

Jakub Kociubiński*

Kryterium interesu konsumenta w sprawach z zakresu prawa konkurencji UE dotyczących transportu lotniczego – o potrzebie definicji**

Spis treści

- I. Wprowadzenie
- II. Kategorie konsumentów
- III. Dynamika i formy współpracy między liniami lotniczymi
- IV. Konsument w ogólnym prawie konkurencji i kontroli koncentracji
- V. Wzrost wydajności przedsiębiorstw a interes konsumentów
- VI. Podsumowanie – postulaty

Streszczenie

Artykuł stanowi głos w dyskusji toczącej się w związku z opublikowaniem przez Komisję Europejską w grudniu 2015 roku dokumentu „Europejska strategia w dziedzinie lotnictwa” będącą w założeniu próbą wprowadzenia kompleksowej wizji rozwoju branży. Praca przedstawia zagadnienia związane z postrzeganiem interesu konsumentów jako jednej z determinant rozstrzygnięć postępowań z zakresu prawa konkurencji dotyczących koncentracji linii lotniczych i współpracy między przewoźnikami. Prezentowane jest stanowisko uznające potrzebę istnienia spójnego standardu oceny tytułowego kryterium dla wspomnianych rodzajów postępowań i postulujące uzupełnienie strategii dla lotnictwa o ten element.

Słowa kluczowe: prawo UE; transport lotniczy; prawo konkurencji; kontrola koncentracji; interes konsumenta; dobrobyt konsumenta.

JEL: K21, K23, L93

I. Wprowadzenie

Bezpośrednią inspiracją powstania niniejszego artykułu było ogłoszenie przez Komisję Europejską (KE) w grudniu 2015 r. *strategii w dziedzinie lotnictwa* i towarzyszącej temu deklaracji dokonania przeglądu obecnie funkcjonujących rozwiązań prawnych i ich modyfikacji dokonującej

* Doktor nauk prawnych; adiunkt w Katedrze Prawa Międzynarodowego i Europejskiego, Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii, Uniwersytetu Wrocławskiego; e-mail: jakub.kociubinski@uwr.edu.pl. Projekt został sfinansowany ze środków Narodowego Centrum Nauki przyznanych na podstawie decyzji numer DEC-2012/07/B/HS5/03951.

** Projekt został sfinansowany ze środków Narodowego Centrum Nauki przyznanych na podstawie decyzji numer DEC-2012/07/B/HS5/03951.

kompleksowej regulacji tytułowej branży¹. Analizując komunikat zawierający wspomnianą strategię *prima facie*, zwraca uwagę jak niewiele miejsca poświęcono kwestiom związanym z funkcjonowaniem instrumentów wchodzących w skład prawa konkurencji. Tymczasem kompleksowość relacji gospodarczych zachodzących w sektorze wydaje się uzasadniać stworzenie dedykowanych rozwiązań lub przynajmniej modyfikację reguł stosowania ogólnych narzędzie poprzez instrumenty *soft law*.

Zdaniem autora jedną z takich sfer, które wymagają konkretyzacji i powinny zostać uwzględnione w kompleksowej strategii dotyczącej ustroju gospodarczego transportu lotniczego jest kryterium dobrobytu konsumenta, które na gruncie aksjologii prawa konkurencji funkcjonuje jako pewna dosyć abstrakcyjna kategoria. Sama kwestia celów prawa konkurencji i ich wzajemnej relacji była i jest przedmiotem ożywionej naukowej debaty. Ścierają się w niej poglądy uznające prymat ochrony samego procesu konkurencji i te wskazują, że konkurencja stanowi być może podstawowe, ale jednak, narzędzie urzeczywistniania rynku wewnętrznego². Dosyć powszechnie wskazuje się jednak, że obecny, „polizboński” ustrój gospodarczy Unii Europejskiej (UE) i funkcjonujące w jego ramach reguły konkurencji służą trzem zasadniczym celom: integracji rynku wewnętrznego, efektywnej alokacji zasobów i dobrobytowi konsumenta (Gerardin, Layne-Farrar i Petit, 2012, s. 20; Monti, 2007, s. 1602–1604). Zwłaszcza daje się zauważyć wyraźne dążenie Komisji Europejskiej do budowania argumentacji w swoich rozstrzygnięciach w pierwszym rzędzie na kryterium dobrobytu konsumenta³. Jednocześnie orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości (dalej: TS) nie pozwala na jednoznaczne uznanie nadrzędnego charakteru tego celu, gdyż istniejąca linia orzecznicza nie jest spójna⁴. Zatem choć istnieją wątpliwości co do relacji i ewentualnej hierarchii poszczególnych imperatywów prawa konkurencji UE, to można stwierdzić, że ocena wpływu badanej aktywności na interes konsumentów stanowi stały element postępowań z zakresu prawa konkurencji.

Równocześnie tytułowe kryterium stanowi swego rodzaju *superfluum* wymykające się próbom precyzyjnej definicji. Tymczasem nie ulega kwestii, że istnieje cała paleta nieraz sprzecznych determinant decyzji konsumentów odnośnie do wyboru określonego towaru i/lub usługi. Innymi słowy, choć z prawnego punktu widzenia „konsument” stanowi pewną jednolitą kategorię, to w rzeczywistości preferencje wewnątrz tej grupy są zróżnicowane. Szczególnie referencyjny przykład stanowi tu sektor transportu lotniczego (przewozów pasażerskich), gdzie różnice oczekiwań poszczególnych grup podróżnych są tak duże, że nie jest możliwe ich pełne, łączne zaspokojenie.

¹ Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów. *Europejska strategia w dziedzinie lotnictwa*, COM/2015/0598 final oraz towarzyszący jej dokument roboczy Komisji (dostępny tylko w wersji angielskiej) Commission Staff Working Document Accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of Regions An Aviation Strategy for Europe, SWD/2015/0261 final.

² Por. *inter alia* dyskusja w: Lianos 2013, s. 37 i n.

³ Zob. zwłaszcza referencyjna Decyzja Komisji z dnia 24 maja 2004 r. odnosząca się do procedury przewidzianej w art. 82 Traktatu WE oraz art. 54 Porozumienia EOG przeciwko Microsoft Corporation (Sprawa COMP/C-3/37.792 – Microsoft), (Dz. Urz. UE 2007 L 32/23).

⁴ W orzecznictwie TS spotyka się stanowisko wskazujące, że zasadniczym celem prawa konkurencji jest ochrona struktury rynku i przesłanek procesu konkurencji, jak w rozstrzygnięciach z 15.03.2007 r. w sprawie C-95/04 P *British Airways plc. v. Komisja Wspólnot Europejskich* (Zb. Orz. 2007, s. I-2331), pkt. 107 i z 04.06.2009 r. w sprawie C-8/08 *T-Mobile Netherlands BV, KPN Mobile NV, Orange Nederland NV i Vodafone Libertel NV v. Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit* (Zb. Orz. 2009, s. I-4529), pkt 38, ale można jednak wskazać na orzeczenia Sądu, który wskazywał konieczność wspierania dobrobytu konsumenta. Tak było w wyr. z 27.09.2006 r. w sprawie T-168/01 *GlaxoSmithKline v. Komisja Wspólnot Europejskich* (Zb. Orz. 2006, s. II-2969), pkt 10, 118, 135, 147, 171, 182, 190, 264, 273; z 17.09.2007 r. w sprawie T-201/04 *Microsoft Corp. v. Komisja Wspólnot Europejskich* (Zb. Orz. 2007, s. II-3601), pkt 41.

II. Kategorie konsumentów

Chcąc rozpocząć analizę tytułowego zagadnienia, należy spróbować doprecyzować pojęcie „dobrobyt konsumenta”. Na wstępie zasadnym jest podkreślenie, że wzmiankowana kategoria ma charakter wyłącznie normatywny i mimo iż daje się zauważyć dążenie KE do obiektywizacji procesu decyzyjnego poprzez oparcie się na wskaźnikach ekonomicznych (tzw. *More Economic Approach*), to w opisywanym przypadku nie występuje bezpośrednie odwołanie do żadnej z ekonomicznych koncepcji dotyczących określania i zwymiarowania dobrobytu indywidualnych uczestników rynku.

Na potrzeby prowadzonych rozważań można przyjąć, iż pojęcie „konsument” będzie równoznaczne z terminem „pasażer”, natomiast nie jest ono tożsame z określeniem „podróżny” (Rucińska, Ruciński i Tłoczyński, 2012, s. 151–155). Osoba wybierająca się w podróż najpierw musi wybrać środek transportu. I choć konkurencja międzygałęziowa w pewnym zakresie istnieje zwłaszcza w przypadku tras wewnątrz europejskich, gdzie odległości są relatywnie niewielkie, analizę można ograniczyć wyłącznie do oczekiwań tych osób, które już podjęły decyzję o odbyciu podróży drogą powietrzną.

W swojej praktyce decyzyjnej w sprawach dotyczących pasażerskiego transportu lotniczego Komisja Europejska stosuje co do zasady dwudzielny podział pasażerów na tych, dla których liczą się przede wszystkim względy czasowe (*time-sensitive*) i dla tych, dla których liczą się względy cenowe (*price-sensitive*) (Allan, Furse i Sufrin, 2008, s. IX-249–IX-256; Kociubiński, 2011, s. 12–21)⁵. Taki podział odpowiada generalnie klasyfikacji na osoby, które podróżują w celach służbowych i na tych, którzy podróżują w celach prywatnych (de Broca, Mielecka-Riga i Subočs, 2014, s. 1792). Pierwsza grupa oczekuje generalnie podróży jak najkrótszej i najbardziej dogodnej rozkładowo, co w przypadku tras wewnątrz europejskich oznacza możliwość odbycia jednodniowej podróży służbowej, zatem zalezenie się w miejscu docelowym w godzinach rannych i powrotu w godzinach popołudniowych/wieczornych. Nieodłącznymi elementami są tu także *inter alia* pierwszeństwo przy sortowaniu bagażu i krótki czas oczekiwania między segmentami podróży transferowej i elastyczność polegająca na zmianie rezerwacji z niewielkim wyprzedzeniem. Cena nie jest w tym wypadku najważniejszą cechą oferty. Z kolei przedstawiciele drugiej grupy zwracają uwagę przede wszystkim na cenę, zwłaszcza że osoby podróżujące sporadycznie i tak nie wykorzystują w pełni katalogu usług dodatkowych przysługujących osobom podróżującym często (w domyśle w celach zawodowych) (Belobaba, 2009, s. 65–66).

Powyższy podział tradycyjnie stanowił podstawę ustalenia struktury popytu i uznawany jest przez Komisję za wystarczająco dokładny, jednakże w rzeczywistości jego zastosowanie generuje zbyt uproszczony obraz (Belobaba, 2009, s. 65–66). Można bowiem wskazywać, bazując na bogatym materiale analitycznym, że kategorie podróżnych w uproszczeniu nazwanych „biznesowymi” i „prywatnymi” są wewnętrznie zróżnicowane (Shaw, 2010, s. 26–29). Przykładowo, nie ulega kwestii, że osoby podróżujące turystycznie i w związku z nagłą sytuacją rodzinną będą kierować się zupełnie innymi względami, kupując bilety (Belobaba, 2009, s. 65–66). Tak samo

⁵ Stosowana w decyzjach KE z 11.2.2004 r. w sprawie M.3280 – *Air France/KLM* (Dz. Urz. UE 2004 C 60/5), pkt 10–16 i 130–135; z 7.4.2004 r. w sprawie COMP/A.38284/D2 – *Air France/Alitalia* (Dz. Urz. UE 2004 L 362/17), pkt 11, 41, 44–46; z 11.8.1999 r. w sprawie JV.19 – *KLM/Alitalia* (Dz. Urz. UE 2000 C 96/5), pkt 21; z 18.07.2001 r. w sprawach COMP.D.2 37.444 – *SAS Maersk Air* i COMP.D.2 37.386 – *Sun-Air versus SAS and Maersk Air* (Dz. Urz. UE 2001 L 265/15), pkt 30; z 12.1.2001 r. w sprawie M.2041 – *United Airlines/US Airways* (Niepublikowana w Dz. Urz. UE, dostępna w bazie CELEX pod nr 301M2041), pkt 18.

ktos samozatrudniony podróżujący w związku z prowadzoną działalnością gospodarczą będzie zwracał większą uwagę na cenę biletów niż osoba, która jest pracownikiem korporacji i nie ponosi osobiście kosztów podróży.

Analitycznie dokładniejsze jest przyjęcie, że istnieją cztery zasadnicze punkty brzegowe wyznaczających pole, w którym plasują się preferencje konsumenckie: pierwszy zespół preferencji właściwy jest dla tych podróżnych, dla których względy czasowe (szybkość) mają pierwszorzędne znaczenie, podczas gdy cena podróży nie jest w ogóle brana pod uwagę (Holloway, 2008, s. 69–79). Druga kategoria konsumentów również kieruje się kryterium czasowym, ale na równi z kwestią ceny (Holloway, 2008, s. 69–79). Trzeci segment obejmuje osoby podejmujące decyzje w oparciu o kryterium cenowe, pomijając względy związane z czasem podróży (Holloway, 2008, s. 69–79). Natomiast czwarta, ostatnia grupa, skupiająca zdecydowanie najmniejszą ilość podróżnych, nie kieruje się w swoich wyborach ani kryterium ceny, ani czasu (Shaw, 2010, s. 18–22). Podróżujące osoby przykładają różną wagę do poszczególnych ofert, dlatego rzeczywisty profil zapotrzebowania na usługi lotnicze stanowi statystyczne wyważenie między tymi, wzajemnie się wykluczającymi (przynajmniej do pewnego stopnia) indywidualnymi wyborami konsumentów (Belobaba, 2009, s. 64).

Natomiast KE stoi na stanowisku, że odejście od prostszego dwudzielnego podziału nie jest konieczne, gdyż z perspektywy stosowania prawa motywacja konkretnych podróżnych jest irrelewantna, a liczy się relacja produktu oferowanego przez przewoźników w stosunku do oczekiwań klientów jako pewnej ogólnej grupy⁶. Należy jednak odnotować, że w ostatnich latach w związku z intensywnym rozwojem tzw. tanich linii lotniczych i stopniową hybrydyzacją ich modeli biznesowych zbliżającą standard oferowanych przez nie usług do poziomu typowego dla linii segmentu FSNC (*Full Service Network Carrier* – tzw. przewoźników sieciowych zwanych też tradycyjnymi), powyższy podział ulega rozmyciu (de Broca, Mielecka-Riga i Subočs, 2014, s. 1792–1793). Pierwotnie, ze względu na rzeczywiste wyraźne rozróżnienie klientów przewoźników niskokosztowych i sieciowych zastosowanie wzmiankowanego kryterium skutkowało traktowaniem połączeń tych grup linii lotniczych jako osobne rynki produktowe, co adekwatnie odzwierciedlało fakt, że początkowo konkurencja między wskazanymi kategoriami linii była bagatelna (Abeyratne, 2003, s. s. 585–601; Franke, 2004, s. 15–21). Grupa pasażerów, dla których liczą się względy czasowe coraz bardziej zwraca uwagę także na cenę usług lotniczych, a stopniowa zmiana modelu przewoźników niskokosztowych sprawia, że ich oferta staje się konkurencyjna także dla klientów „biznesowych” (Klophaus, Conrady i Fichert, 2012, s. 54–58). Nie oznacza to zakwestionowania ogólnej zasadności opisanego dwudzielnego podziału, kształt ofert poszczególnych grup przewoźników w kontekście ewolucji preferencji konsumentów sprawia, że nie jest możliwe utrzymanie ścisłego rozdziału między tymi dwoma kategoriami operatorów na potrzeby definicji rynku właściwego.

Należy odnotować, że same linie lotnicze, których działania są przedmiotem postępowań przed KE podkreślają istnienie zróżnicowanych preferencji konsumenckich wśród osób podróżujących na określonych rynkach relewantnych (de Broca, Mielecka-Riga i Subočs, 2014, s. 1792–1793). Jest to całkowicie zrozumiała argumentacja z ich perspektywy, gdyż umożliwia wykazanie, że

⁶ Por. wyr. Sądu z 04.06.2006 r. w sprawie T-177/04 *easyJet Airline Co. Ltd v. Komisja Wspólnot Europejskich* (Zb. Orz. 2006, s. II-1931), pkt 99. Zob. także Obwieszczenie Komisji w sprawie definicji rynku właściwego do celów wspólnotowego prawa konkurencji (Dz. Urz. UE 1997 C 372/5), pkt 14 gdzie występuje zbieżna linia rozumowania utożsamiająca konkurencyjność z substytucyjnością produktu.

doszło do polepszenia sytuacji konkretnej grupy, kontrując tym samym argument o negatywnym skutku badanej kooperacji. Tym bardziej że przedsiębiorstwa na potrzeby formułowania strategii biznesowej nie posługują się normatywną i faktycznie w znacznej mierze abstrakcyjną kategorią „dobrobytu konsumenta”. Dla nich standard oferowania musi być „adekwatny”, czyli zapewniający popyt gwarantujący pożądany wynik finansowy. Innymi słowy, musi trafiać w oczekiwania odpowiednio licznej klienteli. Może się więc zdarzyć (co jest szczególnie widoczne w segmencie przewozów niskokosztowych), że faktycznie oczekiwania konsumentów, przynajmniej jakiejś części pasażerów, znajdować się będą poniżej poziomu uznanego za optymalny przez regulatora. W tym miejscu pojawiają się dwa problemy.

Po pierwsze akceptacja pasażerów dla owego niższego poziomu oferowania może wynikać z braku realnej alternatywy. W tym wypadku jeżeli uda się wykazać, że pozbawienie konsumentów wyboru powstało w skutek nawiązania współpracy między konkurentami lub w skutek ich koncentracji, będzie to stanowić powód do uznania danej praktyki za niezgodną z rynkiem wewnętrznym. Standard pożądanego „dobrobytu” konsumenta jest jednak relatywny w stosunku do sytuacji przed wszczęciem postępowania. Jeżeli wobec tego linie lotnicze wcześniej nie konkurowały na pokrywających się trasach, oferując zbliżony produkt w zakresie godzin przylotu/odlotu, klasy, ceny etc., tylko konkurencja obejmowała połączenia transferowe o tych samych lokacjach początkowych i docelowych, ale innych punktach przesiadki, wówczas wykazanie „pogorszenia” będzie bardziej problematyczne⁷. Wręcz przeciwnie, wówczas najczęściej kooperacja skutkująca funkcjonalnym połączeniem siatek kooperantów nie będzie niosła za sobą bezpośrednio zauważalnych negatywnych skutków, a można będzie dowodzić powstania korzystnych skutków zwiększenia liczby lokacji docelowych.

Drugi z sygnalizowanych problemów wiąże się z rozbieżnością między rzeczywistymi oczekiwaniami klientów a określonym autorytatywnie przez regulatora standardem „dobrobytu konsumenta”. Jeżeli w przeciwieństwie do nakreślonego powyżej scenariusza, gdzie pasażerowie nie mają wyboru, decyzja o wyborze „gorszej” usługi jest wynikiem działania mechanizmu rynkowego, a próba ustalania wyższego standardu wiąże się z ingerencją za pomocą mechanizmu nakazowego dla realizacji celu, który w sumie nikomu nie służy. Kategoria „dobrobytu konsumenta” z samej swojej istoty ma charakter normatywny i przez to ma swoje ograniczenia. W kontekście tytułowego zagadnienia, należy podkreślić, że ryzyko forsowania standardu nieskorelowanego bezpośrednio z realnymi preferencjami pasażerów pojawia się wszędzie tam, gdzie postępowanie zawiera element wyważenia negatywnych (dla klientów) efektów w jednej sferze z powstaniem pewnych innych pozytywnych skutków mających ostatecznie równoważyć powstałe zaburzenie. Jak dotąd nie wydaje się, żeby tego typu zjawisko było szczególnie mocne w tytułowym sektorze, natomiast opisując pożądany poziom konkurencji i struktury na rynku, który jak zostało wspomniane ma charakter normatywny i ostatecznie osiągnięty jest mechanizmem nakazowym, nie można tracić z oczu zagrożenia „przeregulowania”.

⁷ Należy dodatkowo wskazać, że coraz więcej podróży dalekodystansowych odbywa się w następującej sekwencji: Port lotniczy początkowy – Pierwszy duży port lotniczy transferowy (*hub*) – Drugi duży port lotniczy transferowy (*hub*) – Port Lotniczy lokacji docelowej. Oznacza to, że może istnieć większa liczba konfiguracji tras (obsługiwanych przez różnych przewoźników) mających te same lokacje początkowe i końcowe, które będą faktycznie konkurencyjne względem siebie.

III. Dynamika i formy współpracy między liniami lotniczymi

Szczególną cechą transportu lotniczego, niewystępującą w porównywalnej skali w innych sektorach jest to, że współpraca między przewoźnikami niezwiązana ze zmianami w ich strukturze właścicielskiej i koncentracja niosą ze sobą tożsame skutki dla klientów. Wynika to z faktu, że występujące formy współpracy wymagają technicznej adaptacji po stronie zaangażowanych linii lotniczych, np. w zakresie systemów rezerwacji (Cheng-Jui Lu, 2003, s. 56–64; Truxal, 2012, s. 119 i n.). Najbardziej typowe formy kooperacji między przewoźnikami posiadającymi połączenia zorganizowane według modelu *hub-and-spoke* prowadzą do funkcjonalnego złączenia ich siatek w skutek bardzo rozpowszechnionych w branży *codesharingu* i *interliningu* umożliwiającego nabycie jednego biletu na wszystkie trasy kooperantów w dowolnej konfiguracji (Pearce i Doernhoefer, 2012, s. 2–3). Podróżny otrzymuje więc ofertę połączeń będących sumą wszystkich tras oferowanych przez kooperantów, a dodatkowo integrację programów lojalnościowych⁸. Zatem sami przewoźnicy dążą do stworzenia sytuacji określanej nieprzetłumaczalnym terminem *Metal-Neutral*, gdzie kwestia, który przewoźnik faktycznie wykonuje przewóz pozostaje wtórna dla samych podróżujących, gdyż w znacznym stopniu oferty w zakresie taryf, standardu i sieci dystrybucji kooperujących operatorów ulegają unifikacji (Pearce i Doernhoefer, 2012, s. 2–3)⁹.

Oczywiście można argumentować, że współpraca między przewoźnikami, jeśli nie wiąże się ze zmianami struktury własnościowej zaangażowanych podmiotów jest z samej swojej istoty nie-trwała i konfiguracja aliantów może ulegać zmianie wraz ze zmianą sytuacji rynkowej (Kleymann i Seristö, 2004, s. 54). Przez to zagrożenie dla rynku powstałe w wyniku nawiązania współpracy między dotychczasowymi konkurentami będzie mniejsze niż w przypadku koncentracji między nimi, gdyż ta druga jest co do zasady zjawiskiem permanentnym, skutkuje bowiem formalnymi zmianami organizacyjnoprawnej i/lub właścicielskiej struktury przedsiębiorstwa, a nieformalna współpraca może być zakończona właściwie w dowolnym momencie (Kleymann i Seristö, 2004, s. 54). Jest to stanowisko jedynie częściowo prawdziwe, ponieważ po pierwsze, w sytuacji występujących w sektorze współzależności istniejące motywacje do utrzymywania konkretnych więzów współpracy mogą okazać się w praktyce trwałe (Kleymann i Seristö, 2001). Szczególnie, że funkcjonujący w UE system przydziału czasów operacji w koordynowanych portach lotniczych petryfikuje istniejący „układ sił”, co sprawia, że zasadnicza konfiguracja możliwych partnerów i kształt ich siatek jest dosyć trwała¹⁰.

Po drugie, istniejące ograniczenia niepozwalające przewoźnikom spoza Europejskiego Obszaru Gospodarczego (dalej: EOG) na przejęcie lub skuteczne kontrolowanie linii europejskiej

⁸ Należy wskazać, że dla osób podróżujących sporadycznie istnienie programów lojalnościowych jest irrelewantnie, gdyż i tak nie będą w stanie skorzystać z oferowanych korzyści. Dodatkowo sama skuteczność owych programów jako metody budowania więzi klienta z przedsiębiorstwem jest przedmiotem pewnych kontrowersji, gdyż istniejące badania rynku nie pozwalają na sformułowanie jednoznacznych wniosków w tej kwestii.

⁹ Należy jednocześnie odnotować, że dla samych przewoźników forma kooperacji determinuje mechanizm rozliczania przychodów. W przypadku standardowego *codesharingu* linia faktycznie dokonująca przewozu (*operating carrier*) zachowuje większość przychodów, podczas gdy przewoźnik, który sprzedaje bilety (*marketing carrier*) zachowuje jedynie z góry ustaloną prowizję. Tymczasem w przypadku umów typu joint venture przewoźnicy dokonują podziału przychodów proporcjonalnie do skali oferowania. Zatem algorytm podziału przychodów wpłynie na finansowe parametry operacji i motywację poszczególnych przewoźników do utrzymania kooperacji. Natomiast jest to okoliczność w znacznej mierze nieodczuwalna bezpośrednio dla samych podróżnych. Z perspektywy pasażerów fakt, że inny przewoźnik dokonuje przewozu niż ten, u którego nabyto bilety może mieć znaczenie, jeśli weźmie się pod uwagę indywidualne postrzeganie danej marki, choć należy zaznaczyć, że istnieje obowiązek poinformowania z góry jaki operator będzie faktycznie dokonywał przewozu.

¹⁰ Zwłaszcza, w sytuacji gdy przewoźnik posiada mocną, ugruntowaną pozycję na danym rynku, wówczas wejście z konkurencyjną ofertą może być mniej opłacalne niż rozpoczęcie kooperacji z tym podmiotem oferującej podział zysków, gdzie owa mocna pozycja będzie atutem marketingowym dla wszystkich zaangażowanych podmiotów.

sprawiają, że z ich perspektywy kooperacja traktowana jest jako substytut koncentracji¹¹. Innymi słowy, przedsiębiorstwa znajdowały się na kursie, który w przypadku braku restrykcji prawnych doprowadziłby do ich połączenia (Kociubiński, 2015, s. 28–29). W takim przypadku dochodzi do inwestycji polegającej jedynie na nabyciu udziałów mniejszościowych, co może być traktowane jako krok wzmacniający współpracę i przeciwdziałający zachowaniom oportunistycznym poprzez wprowadzenie mechanizmu podziału ryzyka gospodarczego.

Nie wydaje się zatem by można było jednoznacznie stwierdzić, że w tytułowym sektorze współpraca ma immanentnie niestały charakter i na tej podstawie stosowanie odmiennego podejścia do kooperacji i koncentracji zasadniczo wiąże się z permanentną zmianą struktury rynku. Tym bardziej że postępowanie musi skupiać się na bezpośrednim następstwie badanej relacji gospodarczej¹². Występujące relacje współpracy bez wprowadzania nowych powiązań własnościowych, kooperacji powiązanej z nabyciem udziałów mniejszościowych i koncentracji, które niosą ze sobą bardzo zbliżone skutki dla konsumentów, oceniane są za pomocą dwóch narzędzi prawnych – dwa pierwsze za pomocą instrumentów ogólnego prawa konkurencji (art. 101 TFUE), a ostatnie w trybie rozporządzenia 139/2004 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw¹³.

Pojawia się zatem konieczność dokonania komparatystycznej oceny kryteriów oceny zgodności z rynkiem wewnętrznym współpracy i koncentracji w kontekście uwzględnienia interesu odbiorców końcowych jako determinanty rozstrzygnięcia¹⁴.

IV. Konsument w ogólnym prawie konkurencji i kontroli koncentracji

Oceniając współpracę między przewoźnikami pod kątem zgodności z art. 101 TFUE przedmiotem badania jest czy celem lub skutkiem danej relacji nie jest „(...) zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji (...)”. Można wskazywać, że w tytułowym sektorze cel ograniczenia nie jest zupełnie jednoznaczny, gdyż w przypadku kooperacji z udziałem przewoźników sieciowych pogorszeniu konkurencji na trasach przywózowo-dowozowych towarzyszy polepszenie pozycji konkurencyjnej wobec linii z państw trzecich na trasach *long haul* (Kociubiński, 2013, s. 189–190; Stainland, 2008, s. 108–123). Jednak tak długo, jak stosowana jest metodologia wyznaczania rynku relewantnego ograniczającego go do pary miast (portów lotniczych) zawsze będzie możliwe stwierdzenie, że konkurencyjność uległa obniżeniu, szczególnie że ewentualny wzrost lokacji docelowych dzięki nowym opcjom transferowym nie zostanie wzięty pod uwagę (Dobson i Lederer,

¹¹ Tzw. Klauzula Kontroli i Własności oparta jest na koncepcji „przewoźnika wspólnotowego”. Dla przyznania certyfikatu przewoźnika lotniczego (AOC) konieczne jest, żeby „(...) państwa członkowskie lub obywatele państw członkowskich posiadają ponad 50 procent udziałów w przedsiębiorstwie oraz skutecznie je kontrolują, bezpośrednio lub pośrednio poprzez jedno lub więcej przedsiębiorstw pośredniczących (...)”. Zob. Art. 4 lit. f w związku z art. 2 ust. 11 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 1008/2008 z dnia 24 września 2008 r. w sprawie wspólnych zasad wykonywania przewozów lotniczych na terenie Wspólnoty (Dz. Urz. 2008 L 239/3).

¹² Por. Wytyczne w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw na mocy rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz. Urz. UE 2004 C 31/5), pkt. 85 i Wytyczne dotyczące stosowania art. 101 ust. 3 TFUE (dawnego art. 81 ust. 3 TWE), (Dz. Urz. UE 2004 C 101/97), pkt 53 i 54.

¹³ Rozporządzenie Rady (WE) nr 139/2004 z dnia 20 stycznia 2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (rozporządzenie WE w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw) (Dz. Urz. UE 2004 L 24/1).

¹⁴ Analiza nie będzie obejmować zagadnień związanych ze stosowaniem art. 102 TFUE. Przedmiotem badania są relacje koncentracji i współpracy w momencie kiedy są nawiązywane i *ex ante* dokonywana jest ocena ich skutków. Natomiast art. 102 TFUE wymaga (poza pewnymi wyjątkami wskazanymi w orzecznictwie TS) uprzedniego istnienia pozycji dominującej. Można zatem stwierdzić, że przepis może znaleźć zastosowanie do sytuacji zarówno po nawiązaniu współpracy, jak i po sfinalizowaniu koncentracji. Faktem jest, że w obydwu przypadkach (zwłaszcza w kontroli koncentracji) relacja prowadząca do powstania lub umocnienia dominacji powinna zostać uznana za niezgodną z rynkiem wewnętrznym. Natomiast nie można nie dostrzegać, że w sektorach z odczuwalną ekonomią skali większy, zintegrowany podmiot będzie w stanie uzyskać przewagę kosztową, rozkładową etc., będzie więc miał lepsze możliwości ekspansji, która ostatecznie może doprowadzić do powstania pozycji dominującej i wtedy art. 102 TFEU zawsze znajdzie zastosowanie.

1993, s. 281–297; Franke, 2004, s. 15–21). Analogiczna interpretacja nie zawsze byłaby możliwa, gdyby za punkt odniesienia przyjął całą siatkę zaangażowanych przedsiębiorstw.

Rationale stosowanego podejścia wydaje się jednak jasne, gdyż zgodnie z nim generalnie nawiązanie współpracy między liniami, które dotychczas ze sobą konkurowały będzie wypełniać dyspozycje art. 101 ust. 1 TFUE, zatem dla uznania danej praktyki za zgodną z rynkiem wewnętrznym skorzystać musi ona z indywidualnego wyłączenia przewidzianego w ust. 3 przepisu. Umożliwia więc Komisji uzależnienie zgody od wystąpienia pozytywnych efektów, których wykazanie spoczywa na samych zainteresowanych liniach lotniczych. Wspominany ust. 3 art. 101 TFUE stanowi, że kooperacja musi być warunkiem niezbędnym dla wystąpienia pozytywnych efektów (Miąsik, Materna i Jurkowska-Gomułka, 2012, s. 303–304). Te wiążąc się muszą ze wzrostem wydajności zaangażowanych przedsiębiorstw, ale w sposób gwarantujący „słuszny udział” konsumentów¹⁵. Muszą mieć jednocześnie charakter obiektywnej korzyści, gdyż nie wystarcza przedstawienie dowodów na to, że sytuacja klientów nie ulegnie pogorszeniu. Innymi słowy, jeśli przewoźnicy odnoszą korzyść, to pewna korzyść musi również pojawić się po stronie pasażerów. Do tego badana współpraca nie może doprowadzić do zupełnej eliminacji konkurencji (Miąsik, Materna i Jurkowska-Gomułka, 2012, s. 309–312).

Natomiast ocena zgodności z rynkiem wewnętrznym koncentracji dokonywana w trybie rozporządzenia 139/2004 bazuje na dosyć abstrakcyjnie (tj. bez bezpośredniego związku z koncepcjami ekonomicznymi) pojmowanej „skutecznej konkurencji” (Dudzik, 2010, s. 31). Ocena zgodności z rynkiem wewnętrznym sprawdzająca czy koncentracja nie prowadzi do znaczącej szkody skutecznej konkurencji (wówczas będzie niedozwolona) skupia się na trzech elementach: analizie zmiany konkurencyjności na rynku/rynkach relewantnych; na rynkach równoległych i ocenie wpływu na sytuację konsumentów (Dudzik, 2010, s. 31). Literalna formuła przesłanki nakazująca uwzględnienie interesu odbiorców końcowych zastosowana we wspomnianym rozporządzeniu wykazuje bardzo duże podobieństwa ze sposobem sformułowania przepisu art. 101 ust. 3 TFUE. Rozporządzenie 139/2004 stanowi bowiem (w przepisie art. 2 ust. 1 lit. b), że „(...) rozwój postępu technicznego i gospodarczego (...)” osiągnięty wskutek koncentracji musi dokonywać się „(...) z korzyścią dla konsumentów (...)” i nie stanowić przeszkody dla konkurencji.

Mimo pewnych różnic w sformułowaniu przesłanek zgodności z rynkiem wewnętrznym między koncentracją ocenianą w trybie rozporządzenia 139/2004 i współpracą między przedsiębiorstwami badaną pod kątem zgodności z przepisem art. 101 TFUE daje się zauważyć zasadniczą zbieżność w podejściu do wyważenia pozytywnych i negatywnych efektów badanej relacji biznesowej. Oczywiście można argumentować, że mimo literalnego podobieństwa sformułowania przesłanek reżim kontroli koncentracji i ogólne prawo konkurencji służą nieco innym celom, gdzie w pierwszym przypadku zasadniczym przedmiotem ochrony jest sama struktura rynku, a interes konsumentów (i innych profesjonalnych uczestników rynku) tylko pośrednio, podczas gdy w drugim przypadku cele są bardziej „rozproszone”, gdyż ochronie podlega zarówno wspomniana struktura rynku, jak i efektywna alokacja zasobów, zatem sam proces konkurowania i wreszcie bezpośrednio interes konsumentów (Gerardin, Layne-Farrar i Petit, 2012, s. 20; Kokkoris i Shelanski, 2014, s. 32–43; Monti, 2007, s. 1602–1604). Przez to kontynuując wspomniane rozumowanie, można wskazywać, że inne będą priorytety wykładni. W tym miejscu pojawia się kontrowersja, gdyż jak zostało

¹⁵ Celowo nie został użyty termin „efektywność”, gdyż przepis nie odwołuje się do żadnej ze znanych kategorii efektywności ekonomicznej.

wskazane w sektorze występuje szczególna sytuacja, gdy kooperacja i koncentracja wiążą się z powstaniem analogicznych form relacji między przewoźnikami, dlatego bezpośrednie skutki są porównywalne. Można jednocześnie stwierdzić, że funkcjonujące obecnie przepisy kontroli koncentracji i ogólnego prawa konkurencji zawierające wbudowany analogiczny mechanizm wyważenia pozytywnych i negatywnych skutków badanego związku między przedsiębiorstwami umożliwiają wypracowanie zbieżnego standardu wykładni bez konieczności modyfikacji funkcjonujących rozwiązań.

V. Wzrost wydajności przedsiębiorstw a interes konsumentów

Analizując standard interpretacji kryterium interesu konsumenta, na wstępie można wskazać, że pozytywne skutki kooperacji koncentracji będą miały przede wszystkim charakter „wewnętrzny”. Innymi słowy, przedsiębiorstwa będą w stanie uzyskać poprawę efektywności produkcyjnej pozwalającej na obniżkę kosztów. W sektorze transportu lotniczego będzie to możliwe w znacznym stopniu dzięki synergetycznemu efektowi skali, gdzie wraz ze wzrostem skali operacji proporcjonalnie ulegają obniżce koszty „wyprodukowania” pojedynczej usługi przewozowej (Wensveen, 2015, s. 200–207). Stałe koszty, które w tytułowej branży są bardzo wysokie ulegają dyspersji na większą ilość operacji lotniczych, przez co te stają się jednostkowo tańsze do wykonania. Wspólne prowadzenie zwłaszcza serwisu maszyn, części zamiennych, zakupu paliwa, inwestycji flotowych czy szkolenia pilotów dają więc możliwość znacznego obniżenia po stronie kosztowej. Jednocześnie kooperacja pozwalająca poszerzyć ofertę produktową czy sieć sprzedaży może także wpłynąć dodatnio na stronę przychodową zaangażowanych przedsiębiorstw.

Należy dodatkowo zauważyć, analizując zachodzące w sektorze relacje, że współpraca we wspomnianych sferach występuje zarówno w przypadku koncentracji, jak i współpracy w różnych konfiguracjach. Nie można zatem stwierdzić, że koncentracja prowadząca do utworzenia nowego podmiotu prowadzi do większej integracji części składowych niż kooperacja między niepowiązanymi podmiotami¹⁶. Katalog obszarów objętych wspólnym działaniem jest więc unikalny dla konkretnej sprawy, a nie determinowany formalną klasyfikacją operacji – koncentracją czy współpracą.

Wspominana zbieżność w podejściu do oceny zbilansowania korzystnych i niekorzystnych efektów zakończenia konkurencji (w wyniku nawiązania współpracy bądź połączenia się) wyraża się w skupieniu się na badaniu czy istnieje mechanizm „transmisji”, przeniesienia wskazanych korzyści odnoszonych przez linie lotnicze na swoich klientów. Mówiąc nieco kolokwialnie, przewoźnicy muszą podzielić się z pasażerami uzyskanymi korzyściami. Będzie to równoważyło negatywne następstwa obniżenia konkurencyjności na danym rynku (rynkach) relewantnych¹⁷.

Chcąc na podstawie analizy zakończonych postępowań zanalizować zastosowanie przesłanek, jeśli chodzi o istnienie mechanizmu przeniesienia, należy wskazać, że pozytywne efekty dla klientów osiągnięte dzięki działaniu synergetycznego efektu skali mogą przybrać postać: po pierwsze – obniżki cen biletów, a po drugie – wzrostu częstotliwości połączeń¹⁸. Do oceny pozostaje na ile każdy z tych aspektów jest atrakcyjny dla każdej z wyodrębnionych kategorii pasażerów, a dodatkowo można wskazać, że konsekwencją badanej relacji będzie też wzrost dostępnych

¹⁶ Przykładowo koncentracja Air France i KLM nie doprowadziła do podjęcia wspólnych działań w zakresie inwestycji flotowych, serwisu czy działań marketingowych, podczas gdy te obszary mogą być polem współpracy przewoźników niemających żadnych związków w zakresie struktury właścicielskiej.

¹⁷ Por. Wytyczne w sprawie oceny..., pkt 77 i 79 oraz Wytyczne dotyczące stosowania..., pkt 56.

¹⁸ Tak w decyzji KE COMP/37.730 – *Austrian Airlines/Lufthansa*, pkt 62 i n.

lokacji docelowych, dzięki połączeniom transferowym oferowanym w formule *codesharingu*, ale akurat ten efekt „sieciowy”, choć faktycznie występuje nie jest uwzględniany, gdyż stosowana przez KE metodologia wyznaczania rynku właściwego zawęża go do pary miast stanowiących punkty terminalne jednego połączenia¹⁹. Ogranicza to możliwość powołania się na ten efekt jako na argument za akceptacją koncentracji lub współpracy, choć należy odnotować, że w nowszych postępowaniach KE dostrzega, iż odczuwalność relacji gospodarczych w sektorze wykracza poza trasę ograniczoną dwoma portami lotniczymi, ale jednocześnie uznaje stosowane dotychczas podejście za właściwe wskazując, że nie wszyscy pasażerowie podróżować będą „z przesiadką”²⁰. Argumentacja jest częściowo słuszna, ale równie prawdziwe jest twierdzenie, że nie wszyscy klienci korzystać będą jedynie z połączeń bezpośrednich. Zatem przewoźnicy zostają pozbawieni możliwości skorzystania z istotnego (z ich perspektywy) argumentu ogólnego wzrostu dostępnych lokacji i muszą za to skupić się na wykazaniu wspomnianych pozytywnych efektów na konkretnej trasie/trasach objętych postępowaniem.

Przykładowo, w sprawie *Lufthansa/SN Airholding (Brussels Airlines)* KE zaakceptowała wprawdzie argument, że koncentracja doprowadzi do wzrostu liczby połączeń i że zaangażowane przedsiębiorstwa będą w stanie poprawić swoją efektywność operacyjną – „wydajność”, stosując nomenklaturę rozporządzenia 139/2004 – ale jednocześnie stwierdziła, że strony nie były w stanie wykazać w jaki sposób ów wzrost efektywności przełoży się na sytuację pasażerów²¹.

Może się zatem wydawać, że akceptowalne pozytywne skutki badanej operacji nie mogą ograniczać się do „automatycznej” konsekwencji zespolenia siatek zaangażowanych przewoźników, ale muszą przybrać postać pewnej „wartości dodanej”. Komisja stoi bowiem na stanowisku, że samo zwiększenie oferowania jest niewątpliwie zjawiskiem pozytywnym dla pasażerów, ale nie jest uzależnione od koncentracji. Może być równie dobrze osiągnięte w wyniku współpracy między przewoźnikami²². Referencyjne są tu sprawy *Lufthansa/Austrian Airlines* i *British Airways/Iberia*²³. Pokazują występującą w sektorze prawidłowość, że koncentracja jest na ogół następstwem trwającej przez dłuższy czas współpracy. W tym sensie można powiedzieć, że nie powoduje „dodatkowego” obniżenia konkurencyjności rynku, bo ta nastąpiła już wcześniej w wyniku nawiązania kooperacji. Jeżeli zatem współpraca zostanie zaakceptowana w ramach postępowania badającego zgodność z art. 101 TFUE (bezwarunkowo lub pod warunkiem zastosowania zobowiązań), to późniejsze postępowanie toczące się w trybie rozporządzenia 139/2004 zakończy się wydaniem pozytywnej decyzji²⁴. Tak właśnie było w dwóch powyższych sprawach. Zatem w sytuacji ewolucji relacji między liniami lotniczymi prowadzącej ostatecznie do ich połączenia, art. 101 TFUE faktycznie zastępuje rozporządzenie 139/2004. Jest to okoliczność, która zdaniem autora, szczególnie podkreśla doniosłość istnienia spójnego standardu oceny dobrobytu konsumenta wspólnego dla obu opisywanych rodzajów postępowań.

¹⁹ Chociaż istnienie efektu sieciowego zostało *implicite* przyznane przez KE w sprawie COMP/M.3280 – *Air France/KLM*, (pkt 13–16 decyzji).

²⁰ Decyzja KE z 25.06.2010 r. w sprawie COMP/F-1/39.596 – *BA/AA/IB (oneworld)*, [niepublikowana], pkt 18 i podobne stanowisko we wcześniejszej decyzji w sprawie COMP/M.3280 – *Air France/KLM*, pkt 13–16.

²¹ Decyzja KE z 22.06.2009 r. w sprawie COMP/M.5335 – *Lufthansa/SN Airholding* (Dz. Urz. UE 2009 C 95/8), pkt 421–431.

²² *Ibidem*, pkt 410–414 i 423.

²³ Decyzje KE z z 14.07.2010 r. w sprawie COMP/M.5747 – *Iberia/British Airways* (Dz. Urz. UE 2010 C 241/1) i z 28.08.2009 r. w sprawie COMP/M.5440 – *Lufthansa/Austrian Airlines* (Dz. Urz. UE 2010 C 16/11).

²⁴ Zob. wcześniejsze decyzje KE z 05.07.2002 w sprawie COMP/37.730 – *AuA/LH* (Dz. Urz. UE 2002 L 24/25) i z 10.12.2002 w sprawie COMP/D2/38.479 – *British Airways/Iberia/GB Airways* (Dz. Urz. UE 2003 C 217/2).

Konieczność istnienia „dodatkowej” obiektywnej korzyści była wskazywana w decyzjach *Ryanair/Aer Lingus (I)* i *Olympic/Aegean*, czyli wszędzie tam, gdzie sfinalizowanie skutkowałoby powstaniem pozycji dominującej na rynkach relewantnych (co jest przeciwieństwem sytuacji „istotnego zaburzenia skutecznej konkurencji” przesądzającej o uznaniu koncentracji za niezgodną z rynkiem wewnętrznym), a przewoźnicy nie tylko ze sobą wcześniej nie współpracowali, lecz także pozostawali swoimi głównymi konkurentami²⁵. W przypadku sprawy z udziałem zarówno irlandzkich, jak i greckich przewoźników uzyskana w wyniku połączenia siła rynkowa umożliwiłaby podniesienie cen, gdyż pasażerowie nie będą mieli alternatywnej opcji transportowej. Zatem choć poprawa efektywności teoretycznie dawałaby możliwość redukcji taryf, to przewoźnicy nie będą posiadać żadnej motywacji do dokonania takiego kroku. Istnienie mechanizmu „przeniesienia” korzyści odnoszonej przez przewoźników na konsumentów uzależniona zatem będzie od utrzymania presji konkurencyjnej na rynku²⁶.

Jest to relacja, której istnienie nie było mocno podkreślane w starszych sprawach, dopiero najnowsze postępowania skupiają się tym elemencie²⁷. Bazowanie na istnieniu presji konkurencyjnej wydaje się wskazywać, że nie jest możliwe skuteczne powołanie się na sytuację, gdy poprawa sytuacji jednej ze zidentyfikowanych kategorii klientów zrównoważy pogorszenie warunków oferowania dla innej grupy. Pozbawia to przewoźników poważnego argumentu, gdyż w obliczu rosnącej ilości danych pozwalających na pełniejsze zobrazowanie preferencji konsumentów będących w dyspozycji linii lotniczych, te są w stanie wskazać, że zmiana warunków oferowania wpisuje się w preferencje pewnej grupy pasażerów. Jednocześnie nie ulega kwestii, że same przedsiębiorstwa nie będą zainteresowane pokazywaniem, że nowa oferta będzie mniej atrakcyjna dla innej grupy konsumentów. Taka holistyczna ocena może być dokonana wyłącznie przez regulatora, i to nie ze względu na brak narzędzi analitycznych po stronie linii lotniczych, tylko właśnie ze względu na zasadniczy konflikt interesów, w jakim te znajdują się, interpretując dane.

VI. Podsumowanie – postulaty

Podsumowując przeprowadzone rozważania można stwierdzić, że w obliczu bardzo specyficznych sformalizowanych form współpracy występujących w sektorze, które wiążą się ze skutkami zbliżonymi do efektów koncentracji, istniejące narzędzia prawne w postaci ogólnego prawa konkurencji i rozporządzenia 139/2004 umożliwiają interpretację wprowadzającą wspólny standard dla analogicznych skutków będących następstwem kooperacji i koncentracji. Szczególnie, iż połączenie się przedsiębiorstw, stanowiące istotną decyzję strategiczną dla zaangażowanych przedsiębiorstw, często jest ewolucyjnym rozwojem trwającej już wcześniej współpracy. Jeśli więc ta zostanie uznana za zgodną z rynkiem wewnętrznym w ramach postępowania badającego zgodność z regułami ogólnego prawa konkurencji, to jeśli tylko późniejsza koncentracja nie

²⁵ Decyzje KE z 11.10.2007 r. w sprawie COMP/M.4439 – *Ryanair/Aer Lingus (I)* (Dz. Urz. UE 2008 C 47/9) i z 26.01.2011 r. w sprawie COMP/M.5830 – *Olympic/Aegean Airlines (I)* (Dz. Urz. UE 2012 C 195/11). Analogiczna wykładnia została zastosowana podczas badania drugiej próby przejęcia Aer Lingusa przez Ryanair, która również została powstrzymana przez KE w decyzji z 27.02.2013 r. w sprawie COMP/M.6663 – *Ryanair/Aer Lingus (II)* (Dz. Urz. UE 2013 C 216/22). Natomiast druga próba przejęcia Olympic przez Aegean zakończyła się wydaniem decyzji pozytywnej. Sytuacja Olympic ulegała ciągłemu pogorszeniu i w sytuacji braku przejęcia przez Aegean przewoźnik i tak zmuszony byłby zakończyć działalność, zatem sama koncentracja nie powodowałaby już „dodatkowego” obniżenia konkurencyjności, gdyż to i tak nastąpiłoby w wyniku bankructwa Olympic. Zob. decyzja KE z 09.10.2013 r. w sprawie COMP/M.6796 – *Aegean/Olympic (II)* (Dz. Urz. UE 2015 C 25/7).

²⁶ Decyzja KE COMP/M.5747 – *Iberia/British Airways* oraz analogiczna wykładnia decyzjach KE z 09.01.2009 r. w sprawie COMP/M.5364 – *Iberia/Vueling/Clickair* (Dz. Urz. UE 2009 C 72/23) i z 30.03.2012 r. w sprawie COMP/M.6447 – *IAG/bmi* (Dz. Urz. UE 2012 C 161/2).

²⁷ Zob. decyzje KE z 20.07.1995 r. w sprawie IV/M.616 – *Swissair/Sabena (II)* (Dz. Urz. UE 1995 C 200/10) i z 04.07.2005 r. w sprawie COMP/M.3770 – *Lufthansa/SWISS* (Dz. Urz. UE 2005 C 204/3).

będzie wiązać się z wprowadzeniem nowych form współpracy, to w późniejszym postępowaniu w trybie rozporządzenia 139/2004 nie zostaną wykazane żadne dodatkowe zagrożenia dla rynku.

Zasadniczy punkt ciężkości postępowań w aspekcie sytuacji konsumentów polega na badaniu czy istnieje mechanizm przeniesienia korzyści odnoszonych przez przewoźników na swoich klientów. Innymi słowy, oceniane jest czy na rynku utrzymana zostanie wystarczająca presja konkurencyjna gwarantująca, że przedsiębiorstwa będą miały motywację do podnoszenia jakości swojej oferty. Mimo generalnie pozytywnej oceny interpretacji wiążącej konkurencyjność z interesem klientów, mankamentem stosowanego podejścia jest niewystarczające rozróżnianie poszczególnych kategorii konsumentów. Istnieje bardzo bogaty materiał analityczny ukazujący przebieg podziału między oczekiwaniami poszczególnych grup klientów. Nie ulega kwestii, że interes poszczególnych podgrup konsumentów jest prawnie równorzędny, ale faktyczne zaspokojenie w pełni oczekiwań wszystkich jest niemożliwe. Wspomniany mankament dotyczy więc braku metodologicznego standardu wyważenia owych sprzecznych, ale równorzędnych interesów. Brak spójnego obecnie podejścia do tej kwestii obniża bowiem pewność prawa w sytuacji, gdy, jak w opisywanym sektorze, każda z badanych form relacji między przedsiębiorstwami niesie ze sobą równocześnie pozytywne i negatywne skutki dla konsumentów. Innymi słowy zawsze konieczne jest udzielenie odpowiedzi na pytania, której z kategorii konsumentów powinna być dana preferencja, kiedy, w jakiej sytuacji.

Co zatem jest potrzebne? W kontekście deklarowanego od dawna „bardziej ekonomicznego podejścia” do stosowania prawa konkurencji, ale także kierując się imperatywem zapewnienia większej pewności prawa, zasadnym wydaje się postulowanie rozszerzenie definicji rynku relevantnego o oczekiwania pasażerów transferowych. Nie chodzi jednocześnie o automatyczne dawanie preferencji tej grupie, ale ignorowanie istnienia podróży „z przesiadką” jest kontryfaktyczne. Przede wszystkim postulować należy utworzenie reguł przeprowadzania zbalansowania pozytywnych i negatywnych efektów badanej relacji gospodarczej w kontekście poszczególnych, zidentyfikowanych grup konsumentów. W świetle obecnej praktyki decyzyjnej KE nie można bowiem jednoznacznie stwierdzić czy akceptowalna będzie sytuacja, gdy pogorszenie sytuacji obecnej grupy klientów zostanie zrównoważone przez nową ofertę wpisującą się w preferencje być może większej grupy, ale nowych, więc potencjalnych pasażerów.

Możliwe zatem jest, jako pewien wariant brzegowy, jednoznaczne określenie kategorii konsumentów, których interes powinien mieć pierwszeństwo, co przy pewnym walorze pewności prawa będzie zawsze miało charakter arbitralny. Jest to modelowy wręcz przypadek wspomnianego „przeregulowania”, kiedy nie ma zauważalnej korelacji między realiami rynkowymi a forsowaną mechanizmami nakazowymi wizją funkcjonowania tego rynku. Alternatywnie, co wydaje się zdaniem autora lepszym rozwiązaniem i przez to postulowanym, można rozważyć stworzenie pewnego standardu prowadzenia badań rynku w ramach opisywanych postępowań i na podstawie ujednoczonego standardu metodologicznego opracowanie reguły interpretacji danych ekonomicznych. Czy należy dać preferencję pasażerom, którzy stanowią większość na rynku połączeń punktowych, czy na przykład wspierać podróżnych biznesowych, którzy w większym stopniu przyczyniają się do wzrostu gospodarczego. To są kwestie, których rozstrzygnięcie możliwe jest na poziomie sformułowania strategii – w formie *soft law* – zawierającej wytyczne interpretacyjne bez konieczności zmiany istniejących rozwiązań w zakresie kontroli koncentracji i ogólnego prawa konkurencji.

Opublikowana w grudniu 2015 roku strategia dla lotnictwa mająca, przynajmniej w deklaracji Komisji, stać się „kamieniem milowym” w regulacji sektora była niewątpliwie okazją do zaadresowania kwestii definicji „interesu konsumenta”, do prowadzenia spójnego podejścia do jego określenia i mierzenia. Ta szansa nie została jednak wykorzystana.

Bibliografia

- Abeyratne, R. (2003). The Decision of the European Court of Justice on Open Skies and Competition Cases. *World Competition: Law And Economic Review*, 26(3).
- Allan, B., Furse, M. i Sufrin, B. (red.). (2008). *Butterworths Competition Law*. London: LexisNexis.
- Belobaba, P.P. (2009). Overview of Airline Economics, Markets and Demand. W: P.P. Belobaba, A. Odoni, C. Barnhardt (red.), *The Global Airline Industry*. Wiley.
- Cheng-Jui Lu, A. (2003). *International Airline Alliances: EC Competition Law / US Antitrust Law and International Air Transport.*, Den Haag, London, New York: Kluwer Law International.
- de Broca, H., Mielecka Riga, M. i Subočs, A. (2014). Transport. W: J. Faull, A. Nikpay (red.), *Faull & Nikpay The EU Law of Competition*, Oxford: Oxford University Press.
- Dobson, G. i Lederer, P.L. (1993). Airline Scheduling and Routing in a Hub-and Spoke System. *Transportation Science*, 23(3), 1993.
- Dudzik, S. (2010). *Współpraca Komisji Europejskiej z organami ochrony konkurencji w sprawach kontroli koncentracji przedsiębiorstw*. Warszawa: Wolters Kluwer business.
- Franke, M. (2004). Competition between Network Carriers and Low-Cost Carriers—Retreat Battle or Breakthrough to a New Level of Efficiency?. *Journal of Air Transport Management*, 10(1).
- Gerardin, D., Layne-Farrar, A. i Petit, N. (2012). *EU Competition Law and Economics*. Oxford: Oxford University Press.
- Holloway, S. (2008). *Straight and Level. Practical Airline Economics*, 3rd Ed. Aldershot: Ashgate.
- Kleymann, B. i Seristö, H. (2001). Levels of Airline Alliance Membership: Balancing Risks and Benefits. *Journal of Air Transport Management*, 7(5).
- Kleymann, B. i Seristö, H. (2004). *Managing Strategic Airline Alliances*. Aldershot: Ashgate.
- Klophaus, R., Conrady, R. i Fichert, F. (2012). Low cost carriers going hybrid: Evidence from Europe. *Journal of Air Transport Management*, 23.
- Kociubiński, J. (2011). Relevant Market in Commercial Aviation of the European Union. *Wrocław Review of Law, Administration & Economics*, 1(1).
- Kociubiński, J. (2013). Consolidation or fragmentation? European competition law in the EU air transport sector: a policy analysis. *Polish Yearbook of International Law*, 33.
- Kociubiński, J. (2015). Inwestycje linii lotniczych z państw trzecich w przewoźników z Unii Europejskiej w świetle ograniczeń kontroli i własności. *Europejski Przegląd Sądowy*, 1.
- Kokkoris, I. i Shelanski H. (2014). *EU Merger Control. A Legal and Economic Analysis*. Oxford: Oxford University Press.
- Lianos, I. (2013). Some Reflections on the Question of the Goals of EU Competition Law. *CLES Working Paper*, No. 3.
- Miąsik D., Materna, G. i Jurkowska-Gomułka, A. (2012). Artykuł 101. W: A. Wróbel, K. Kowalik-Bańczyk, M. Szwarc-Kuczer (red.), *Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej – Komentarz. T. II*, Warszawa: LEX Wolters Kluwer.
- Monti, M. (2007). *EC Competition Law*. Cambridge: Cambridge University Press.

- Pearce, B. i Doernhoefer, G. (2012). *The Economic Benefits of Airline Alliances and Joint Ventures. IATA Economic reports – Consolidation*, January.
- Rucińska, D., Ruciński, A. i Tłoczyński, D. (2012). *Transport lotniczy. Ekonomika i organizacja*. Gdańsk: Wydawnictwo Uniwersytetu Gdańskiego.
- Shaw, S. (2010). *Airline Marketing and Management*. 7th Ed., Aldershot: Ashgate.
- Stainland, M. (2008). *A Europe of the Air? The Airline Industry and European Integration*. New York, Toronto: Plymouth Rowman & Littlefield, Lanham, Boulder.
- Truxal, S. (2012). *Competition and Regulation in the Airline Industry: Puppets in Chaos*. London, New York: Routledge.
- Wensveen, J.G. (2015). *Air Transportation. A Management Perspective*, 8th Edition. Cheltenham.