzenia 1/2003 stanowi konkretyzację generalnej zasady nadrzędności prawa unijnego nad prawem krajowym⁶⁵, w tym przypadku wyznaczając jasne i jednoznaczne granice owej supremacji w zakresie ochrony konkurencji⁶⁶. Unijny prawodawca uznał, iż poszerzanie definicji przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 101 TFUE na gruncie krajowych regulacji nie narusza zasady jednolitego stosowania przepisów UE dotyczących konkurencji na rynku wewnętrznym⁶⁷.

Państwom członkowskim przysługuje także możliwość przyjmowania i stosowania definicji przedsiębiorstwa szerszej od koncepcji wypracowanej w oparciu o unijne reguły konkurencji w odniesieniu do jednostronnych praktyk przedsiębiorstw. Zgodnie z art. 3 ust. 2 zd. 2 rozporządzenia 1/2003 „niniejsze rozporządzenie nie ogranicza możliwości przyjmowania i stosowania przez państwa członkowskie na swoim terytorium bardziej restrykcyjnych krajowych przepisów prawnych, które zakazują lub przewidują sankcje za jednostronne praktyki stosowane przez przedsiębiorstwa”⁶⁸. Wydawać by się mogło, iż już na podstawie literalnego brzmienia zacytowanego przepisu można

⁶⁵ Szerzej na temat zasady nadrzędności prawa unijnego nad prawem krajowym zob. A. Sołtys, *Spór o zasadę supremacji* [w:] *Studia z prawa Unii Europejskiej w piątą rocznicę utworzenia Katedry Prawa Europejskiego Uniwersytetu Jagiellońskiego*, red. S. Biernat, Kraków 2002, s. 13–25.

⁶⁶ Warto wspomnieć, iż w pierwszej wersji wniosku dotyczącego rozporządzenia Rady w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 TWE (Dz.Urz.UE 2000 Nr C 365E/284) Komisja starała się przeforsować rozszerzenie zasady nadrzędności prawa unijnego nad krajowym prawem konkurencji zastrzegając, iż „w przypadku, gdy porozumienie, decyzja związku przedsiębiorstw lub uzgodniona praktyka w rozumieniu art. 81 TWE bądź nadużywanie pozycji dominującej w rozumieniu art. 82 TWE może wpływać na handel między państwami członkowskimi, unijne prawo konkurencji stosuje się z wyłączeniem krajowego prawa konkurencji”. Rozwiązanie to zostało jednak odrzucone, jako zbyt daleko ingerujące w prawodawstwo krajowe.

⁶⁷ Podobnie orzekł Trybunał Sprawiedliwości w sprawie 14/68, pkt 4.

⁶⁸ Pojęcie „jednostronnych praktyk przedsiębiorstwa” pojawia się w rozporządzeniu 1/2003 po raz pierwszy i nie zostało przez nie zdefiniowane. Wydaje się jednak, że skoro celem rozporządzenia 1/2003 jest wprowadzenie w życie reguł konkurencji określonych w art. 81 i 82 TWE (art. 101 i 102 TFUE) pojęcie jednostronnych praktyk przedsiębiorstwa należy utożsamiać z pojęciem nadużywania pozycji dominującej z art. 82 TWE (art. 102 TFUE). Por. K. Kohutek, *Stosunek między art. 81 i 82 Traktatu a krajowym prawem konkurencji (reguła konwergencji)*, PUG 2006, nr 4, s. 17.

postawić wniosek o dopuszczalności poszerzania pojęcia przedsiębiorstwa przez przepisy krajowe poza granice wypracowane w oparciu o prawo UE. Należy jednak pamiętać, że przytoczona klauzula pozwala państwom członkowskim na przyjęcie i stosowanie przepisów bardziej restrykcyjnych niż unijne reguły konkurencji jedynie w stosunku do przedsiębiorstw w rozumieniu art. 102 TFUE. Jest bowiem oczywiste, że treść pojęcia używanego w akcie prawa wtórnego (jakim niewątpliwie jest rozporządzenie 1/2003), który został przyjęty w celu wprowadzania w życie zasad zawartych w Traktatach (w tym przypadku art. 101 i 102 TFUE) nie może treściowo różnić się od tego samego pojęcia występującego w Traktacie. Konkludując, klauzula zawarta w art. 3 ust. 2 zd. 2 rozporządzenia 1/2003 przyznaje państwom członkowskim uprawnienie do przyjęcia i stosowania bardziej restrykcyjnych rozwiązań jedynie w odniesieniu do jednostronnych zachowań podmiotów posiadających status przedsiębiorstwa z art. 102 TFUE, a nie prawo do przyjęcia szerszej definicji samego pojęcia przedsiębiorstwa.

Z drugiej jednak strony nie oznacza to, że krajowe reguły konkurencji dotyczące jednostronnych praktyk i adresowane do podmiotów niemieszczących się w zakresie art. 102 TFUE muszą ustąpić miejsca unijnym regułom konkurencji (w myśl zasady nadrzędności prawa UE nad prawem krajowym). Zasada supremacji obowiązuje bowiem jedynie w zakresie stosowania art. 102 TFUE. Skoro więc dany przypadek pozostaje poza obszarem normowanym przez art. 102 TFUE⁶⁹ krajowy prawodawca ma możliwość uchwalania i stosowania krajowych reguł konkurencji bez obawy, że przepis krajowy niezgodny z art. 102 TFUE nie znajdzie zastosowania.

Uznanie możliwości stosowania szerszej krajowej definicji przedsiębiorstwa w odniesieniu do praktyk, które mogą wpływać na handel wewnątrz UE oznacza, iż państwom członkowskim tym bardziej przysługuje takie uprawnienie w odniesieniu do porozumień i jednostronnych praktyk, które takiego skutku nie wywołują. Praktyki, które nie są w stanie wpływać na handel prowadzony na rynku wewnętrznym UE nie są objęte zakresem stosowania unijnego prawa konkurencji (w stosunku do takich zachowań art. 101 i 102 TFUE nie znajdują zastosowania)⁷⁰. Nie ma więc przeszkód, by stwierdzić, iż na tym polu państwa członkowskie mogą poszerzać pojęcie przedsiębiorstwa poza granice określone w oparciu o art. 101 i 102 TFUE.

⁶⁹ Dotyczy to jednostronnych praktyk, które nie mogą wpłynąć na handel między państwami członkowskimi oraz praktyk podejmowanych przez podmioty nieposiadające statusu przedsiębiorstwa z art. 102 TFUE.

⁷⁰ G. Materna, *Pojęcie przedsiębiorcy w polskim...*, s. 215–216.

Oczywiście, swoboda kształtowania pojęcia przedsiębiorstwa przez przepisy krajowe normujące kwestie praktyk, które nie mogą wpływać na handel między państwami członkowskimi jest w pewnym stopniu ograniczona. Mianowicie, należy pamiętać, że pojęcie przedsiębiorstwa przyjęte w ramach krajowego prawa konkurencji powinno być w istocie *de lege ferenda* identyczne i jednakowe dla wszystkich praktyk antykonkurencyjnych niezależnie od tego, czy dane zachowanie jest w stanie wpływać na handel między państwami członkowskimi, czy też takiego wpływu wywołać nie może. Niejednolitość krajowego pojęcia przedsiębiorstwa (w zakresie praktyk, które mogą i nie mogą wpłynąć na handel między państwami członkowskimi) jest zjawiskiem niepożądanym z dwóch podstawowych powodów. Po pierwsze, trudno jest uzasadnić sytuację nierównego traktowania osób lub podmiotów, których działania zazwyczaj wpływają na handel między państwami członkowskimi oraz tych osób lub podmiotów, których zachowania takich skutków nie wywołują. Po drugie, takie zróżnicowanie stanu prawnego znacznie zmniejsza pewność prawa wszystkich przedsiębiorstw. W praktyce trudno bowiem wyznaczyć jasną i jednoznaczną granicę pomiędzy praktykami, które mają wpływ na handel między państwami członkowskimi, a tymi które takiego wpływu nie mają. Korzystniej jest więc – ze względów czysto praktycznych – pozostać przy jednolitej krajowej definicji pojęcia przedsiębiorstwa.

5. Zakaz zawężania definicji pojęcia „przedsiębiorstwo” z art. 101 i 102 TFUE przez krajowe prawo konkurencji

O ile przypadki poszerzania pojęcia przedsiębiorstwa przez krajowe przepisy dotyczące konkurencji skierowane do podmiotów nieposiadających statusu przedsiębiorstwa w rozumieniu unijnego prawa konkurencji pozostają poza zakresem stosowania art. 101 i 102 TFUE, o tyle przypadki jego zawężania zawsze mają miejsce w obszarze stosowania tych artykułów. Poprzez wyłączenie niektórych osób lub podmiotów objętych pojęciem przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 101 i 102 TFUE z krajowego pojęcia przedsiębiorstwa⁷¹ krajowy prawodawca i/lub krajowe orzecznictwo zwalnia te osoby lub podmioty od przestrzegania zobowiązań wynikających z prawa konkurencji, stwarzając im przez to warunki funkcjonowania znacznie korzystniejsze od

⁷¹ Np. podmiotów, które nie są nastawione na zysk lub podmiotów, które nie prowadzą działalności w sposób trwały.

tych, które wyznaczył unijny prawodawca. Takie działanie państw członkowskich może znacznie osłabić skuteczność artykułów 101 i 102 TFUE.

Art. 3 ust. 2 rozporządzenia 1/2003 zabrania państwom członkowskim zakazywania (na gruncie krajowych przepisów dotyczących konkurencji) takich porozumień (decyzji związków lub uzgodnionych praktyk), które są dozwolone na podstawie art. 101 TFUE oraz upoważnia do przyjęcia i stosowania na terytorium danego państwa bardziej restrykcyjnych krajowych przepisów w odniesieniu do jednostronnych praktyk przedsiębiorstw. Natomiast brak w rozporządzeniu 1/2003 wyraźnego zastrzeżenia, które uniemożliwiałoby państwom członkowskim uznać za dozwolone (w myśl krajowych norm prawa konkurencji) takich porozumień (decyzji związków lub uzgodnionych praktyk) bądź jednostronnych praktyk, które są zakazane na mocy art. 101 i 102 TFUE. Wydaje się jednak, że takie zastrzeżenie wynika już z samej zasady nadrzędności prawa unijnego nad prawem krajowym. Uwzględniając bowiem zasadę supremacji prawa unijnego nie sposób uznać porozumień lub jednostronnych praktyk, które są zakazane przez art. 101 i 102 TFUE za mogące być dozwolonymi przez prawo krajowe. Jeśli prawo krajowe zezwalałoby na praktyki zakazane na mocy art. 101 i 102 TFUE jednolite stosowanie unijnych reguł konkurencji na rynku wewnętrznym oraz pełna skuteczność środków stosowanych w oparciu o te reguły byłyby nie do osiągnięcia⁷².

Wynika z tego, iż państwom członkowskim nie przysługuje uprawnienie do zawężania pojęcia przedsiębiorstwa w krajowym prawie konkurencji w porównaniu z art. 101 i 102 TFUE, jako że taka praktyka doprowadziłaby do sytuacji, w których niektóre podmioty (a konkretnie te, które są przedsiębiorstwami w rozumieniu art. 101 i 102 TFUE, a które nie posiadają takiego statusu na mocy krajowego prawa konkurencji) miałyby możliwość podejmowania zachowań zakazanych na gruncie art. 101 i 102 TFUE. Oczywiście, samo zwolnienie tych podmiotów z obowiązków określonych w krajowym prawie konkurencji nie oznacza wyłączenia ich spod zakazów określonych w art. 101 i 102 TFUE, niemniej jednak znacznie ułatwia im podejmowanie zachowań niezgodnych z unijnymi regułami konkurencji⁷³.

⁷² ETS, sprawa C-67/91 *Dirección General de Defensa de la Competencia v. Asociación Española de Banca Privada i in.* Zb.Orz. 1992 I-4785, pkt 12.

⁷³ Oczywiście jest, że Komisja Europejska nie jest w stanie ścigać i karać wszystkich antykonkurencyjnych zachowań zakazanych przez art. 101 i 102 TFUE dokonanych lub wywołujących skutki na terytorium UE i skupia się jedynie na najpoważniejszych naruszeniach unijnego prawa konkurencji. Dlatego w jej działalności Komisję muszą wspierać krajowe organy ochrony konkurencji. Należy pamiętać, że w świetle art. 3 ust. 1 rozporządzenia 1/2003 krajowe sądy

Z formalnego punktu widzenia państwa członkowskie pozbawione są możliwości stosowania węższej (niż unijna) definicji przedsiębiorstwa jedynie w odniesieniu do praktyk, które mogą wpływać na handel między państwami członkowskimi. Natomiast, zakaz taki nie znajduje zastosowania w zakresie praktyk, które nie są w stanie wpływać na handel wewnątrz UE – taka aktywność pozostaje poza zakresem stosowania art. 101 i 102 TFUE. Niemniej jednak istnieje wiele przekonujących argumentów dla poparcia tezy, iż w ramach krajowego prawodawstwa lub orzecznictwa nie powinno wprowadzać się pojęcia przedsiębiorstwa węższego niż to wynika z art. 101 i 102 TFUE także w przypadku praktyk, które nie mogą wpływać na handel między państwami członkowskimi. Po pierwsze, brak jest rozsądnego wytłumaczenia, dlaczego podmioty o znaczeniu lokalnym (tj. podmioty, których działalność nie wpływa na handel między państwami członkowskimi) powinny być traktowane w sposób bardziej liberalny, poprzez całkowite zwolnienie ich z zobowiązań przewidzianych w prawie konkurencji. Nawet jeśli ich działalność nie wpływa na handel wewnątrz UE, to jednak nadal są w stanie negatywnie oddziaływać na parametry konkurencji⁷⁴. Po drugie, jak już wspomniano wyznaczenie wyraźnej granicy pomiędzy praktykami, które mogą wpływać na handel pomiędzy państwami członkowskimi, a które nie są w stanie takiego skutku wywołać jest niezwykle trudne. Po trzecie, w sytuacji, gdy podmioty z reguły funkcjonujące w przestrzeni nie mającej wpływu na handel wewnątrz UE, posiadające status przedsiębiorstwa na podstawie art. 101 i 102 TFUE podejmują działania wpływające na handel między państwami członkowskimi mają do czynienia z zupełnie dla nich nowym otoczeniem prawnym. Aby zapobiec takim sytuacjom, uzasadnionym jest klasyfikowanie takich podmioty jako przedsiębiorstwa⁷⁵, nawet jeśli większość ich zachowań na rynku nie ma wpływu na handel wewnątrz UE.

i organy ochrony konkurencji zobowiązane są do stosowania art. 101 i 102 TFUE w odniesieniu do praktyk zakazanych na mocy tych artykułów jedynie wówczas, gdy jednocześnie „stosują krajowe prawo konkurencji”. Jeżeli podmioty objęte unijnym pojęciem przedsiębiorstwa nie posiadają takiego statusu w ramach krajowego prawa konkurencji, to w odniesieniu do praktyk niezgodnych z art. 101 i 102 TFUE krajowe prawo konkurencji nie będzie mieć zastosowania. Może to zniechęcać krajowe organy ochrony konkurencji do stosowania wobec tych podmiotów artykułów 101 i 102 TFUE.

⁷⁴ Na przykład dotyczy to małych, lokalnych podmiotów działających w sferze użyteczności publicznej, które często korzystają z pozycji dominującej na rynkach lokalnych. Nie ulega wątpliwości, że ich zachowanie na rynku powinno być nadzorowane przez krajowe organy ochrony konkurencji.

⁷⁵ W rozumieniu krajowego prawa konkurencji.

6. Wnioski

Analiza krajowych przepisów prawnych dotyczących konkurencji i relacji, które łączą krajowe i unijne regulacje pozwala na postawienie kilku generalnych wniosków. Po pierwsze, pomimo, iż co do zasady pojęcie przedsiębiorstwa funkcjonujące na gruncie krajowych regulacji dotyczących konkurencji jest z reguły zbieżne z pojęciem przedsiębiorstwa akceptowanym w świetle art. 101 i 102 TFUE, to jednak nadal istnieją w tym zakresie pewne rozbieżności, które sprowadzają się do przypadków poszerzenia lub zawężania pojęcia przedsiębiorstwa w porównaniu z koncepcją wypracowaną w ramach prawa UE.

Po drugie pomimo obowiązywania przytaczanej już kilkakrotnie reguły konwergencji, państwa członkowskie są w pełni uprawnione do przyjmowania i stosowania krajowej definicji przedsiębiorstwa szerszej niż koncepcja unijna z art. 101 i 102 TFUE zarówno w odniesieniu do porozumień (decyzji związków przedsiębiorstw i uzgodnionych praktyk), jak i jednostronnych praktyk przedsiębiorstw⁷⁶. Należy jednak pamiętać, że niejednolitość interpretacji pojęcia przedsiębiorstwa w unijnym i krajowym prawie konkurencji może prowadzić do zróżnicowania sytuacji prawnej podmiotów działających w analogiczny sposób oraz znacznie ograniczyć pewność prawną podmiotów, którym zarzuca się naruszenie zakazu praktyk ograniczających konkurencję.

I wreszcie, po trzecie, w świetle zasady nadrzędności unijnego prawa konkurencji nad prawem krajowym wykluczyć należy możliwość zawężania pojęcia przedsiębiorstwa w krajowym prawie konkurencji w porównaniu z koncepcją wypracowaną w oparciu o art. 101 i 102 TFUE, w odniesieniu do praktyk, które mogą mieć wpływ na handel między państwami członkowskimi (zarówno tych o charakterze kolektywnym, jak i jednostronnych). Wydaje się również, że możliwość wprowadzania węższego pojęcia przedsiębiorstwa w zakresie zachowań, które nie mogą wpływać na handel wewnątrz UE powinno być – z praktycznych względów – wykluczona.

Niemniej jednak ocena przedstawionego powyżej stanu prawnego, jak i postawienie wniosków *de lege ferenda* pozostaje poza zakresem przeprowa-

⁷⁶ Zarówno, gdy zachowania te mogą wpływać na handel wpływa między państwami członkowskimi, i tym bardziej, gdy owe praktyki nie są w stanie wpływać na handel wewnątrz Unii Europejskiej.

dzonych rozważań. Autor przyjmując *de lege lata*, iż w niektórych sytuacjach dopuszcza się możliwość kształtowania definicji przedsiębiorstwa przez krajowe prawo konkurencji w sposób odmienny niż to wynika z art. 101 i 102 TFUE, otwartym pozostawia pytanie, czy tenże stan prawny należy uznać za optymalny, czy też dążyć do ujednolicenia koncepcji przedsiębiorstwa w ramach całej UE?