

Jakub Kociubiński\*

## Porozumienia między portami lotniczymi a przewoźnikami w świetle prawa konkurencji Unii Europejskiej

### Spis treści

- I. Wprowadzenie
- II. Powstanie antykonkurencyjnych relacji między portem lotniczym a przewoźnikiem – zarys mechanizmu
- III. Ocena relacji między portem lotniczym a przewoźnikiem w świetle prawa pomocy publicznej – dotychczasowe podejście
- IV. Relacje między portem lotniczym a przewoźnikiem jako porozumienia wertykalne
- V. Ocena istnienia i nadużycia pozycji dominującej
- VI. Podsumowanie – wnioski *de lege ferenda*

### Streszczenie

Porozumienia między portami lotniczymi a przewoźnikami mogą powodować negatywne skutki dla rynku, jeśli przede wszystkim zaburzeniu ulegnie równowaga między zaangażowanymi przedsiębiorstwami i pojawi się relacja zależności. W transporcie lotniczym tytułowe związki dotychczas były analizowane przez pryzmat prawa pomocy publicznej, co było możliwe tak długo, jak subsydiowanie portów lotniczych umożliwiało przypisanie ich działań do państw. Skorzystanie z reguł prawa konkurencji – art. 101 i 102 TFUE – należy traktować jako alternatywę w momencie, gdy zmniejszeniu ulega zaangażowanie środków publicznych w operacje portów lotniczych. Niniejszy artykuł przedstawia mechanizm powstawania antykonkurencyjnych skutków w relacji na linii port lotniczy linia lotnicza oraz analizuje możliwości i wyzwania pojawiające się w kontekście stosowania reguł konkurencji do takich porozumień, kończąc wywód wnioskami *de lege ferenda*.

**Słowa kluczowe:** prawo konkurencji; porty lotnicze; linie lotnicze; porozumienia wertykalne; pozycja dominująca.

**JEL:** K21

### I. Wprowadzenie

Porozumienia wertykalne, czyli w opisywanym przypadku relacje między portami lotniczymi a przewoźnikami generalnie nie niosą ze sobą dużego ryzyka naruszenia reguł konkurencji, gdyż relację między tymi kategoriami podmiotów można opisać jako „dostawca – klient” (Faull i Nikpay, 2014, s. 1367–1372). Zasadnicza rozbieżność celów gospodarczych między nimi, wynikająca

\* Doktor habilitowany nauk prawnych, adiunkt w Katedrze Prawa Międzynarodowego i Europejskiego, Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii, Uniwersytet Wrocławski; e-mail: jakub.kociubinski@uwr.edu.pl.

z wnoszenia przez linie opłaty za korzystanie z infrastruktury, sprawia, że co do zasady nie istnieje motywacja dla uzgadniania zachowań (Hildebrand, 2005, s. 16–18; Postorino, 2011, s. 23–24). Specyficzne niedomogi rynku, spowodowane najczęściej wcześniejszymi nieracjonalnymi interwencjami państwa, mogą jednak sprawić, że zaburzeniu ulegnie równowaga między portem a przewoźnikiem i jedna z linii lotniczych uzyska preferencyjne traktowanie, co w efekcie może godzić w interesy gospodarcze innych operatorów korzystających z obiektu, a mówiąc ogólniej szkodzić konkurencji na rynku<sup>1</sup>.

Zaburzenie konkurencji w wyniku tytułowych praktyk na ogół analizowane jest przez pryzmat prawa subwencyjnego, ponieważ w sytuacji, gdy port jest beneficjentem pomocy publicznej, dalsze zaangażowanie jego zasobów jest przypisywalne państwu (Kociubinski 2014, s. 29–35)<sup>2</sup>. Rzeczywiście po wprowadzeniu w 2014 r. zmodyfikowanych reguł pomocy publicznej dla portów dał się zauważyć wzrost spraw przed Komisją Europejską (KE) dotyczących relacji między portem a przewoźnikami<sup>3</sup>. Jednocześnie te same zasady zawierają wymóg docelowej rezygnacji z przyznawania pomocy operacyjnej portom, można zatem przyjąć, w obliczu stopniowego wycofania bezpośrednich interwencji państwa, że przedstawiane porozumienia przejdą częściowo ze sfery pomocy publicznej w domenę prawa konkurencji.

Analiza rozpocznie się od przedstawienia mechanizmu powstawania potencjalnie antykonkurencyjnych relacji między portem i przewoźnikiem i obecnego podejścia do ich prawnej klasyfikacji po czym wywód skupi się na ocenie możliwości zastosowanie reguł tzw. ogólnego prawa konkurencji – art. 101 i 102 TFUE. Rozważania zostaną podsumowane wnioskami mającymi charakter *de lege ferenda*.

## II. Powstanie antykonkurencyjnych relacji między portem lotniczym a przewoźnikiem – zarys mechanizmu

Równowaga relacji „klient-dostawca” między linią a portem lotniczym będzie się utrzymywać tak długo, jak dany obiekt nie będzie miał problemów z przyciągnięciem ruchu lotniczego wystarczającego dla zapewnienia stabilności finansowej. Dotyczyć to będzie przede wszystkim tzw. koordynowanych portów lotniczych, obiektów obsługujących wiodące ośrodki miejskie, gdyż zainteresowanie przewoźników często przekracza przepustowość infrastruktury<sup>4</sup>. Wówczas, choć

<sup>1</sup> Wspomniana interwencja w realiach Unii Europejskiej związana będzie z wcześniejszym zaangażowaniem zasobów państwowych w budowę portu lotniczego. Problem budowania tzw. lotnisk-widm w obszarach, gdzie popyt jest niewystarczający dla powstania i funkcjonowania obiektu występuje właściwie w całej Europie. Z perspektywy niniejszego opracowania można wskazać, że port operujący na trudnym, niesprawdzonym, o niskim popycie i relatywnie niewielkiej zamożności regionu, wybudowany zatem bez wystarczającego uwzględnienia realiów ekonomicznych, będzie najbardziej podatny na powstanie tytułowego zjawiska, zwłaszcza gdy konieczne stanie się zaprzestanie udzielania obiektom pomocy operacyjnej.

<sup>2</sup> W prawie pomocy publicznej przypisywalność interpretuje się nie tylko jako środki pochodzące bezpośrednio z zasobów państwowych, lecz także jako sytuacje „pośredniego” wsparcia, gdzie jeśli bezpośredni beneficjent (port) otrzymuje korzyść nieosiągalną w normalnych warunkach rynkowych, to polityka cenowa tego podmiotu dzięki niższym kosztom również może nie mieć odzwierciedlenia w realiach rynkowych, przyznając tym samym dalszym podmiotom korzyść w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE. Zob. modelową interpretację w orzeczeniu Sądu z 11.12.2012 r. w sprawie T-565/08 *Corsica Ferries France SAS v. Komisja Europejska* (ECLI:EU:T:2012:415), pkt 137 i 138.

<sup>3</sup> Komunikat Komisji — Wytoczne dotyczące pomocy państwa na rzecz portów lotniczych i przedsiębiorstw lotniczych (Dz. Urz. UE 2014 C 99/3). Zob. *inter alia* dec. SA.33963 (2012/C) (ex 2012/NN) Angoulême Chamber of Commerce and Industry, SNC-Lavalin, Ryanair and Airport Marketing Services (Dz. Urz. UE 2015 L 201/48); SA.22614 (C 53/07) Chamber of Commerce and Industry of Pau-Béarn, Ryanair, Airport Marketing Services and Transavia (Dz. Urz. UE 2015 L 201/109); SA.24221 (2012/C) (ex 2012/NN) (ex CP 281/2007) — Klagenfurt Airport — Ryanair and other airlines (Dz. Urz. UE 2017 C 348/36) oraz komentarz (Bogdanowicz, 2016, s. 135–145).

<sup>4</sup> Nie da się dokładnie określić od jakiej wielkości obsługiwanego rocznie ruchu pasażerskiego port lotniczy będzie rentowny. Istnieje zbyt wiele zmiennych od „zewnętrznych” w postaci charakterystyki rynku, rodzaju przewoźników po „wewnętrznych” związanych z efektywnością operatora infrastruktury. Komisja „tradycyjnie” bazuje na badaniach wykonanych na Uniwersytecie Cranfield w 2002 r. (Study on competition between airports and the application of State aid rules' - Cranfield University, June 2002. Pozyskano z: <http://ec.europa.eu/competition/sectors/transport/reports/>

polityka cenowa pozostaje w kompetencjach zarządów portów, co mogłoby być traktowane jako czynnik przewagi kontraktowej w sytuacji popytu przekraczającego podaż, to rozdział przydziałów czasów operacji (*slotów*) dokonywany jest przez niezależnego od portu koordynatora na niedyskryminacyjnych zasadach, zapewniając tym samym względną równowagę relacji gospodarczych (Peoples i Bitzan, 2017, s. 97–121)<sup>5</sup>.

Owe relacje między wspomnianymi grupami przedsiębiorstw ulegają reorientacji, gdy port lotniczy ma trudności z przyciągnięciem przewoźników chcących prowadzić operacje do/z obiektu. Będzie tak zwłaszcza w przypadku portów regionalnych, których budowa niejednokrotnie wskazywana jest jako przykład inwestycji podjętych bez uwzględnienia istniejących realiów rynkowych<sup>6</sup>. Abstrahując od oceny motywacji stojących za rozpoczęciem budowy, funkcjonujący obiekt posiadający duży zasób niewykorzystanej infrastruktury, najczęściej przynoszący straty, jest faktem wymagającym adaptacji zarządu i pośrednio regionu na ogół finansowo partycypującego w jego utrzymaniu (Kociubinski 2014, s. 29–35). Rezultatem może być wzrost zależności portu od przewoźników, a zwłaszcza od linii lotniczej oferującej największą liczbę połączeń do/z obiektu (Francis, Humphreys i Inson, 2017, s. 155–162). W UE naszkicowany mechanizm wstępuje zwłaszcza w kontekście relacji między regionalnymi portami lotniczymi a przewoźnikami niskokosztowymi (Peoples i Bitzan, 2017, s. 361–380). Wspomniane uzależnienie manifestuje się przede wszystkim dążeniem do stworzenia preferencyjnych warunków dla tych linii lotniczych poprzez system progresywnych rabatów opłat lotniskowych uzależniających wielkość upustu od skali operacji (Kociubinski, 2014, s. 29).

Oceniając zjawisko z perspektywy zarówno gospodarczego interesu portu, jak i regulacji rynku, można zaryzykować twierdzenie, że powstaje sytuacja paradoksalna, gdyż im bardziej korzystne warunki port tworzy dla największego przewoźnika w obiekcie, tym mniejsze są szanse, że inni operatorzy zdecydują się na wejście na rynek w obawie przed dominantem, szczególnie że atrakcyjność rynku i tak nie jest zbyt wielka<sup>7</sup>. Sytuacja jest tym trudniejsza do oceny w kategoriach wartościujących, że nigdy nie będzie pewności czy brak polityki cenowej ukierunkowanej na konkretnego przewoźnika spowodowałaby, że ten podmiot nie rozpocząłby oferowania do/z danego obiektu o porównywaną skalę ani, czy wówczas inne linie lotnicze zdecydowałyby się na wejście na dany rynek.

---

airports\_competition\_2.pdf (05.02.2018). Według nich port obsługujący rocznie pomiędzy 500 000 a 1.5 mln pasażerów powinien być w stanie wypracować dodatni wynik finansowy. Badania zgodnie uznawane są za dokładne i metodologicznie bez zarzutu, natomiast otwartą pozostaje kwestia czy nie uległy już dezaktualizacji. W ostatnich wytycznych, choć KE również powołuje się na wspomniane badania, znalazło się równocześnie stanowisko, że porty obsługujące powyżej 3 mln pasażerów rocznie powinny być rentowne (pkt 118). W skali UE ok 40% portów lotniczych jest nierentownych. Czyli można powiedzieć, że powyższe dane wyznaczają na pewnym poziomie ogólności, które port lotnicze będą podatne na powstawanie tytułowego zjawiska.

<sup>5</sup> Rozporządzenie Rady (EWG) nr 95/93 z dnia 18 stycznia 1993 r. w sprawie wspólnych zasad przydzielania czasu na start lub lądowanie w portach lotniczych Wspólnoty (Dz. Urz. UE 1993 L 14/1 ze zm.) ustala zasady podziału *slotów* także zarząd obiektu nie ma kompetencji do decydowania o porach konkretnych operacji (co jest istotne dla ich konkurencyjności i możliwych przychodów). Reguły dotyczą tylko tzw. koordynowanych portów lotniczych. Koordynacja, która można powiedzieć jest mechanizmem zapewniającym poszanowanie zasady zakazu dyskryminacji, co do zasady wprowadza się jeżeli zainteresowanie przewoźników przekracza przepustowość infrastruktury (choćby tylko w niektórych porach dnia).

<sup>6</sup> Kompleksowy przegląd takich inwestycji znajduje się w raporcie Europejskiego Trybunału Obrachunkowego EU Funded airport infrastructure: Poor value for money. Special Report no 21. Pozyskano z: [http://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/SR14\\_21/QJAB14021ENC.pdf](http://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/SR14_21/QJAB14021ENC.pdf) (05.02.2018).

<sup>7</sup> Dodatkowo należy wskazać, że pasażerowie przewoźników niskokosztowych generują znacznie mniej przychodów działalności pozalotniczej portu (restauracje, sklepy parkingi etc.), która w przypadku portów regionalnych stanowi ok 50% przychodów obiektu. W związku z tym zarząd, chcąc skupić się na tzw. taniach liliach lotniczych musi uwzględnić te uwarunkowania, ograniczając ofertę usług pozalotniczych, co z kolei może odbić się negatywnie na atrakcyjności obiektu dla przewoźników sieciowych (Yokomi, Wheat i Mizutani, 2017, s. 77–85).

### III. Ocena relacji między portem lotniczym a przewoźnikiem w świetle prawa pomocy publicznej – dotychczasowe podejście

W praktyce decyzyjnej Komisji Europejskiej związek między portami lotniczymi a przewoźnikami analizowane były i są przez pryzmat prawa subwencyjnego (Kociubinski 2014, s. 29–35). Jeśli port lotniczy sam korzysta ze środków publicznych, najczęściej w postaci pomocy operacyjnej, i jest nierentowny, wówczas ocena preferencyjnych warunków udzielanych przez obiekt niektórym przewoźnikom dokonywana przez pryzmat zasady inwestora rynkowego prowadziła do konkluzji, że korzyść, jaką otrzymywała linia lotnicza, byłaby nieosiągalna w normalnych warunkach rynkowych, wypełniając tym samym przesłanki pomocy publicznej w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE<sup>8</sup>. Jak zostało zasygnalizowane we wstępie, podejście skupiające się na badaniu istnienia pomocy jest optymalne tak długo, jak port otrzymuje wsparcie, wówczas bowiem wszelkiego rodzaju dalszy transfer jest przypisywalny państwu (Bacon, 2017, s. 60–68). Dalsza ocena relacji gospodarczych jest również „wygodna” z perspektywy Komisji Europejskiej: Z jednej strony w prawie pomocy publicznej ocena wpływu na rynek, na handel i konkurencję jest rudymenarna i środek korzysta z faktycznego quasi domniemania zaburzającego efekt tak długo, jak uda się wykazać istnienie logicznie poprawnego mechanizmu jego powstania<sup>9</sup>. Z drugiej zaś – konstrukcja przepisu art. 107 ust. 3 lit. c TFUE (stanowiącego podstawę każdej pomocy dla portów i operatorów) jest na tyle elastyczna, że umożliwia dostosowanie rozstrzygnięcia do okoliczności konkretnej sprawy (Bacon, 2017, s. 108–109).

Sięgnięcie po reguły tzw. ogólnego prawa konkurencji, art. 101 i 102 TFUE może pojawić się w sytuacji, gdy mechanizm finansowania portu lotniczego uniemożliwi przypisanie środka do państwa. Tak będzie, przede wszystkim, jeżeli obiekt będzie rentowny. W tym wypadku publicznoprawna struktura właścicielska, jak ma to miejsce w przypadku większości regionalnych portów w UE będzie irrelevantna, bo zgodnie z tzw. zasadą neutralności zarówno prywatne, jak i publiczne przedsiębiorstwa podlegają regułom konkurencji na identycznych zasadach (Jones i Suftrin, 2016, s. 588–589). Kryterium *de facto* oddzielającym zakresy zastosowania prawa subwencyjnego i prawa konkurencji będzie wówczas zasada inwestora rynkowego (Bacon, 2017, s. 38–43). Jeżeli standardowy test wykaże nierynkowy charakter działalności portu, wówczas struktura właścicielska obiektu zacznie mieć znaczenie, gdyż powróci kwestia przypisywalności środka do państwa<sup>10</sup>.

Należy jednocześnie odnotować, że formalnie biorąc, objęcie danej relacji gospodarczej badaniem pod kątem zgodności z regułami pomocy publicznej i stwierdzenie, że albo nie stanowi pomocy w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE, albo że stawowi wsparcie zgodne z rynkiem wewnętrznym (w opisywanej sytuacji takiego rozstrzygnięcia jeszcze nie było) nie wyłącza możliwości

<sup>8</sup> Zob. *inter alia* dec. KE z 23.7.2014 r. w sprawie SA.24221 Klagenfurt Airport - Aid to Ryanair and other airlines (Dz. Urz. UE C 348/36); z 18.07.2017 r. w sprawie SA.38105 Subside en faveur de certaines compagnies aériennes opérant à l'aéroport de Bruxelles-National (niepublikowana); z 29.07.2016 r. w sprawie SA.33983 Aid to certain airlines in Sardinia granted under the scheme established by Regional Law (Dz. Urz. UE 2017 L 268/1) oraz komentarz (Bogdanowicz, 2016, s. 135–144).

<sup>9</sup> Orzeczenia Sądu z 15.06.2000 r. w sprawach połączonych T-298/97, T-312/97, T-313/97, T-315/97, T-600/97 to 607/97, T-1/98, T-3/98 to T-6/98 i T-23/98 *Alzetta Mauro i inni v. Komisja Wspólnot Europejskich* (ECLI:EU:T:2000:151), pkt 95; z 29.09.2000 r. w sprawie T-55/99 *Confederación Española de Transporte de Mercancías (CETM) v. Komisja Wspólnot Europejskich* (ECLI:EU:T:2000:223), pkt 102; z 18.01.2015 r. w sprawie T-58/13 *Club Hotel Loutraki AE i inni v. Komisja Europejska* (ECLI:EU:T:2015:1), pkt 88–89.

<sup>10</sup> Alternatywnie można argumentować, że jeśli port lotniczy ma przynajmniej częściowo publiczną strukturę własności, ale nie uzyskuje pomocy publicznej, a forma prawna operacji zobowiązuje podmiot do działania dla zysku, to „nierynkowe” warunki cenowe obiektu mogłyby być od razu analizowane pod kątem zgodności z regułami konkurencji, a w skrajnych przypadkach postrzegane jako działanie na szkodę spółki.

zastosowania ogólnego prawa konkurencji<sup>11</sup>. W przypadku tytułowej relacji faktyczna granica między tymi dwoma porządkami wynika z tego, że brak nienależnie przyznanej pomocy równa się brakowi odczuwalnego, negatywnego wpływu na konkurencję i handel, zatem późniejsze stosowanie ogólnych reguł konkurencji stałoby się bezprzedmiotowe<sup>12</sup>.

W związku z tym zastosowanie art. 101 i 102 TFUE sprowadzać się będzie do sytuacji, gdy port lotniczy jest rentowny lub nie ma publicznoprawnej struktury właścicielskiej oraz jako swego rodzaju „plan B”, jeżeli system kontroli prawa subwencyjnego zawiedzie. W przypadku transportu lotniczego taka sytuacja przy sprawnie funkcjonującym mechanizmie rynkowym jest mało prawdopodobna, jak bowiem zostało wskazane port i przewoźnicy mają sprzeczny interes gospodarczy gwarantujący równowagę relacji, może więc być związana z motywowanymi politycznie niedomogami rynku. Prawo pomocy publicznej może okazać się niewystarczające, jeśli port będzie miał dodatni wynik finansowy, a działania mające nadrzędny, choć niekoniecznie wprost deklarowany, cel uzyskania nienależnej przewagi konkurencyjnej będzie ekonomicznie racjonalne.

#### IV. Relacje między portem lotniczym a przewoźnikiem jako porozumienia wertykalne

Związki między portem lotniczym a przewoźnikiem w kontekście objęcia ich zakresem przedmiotowym unijnych reguł konkurencji niewątpliwie klasyfikowane będą jako porozumienia wertykalne<sup>13</sup>. Determinuje to kształt relacji między przedsiębiorstwami, gdzie port lotniczy dostarcza niezbędne usługi dla linii, która jest „producentem” usługi lotniczej i zajmuje się dystrybucją produktu, mając bezpośredni kontakt z odbiorcami końcowymi – pasażerami.

Zasadnicze wyzwanie związane ze stosowaniem przepisu art. 101 TFUE do porozumień pionowych wynika z faktu, że takie związki są immanentnie wpisane w istotę typowych stosunków gospodarczych (Marco Colino, 2010, s. 15–24). Nie można zatem wskazywać samego istnienia porozumienia (które tu jest bezsporne i sformalizowane) jako okoliczności powodującej co najmniej ryzyko zaburzenia konkurencji (Hildebrand, 2005, s. 43). Pragmatyzm gospodarowania wymaga też, żeby podmiot, nabywając środki (towary i usługi) niezbędne dla wytworzenia dóbr oferowanych klientom, dążył do uzyskania jak najlepszej oferty pozwalającej uzyskać przewagę konkurencyjną w segmencie swojej działalności podstawowej<sup>14</sup>. Rezultat w postaci wzrostu pozycji rynkowej przewoźnika powinien więc być w pierwszym rzędzie interpretowany jako właściwe wykorzystanie możliwości, jaki daje wolny rynek, a nie jako rezultat zmywy cenowej<sup>15</sup>.

<sup>11</sup> Nie istnieje tu rozwiązanie na wzór tzw. zasady *One-stop-shop*, która występuje w kontroli koncentracji i wyłącza możliwość zastosowania ogólnych reguł konkurencji, jeśli sprawa podlega badaniu w reżimie kontroli koncentracji. W opisywanym przypadku art. 101 i 102 TFUE z jednej strony i art. 107 TFUE z drugiej są zupełnie niezależne i nie kolidują ze sobą.

<sup>12</sup> W przypadku pomocy publicznej, w przeciwieństwie do tzw. ogólnego prawa konkurencji, doktryna *de minimis* została faktycznie skodyfikowana i tzw. rozporządzenie *de minimis* obejmuje tylko środki pomocowe poniżej wskazanego pułapu (Rozporządzenie Komisji (UE) nr 1407/2013 z dnia 18 grudnia 2013 r. w sprawie stosowania art. 107 i 108 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do pomocy *de minimis* (Dz. Urz. UE L 352/1)). Natomiast w tytułowym przypadku, jeżeli wartość środka przekracza próg *de minimis*, to uznanie środka za zgodny z Rynkiem Wewnętrznym na podstawie art. 107 ust. 3 lit. c TFUE oznacza, że ewentualne zaburzenie konkurencji i handlu jest tak małe, że nie jest to sprzeczne z interesem UE. Zob. modelowa wykładnia w orzeczeniu TS z 02.09.2010 r. w sprawie C-464/09 P *Holland Malt BV v. Komisja Europejska* (ECLI:EU:C:2010:733), pkt 48–54.

<sup>13</sup> Zob. Ogólna linia interpretacji, pasująca do tytułowych spraw, wyznaczona w orzeczeniach TS z 06.04.1962 r. w sprawie 13–61 *Kledingverkoopbedrijf de Geus en Uitdenbogerd v. Robert Bosch GmbH and Maatschappij tot voortzetting van de zaken der Firma Willem van Rijn* (ECLI:EU:C:1962:11); z 13.06.1966 r. w sprawie 32–65 *Republika Włosa v. Rada Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej i Komisja Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej* (ECLI:EU:C:1966:42); z 13.06.1996 r. w sprawach połączonych 56–64 i 58–64 *Établissements Consten S.à.R.L. and Grundig-Verkaufs-GmbH v. Komisja Wspólnot Europejskich* (ECLI:EU:C:1966:41).

<sup>14</sup> Komisja również, choć dosyć ogólnikowo wskazuje na powyższą zależność, stwierdzając, że porozumienia wertykalne mogą zasadniczo przyczynić się do wzrostu efektywności. Zob. Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych (Dz. Urz. UE 2010, C 130/1), motyw 6.

<sup>15</sup> Zob. orzeczenie TS z 06.10.2009 r. w sprawach połączonych C–501/06 P, C–513/06 P, C–515/06 P i C–519/06 P *GlaxoSmithKline Services Unlimited v. Komisja Wspólnot Europejskich i Komisja Wspólnot Europejskich v. GlaxoSmithKline Services Unlimited i European Association of Euro Pharmaceutical*

Unijny prawodawca, mając świadomość, że niektóre porozumienia pionowe „(...) mogą poprawiać efektywność gospodarczą w ramach łańcucha produkcji lub dystrybucji (...)”, wprowadził w rozporządzeniu Komisji (UE) nr 330/2010 z dnia 20 kwietnia 2010 r. w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych system wyłączeń blokowych<sup>16</sup>. Rozporządzenie w art. 2 ust. 4 wyłącza spod zakresu ogólnego zakazu sformułowanego w przepisie art. 101 ust. 1 TFUE porozumienia pomiędzy „dostawca jest wytwórcą i dystrybutorem towarów, a nabywca jest dystrybutorem i nie jest przedsiębiorstwem konkurującym na szczeblu wytwórstwa (...)”<sup>17</sup>. Powyższe sformułowanie w sposób jednoznaczny obejmuje tytułowe porozumienia, do oceny pozostaje zaś czy można je zakwalifikować jako tzw. *Hardcore Restrictions*, które są nieobjęte blankietową zgodą zawartą w rozporządzeniu 330/2010 (Wijckmans i Tuytschaever, 2018, s. 49–51).

Przepis art. 4 *in principio* rozporządzenia 330/2010 stanowi, że tylko ograniczenia „ze względu na cel” powodować mogą wycofanie przywileju grupowego wyłączenia. Analiza literalnego brzmienia przepisu wskazywałaby, że rzeczywisty efekt czy „odczuwalność” (*appreciability*) skutku w rozumieniu przyjętym na potrzeby stosowania art. 101 ust. 1 TFUE jest irrelevantna. Taki sposób sformułowania jest dosyć kontrowersyjny, ponieważ można argumentować, że jest nadmiernie zawężający<sup>18</sup>. W orzecznictwie dotyczącym wspomnianego przepisu dosyć wyraźnie dokonuje się rozróżnienia między ograniczeniami ze względu na cel i ze względu na skutek<sup>19</sup>. Normalnie ta dystynkcja nie ma znaczenia w kontekście samego objęcia danej praktyki właściwością art. 101 TFUE, natomiast tutaj, ze względu na przywoływany sposób konstrukcji przepisu decyduje o możliwości skorzystania z wyłączenia (Wijckmans i Tuytschaever, 2018, s. 175–176). Wydaje się, że właśnie z tego powodu istniejące orzecznictwo dotyczące stosowania rozporządzenia 330/2010 zaciera nieco różnice między ograniczeniami ze względu na cel i ze względu na skutek<sup>20</sup>.

Trybunał stoi bowiem na stanowisku, że praktyką ograniczającą ze względu na cel będzie działanie, które ze względu na swój charakter, cel i kontekst ekonomiczny skutkować będzie zaburzeniem bądź ograniczeniem konkurencji na rynku wewnętrznym<sup>21</sup>. Dodatkowo TS wyraził pogląd, że fakt, iż cel danego porozumienia nie jest nielegalny sam w sobie nie wyklucza, że uznane może być za ograniczenie ze względu na cel na potrzeby stosowania art. 101 TFUE<sup>22</sup>. Tak samo,

---

*Companies (EAEPC) v. Komisja Wspólnot Europejskich i Asociación de exportadores españoles de productos farmacéuticos (Aseprofar) v. Komisja Wspólnot Europejskich* (ECLI:EU:C:2009:610), pkt 61. Jednocześnie ani w orzecznictwie TS, ani w praktyce decyzyjnej Komisji nigdy nie zakwestionowano ogólnego twierdzenia, że związki pionowe mogą być w pewnych sytuacjach niekorzystne dla rynku.

<sup>16</sup> Rozporządzenie Komisji (UE) nr 330/2010 z dnia 20 kwietnia 2010 r. w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych (Dz. Urz. UE 2010 L 102/1), motywy 6.

<sup>17</sup> Rozporządzenie 330/2010 wprowadza dodatkowo zakaz łączenia opisywanych wyłączeń z innymi rodzajami wyłączeń blokowych, ale ta okoliczność jest irrelevantna dla tytułowego sektora.

<sup>18</sup> Zob. (Odudu, 2001, s. 60; Odudu, 2001a, s. 379–385). Analiza poprzedza wprowadzenie wyłączeń blokowych i dotyczy interpretacji koncepcji celu i skutku niezależnie od natury relacji gospodarczych, ale pozostaje w pełni aktualna i relewantna dla opisywanego zagadnienia.

<sup>19</sup> Por. orzeczenia TS z 30.06.1966 r. w sprawie 56–65 *Société Technique Minière (L.T.M.) v. Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.)* (ECLI:EU:C:1966:38), pkt 249; z 28.05.1998 r. w sprawie C–7/95 P *John Deere Ltd v. Komisja Wspólnot Europejskich* (ECLI:EU:C:1998:256), pkt 77; z 20.11.2008 r. w sprawie C–209/07 *Competition Authority v. Beef Industry Development Society Ltd i Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd* (ECLI:EU:C:2008:643), pkt 16; 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* (ECLI:EU:C:2009:343), pkt 29; z 07.02.2013 r. w sprawie C–68/12 *Protimonopolný úrad Slovenskej republiky v. Slovenská sporiteľňa a.s.* (ECLI:EU:C:2013:71), pkt 23 z orzeczeniami Sądu z 02.05.2006 r. w sprawie T–328/03 *O2 (Germany) GmbH & Co. OHG v. Komisja Wspólnot Europejskich* (ECLI:EU:T:2006:116), pkt 68; z 14.04.2011 r. w sprawie T–461/07 *Visa Europe Ltd and Visa International Service v. Komisja Europejska* (ECLI:EU:T:2011:181), pkt 69; z 24.05.2012 r. w sprawie T–111/08 *MasterCard, Inc. i inni v. Komisja Europejska* (ECLI:EU:T:2012:260), pkt 128.

<sup>20</sup> Zob. zwłaszcza orzeczenia TS C–8/08 *T-Mobile*; C–209/07 *Carrigmore* i C–501/06 P *Glaxo SmithKline*. Należy dodać, że zasadniczo podobne stanowisko KE sformułowała już w 2004 r. w wytycznych dotyczących stosowania obecnego art. 101 ust. 3 TFUE: *Communication from the Commission — Notice — Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty* (D. Urz. UE 2004 C 101/97), pkt 20–23.

<sup>21</sup> Orzeczenia TS C–8/08 *T-Mobile*, pkt 43; C–209/07 *Carrigmore*, pkt 16 i C–501/06 P *Glaxo SmithKline*, pkt 58.

<sup>22</sup> Orzeczenie TS C–209/07 *Carrigmore*, pkt 21.

jak brak rzeczywistych efektów nie wyklucza takiej klasyfikacji<sup>23</sup>. Można więc stwierdzić, że mimo przywoływanego brzmienia przepisu art. 4 rozporządzenia 330/2010, w świetle zaprezentowanej linii orzeczniczej TS, różnica między ograniczeniami ze względu na cel i ze względu na efekt pozostaje semantyczna (Wijckmans i Tuytschaever, 2018, s. 176)<sup>24</sup>.

Przyjęcie takiego założenia jest istotne w kontekście oceny tytułowych praktyk, ponieważ tutaj cel ograniczający nigdy nie istnieje (przynajmniej nie wprost). Tak samo jak nie będzie istnieć bezpośrednio ograniczenie. Z perspektywy przewoźnika „pokrzywdzonego” problemem jest nie tyle kształt jego relacji z portem lotniczym, ile zasadniczo bardziej korzystna relacja jaką ów port ma z inną linią lotniczą. Biorąc pod uwagę, że koszt wykorzystania infrastruktury lotniskowej jest jednym z elementów determinujących ostateczną cenę biletu, tytułową praktykę można próbować interpretować jako niebezpośrednie usiłowanie ograniczenia „prawa nabywcy do ustalania ceny sprzedaży” w rozumieniu art. 4 lit a rozporządzenia 330/2010<sup>25</sup>. Rozporządzenie stanowi dalej, że ograniczenie następuje „(...) bez uszczerbku dla możliwości narzucenia przez dostawcę maksymalnej ceny sprzedaży lub zalecania ceny sprzedaży, pod warunkiem, że nie skutkują one sztywną lub minimalną ceną sprzedaży w wyniku presji lub zachęt którejkolwiek ze stron”.

O ile rzeczywiście wpływ na cenę będzie występować, o tyle jednocześnie, co wynika wprost z drugiej części cytowanego przepisu, a mówiąc ogólniej – z samej istoty gospodarki rynkowej, nie można przecież ograniczać prawa dostawcy do ustalania swoich cen<sup>26</sup>. Przepis jest więc trudny do prostego „dopasowania” do tytułowej sytuacji także dlatego, że wielokrotnie wspomnianym problemem nie jest narzucenie przedsiębiorstwu wysokich cen utrudniających lub uniemożliwiających prowadzenie działalności, tylko preferencyjne warunki, jakie otrzymuje inny operator. Istniejące orzecznictwo powstałe w kontekście stosowania rozporządzenia 330/2010 nie dostarcza żadnych wskazówek interpretacyjnych, ze względu na zasadnicze różnice w stanach faktycznych spraw<sup>27</sup>. Można więc z pewną ostrożnością skonkludować, że próba wyłączenia opisywane relacje spod przywileju wyłączenia grupowego będzie balansować na granicy wykładni *contra legem*. W takiej sytuacji, nawet zakładając, że dane ekonomiczne będą przemawiać za istnieniem zaburzającego skutku, skarga byłaby formalnie kontrowersyjna i wymagałaby dyskusyjnego quasi-precedensu orzeczniczego.

Abstrahując w tej chwili od oceny ryzyka „ręcznego sterowania” rynkiem, pojawiającego się przy ingerencji w politykę cenową wertykalnie usytuowanych względem siebie niekonkurujących kontrahentów i utrzymując na potrzeby dyskusji wzmiankowane założenie, że dane pokazują zaburzenie konkurencji i wykluczenie innych operatorów z rynku, na tyle poważne, że przedstawiony

<sup>23</sup> Orzeczenia TS C–8/08 *T-Mobile*, pkt 31 i 39; C–501/06 P *Glaxo SmithKline*, pkt 64. Sama intencja nie ma przez to znaczenia w kontekście stosowania art. 4 rozporządzenia 330/2010. Zob. w związku z tym komentarz Rzecznik Generalnej Trstenjak do sprawy C-209/07 *Carrigmore* (ECLI:EU:C:2008:467), pkt 45.

<sup>24</sup> Należy odnotować, że powyższe stanowisko, choć dominujące, bywa kontestowane. Zob. *a contrario* (Dethmers, Posthuma De Boer, 2009, s. 424–426).

<sup>25</sup> O ile istnieją dokładne statystyki pokazujące uśrednione wartości podziałów kosztów przewoźników lotniczych pomiędzy poszczególne kategorie wydatków, o tyle dokładny podział będzie zawsze inny dla każdego przedsiębiorstwa. Dodatkowo należy odnotować, że część wydatków dokonywanych jest na poziomie centralnym, zatem nie można przypisać ich do konkretnej operacji lotniczej (Belobaba, Barnhart i Odoni, 2015, s. 127 i n.). Mierzalny wpływ na cenę sprzedaży biletów na konkretną trasę jest więc pewnym teoretycznym założeniem.

<sup>26</sup> Zob. dyskusja Hylton, 2010, s. 223. Uwzględniając różnice w porządkach prawnych, ogólny teoretyczny wzorzec interpretacyjny zestawiający swobody gospodarki rynkowej z ograniczeniami, jakie są konieczne dla ochrony tejże gospodarki w kontekście zakresu swobody przedsiębiorstw do ustalania polityki cenowej w ramach kooperacji wertykalnej znajduje się w wyr. Sądu Najwyższego ze Stanów Zjednoczonych w sprawie *Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co.* (220 U.S. 373 (1911)).

<sup>27</sup> Por. orzeczenia TS z 25.10.1983 r. w sprawie 107/82 *Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG v. Komisja Wspólnot Europejskich* (ECLI:EU:C:1983:293), która dotyczyła porozumienia w zakresie serwisu urządzeń elektronicznych; z 02.04.2009 r. w sprawie C–260/07 *Pedro IV Servicios SL v Total España SA* (ECLI:EU:C:2009:215), które dotyczyło porozumienia w zakresie dystrybucji paliw; Sądu z 15.09.2001 r. w sprawie T–325/01 *DaimlerChrysler AG v. Komisja Wspólnot Europejskich* (ECLI:EU:T:2005:322), które dotyczyło dystrybucji nowych i używanych samochodów.

zakres wyłączenia blokowego zaczyna być traktowany jako luka, wówczas Komisja, działając na podstawie art. 29 ust. 1 rozporządzenia Rady 1/2003 w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu może wycofać przywilej wyłączenia w konkretnej sprawie<sup>28</sup>. *Prima facie* jest to optymalne rozwiązanie pozwalające powrócić do bezpośredniego stosowania przepisu traktatowego dającego większą swobodę interpretacyjną dla oceny nietypowych relacji gospodarczych.

Mimo tego przyjęta na potrzeby stosowania art. 101 TFUE interpretacja pojęcia „odczuwalności ograniczenia konkurencji”, skonkretyzowana w *Obwieszczeniu de minimis*, zdaniem autora, nie nadaje się do oceny tytułowych relacji gospodarczych<sup>29</sup>. Stosowana ocena bazuje na kryterium udziału w rynku, jeżeli zaangażowane przedsiębiorstwa przekroczą określony łączny próg udziałów, wówczas uznaje się, że kooperacja między nimi jest odczuwalna na całym rynku (Faull i Nikpay, 2014, s. 267–268). Tymczasem w odniesieniu do wyznaczenia rynku właściwego, przypadku usług przewozu lotniczego KE stosuje podejście tzw. O&D (*Point of Origin – Point of Destination*). Zgodnie z nim każda para miast, punktów terminalnych trasy stanowi odrębny rynek geograficzny (Faull i Nikpay, 2014, s. 1791–1792). Choć w nowszych postępowaniach Komisja odnotowała, że kwestia dalszego transferu ma znaczenie dla pasażerów, przez co przyjęte podejście, nieuwzględniające tego elementu, wypacza obraz realnej konkurencji na rynku, to nie uznała za celowe go zmodyfikować, argumentując (logicznie poprawnie), że dla pasażerów nieodbywających podróży „z przesiadką” kwestia czy dany przewoźnik posiada w swojej ofercie szeroki katalog lokacji docelowych dzięki połączeniom transferowym jest bez znaczenia<sup>30</sup>. Wyznaczanie rynku relewantnego w dotychczasowej praktyce decyzyjnej Komisji nie abstrahuje jednak zupełnie od badania występowania efektu sieciowego, jednak dokonuje się go na późniejszych etapach analizy w związku z oceną występowania potencjalnej konkurencji, istniejących barier wejścia, czyli w sytuacjach mających mniejsze znaczenie dla istoty zaburzenia w tytułowej sytuacji (Faull i Nikpay, 2014, s. 1792)<sup>31</sup>. Nie jest jasne, na ile dotychczasowa linia interpretacji może być tu zastosowana *per analogiam*.

W obliczu powyższego, przywoływana wykładnia odczuwalności zaburzenia konkurencji, bazująca na kryterium udziału w rynku, będzie więc pasować do sytuacji, gdy przewoźnicy posiadają w swoich ofertach pokrywające się połączenia. Bez tego wciąż teoretycznie możliwa będzie próba skonstruowania interpretacji wskazującej skutek w postaci zamknięcia rynków równoległych. W tym

<sup>28</sup> Rozporządzenie Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu (Dz. Urz. UE 2003 L 1/1). Ocena jakości, metodologii, wymaganego standardu danych pozwalających na osiągnięcie konkluzji, że praktyka jest szkodliwa dla rynku jest odrębną kwestią, która leży poza zakresem niniejszego opracowania. Na potrzeby analizowanego zagadnienia autor przyjął założenie, że takie dane istnieją a ich interpretacja jest wystarczająco jednoznaczna.

<sup>29</sup> Komunikat Komisji – Zawiadomienie w sprawie porozumień o mniejszym znaczeniu, które nie ograniczają odczuwalnie konkurencji na mocy art. 101 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (zawiadomienie *de minimis*) (Dz. Urz. UE 2014 C 291/4). Praktyka może być jednak uznana za szkodliwą dla rynku mimo nieprzekroczenia progów sformułowanych w obwieszczeniu *de minimis*, które dlatego powinno być traktowane jedynie jako ogólny wskaźnik. Zob. orzeczenia TS z 08.06.1995 r. w sprawie T-7/93 *Langnese Iglo GmbH v. Komisja Wspólnot Europejskich* (ECLI:EU:T:1995:98), pkt 98; z 15.09.1998 r. w sprawach połączonych T-374/94, T-375/94, T-384/94 i T-388/94 *European Night Services Ltd (ENS), Eurostar (UK) Ltd, formerly European Passenger Services Ltd (EPS), Union internationale des chemins de fer (UIC), NV Nederlandse Spoorwegen (NS) i Société nationale des chemins de fer français (SNCF) v. Komisja Wspólnot Europejskich* (ECLI:EU:T:1998:198), pkt 102;

<sup>30</sup> Zob. dec. KE M.2041 – *United Airlines/US Airways* [niepublikowana], pkt 10 – 16; COMP/M.3280 – *Air France/KLM* (Dz. Urz. UE 2004 C 60/5), pkt 130–135 gdzie zastosowano „sztywne” podejście O&D, natomiast w dec. COMP/F-1/39.596 – *BA/AA/IB (oneworld)*, [niepublikowana], pkt 18 porty obsługujące Londyn zostały uznane za punkty terminalne jednego rynku relewantnego, choć należy odnotować, że infrastrukturalne uwarunkowania Londynu czynią go nieporównywalnym z żadną inną europejską metropolią.

<sup>31</sup> W nowszych postępowaniach, Komisja stanęła na stanowisku, że w sytuacji gdy węzłowe porty lotnicze stanowią elementy rynków relewantnych poprzez fakt oferowania dużej ilości połączeń transferowych i wysoki odsetek osób podróżujących „z przesiadką” mogą powstawać antykonkurencyjne efekty niezwiązane bezpośrednio z konkretnymi połączeniami wyznaczanymi metodą O&D. Zob. dec. KE COMP/M.5440 – *Lufthansa/Austrian Airlines* (Dz. Urz. UE 2010 C 16/11), pkt 269–274; COMP/M.6447 – *IAG/bmi* (Dz. Urz. UE 2012 C 161/2), pkt 483–506.



wypadku, rynek produktu będzie cały czas ten sam, natomiast powiązanie rynku geograficznego będzie poprzez port lotniczy stanowiący terminalny punkt niepokrywających się tras przewoźników<sup>32</sup>. Wówczas, analizując relację między przedsiębiorstwami, które nie są konkurentami, a które są do pewnego stopnia współzależne poprzez bycie związanymi transakcjami handlowymi ocena musi skupić się, na tym czy skutkiem jest odczuwalne (*appreciable*) ograniczenie konkurencji na rynku *downstream*. Innymi słowy, nacisk badania powinien być położony nie tyle na kwestii polepszenia sytuacji jednego z przedsiębiorstw, ile istnienia utrudnień w możliwości działania pozostałych<sup>33</sup>.

Pewny ogólny szablon interpretacyjny znaleźć można w niedotyczącej transportu lotniczego sprawie *Brasserie de Haecht*, która choć pochodzi z 1967 roku pozostaje relewantna, dała bowiem początek linii orzeczniczej<sup>34</sup>. Trybunał stwierdził, wbrew wcześniejszej konkluzji Komisji, że fakt istnienia dużej ilości równoległych, podobnych kontraktów może mieć znaczenie, jeżeli ich ogół jest w stanie ograniczyć swobodę działalności przedsiębiorstw<sup>35</sup>. Jeżeli zatem każde połączenie do/z danego portu lotniczego potraktować jako osobny kontrakt w powyższym rozumieniu (nie ma w tym miejscu znaczenia, że przewoźnik zawiera z portem jedną umowę dotyczącą stawek za lądowania), możliwe jest wówczas odejście od podejścia O&D każącego rozpatrywać każdą trasę w izolacji i przyjęcie szerszego spojrzenia oceniającego sytuację wszystkich operacji „pokrzywdzonego” przewoźnika w danym porcie lotniczym, lub istnienia barier dla jego wejścia z nowymi połączeniami do/z portu<sup>36</sup>.

Bardziej holistyczne spojrzenie może być jednak krytykowane jako obniżające standard dowodowy postępowania, bo nieuchronnie wiąże się z porzuceniem wyznaczenia rynku relewantnego i tym samym automatycznie odejściem od ugruntowanej oceny odczuwalności praktyki bazującej na udziale w rynku. Wydaje się jednak, że istotą tego podejścia jest większa elastyczność, co choć zawsze powoduje ryzyko arbitralności, nie jest jednak tożsame z pogorszeniem standardów badania sprawy, zwłaszcza jeżeli negatywne skutki dla rynku wynikają z działalności, która typowo (w większości przypadków) nie powoduje tego typu zakłócających efektów. Podczas oceny takiej sytuacji, przesłanki procesu konkurowania, czyli inaczej mówiąc efektywna alokacja zasobów i dobrobyt konsumentów, a zatem cele całego unijnego prawa konkurencji, powinny – jako przesłanka decydująca o kształcie rozstrzygnięcia – mieć pierwszeństwo przed dogmatycznie pojmowanym metodologicznym standardem badania wpływu na rynek.

Ocena praktyki wymagać będzie więc sięgnięcia po swego rodzaju reguły rozsądku. Choć Trybunał stoi na stanowisku, że mająca swoje źródło w amerykańskim prawie antytrustowym (odpowiedniku unijnego prawa konkurencji) nie istnieje w prawie UE w swojej „oryginalnej” formie

<sup>32</sup> Zakładając, że produkt będzie porównywalny dla wystarczająco dużej grupy pasażerów. Występuje szereg czynników, jak cena, czas, klasa, etc., które wpływają na atrakcyjność oferty przewoźnika dla konsumentów w zależności od preferencji (Belobaba, Barnhart i Odoni, 2015, s. 55–64). Zatem choć kategoria konsumentów jest sama w sobie wewnętrznie zróżnicowana, to uwzględniając charakterystykę ruchu lotniczego w regionalnych portach lotniczych wspomniane wcześniej założenie porównywalności rynku produktu jest możliwe (Postorino, 2011, s. 60 i n.).

<sup>33</sup> Zob. *inter alia* orzeczenia Sądu w sprawach połączonych T–374/94, T–375/94, T–384/94 i T–388/94 *European Night Services*, pkt 137; z 23.10.2003 r. w sprawie T–65/98 *Van den Bergh Foods Ltd v. Komisja Wspólnot Europejskich* (ECLI:EU:T:2003:281), pkt 83; z 18.09.2001 r. w sprawie T–112/99 *Métropole télévision (M6), Suez-Lyonnaise des eaux, France Télécom and Télévision française 1 SA (TF1) v. Komisja Wspólnot Europejskich* (ECLI:EU:T:2001:215).

<sup>34</sup> Orzeczenie TS z 12.09.1967 r. w sprawie 23–67 *SA Brasserie de Haecht v Consorts Wilkin-Janssen* (ECLI:EU:C:1967:54).

<sup>35</sup> Orzeczenie TS 23-67 *Brasserie de Haecht*, P.415.

<sup>36</sup> Można z dużą ostrożnością stwierdzić, że *implicite* dopuszczenie przedstawionego powyżej traktowania liczby operacji w danym porcie lotniczym jako bariery wejścia można znaleźć w postrzeganiu efektu sieciowego w dec. COMP/M.5440 – *Lufthansa/Austrian Airlines* i COMP/M.6447 – *IAG/bmi*. Dodatkowo w dec. COMP/M.3280 – *Air France/KLM* Komisja stwierdziła, że mocna pozycja przewoźników na danym rynku (akurat rozumianym tylko jako O&D) stanowi czynnik zniechęcający innych, słabszych operatorów o wejścia, nawet jeśli ów silny podmiot nie ma historii agresywnych działań wymierzonych w konkurentów. Znowu, choć przedstawione interpretacje nie pasują bezpośrednio do opisywanej sprawy, to wydaje się, że mogą stanowić pewną ogólną wskazówkę interpretacyjną przemawiającą za akceptowalnością przedstawianej w tekście wykładni.

(choć jest to raczej kwestia semantyczna), to jednocześnie można powiedzieć, że jej funkcjonalny odpowiednik stanowi tzw. formuła *Delimitis* (Whish i Bailey, 2012, s. 134)<sup>37</sup>. Wykładnia dokonana w sprawie, która dała nazwę formule dotyczyła zagadnienia czy porozumienie wpływa negatywnie na szansę konkurentów do uzyskania dostępu do rynku lub zwiększenia odsetka posiadanych udziałów, więc stanu faktycznego wyraźnie porównywalnego z tytułową kwestią<sup>38</sup>. Trybunał stwierdził, że praktyka będzie naruszać art. 101 ust. 1 TFUE, jeśli spełnia dwie kumulatywne przesłanki, po pierwsze, utrudnia powiększenie udziału w rynku działającym konkurentom, a po drugie, musi mieć charakter wykluczający (*Sealing-off effect*) utrudniając wejście nowym podmiotom<sup>39</sup>. Skupienie się na wykluczającym efekcie generalnie przyjęło się w orzecznictwie, choć należy zaznaczyć, że wykładnia nie jest całkowicie spójna<sup>40</sup>.

Przedstawiona powyżej argumentacja opiera się na założeniu, że istnieją wystarczająco dokładne analizy ekonomiczne ukazujące spełnienie wspomnianych warunków. Tymczasem w przypadku porozumień wertykalnych stwierdzenie wykluczającego wpływu na potencjalną konkurencję może być trudne metodologicznie i tym samym kłopotliwe procesowo, bo opiera się na ocenie przyszłych i przez to niepewnych działań przedsiębiorstwa. Z jednej strony, można twierdzić, że decyzja o niewejściu na rynek jest czymś negatywnym, ponieważ pozbawia rynku nowego elementu presji konkurencyjnej, z drugiej zaś – należy także podkreślić, że nie musi być skutkiem dysfunkcyjnej struktury tego rynku. Powstaje zatem pytanie, na które nigdy nie będzie można udzielić przekonującej odpowiedzi, jaki jest ostateczny czynnik sprawczy decyzji przewoźnika o powstrzymaniu się od wejścia lub ekspansji, jak duże znaczenie miała istniejąca „zmowa”. Poza tym wydaje się, że sama istota wykluczającego efektu jest dotknięta pewnym defektem logicznym: Choć w dowolnym momencie można stwierdzić, że przedsiębiorstwo nie weszło na rynek, ale nie wiadomo czy wejście było w ogóle rozważane<sup>41</sup>. Tylko sam zainteresowany podmiot dysponuje informacjami dotyczącymi swoich wewnętrznych procesów decyzyjnych, ale gdyby ten element miał stać się częścią postępowania, wówczas można kwestionować wiarygodność informacji dostarczanych przez to przedsiębiorstwo, wskazując na konflikt interesów<sup>42</sup>.

W obliczu powyższego, zmierzając jednocześnie do podsumowania tego segmentu analizy, należy zauważyć, że stwierdzenie wykluczającego efektu prowadzącego do uznania naruszenia art. 101 ust. 1 TFUE może odbyć się tylko na podstawie hipotetycznego scenariusza oceniającego warunki wejścia i ekspansji na rynek. Przez to ocena istotnych utrudnień stawia „wysoko

<sup>37</sup> Orzeczenie TS z 28.02.1991 r. w sprawie C-234/89 *Stergios Delimitis v Henninger Bräu AG* (ECLI:EU:C:1991:91). Ocena czy rzeczywiście w prawie UE występuje reguła rozsądku jest stale przedmiotem kontrowersji. Zdania występujące w doktrynie są rozbieżne (zob. przegląd stanowisk w Frenz, 2010, s. 391–393) tak samo jak orzecznictwo nie jest spójne. Por. *inter alia* interpretacja w orzeczeniu TS w sprawach połączonych 56–64 i 58–64 *Consten Grundig* z interpretacją w orzeczeniach TS z 08.06.1982 r. w sprawie 258/78 *L.C. Nungesser KG and Kurt Eisele v. Komisja Wspólnot Europejskich* (ECLI:EU:C:1982:211) i z 06.10.1982 r. w sprawie 262/81 *Coditel SA, Compagnie générale pour la diffusion de la télévision, and others v Ciné-Vog Films*.

<sup>38</sup> Sprawa dotyczyła umowy zawartej między browarem a podmiotami posiadającymi licencje na sprzedaż napojów alkoholowych, gdzie warunki sprzedaży piwa ulegały regresywnemu pogorszeniu wraz ze zmniejszeniem wolumenu kupowanych produktów (ale nie ulegały polepszeniu w stosunku do warunków bazowych wraz ze wzrostem wolumenu).

<sup>39</sup> Orzeczenie C-234/89 *Delimitis*, pkt 15 i 27.

<sup>40</sup> Zob. orzeczenia TS C-501/06 P *Glaxo SmithKline* i Sądu sprawie T-328/03 O2. Wydaje się, że stan faktyczny tych orzeczeń nie pozwala na formułowanie jakichkolwiek analogii z tytułowym zagadnieniem.

<sup>41</sup> Dla zaadresowania tego problemu stosuje się „odwroconą” optykę, badając czy domniemany dominant jest podatny, wrażliwy na wejście nowych podmiotów, które mają potencjał zagrożenia jego pozycji. Podejście nie rozwiązuje zasygnalizowanego problemu logicznego, ale od strony procesowej czy też technicznej jest użyteczne (Fox i Sullivan, 1987, s. 975).

<sup>42</sup> Zob. dec. KE COMP/M.4439 — Ryanair/Aer Lingus (Dz. Urz. UE 2008 C 47/9), gdzie Komisja zakwestionowała dane przedsiębiorstwa mającego interes w konkretnym wyniku sprawy, wskazując na konflikt interesów i wymagając w takich sytuacjach możliwości obiektywnej i niezależnej weryfikacji przedstawionych danych. Sprawa dotyczyła próby koncentracji, gdzie Ryanair, chcący przejąć Aer Lingus, usiłował wykazać pozytywne efekty koncentracji, zatem po raz kolejny stan faktyczny bezpośrednio nie przystaje do tytułowego zagadnienia, w związku z czym sprawę należy traktować jedynie jako ogólny wskaźnik sposobu rozumowania.

poprzeczkę” przed KE, jeżeli chodzi o rygoryzm metodologiczny badań. Można rozważyć czy nie byłoby celowe określenie *ex ante* w formie dokumentu *soft law* pewnych dodatkowych indykatorów, jak na przykład czy uczestnik porozumienia ma historię działań agresywnych wymierzonych w nowych konkurentów chcących wejść na rynek i jaka jest relatywna wielkość konkurentów (mierzona np. globalnym obrotem). Generalnie jednak, obecnie choć możliwość skorzystania z przepisu art. 101 ust. 1 TFUE istnieje, jest praktycznie trudna.

## V. Ocena istnienia i nadużycia pozycji dominującej

W szeroko pojętym transporcie lotniczym przepis art. 102 TFUE był jak dotąd stosowany jedynie incydentalnie (choć najistotniejsza sprawa *Virgin/British Airways* dotyczyła właśnie porozumień wertykalnych na połączonym rynku dystrybucji biletów) za co wydaje się odpowiada wysoka konkurencyjność sektora, sposób podejścia do wyznaczania rynku relewantnego w obszarze samych usług transportowych, a przede wszystkim fakt, że aktywność podlega w pierwszym rzędzie kontroli albo pod kątem zgodności z art. 101 TFEU albo art. 107 TFUE. Przepis, art. 102 TFUE odgrywa więc rolę „sieci bezpieczeństwa”, będąc bezpośrednio skuteczną i niederogowaną (Faull i Nikpay, 2014, s. 331–332)<sup>43</sup>. W tytułowej sytuacji, zakładając, że działalność nie będzie przypisywalna państwu, wyłączając tym samym reżim prawa subwencyjnego i biorąc pod uwagę przedstawione kontrowersje związane ze stosowaniem art. 101 TFUE konieczne może okazać się sięgnięcie po art. 102 TFUE.

W „tradycyjnej” linii orzeczniczej wywodzącej się ze sprawy *Hoffman-La Roche* wskazywano, że w sytuacji istnienia dominacji ewentualne porozumienia są w rzeczywistości fikcyjne, gdyż to ów dominant narzuca warunki kooperacji, a pozostali uczestnicy nie mają wyboru czy je zaakceptować<sup>44</sup>. Innymi słowy, kooperacja jest faktycznie działaniem unilateralnym przedsiębiorstwa dominującego (O’Donoghue i Padilla, 2013, s. 37).

Przy próbie przełożenia istniejącego dorobku związanego z interpretacją art. 102 TFUE do tytułowej sytuacji pojawia się zasadnicze pytanie, na które wspomniane orzecznictwo nie dostarcza już odpowiedzi – kto jest przedsiębiorstwem dominującym. Należy bowiem wskazać, że przywoływana linia orzecznicza dotyczyła podmiotów pozostających w relacji horyzontalnej, a więc w bezpośredniej konkurencji<sup>45</sup>. W opisywanym przypadku, gdyby przyjąć perspektywę powoda i odwołując się do naszkicowanego we wstępie mechanizmu, podmiotem stosującym praktykę wykluczającą polegającą na nałożeniu nierównych warunków handlowych będzie port lotniczy działający na rzecz (niejako „w imieniu”) dominującego przewoźnika (Por. Francis, Humphreys i Inson, 2017, s. 155–162; Peoples i Bitzan, 2017, s. 361–380). Zatem istniałaby tu hybrydowa, „trójkątna” relacja.

Powyższa wykładania budzi pewne kontrowersje. Po pierwsze, udzielona powyżej odpowiedź na pytanie kto jest podmiotem dominującym wcale nie jest oczywista. Można próbować dowodzić, że podmiotem posiadającym pozycję dominującą jest port lotniczy. Kwestia jest bardzo kontrowersyjna, ponieważ w naukach ekonomicznych od lat toczy się debata czy porty lotnicze w ogóle posiadają siłę rynkową (Gillen, Forsyth, Müller i Niemeier, 2010; Maertens, 2012; Polk i Bilotkach,

<sup>43</sup> Nawet jeśli dana praktyka została wcześniej uznana za zgodną z rynkiem wewnętrznym na podstawie art. 101 ust. 3 TFUE.

<sup>44</sup> Orzeczenie TS z 13.02.1979 r. w sprawie 85/76 *Hoffmann-La Roche & Co. AG v. Komisja Wspólnot Europejskich* (ECLI:EU:C:1979:36).

<sup>45</sup> Orzeczenia Sądu z 10.06.1990 r. w sprawie T-51/89 *Tetra Pak Rausing SA v. Komisja Wspólnot Europejskich* (ECLI:EU:T:1990:41); z 10.07.2010 r. w sprawie T-321/05 *AstraZeneca AB and AstraZeneca plc v. Komisja Europejska* (ECLI:EU:T:2010:266).

2012). Innymi słowy, czy występuje konkurencja między portami lotniczymi. Opinie w tej sprawie są diametralnie rozbieżne tak samo, jak dane nie pozwalają na sformułowanie jednoznacznej konkluzji. Relatywnie prosta sytuacja występuje w przypadku obiektów obsługujących jeden obszar miejski, gdyż wówczas, możliwe jest stwierdzenie pokrywających się obszarów ciężenia (które jednak nie będą zupełnie tożsame, bo modyfikowane będą min. istniejąca infrastruktura transportowa z jednej strony i preferencjami pasażerów z drugiej)<sup>46</sup>. W takim wypadku zastosowanie mógłby znaleźć standardowy test SSNIP pozwalający wykazać substytucyjność obiektów implikujących konkurencje między nimi<sup>47</sup>.

O ile takie podejście wykazuje na pierwszy rzut oka pewną logiczną poprawność, o tyle, zdaniem autora, jest zupełnie irrelewantne. Po pierwsze, opiera się na kontrfaktycznym założeniu, że porty lotnicze są zupełnie substytucyjne<sup>48</sup>. Tymczasem biorąc pod uwagę kształt sieci portów lotniczych w UE, jeżeli nawet występuje konkurencja między obiektami obsługującymi jeden obszar metropolitalny, to główny port nie będzie miał problemów z przyciągnięciem ruchu lotniczego, nie będzie zatem nigdy zależny od przewoźnika<sup>49</sup>. Z perspektywy zarządu takiego portu, prowadzenie polityki oferowania szczególnie preferencyjnych rabatów dla przyciągnięcia ruchu lotniczego będzie więc nie tylko bezcelowe, lecz także może być wręcz postrzegane jako działanie na szkodę przedsiębiorstwa (Gillen, Forsyth, Müller i Niemeier, 2010, s. 47 i n.). Jednakże drugorzędny port lotniczy, uwzględniając powyższe uwarunkowania, nawet jeżeli stosuje szczególnie nadmiernie korzystne stawki, to przecież nie można stwierdzić jego dominacji *vis-a-vis* głównego portu danej metropolii (Gillen, Forsyth, Müller i Niemeier, 2010, s. 77 i n.). Natomiast jeżeli port lotniczy obsługuje mniejszy ośrodek miejski, pozostaje więc jedynym obiektem obsługującym dany obszar, wówczas pozornie wydaje się, że automatycznie posiada pozycję dominującą<sup>50</sup>. W rzeczywistości, jeżeli okoliczności rynkowe sprawiają, że zarząd obiektu musi podejmować kroki służące przyciągnięciu ruchu lotniczego (poprzez preferencyjny, progresywny system stawek), nie tylko nie posiada dominacji rozumianej jako pewnego rodzaju „swoboda manewru”, a wręcz przeciwnie można argumentować, że to przewoźnik dysponować będzie pewną przewagą kontraktową (Francis, Humphreys i Inson, 2017, s. 155–162).

W obliczu powyższego wydaje się, że interpretacja przypisująca dominację portowi lotniczemu jest nie do obrony. Alternatywna interpretacja bazująca na założeniu, że podmiotem dominującym jest przewoźnik, również nie jest pozbawiona kontrowersji biorąc pod uwagę sposób wyznaczania rynku relewantnego O&D przedstawiony w poprzednim paragrafie. W opisywanym

<sup>46</sup> Mechanizm został dostrzeżony przez brytyjską Competition Commission (działającą przy już nieistniejącym Office of Fair Trading) badającą działalność BAA – British Airport Authority (obecny Heathrow Airport Holdings, przed prywatyzacją BAA była operatorem poza Heathrow także Stansted, Gatwick, Edinburgh, Glasgow, Aberdeen). *Raporty BAA airports market investigation* i *Working paper on market definition. BAA Airports Market Investigation*, które powstały w toku postępowania i przedstawiają opisywany mechanizm są dostępne pod adresami: <https://www.gov.uk/cma-cases/baa-airports-market-investigation-cc> (10.02.2018); [https://assets.publishing.service.gov.uk/media/57399d43ed915d152d00000b/evaluation\\_of\\_baa\\_market\\_investigation\\_remedies.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/media/57399d43ed915d152d00000b/evaluation_of_baa_market_investigation_remedies.pdf) (10.02.2018).

<sup>47</sup> W przypadku transportu lotniczego test SSNIP został z powodzeniem zastosowany w sprawie dotyczącej brytyjskiego BAA.

<sup>48</sup> Substytucyjność portów jest konsekwencją ich siły rynkowej, bo implikuje konkurencję, co jak zostało wspomniane jest stale przedmiotem dyskusji (Gillen, Forsyth, Müller i Niemeier, 2010; Maertens, 2012; Polk i Bilotkach, 2012).

<sup>49</sup> W Europie w większości portów lotniczych obsługujących wiodące ośrodki miejskie, zwłaszcza stolice, z reguły jeden operator sieciowy będzie posiadał zdecydowanie mocniejszą pozycję, będącą pozostałością jego przedliberalizacyjnego statusu „przewoźnika narodowego”. Choć prawdziwym pozostaje twierdzenie, że charakterystyka rynku metropolii właściwie gwarantuje możliwość utrzymania portu to jednocześnie jest nierealistycznym, by linia sieciowa mająca swoją bazę w danym obiekcie, gdzie koncentrują się jej operacje transferowa, dokonała relokacji do innego portu, zatem nie można relacji między taką linią a portem sprowadzać do prostej zależności ekonomicznej (Gillen, Forsyth, Müller i Niemeier, 2010; Starkie, 2016).

<sup>50</sup> Po orzeczeniu Sądu z 22.11.2001 r. w sprawie T-139/98 *Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato (AAMS) v. Komisja Wspólnot Europejskich* (ECLI:EU:T:2001:272), gdzie Sąd uznał, że w sytuacji legalnego monopolu podmiot automatycznie posiada pozycję dominującą. W opisywanym przypadku sytuacja zbliżona jest do naturalnego monopolu, zatem interpretacja z przywoływanej sprawy pozostaje relewantna.

przypadku, nawet uwzględniając efekt sieciowy, przewoźnicy korzystający z danego portu tylko częściowo znajdować się będą na jednym rynku relewantnym (w przypadku pokrywających się tras). Uwzględniając faktyczną zależność portu od przewoźnika pewnym rozwiązaniem może okazać się próba wykazania istnienia kolektywnej dominacji. Tradycyjnie występuje ona, gdy gospodarze związki między formalnie niepowiązаныmi przedsiębiorstwami sprawiają, że te zachowują się jak jeden organizm gospodarczy<sup>51</sup>. Choć w praktyce decyzyjnej KE kolektywna dominacja w układzie wertykalnym jest spotykana, to zasadniczym problemem pozostaje sama metodologia stwierdzenia dominacji. Można stwierdzić, że wszystkie problemy pojawiające się w kontekście wyznaczania pozycji rynkowej i odczuwalności działalności na potrzeby stosowania art. 101 TFUE (przedstawione we wcześniejszym paragrafie) będą również występować w ramach stosowania art. 102 TFUE. Innymi słowy, intuicyjnie rozumiana kategoria dominacji w porcie lotniczym nie istnieje w sensie prawnym.

W sytuacji pokrywających się tras, zakładając, że pozostałe parametry (taryfy, klasa, godziny etc.) są porównywalne, przez co połączenia są konkurencyjne, będzie możliwe wykazanie wpływu przedmiotowych rabatów (Alderighi, Cento, Nijkamp i Rietveld, 2012, s. 223; Gillen, Forsyth, Müller i Niemeier, 2010, s. 22). Gdyby pozostać w obrębie wąsko rozumianego rynku relewantnego O&D, można próbować dowodzić dyskryminacyjnego charakteru praktyki (portu działającego faktycznie jako reprezentant największej linii). Argumentować wówczas, że działanie wykazuje cechy dyskryminacji cenowej poprzez nałożenie nierównych warunków do równoważnych transakcji w rozumieniu art. 102 lit. c TFUE (O'Donoghue i Padilla, 2013, s. 245–246).

Ocena komplikuje się w przypadku niepokrywających się połączeń (dużo częstszym w praktyce). Zgodnie z ugruntowaną linią orzecniczą TS wyznaczenie rynku relewantnego jest traktowane jako warunek konieczny poprzedzający merytoryczną ocenę<sup>52</sup>. Pozostając przy rygorystycznie pojmowanym podejściu O&D, dominacji wykazać się nie da. Wydaje się, że rozwiązaniem mogłaby być modyfikacja podejścia i uznanie samego portu lotniczego za rynek i wówczas udział poszczególnych uczestników oceniony zostałby na podstawie odsetka operacji lotniczych, jakie prowadzą do/z obiektu<sup>53</sup>. Należy jednak zauważyć, że skala udziału w rynku nie jest elementem samej definicji pozycji dominującej, jedynie jednym z indykatorów jej występowania (O'Donoghue i Padilla, 2013, s. 143). Pozostaje więc do odrębnej oceny czy owa pozycja prowadzi do wystąpienia dwóch kluczowych elementów – możliwości niezależnego działania dominanta i uniemożliwienia efektywnej konkurencji<sup>54</sup>.

Choć w prawie UE pozycja dominująca jest modelowo definiowana jako swoboda przedsiębiorstwa do działania bez konieczności uwzględniania reakcji konkurentów, to należy odnotować, że ta przesłanka jest pewnym prawnym konstruktem, nie zaś oceną odzwierciedlającą realne procesy decyzyjne podmiotu (Nazzini, 2012, s. 337–338). W naukach ekonomicznych wskazuje

<sup>51</sup> Orzeczenia TS z 27.04.1996 r. w sprawie C-393/92 *Municipality of Almelo i inni v. NV Energiebedrijf IJsselmij* (ECLI:EU:C:1994:171); z 16.03.2000 r. w sprawach połączonych C-395/96 P i C-396/96 P *Compagnie maritime belge transports SA (C-395/96 P), Compagnie maritime belge SA i Dafra-Lines A/S v. Komisja Wspólnot Europejskich* (ECLI:EU:C:2000:132) oraz Sądu z 10.03.1992 r. w sprawach połączonych T-68/89, T-77/89 i T-78/89 *Società Italiana Vetro SpA, Fabbrica Pisana SpA and PPG Vernante Pennitalia SpA v. Komisja Wspólnot Europejskich (Italian Flat Glass)* (ECLI:EU:T:1992:38); z 26.01.2005 r. w sprawie T-193/02 *Laurent Piau v. Komisja Wspólnot Europejskich* (ECLI:EU:T:2005:22).

<sup>52</sup> Orzeczenia TS z 14.02.1978 r. w sprawie 27/76 *United Brands Company and United Brands Continentaal BV v. Komisja Wspólnot Europejskich (Chiquita Bananas)* (ECLI:EU:C:1978:22), pkt 10; 85/76 *Hoffmann-La Roche*, pkt 21. Analogiczny wymóg nie istnieje w kontekście oceny wpływu na rynek jeżeli dana praktyka pozostawałaby w domenie prawa pomocy publicznej.

<sup>53</sup> Jest to wariant rozważany w naukach ekonomicznych ale także w kontekście regulacyjnym w związku z pracami nad systemem alokacji przydziałów operacji w koordynowanych portach lotniczych.

<sup>54</sup> Orzeczenia TS 27/76 *United Brands*, pkt 65 i 113; 85/76 *Hoffmann-La Roche*, pkt 39.

się, że obecnie właściwie żadne przedsiębiorstwo nie jest zupełnie niezależne (Nazzini, 2012, s. 342; O'Donoghue i Padilla, 2013, s. 143; Ortiz Blanco, 2011, s. 185). Ponadto (balansując nieco na granicy sofistyki), można stwierdzić, że sam fakt, iż tytułowe praktyki mają miejsce jest dowodem, że przedsiębiorstwo ma świadomość nie tylko istnienia konkurencji, lecz także widzi konieczność reakcji. Komisja Europejska najwyraźniej ma świadomość logicznych mankamentów kryterium niezależności, dlatego doprecyzowała kryterium, łącząc go z oceną ograniczeń konkurencji, jakie napotykają inne przedsiębiorstwa<sup>55</sup>. Wymóg niezależności nie jest więc absolutny i obecnie interpretuje się go jako znacznie mniejszą, niż inne przedsiębiorstwa, zależność od działania mechanizmu rynkowego – konkurencji (Faull i Nikpay, 2014, s. 357). Innymi słowy, pozostałe przedsiębiorstwa, powstrzymując się od wejścia na rynek lub ekspansji, tworzą w ten sposób najsilniejszemu podmiotowi możliwość działania w warunkach wolnych od konkurencji<sup>56</sup>. Wydaje się, że gdyby przyjąć zmodyfikowaną definicję rynku relewantnego, to w opisywanej sytuacji, gdy jeden przewoźnik będzie miał zdecydowanie korzystniejsze warunki operacji połączone z większą skalą oferowania niż pozostali operatorzy, będzie można stwierdzić istnienie pozycji dominującej. Zdaniem autora, przyjęcie rozszerzającej definicji dominacji jest zasadne, zwłaszcza że przecież samo jej istnienie nie jest automatycznie niezgodne z rynkiem wewnętrznym, więc nie można mówić o żadnej redefinicji dominacji, a jedynie o pewnym zacieśnieniu mechanizmu kontroli<sup>57</sup>.

Przy założeniu, że będzie możliwe stwierdzenie istnienia dominacji (niezależnie czy przewoźnika, czy kolektywnej linii z portem), tytułowa sytuacja mogłaby być uznana za próbę nałożenia nierównych warunków do równoważnych transakcji w rozumieniu art. 102 lit. c TFUE. Przyjmuje się, że równoważność transakcji nie jest tożsama z ich identycznością (Faull i Nikpay, 2014, s. 528). W tym kontekście zasadnym jest przywołanie decyzji w sprawie *HOV SVZ/MCN*, gdzie Komisja, badając sprawę dotyczącą transportu kolejowego, stwierdziła, że usługi transportowe są równoważne, nawet jeśli dystans jest różny<sup>58</sup>. Wydaje się, że zasadnicza linia rozumowania sprawy pasuje do transportu lotniczego, gdyby traktować każde połączenie jako odrębną transakcję, na co wskazuje sposób wyznaczania rynku właściwego stosowany w tytułowym sektorze. Jest to jednocześnie interpretacja korzystna dla powoda, ale biorąc pod uwagę zasady funkcjonowania taryf opłat lotniskowych, jest kontrafaktyczna.

Na potrzeby obliczania należności za skorzystanie z infrastruktury lotniskowej, dla portu jest irrelevantne w jaką trasę udaje się dana maszyna. Stawki obliczane są przede wszystkim w oparciu o masę startową samolotu, o hałas, który generuje (wartość zmienna w zależności od pory dnia) i dodatkowo pobierana jest opłata za odprawę pasażerów (w zależności od terminala, klasy etc.) (Peoples i Bitzan, 2017, s. 97 i n.). Wspomniane we wstępie kontrowersje dające początek

<sup>55</sup> Komunikat Komisji — wytyczne w sprawie priorytetów, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. 82 Traktatu WE w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wyłączającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące (Dz. Urz. UE 2009 C 45/7), pkt 10.

<sup>56</sup> Zob. przywoływana dec. COMP/M.3280 — *Air France/KLM*, gdzie KE stwierdziła, że mocna pozycja rynkowa może stanowić czynnik zniechęcający do wejścia nowych podmiotów. Do tego dochodzi kwestia ryzyka ekonomicznego kosztów utopionych w wyniku porażki wejścia co może dodatkowo zmniejszać motywację do ekspansji, jeśli początkowa inwestycja związana z takim wejściem jest znacząca z perspektywy przedsiębiorstwa. Zob. orzeczenie Sądu z 12.06.2014 r. w sprawie T-286/09 *Intel Corp. v. Komisja Europejska* (ECLI:EU:T:2014:547).

<sup>57</sup> W orzecznictwie wielokrotnie potwierdzano, że sama dominacja nie jest niezgodna z art. 102 TFUE, zob. inter alia orzeczenie TS z 09.11.1983 r. w sprawie 322/81 *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin v. Komisja Wspólnot Europejskich* (ECLI:EU:C:1983:313), pkt 10. Jednocześnie choć dominacja może być interpretowana jako właściwe wykorzystanie możliwości jakie oferuje rynek, przez co nie można penalizować przedsiębiorstwa, za samo jej osiągnięcie, to konieczne jest obserwowanie zachowań takiego przedsiębiorstwa, które z racji dużej siły rynkowej posiada znaczny potencjał do zaszkodzenia rynkowi (Hylton, 2010, s. 64 i n.).

<sup>58</sup> Dec. KE IV/33.941 *HOV SVZ/MCN* (Dz. Urz. UE 1994 L 104/34) podtrzymana w Sądzie w orzeczeniu z 21.10.1997 r. w sprawie T-229/94 *Deutsche Bahn AG v. Komisja Wspólnot Europejskich* (ECLI:EU:T:1997:155) i w TS w orzeczeniu z 27.04.1999 r. w sprawie C-436/97 P *Deutsche Bahn AG v. Komisja Wspólnot Europejskich* (ECLI:EU:C:1999:205).

oskarżeniom o praktyki antykonkurencyjne wynikają z faktu, że powyższe opłaty mogą ulegać progresywnej redukcji wraz ze wzrostem liczby operacji lotniczych (startów/lądowań), który dany przewoźnik wykonuje w porcie lotniczym<sup>59</sup>. Wysokość pozostaje oczywiście tajemnicą handlową i jest różna w zależności od sprawy, ale ogólne *rationale* biznesowe dążenia do zwiększenia ruchu w obiekcie jest czytelne (Dobruszkes, 2013, s. 75 i n.; Gillen, Forsyth, Müller i Niemeier, 2010, s. 77–88).

Można wobec tego skonstruować alternatywną interpretację, zgodnie z którą transakcją w rozumieniu art. 102 lit. c TFUE jest całokształt operacji w danym porcie lotniczym, bo w przypadku ruchu rozkładowego kwestie opłat ustala się w ramach jednego kontraktu. Wówczas można bronić się przed zarzutem dyskryminacyjnego traktowania, wskazując na nieporównywalność sytuacji poszczególnych przewoźników korzystających z obiektu wskazując wolumen operacji jako kryterium różniące i przez to uzasadniające inne traktowanie<sup>60</sup>. Dodatkowo w takiej sytuacji możliwa jest próba wykazywania, że system nie ma charakteru dyskryminacyjnego, ponieważ oparty jest na obiektywnym kryterium, a to że inni przewoźnicy nie mają równie preferencyjnych warunków wynika z nieprzekroczenia wymaganego progu skali operacji.

Zaprezentowane powyżej spojrzenie każe postawić pytanie, czy Komisja (albo krajowy regulator lub organ ochrony konkurencji) powinien przyjmować optykę obroną przez przedsiębiorstwa. Z jednej strony, nie można ignorować realiów rynkowych, z drugiej natomiast – należy przywołać bogatą linię orzecniczą TS wskazująca, że pozornie obiektywne kryteria mogą mieć *de facto* charakter dyskryminacyjny, bo tylko jeden podmiot znajdzie się w sytuacji, żeby w pełni skorzystać z danego środka<sup>61</sup>. Ponadto można w tym miejscu przywołać rozstrzygnięcia „precedensowych” spraw *United Brands* i *Tetra Pak*, gdzie TS sformułował stanowisko, zgodnie z którym sytuacja, gdy dominant stosuje różne stawki w zależności od państwa, może co do zasady podlegać pod zakaz sformułowany w przepisie art. 102 TFUE<sup>62</sup>. Interpretacja zastosowania w powyższych orzeczeniach nie daje się prosto zastosować do tytułowej sytuacji, natomiast pokazuje rozszerzającą interpretację dyskryminacji stosowanej przez Trybunał<sup>63</sup>. Ekstrapolując, dosyć rygorystycznie, przedstawione orzecznictwo na opisywaną sytuację można stwierdzić, że system rabatów nosiłby znamiona dyskryminacji i tym samym praktyki wykluczającej. Chociaż ów rygoryzm podejścia wydaje się zbyt daleko idący, gdyż na prowadziłby do zupełnego zakwestionowania wszelkich rabatów wolumenowych (nie tylko w lotnictwie). Można zatem zaryzykować twierdzenie, że dla oceny równoważności transakcji na potrzeby stosowania art. 102 TFUE potrzeba swego rodzaju „reguły rozsądku”, o ile bowiem można relatywnie łatwo zaakceptować pogląd, że dyskryminacja wystąpi, jeżeli tylko jeden podmiot będzie w zdecydowanie lepszej lub gorszej sytuacji, o tyle

<sup>59</sup> Zob. *inter alia* dec. KE C 12/08 (ex NN 74/07) — Slovakia — Agreement between Bratislava Airport and Ryanair (Dz. Urz. UE 2011 L 27/24), pkt 5 i tab. I; SA.23324 — C 25/07 (ex NN 26/07) — Finland Finavia, Airpro and Ryanair at Tampere-Pirkkala airport (Dz. Urz. UE 2013 L 309/27), pkt 7–11. Postępowania dotyczyły pomocy publicznej, ale decyzje zawierają przedstawienie systemu progresywnych rabatów.

<sup>60</sup> Dla stwierdzenia dyskryminacji podmioty muszą występować w porównywalnej sytuacji a różne traktowanie nie może mieć obiektywnego uzasadnienia (Frenz, 2010, s. 60). Zob. orzeczenie TS z 14.02.1995 r. w sprawie C-279/93 *Finanzamt Köln-Altstadt v Roland Schumacker* (ECLI:EU:C:1995:31), pkt 30.

<sup>61</sup> Zob. *inter alia* orzeczenia TS z 31.03.1981 r. w sprawie 96/80 *J.P. Jenkins v Kingsgate (Clothing Productions) Ltd.* (ECLI:EU:C:1981:80); z 05.04.1990 r. w sprawie C-132/88 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Grecka* (ECLI:EU:C:1990:165).

<sup>62</sup> Orzeczenia TS z 14.11.1996 r. w sprawie C-333/94 P *Tetra Pak International SA v. Komisja Wspólnot Europejskich* (ECLI:EU:C:1996:436).

<sup>63</sup> Twierdzenie znajduje potwierdzenie także w późniejszym orzecznictwie: Orzeczenia TS z 02.03.1983 r. w sprawie 7/82 *Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten mbH (GVL) v. Komisja Wspólnot Europejskich* (ECLI:EU:C:1983:52); z 01.04.1993 r. w sprawie T-65/89 *BPB Industries Plc and British Gypsum Ltd v. Komisja Wspólnot Europejskich* (ECLI:EU:T:1993:31); z 17.05.1994 r. w sprawie C-18/93 *Corsica Ferries Italia Srl v. Corpo dei Piloti del Porto di Genova* (ECLI:EU:C:1994:195); z 07.10.1999 r. w sprawie T-228/97 *Irish Sugar plc v. Komisja Wspólnot Europejskich* (ECLI:EU:T:1999:246).

ocena komplikuje się, jeśli pewna grupa znajdzie się w takiej sytuacji<sup>64</sup>. Ocena proporcji wymagać będzie powrotu do pytania o postrzeganie równoważności transakcji uzasadniająca jednakowe traktowanie, na które nie da się odpowiedzieć przy zastosowaniu testu złożonego ze sformułowanych *ex ante* taksatywnych przesłanek.

Uruchomienie zakazu sformułowanego w przepisie art. 102 lit. c TFUE uzależnione jest od wykazania, że dana praktyka na rynku *upstream* (w opisywanym przypadku działanie na linii port–przewoźnik) postawi „adresata” w gorszej pozycji konkurencyjnej na rynku *downstream* (tutaj przewoźnik–pasażer), gdzie ten jest aktywny (Faull i Nikpay, 2014, s. 531). W dotychczasowej praktyce decyzyjnej KE ogranicza się do twierdzenia o istnieniu powiązania między warunkami na tych rynkach, natomiast nie wdaje się w ocenę istoty samego zburzenia na rynku *downstream*<sup>65</sup>. Bazując na teorii szkody, której elementy *implicite* dają się zdekodować z interpretacji sprawy *Virgin/British Airways*, można stwierdzić, że dodatkowe środki, które przedsiębiorstwo zmuszone było wydać jako koszty *upstream* są jednocześnie niezbędne dla nawiązania konkurencji w ramach dystrybucji (Faull i Nikpay, 2014, s. 532). Wówczas zakładając, że konkurencji operują na porównywalnym poziomie efektywności, owa różnica w kosztach będzie potraktowana jako niekorzystny warunek w rozumieniu art. 102 lit. c TFUE<sup>66</sup>. Zasadniczy problem z powyższą interpretacją polega na tym, że zdaje się bazować na założeniu, że wpływ praktyki na rynku *upstream* daje się wyizolować i dokładnie zmierzyć na rynku *downstream*. Tymczasem w rzeczywistości liczba czynników zarówno zależnych od przedsiębiorstwa, jak i tych będących poza jego kontrolą, które ostatecznie odpowiadają za ogólną konkurencyjność oferty nie pozwala na opisanie relacji za pomocą prostej proporcji koszt–szkoda (Akman, 2012, s. 240–245). Trybunał zdaje się mieć świadomość tych praktycznych trudności, bo w odwołaniu od przywoływanej sprawy *Virgin/British Airways* stwierdził, że dla zastosowania art. 102 lit. c TFUE nie ma konieczności wykazywania istnienia realnego i mierzalnego negatywnego efektu<sup>67</sup>. Podejście jest logiczne, skoro dyskryminacja i niekorzystny efekt muszą wystąpić łącznie, w przeciwnym wypadku art. 102 lit. c TFUE zostałaby pozbawiony skuteczności. Jest jednocześnie korzystne dla przedsiębiorstwa chcącego powołać się na przepis, bo w sytuacji różnych warunków cenowych wystarczy wykazać poprawny mechanizm wpływu na rynek *downstream*, bez konieczności jego weryfikacji za pomocą „twardych danych”.

Przedstawiony niski standard dowodowy, wynikający z praktycznych trudności w wykazaniu bezpośredniego związku przyczynowego między polityką cenową dominanta a obniżeniem pozycji konkurencyjnej innego podmiotu, wymaga jednak, żeby te zjawiska wystąpiły w następującej po sobie sekwencji. Tymczasem można argumentować, że w opisywanym przypadku kolejność wydarzeń i łańcuch przyczynowo-skutkowy są odwrócone. Gorsze traktowanie, jeśli chodzi o taryfy narzucane przez port są skutkiem początkowo słabszej pozycji rynkowej przewoźnika. Równocześnie linia lotnicza będąca w stanie zaoferować większą liczbę połączeń z obiektu, uzyskuje preferencyjne traktowanie proporcjonalnie odzwierciedlające ten fakt.

<sup>64</sup> Abstrahując od oceny czy reguła rozsądku występuje w kontekście stosowania art. TFUE, przepis art. 102 TFUE pozbawiony jest mechanizmu analogicznego do art. 101 ust. 3 TFUE w stosunku do art. 101 ust. 1 TFUE (O’Donoghue i Padilla, 2013, s. 34–37).

<sup>65</sup> Dec. KE COMP/33.133-C: Soda ash — Solvay (Dz. Urz. UE 2003 L 10/10); IV/D–2/34.780 - *Virgin/British Airways* (Dz. Urz. UE 2000 30/1) oraz orzeczenie Sądu z 17.12.2003 r. w sprawie T–219/99 *British Airways plc v. Komisja Wspólnot Europejskich* (ECLI:EU:T:2003:343).

<sup>66</sup> Dec. KE IV/D–2/34.780 - *Virgin/British Airways*, pkt 111.

<sup>67</sup> Orzeczenie TS z 15.03.2007 r. w sprawie C-95/04 P *British Airways plc v. Komisja Wspólnot Europejskich* (ECLI:EU:C:2007:166), pkt 128–130 i 143–144.



Wydaje się, że interpretacja naszkicowana powyżej wyklucza zastosowanie art. 102 lit. c TFUE, natomiast samo działanie *prima facie* ocenić należy jako niekorzystne dla rynku, bo z jednej strony umacnia pozycje najsilniejszych graczy, a z drugiej – dodatkowo pogarsza pozycję słabszych uczestników rynku. Należy też odnotować, że powołując się na relatywną pozycję przewoźników względem siebie, analiza ogranicza się do operacji mających punkt terminalny w danym porcie lotniczym. Może więc wystąpić sytuacja, że linia lotnicza niekorzystająca z preferencyjnych stawek jest globalnie silniejszym podmiotem (gdzie siła mierzona jest *inter alia* wielkością obrotu, floty, zysków, liczbą obsługiwanych lokacji) niż operator, który w danym porcie ma mocną pozycję i jest uprawniony do otrzymania rabatów, zatem choć warunki wejścia na nowy rynek byłyby mniej korzystne, to jednak pozostawały w zasięgu możliwości wykluczając tym samym eliminujący skutek praktyki.

Zaprezentowane w toku analizy interpretacje wykluczającego skutku konstytuujące nadużycie w rozumieniu art. 102 TFUE, choć sprzeczne, są możliwe do obrony. Nie zmienia to faktu, że sam przepis prawa materialnego sformułowany w art. 102 TFUE jest adekwatny do przeciwdziałania negatywnym skutkom tytułowych praktyk, natomiast ostateczna efektywność mechanizmu kontroli, poza wspomnianą konstrukcją przepisu, jest także funkcją sposobu wyznaczania rynku właściwego i metodologii analiz ukazujących wpływ na rynek.

## VI. Podsumowanie – wnioski *de lege ferenda*

Mechanizm postawiania antykonkurencyjnych skutków relacji wertykalnych w wyniku zaburzenia równowagi między zaangażowanymi przedsiębiorstwami jest dobrze zbadany w naukach ekonomicznych, jak również istnieje bogata praktyka stosowania reguł prawa konkurencji do kooperacji pionowych. Prowadzone rozważania dotyczące możliwości stosowania przepisów art. 101 i 102 TFUE należy zatem rozważać w kategorii pewnej alternatywy w momencie, gdy obecnie stosowane podejście wykorzystujące prawo subwencyjne okaże się niewykonalne. Można skonstruować, że same materialnoprawne reguły konkurencji w pełni wystarczają do objęcia swym zakresem i zwalczania niekorzystnych skutków porozumień wertykalnych. Problemem, który jest w znacznej mierze funkcją pewnej nietypowości sytuacji, jest brak adekwatnego podejścia do oceny wyznaczania rynku właściwego i oceny wpływu na rynek, odczuwalności danej praktyki. Te dwie okoliczności determinują samą możliwość skorzystania z reguł konkurencji, odpowiadając za przedstawione w tekście kontrowersje.

Chcąc w tym kontekście sformułować wnioski *de lege ferenda*, należy jeszcze raz podkreślić, że wątpliwości dotyczące stosowania przepisów prawa konkurencji wynikają z ekonomicznej specyfiki transportu lotniczego, zatem konieczne jest wyważenie czy i w jakim zakresie sytuacja wymaga stworzenia dedykowanych reguł sektorowych. Zdaniem autora, zasadnicza rekomendacja, niewiążąca się ze zmianą przepisów „twardego” prawa materialnego (co w przypadku prawa pierwotnego i tak jest zupełnie nierealistyczne), dotyczy unowocześnienia sposobu podejścia do wyznaczania rynku relewantnego. Nauki ekonomiczne dostarczają wystarczającej ilości przekonujących, dokładnych, bo empirycznie weryfikowalnych danych pozwalających wykazać wpływ konkretnych konfiguracji relacji między przedsiębiorstwami na rynek. Tymczasem, mimo pewnej poprawy sytuacji, stosowane dosyć dogmatyczne podejście jest nieadekwatne.

## Bibliografia

- Akman, P. (2012). *The Concept of Abuse in EU Competition Law: Law and Economic Approaches*. Oxford: Hart.
- Alderighi, M., Cento, A., Nijkamp, P. i Rietveld, P. (2012). Competition in the European Aviation Market: The Entry of Low-Cost Airlines. *Journal of Transport Geography*, 24.
- Bacon, K. (2017). *European Union Law of State Aid. Third Edition*. Oxford: Oxford University Press.
- Bogdanowicz, P. (2016). Umowy o świadczenie usług marketingowych zawierane z przewoźnikiem lotniczym w świetle reguł pomocy państwa. Glosa do decyzji Komisji (UE) 2015/1227 z dnia 23 lipca 2014 r. w sprawie pomocy państwa SA.22614 (C 53/07) wdrożonej przez Francję na rzecz Izby Handlowo-Przemysłowej w Pau-Béarn, Ryanair, Airport Marketing Services i Transavia. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, 2(5).
- Dethmers, F. i Posthuma De Boer, P. (2009). Ten Years On: Vertical Agreements under Article 81. *European Competition Law Review*, 30(9).
- Dobruszkes, F. (2013). The geography of European low-cost airline networks: a contemporary analysis. *Journal of Transport Geography*, 28.
- Faull, J. i Nikpay, A. (red.). (2014). *Faull & Nikpay the EU Law of Competition*. Third Edition. Oxford: Oxford University Press.
- Fox, E.M. i Sullivan, L.A. (1987). Antitrust – Retrospective and Prospective: Where Are We Coming From? Where Are We Going? *New York University Law Review*, 62.
- Frenz, W. (2010). *Handbook of EU Competition Law*. Berlin, Heidelberg: Springer.
- Gillen, D., Forsyth, P., Müller, J. i Niemeier, H-M. (red.). (2010). *Airport Competition: The European Experience*. Farnham: Ashgate, G.A.R.S.
- Hildebrand, D. (2005). *Economic Analyses of Vertical Agreements: A Self-assessment*. Den Haag: Kluwer Law International.
- Humphreys, I., Ison, S. i Francis, G. (2017). Airports' perspectives on the growth of low-cost airlines and the remodeling of the airport–airline relationship. W: L. Budd, S. Ison (red.), *Low Cost Carriers: Emergence, Expansion and Evolution*. London, New York: Routledge.
- Hylton, K.N. (red.). (2010). *Antitrust Law and Economics*. Cheltenham: Edward Elgar.
- Jones, A, Sufrin, B. (2016), *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*. Oxford: Oxford University Press.
- Kociubiński, J. (2014). Rabaty udzielane niskokosztowym liniom lotniczym przez regionalne porty lotnicze w świetle unijnego prawa pomocy publicznej. *Europejski Przegląd Sądowy*, 6.
- Maertens, S. (2012). Estimating the market power of airports in their catchment areas – a Europe-wide approach. *Journal of Transport Geography*, 22.
- Marco Colino, S. (2010). *Vertical Agreements and Competition Law: A Comparative Study of the EU and US regimes*. Oxford: Hart.
- Nazzini, R. (2012). *The Foundations of European Union Competition Law The Objective and Principles of Article 102*. Oxford: Oxford University Press;
- Odudu, O. (2001). Interpreting Article 81(1): object as subjective intention. *European Law Review*, 26.
- Ortiz Blanco, L. (2011). *Market Power in EU Antitrust Law By Luis Ortiz Blanco*. Oxford: Oxford University Press;
- Peoples, J.i Bitzan, J. (red.). (2017). *The Economics of Airport Operations*. Bingley: Emerald Publishing;
- Polk, A. i Bilotkach, V. (2013). The assessment of market power of hub airports. *Transport Policy*, 29;

Postorino, N.M. (red.). (2011). *Regional Airports, Southampton*. Boston: WIT Press.

Starkie, D. (2016). *Aviation Markets: Studies in Competition and Regulatory Reform*. Farnham: Routledge.

Whish, R. i Bailey, D. (2012). *Competition Law Eighth Edition*. Oxford: Oxford University Press

Wisjkmans, F. i Tuytschaeve, F. (2018). *Vertical Agreements in EU Competition Law*. Third Edition. Oxford: Oxford University Press;

Yokomi, M., Wheat, P. i Mizutani, J. (2017). The impact of low cost carriers on non-aeronautical revenues in airport: An empirical study of UK airports. *Journal of Air Transport Management*, 64(9).