

Rozdział I. Prawo antymonopolowe

– zarys problematyki

Przedmiotem publicznego prawa ochrony konkurencji są działania lub sposoby wykonywania działalności gospodarczej przez przedsiębiorców¹, które można zakwalifikować jako niedozwolone porozumienia o celu lub skutku antykonkurencyjnym (art. 6 ust. 1 OchrKonkurU oraz art. 101 TFUE) albo jako nadużywanie pozycji dominującej (art. 9 ust. 1 OchrKonkurU oraz art. 102 TFUE). W obrębie zainteresowania Prezesa UOKiK i Komisji znajduje się również koncentracja przedsiębiorstw spełniająca ustawowe przesłanki zawarte w art. 13 OchrKonkurU² oraz rozporządzeniu Rady (WE) Nr 139/2004 z 20.1.2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (rozporządzenie WE w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw)³.

Wspomniane regulacje mają na celu ochronę konkurencji jako zjawiska ekonomicznego⁴, rynkowego⁵, które w efekcie ma realizować dobrobyt konsumenta (*consumer welfare*)⁶, co jest przejawem „ekonomizacji prawa i polityki antymonopolowej”⁷. Definicje konkurencji mogą być różne. Należy przyjąć, że w związku z tym, że konkurencja jest zjawiskiem rynkowym, jej definicje mogą istotnie różnić się między sobą, w szczególności w zależności od poszcze-

¹ Warto w tym miejscu zaznaczyć, że prawo ochrony konkurencji cechuje tzw. rozszerzona definicja przedsiębiorcy. Zob. A. Stawicki, E. Stawicki, w: A. Stawicki, E. Stawicki (red.), Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, Warszawa 2016, s. 43 oraz wyr. SN z 6.12.2007 r., III SK 16/07, OSNP 2009, Nr 1–2, poz. 31.

² M. Bernatt, A. Jurkowska-Gomułka, T. Skoczny, w: M. Kępiński (red.), System Prawa Prywatnego, t. 15, Prawo konkurencji, Warszawa 2014, s. 746–748.

³ Dz.Urz. UE L 24, s. 1.

⁴ A. Maziarsz, Reguły konkurencji Unii Europejskiej, Warszawa 2019, s. 3.

⁵ R. Whish, D. Bailey, Competition law, Oxford 2015, s. 1.

⁶ Z. Jurczyk, Cele polityki antymonopolowej w teorii i praktyce, w: C. Banasiński, E. Stawicki (red.), Konkurencja w gospodarce współczesnej, Warszawa 2007, s. 13.

⁷ A. Stawicki, E. Stawicki, w: A. Stawicki, E. Stawicki (red.), Ustawa o ochronie konkurencji, s. 35.

gólnych rynków i panujących na nich warunków⁸. Co istotne, OchrKonkurU nie precyzuje, w jaki sposób powinno być interpretowane pojęcie konkurencji, nie określając w ten sposób, którą koncepcję doktrynalną należałoby przyjąć, definiując konkurencję z perspektywy tej ustawy⁹. Ustosunkowując się do najpopularniejszych modeli konkurencji wyróżnianych w literaturze, szczególnie istotna – z perspektywy tematyki monografii – jest konkurencja w ujęciu dynamicznym. Podstawowym założeniem tej koncepcji jest osiągnięcie przez przedsiębiorców konkurujących na danym rynku wysokiego stopnia efektywności i innowacyjności¹⁰.

Natomiast próbując zdefiniować pojęcie konkurencji w oparciu o samą OchrKonkurU, abstrahując od koncepcji doktrynalnych, należałoby podnieść, że konkurencja stanowi mechanizm rynkowy właściwy dla gospodarki rynkowej lub instytucję tego rodzaju modelu ekonomicznego¹¹. Przyjęcie tych koncepcji jasno wskazuje, że zjawisko konkurencji powinno być interpretowane w ścisłym związku z rynkiem. W rezultacie przyjęcia powyższego podejścia należy powołać się na dwie koncepcje rozumienia pojęcia konkurencji – teorię strukturalną i funkcjonalną¹². Pierwsza z nich koncentruje się na przedsiębiorcy jako podmiocie rynku, przyjmując, że konkurencja jest mechanizmem rywalizacji przedsiębiorców¹³. Natomiast koncepcja funkcjonalna konkurencji zakłada, że jest ona mechanizmem rynkowym, którego celem jest osiągnięcie maksymalnej efektywności przedsiębiorców¹⁴, przejawiającej się w szczególności spadkiem cen lub wzrostem innowacyjności.

Ustawowy katalog niedozwolonych porozumień jak i form nadużywania pozycji dominującej ma charakter otwarty¹⁵, w przeciwieństwie do kontroli koncentracji, której warunki zgłoszenia są ściśle określone w ustawie¹⁶. Cechą wspólną wszystkich wyżej wymienionych wyżej praktyk i progów jest prze-

⁸ T. Skoczny, w: T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 21.

⁹ Tamże.

¹⁰ M. Kępiński, w: M. Kępiński (red.), *System Prawa Prywatnego*, t. 15, s. 4.

¹¹ D. Miąsik, T. Skoczny, w: T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji*, s. 29.

¹² Tamże, s. 30.

¹³ Tamże.

¹⁴ A. Stawicki, E. Stawicki, w: A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji*, s. 33.

¹⁵ A. Stawicki, w: A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji*, s. 224–225.

¹⁶ T. Skoczny, W. Podlasin, w: T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji*, s. 588–589.

słanka naruszenia interesu publicznego¹⁷, która musi zaistnieć w przypadku każdej praktyki, ażeby publiczne prawo ochrony konkurencji mogło zostać zastosowane¹⁸. Należy uznać, że występowanie interesu publicznego to swoisty motyw przewodni, determinujący możliwość zastosowania OchrKonkurU. Konieczność jego wystąpienia jest również podstawową cechą umożliwiającą rozróżnienie publicznego i prywatnego prawa ochrony konkurencji¹⁹.

Regulacją stanowiącą podstawę relacji pomiędzy publicznym prawem ochrony konkurencji a prawem własności intelektualnej jest art. 2 OchrKonkurU. Przepis ten stanowi, że prawo antymonopolowe nie narusza posiadanych przez przedsiębiorców praw własności intelektualnej z wyjątkiem sytuacji, gdy są one przedmiotem umów pomiędzy przedsiębiorcami (w szczególności umów licencyjnych oraz umów, których przedmiotem jest *know-how*) lub w zakresie dotyczącym wykonywania praw własności intelektualnej, pod warunkiem że skutkiem tego typu praktyk jest nieuzasadnione ograniczenie swobody prowadzenia działalności gospodarczej przez przedsiębiorców lub ograniczenie konkurencji na rynku. Natomiast tym, co ogranicza zastosowanie tej regulacji, w porównaniu np. do zastosowania art. 6 OchrKonkurU, jest przesłanka istotnego ograniczenia konkurencji w kontekście praw własności intelektualnej²⁰. Istnienie tego warunku sprawia, że ingerencja antymonopolowa w wykonywanie praw własności intelektualnej ma stanowić przypadek ekstrapolacji.

Swoistym polem działania, zarówno dla przedsiębiorców, jak i organów antymonopolowych, jest rynek właściwy²¹, wyznaczany na potrzeby każdej sprawy, której przedmiotem jest naruszenie publicznego prawa ochrony konkurencji. Pojęcie rynku właściwego, kluczowe²² dla faktycznego zdefiniowania zarówno antykonkurencyjnego celu lub skutku praktyki, jak i właściwego określenia pozycji rynkowej, określone zostało w art. 4 pkt 9 OchrKonkurU. Rynek właściwy ma na celu ustabilizowanie i strukturyzowanie dynamicznie

¹⁷ M. Waligórski, Interes publiczny w działalności gospodarczej, w: D. Kijowski, A. Miruć, A. Suławko-Karetko (red.), Jakość prawa administracyjnego, t. 1, Warszawa 2012, s. 420.

¹⁸ Wyr. SN z 29.5.2001 r., I CKN 1217/98, OSNC 2002, Nr 1, poz. 13.

¹⁹ A. Stawicki, w: A. Stawicki, E. Stawicki (red.), Ustawa o ochronie konkurencji, s. 11.

²⁰ K. Kohutek, w: K. Kohutek, M. Sieradzka, Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, Warszawa 2014, s. 94.

²¹ K. Korn, Określenie rynku właściwego w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w latach 1997–2010, ZNUJ PPWI 2012, Nr 2, s. 115–118; wyr. SA w Warszawie z 11.2.2016 r., VI ACa 1944/14, Legalis.

²² T. Skoczny, w: T. Skoczny (red.), Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, Warszawa 2009, s. 207.

zmieniającej się struktury rynku, tak aby możliwe było adekwatne zastosowanie przepisów prawa ochrony konkurencji²³. Wyróżnia się trzy aspekty wyznaczania rynku właściwego – rynek w ujęciu produktowym, terytorialnym i czasowym. Oba pierwsze czynniki powinny być brane pod uwagę za każdym razem, ostatni z nich jedynie czasami, w zależności od tego, czy w obrębie uprzednio wyznaczonego rynku w ujęciu produktowym i terytorialnym występuje zmienność warunków konkurowania w czasie.

Najistotniejszymi elementami wyznaczenia rynku właściwego w ujęciu produktowym jest prawidłowa identyfikacja: substytucyjności popytu, rozumianej jako rynkowe reakcje konsumentów na zmianę ceny badanego towaru, substytucyjności podaży, rozumianej jako zdolność przedsiębiorców do względnie szybkiej zmiany produkcji w zależności od stałych zmian cen względnych bez ponoszenia istotnych kosztów, oraz potencjalnej konkurencji.

Ocena ta powinna uwzględniać wszelkie czynniki, które mają wpływ na decyzje nabywców²⁴ w odniesieniu do konkretnego produktu bądź usługi, który stanowi przedmiot wyznaczenia rynku właściwego, w tym przede wszystkim przeznaczenie towaru (w rozumieniu art. 4 pkt 7 OchrKonkurU towarem są nie tylko rzeczy, ale m.in. usługi), jego cenę i właściwości. Z kolei tym, co determinuje określenie rynku właściwego w aspekcie geograficznym, są jednolite warunki konkurowania między przedsiębiorcami występujące na określonej przestrzeni geograficznej²⁵. Na wyznaczenie rynku właściwego w ujęciu przestrzennym mają wpływ m.in. właściwości produktu, co sprawia, że aspekt geograficzny rynku właściwego jest związany z ujęciem jego asortymentowym²⁶, regulacje prawne, uwarunkowania kulturowe lub językowe, ale także różnice demograficzne, które mogą bezpośrednio wpłynąć na substytucyjność poszczególnych towarów. Podczas wyznaczania rynku właściwego w ujęciu terytorialnym należy również brać pod uwagę czynniki ekonomiczne bezpośrednio związane z daną lokalizacją, tj. koszty transportu, strefy zasięgu oraz inne bariery i koszty powiązane z dostawą towarów, takie jak np. bezpieczeństwo transportu²⁷. Istotą prawidłowego wyznaczenia rynku właściwego w ujęciu geograficznym jest identyfikacja obszaru, na którym panują zbliżone warunki

²³ Zob. Komunikat Komisji – Zawiadomienie Komisji w sprawie definicji rynku właściwego do celów unijnego prawa konkurencji (Dz.Urz. UE C 2024/1645), pkt 22.

²⁴ K. Kohutek, w: K. Kohutek, M. Sieradzka, Ustawa o ochronie konkurencji, s. 192–193.

²⁵ A. Bolecki i in., Prawo konkurencji, Warszawa 2011, s. 66.

²⁶ Tamże, s. 70–71.

²⁷ Komunikat Komisji w sprawie rynku właściwego, rozdziały 3.3.1.3 i 3.3.1.4.

konkurencji²⁸, które jednocześnie odróżniają się od obszarów sąsiednich²⁹, stanowiącego „podstawowy obszar zbytu towarów danego przedsiębiorcy”³⁰.

Zgodnie z komunikatem Komisji w sprawie rynku właściwego rynek właściwy wyznaczany jest każdorazowo na potrzeby przede wszystkim egzekwowania regulacji art. 101 i 102 TFUE oraz kontroli koncentracji przedsiębiorstw. Celem wyznaczenia rynku właściwego jest dokonanie oceny pozycji konkurencyjnej poszczególnych przedsiębiorstw w ramach przeprowadzanej oceny konkurencji, w tym ustalenie, czy konkretne przedsiębiorstwo ma władzę rynkową. W procesie wyznaczania rynku właściwego, poza podstawowymi aspektami wskazanymi powyżej, bierze się pod uwagę również inne czynniki, w tym te zasygnalizowane już w niniejszej monografii, tj. bariery wejścia na rynek i efekt sieci. Tym co jest szczególnie istotne w kontekście tematyki opracowania, to fakt, że rynek właściwy musi zostać wyznaczony w taki sposób, żeby był aktualny na moment oceny danej praktyki albo dokonywanej koncentracji, niemniej – jeżeli to konieczne – możliwe jest wyznaczenie rynku właściwego z uwzględnieniem zmian, które mogą nastąpić w dającej się przewidzieć przyszłości. Wówczas Komisja bierze pod uwagę spodziewane krótko- i średnio-terminowe zmiany struktury danego rynku.

Z perspektywy problematyki niniejszego opracowania warty odnotowania jest fakt, że komunikat Komisji w sprawie rynku właściwego uwzględnia w szczególności specyfikę wyznaczania rynku właściwego w przypadku platform wielostronnych³¹. Komisja wskazała, że specyfiką wskazanych powyżej rynków jest sytuacja, w której popyt generowany przez jedną grupę użytkowników znajdującą się na jednym z rynków właściwych, na których funkcjonuje platforma, wpływa na popyt generowany przez użytkowników znajdujących się innych rynkach właściwych, na których funkcjonuje ta sama platforma. Komisja uznała, że w przypadku takich rynków efektywne wykorzystanie testu SSNIP, jako testu badającego substytucyjność popytu, może być utrudniona. Ponadto wskazano, że fakt, iż przedsiębiorstwo za pomocą platformy oferuje towary bądź usługi bez konieczności uiszczania za nie żadnych opłat (ceny,

²⁸ K. Kohutek, Glosa do wyroku SN z 17.3.2010 r., III SK 40/09, Lex 2013.

²⁹ M. Roszak, w: *Handel równoległy produktami leczniczymi w prawie unijnym. Granice swobody przepływu towarów na rynku farmaceutycznym*, Warszawa 2014, pkt 2.1.2.2 („Rynek właściwy geograficznie”).

³⁰ K. Kohutek, Komentarz do rozporządzenia Komisji (WE) nr 2790/1999 w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych, Lex 2008, art. 3.

³¹ Komunikat Komisji w sprawie rynku właściwego, rozdział 4.4.

wynagrodzenia), nie powinien sprawiać, że te nieodpłatne towary będą automatycznie tworzyły odrębny rynek właściwy. Komisja uznała, że w przypadku wyznaczania rynków właściwych w obrębie platform wielostronnych kluczowe jest, aby uwzględniać przede wszystkim kryteria pozacenowe towarów, w szczególności: funkcjonalność, możliwe zastosowanie, bariery lub koszty przestawienia się z jednego towaru na drugi lub dowody na substytucyjność w przeszłości lub hipotetyczną substytucyjność w przyszłości.

Jedną z dwóch grup antykonkurencyjnych praktyk wskazanych przez ustawodawcę w OchrKonkurU są niedozwolone porozumienia o celu lub skutku antykonkurencyjnym, tzn. eliminujące, ograniczające lub naruszające w inny sposób konkurencję na rynku. Z treści art. 6 OchrKonkurU wprost wynika, że wystarczy zaistnienie antykonkurencyjnego celu porozumienia, aby stanowiło ono niedozwolone porozumienie antykonkurencyjne, nie jest konieczne zaistnienie skutku³². W art. 6 OchrKonkurU zostały wymienione przykładowe (przez posłużenie się przez ustawodawcę zwrotem „w szczególności”) rodzaje porozumień antykonkurencyjnych:

- 1) porozumienia cenowe polegające na ustalaniu cen lub innych warunków sprzedaży (art. 6 ust. 1 pkt 1 OchrKonkurU);
- 2) porozumienia kontyngentowe polegające na ograniczeniu produkcji, zbytu, postępu technicznego lub inwestycji (art. 6 ust. 1 pkt 2 OchrKonkurU);
- 3) porozumienia podziałowe w zakresie rynków zbytu lub zakupu (art. 6 ust. 1 pkt 3 OchrKonkurU);
- 4) porozumienia dyskryminacyjne (art. 6 ust. 1 pkt 4 OchrKonkurU);
- 5) transakcje związane (art. 6 ust. 1 pkt 5 OchrKonkurU);
- 6) porozumienia mające na celu bojkot innych przedsiębiorców, w tym w szczególności nieobjętych porozumieniem (art. 6 ust. 1 pkt 6 OchrKonkurU);
- 7) zmowy przetargowe (art. 6 ust. 1 pkt 7 OchrKonkurU).

Otwarty katalog ustawy porozumień antykonkurencyjnych sprawia, że możliwe są również inne sposoby zawierania niedozwolonych porozumień antykonkurencyjnych, realizujące ustawowe przesłanki określone w art. 6 OchrKonkurU – tzw. porozumienia nienazwane, cechujące się uzgodnionym działaniem więcej niż jednego przedsiębiorcy o antykonkurencyjnym celu lub skutku.

³² T. Szancilo, Porozumienia ograniczające konkurencję, PPH 2006, Nr 8, *passim*.

Podstawowymi formami zawarcia niedozwolonych porozumień są: umowy pomiędzy przedsiębiorstwami, decyzje związków przedsiębiorstw oraz uzgodnione praktyki³³. Z perspektywy podmiotowej jednym z podziałów porozumień antykonkurencyjnych jest rozróżnienie porozumień horyzontalnych od wertykalnych. Pierwsza wskazana grupa przybiera formę niedozwolonych uzgodnień o celu lub skutku antykonkurencyjnych pomiędzy konkurentami, tj. podmiotami znajdującymi się na tym samym poziomie obrotu gospodarczego³⁴. Druga grupa dotyczy niedozwolonych porozumień zawieranych pomiędzy przedsiębiorstwami znajdującymi się różnych etapach obrotu gospodarczego, np. między producentem a sprzedawcą³⁵.

Ustosunkowując się do katalogu praktyk zakazanych z perspektywy prawa antymonopolowego, należy wskazać, że wszelkie porozumienia uznane za antykonkurencyjne są nieważne w całości albo w odpowiedniej części, z zastrzeżeniem klauzul wyłączających zawartych w art. 7 i 8 OchrKonkurU (art. 6 ust. 2 OchrKonkurU) a także innych aktach prawnych, przede wszystkim w formie rozporządzeń Rady Ministrów i Komisji Europejskiej.

Generalny zakaz zawierania niedozwolonych porozumień cechują liczne³⁶ wyjątki dotyczące określonych działów gospodarki i procesów gospodarczych, w tym dotyczące badań i rozwoju³⁷. Za najistotniejsze akty prawne konstytuujące wyżej wskazane wyłączenia – w stosunku do porozumień, których przedmiotem są szeroko pojęte prawa na dobrach niematerialnych („prawa do technologii”) – należy uznać rozporządzenie 316/2014 w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień o transferze technologii, a z perspektywy krajowej także rozporządzenie Rady Ministrów z 17.4.2015 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień o transferze technologii spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję.

Rozporządzenie 316/2014 wyróżnia dwa typy porozumień, względem których ustawowy zakaz zawierania porozumień o antykonkurencyjnym celu lub

³³ D. Kostecka-Jurczyk, Porozumienia kooperacyjne w polskim i europejskim prawie konkurencji, Wrocław 2014, s. 47.

³⁴ W. Baranowska-Zajac, Glosa do wyroku TS z 14.3.2013 r., C-32/11, Lex 2014; D. Kostecka-Jurczyk, Porozumienia kooperacyjne, s. 53–56.

³⁵ D. Kostecka-Jurczyk, Porozumienia kooperacyjne, s. 56–59.

³⁶ E. Wojtaszek-Mik, w: M. Kępiński (red.), System Prawa Prywatnego, t. 15, s. 887 oraz 895–897.

³⁷ Rozporządzenie Komisji (UE) Nr 2022/2455 z 8.12.2022 r. zmieniające rozporządzenie (UE) Nr 1217/2010 w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do niektórych kategorii porozumień badawczo-rozwojowych (Dz.Urz. UE L 321, s. 1).

skutku może być skutecznie i legalnie wyłączony – umowy, których przedmiotem jest udzielenie licencji na korzystanie z praw do technologii w celu „wytwarzania przez licencjobiorcę lub jego podwykonawców produktów objętych umową” (art. 1 lit. c pkt (i) rozporządzenia 316/2014), oraz porozumienia przenoszące „prawa do technologii pomiędzy dwoma przedsiębiorcami w celu wytworzenia produktów objętych umową, w przypadku, w którym przynajmniej część ryzyka związanego z tą technologią nadal ponosi cedent” (art. 1 lit. c pkt (ii) rozporządzenia 316/2014). Komisja przyjęła w rozporządzeniu jedynie kryterium wyłączeń ilościowych, tj. 20-procentowy próg udziału w rynku dla konkurentów i 30-procentowy dla przedsiębiorców niekonkurujących ze sobą na rynku właściwym, którego dotyczy porozumienie. Rozporządzenie 316/2014 to czasowy akt prawny obowiązujący do 30.4.2026 r.

Istotne, w szczególności w kontekście zasobów danych³⁸, jest wspomniane wyżej rozporządzenie w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień o transferze technologii spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję. Tym co je wyróżnia od wyżej opisanych wyłączeń, jest przede wszystkim zdefiniowanie porozumienia o transferze technologii, które może być albo umową licencyjną, albo przeniesieniem praw do technologii (§ 3 pkt 5 TransferTechnR). W ramach tego podziału wyróżniono kolejne kategorie, czyli porozumienia o dwustronnym transferze technologii (§ 3 pkt 6 TransferTechnR), polegające na wzajemnym udzieleniu licencji lub przeniesieniu praw do technologii oraz porozumienia o jednostronnym transferze technologii (§ 3 pkt 7 TransferTechnR). Podobnie jak w wyżej omówionych rozporządzeniach podstawą dla wyłączeń jest próg ilościowy: pomiędzy konkurentami nie może przekraczać 20% udziału w rynku, a między przedsiębiorcami niekonkurującymi ze sobą – 30% udziału w rynku (§ 5 ust. 1 TransferTechnR). Analogicznie, zakazane są porozumienia lub ich poszczególne klauzule mogące zostać uznane za zmony cenowe, umowy mające na celu ograniczenie produkcji (z określonymi zastrzeżeniami) i porozumienia podziałowe (§ 7 i 8 TransferTechnR). Rozporządzenie to również jest czasowym aktem prawnym obowiązującym do 30.4.2027 r.

W kontekście rozporządzenia 316/2014 oraz rozporządzenia Rady Ministrów o transferze technologii należy zwrócić uwagę na pojęcie technologii, którym oba akty prawne się posługują. Dosłowne rozumienie tego pojęcia w ję-

³⁸ Zważywszy na zakres przedmiotowy rozporządzenia Rady Ministrów o transferze technologii, może ono dotyczyć jedynie danych uznanych za *know-how* – zgodnie z § 3 pkt 2 TransferTechnR.

zyku polskim wskazywałoby na możliwość zastosowania omówionych wyłączeń jedynie w stosunku do technologii, tzn. metod przeprowadzania procesu produkcyjnego lub dziedziny techniki mającej na celu opracowanie nowych wyrobów³⁹, a nie w szczególności technik, tzn. wiedzy na temat praktycznego wykorzystania osiągnięć nauki lub zespołu metod umożliwiających osiągnięcie zdefiniowanego rezultatu w praktyce⁴⁰. Niemniej, z uwagi na potoczne rozumienie terminów „technika” i „technologia”, które często traktowane są jako synonimy (m.in. z uwagi na tłumaczenie w języku polskim ang. *technology* na „technologia”, mimo że semantycznie polskim odpowiednikiem *technology* jest „technika”)⁴¹, wydaje się za stosowne uznać, że zakres przedmiotowy wskazanych rozporządzeń dotyczy zarówno technik, jak i technologii.

Drugą grupą niedozwolonych na podstawie OchrKonkurU praktyk jest nadużywanie pozycji dominującej⁴² (art. 9 OchrKonkurU). Tym co odróżnia nadużywanie pozycji dominującej od omówionych pokrótce powyżej niedozwolonych porozumień antykonkurencyjnych, jest liczba podmiotów, które mogą nadużywać pozycji dominującej, tj. pojedynczy przedsiębiorca, działający samodzielnie. Niemniej już sam art. 9 OchrKonkurU dopuszcza wspólne nadużywanie pozycji dominującej posiadanej przez więcej niż jeden podmiot, czyli kolektywne nadużywanie pozycji dominującej⁴³.

Pojęcie pozycji dominującej zostało zdefiniowane w OchrKonkurU. Zgodnie z jej art. 4 pkt 10 przedsiębiorca posiada pozycję dominującą na danym rynku właściwym, jeżeli jest w stanie zapobiegać skutecznej konkurencji na tym rynku poprzez działanie w dużym stopniu niezależne od pozostałych uczestników rynku. Istnieje ustawowe domniemanie posiadania pozycji dominującej, które wynosi 40% udziału w danym rynku właściwym, niemniej jest to domniemanie możliwe do obalenia, co oznacza, że w szczególności przedsiębiorca o mniejszym udziale w rynku również może okazać się dominantem.

Tym, co łączy art. 6 i 9 OchrKonkurU, jest niewątpliwie otwarty katalog praktyk nazwanych stanowiących przykład nadużywania pozycji dominującej

³⁹ Słownik języka polskiego PWN, hasło: technologia, <https://sjp.pwn.pl/sjp/technologia;2577699.html> (dostęp: 31.1.2023 r.).

⁴⁰ Słownik języka polskiego PWN, hasło: technika, <https://sjp.pwn.pl/szukaj/technika.html> (dostęp: 31.1.2023 r.).

⁴¹ Z. Łucki, Proszę... nie mówmy technologia na technikę, https://www.cri.agh.edu.pl/bi-p/63/11_63.htm (dostęp: 31.1.2023 r.).

⁴² M. Szydło, Nadużywanie pozycji dominującej w prawie konkurencji, Warszawa 2010, *passim*.

⁴³ Ł. Wieczorek, Prawne i ekonomiczne aspekty kolektywnej pozycji dominującej w prawie konkurencji, PPH 2011, Nr 7, *passim*.

oraz charakter tych zachowań. W art. 9 znalazły się zbliżone do tych z art. 6 formy naruszania prawa antymonopolowego, takie jak:

- 1) narzucanie nieuczciwych cen, w tym nadmiernie wygórowanych albo rażąco niskich (art. 9 ust. 2 pkt 1 OchrKonkurU);
- 2) działalność kontyngentowa, ograniczająca produkcję, zbyt, postęp techniczny ze szkodą dla konsumentów lub kontrahentów (art. 9 ust. 2 pkt 2 OchrKonkurU);
- 3) dyskryminacja innych podmiotów gospodarczych (art. 9 ust. 2 pkt 3 OchrKonkurU);
- 4) transakcje wiązane (art. 9 ust. 2 pkt 4 OchrKonkurU);
- 5) przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji (art. 9 ust. 2 pkt 5 OchrKonkurU);
- 6) narzucanie przez dominanta uciążliwych warunków, które przynoszą mu nieuzasadnione korzyści (art. 9 ust. 2 pkt 6 OchrKonkurU);
- 7) podział rynku wedle kryteriów asortymentowych, terytorialnych lub podmiotowych (art. 9 ust. 2 pkt 7 OchrKonkurU).

Podobnie jak w przypadku porozumień antykonkurencyjnych, możliwe jest nadużywanie pozycji dominującej w sposób inny aniżeli wprost wskazany w art. 9 OchrKonkurU – nienazwane nadużywanie pozycji dominującej.

Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów określa ponadto próg koncentracji obligujący przedsiębiorców podlegających koncentracji do zgłoszenia tego zamiaru Prezesowi UOKiK w celu uzyskania zgody na dokonanie takiej zmiany w strukturze organizacyjnej przedsiębiorców. Artykuł 13 ust. 1 OchrKonkurU statuuje próg ilościowy determinujący obowiązek dokonania zgłoszenia zamiaru koncentracji, wskazując, że jest to próg równowartości 1 mld euro łącznego światowego obrotu przedsiębiorców uczestniczących w danej koncentracji w roku zgłoszenia lub równowartości 50 mln euro łącznego obrotu przedsiębiorców uczestniczących w danej koncentracji w roku zgłoszenia na terytorium Polski. Przesłanki zgłoszenia są zatem jasno sprecyzowane, co uzasadnione jest przyjętym modelem kontroli koncentracji inicjowanym zgłoszeniem przedsiębiorców. Powyższy próg ilościowy zgłoszenia zamiaru dokonania koncentracji – z perspektywy tematyki niniejszej monografii – jest najważniejszy i zostanie omówiony w dalszych rozdziałach.

Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów przewiduje określone formy zapobiegania praktykom o celu lub skutku antykonkurencyjnym. Jedną z nich, szczególnie istotną z perspektywy problematyki niniejszego opracowania, jest licencja przymusowa (art. 10 ust. 4 pkt 1 OchrKonkurU). Prezes UOKiK może udzielić takiej licencji na każdą formę ochrony własności inte-

lektualnej na niedyskryminacyjnych warunkach, jeżeli miałyby to spowodować zaniechanie praktyki przez przedsiębiorcę lub zniwelować jej skutki. Należy uznać, że w związku z treścią art. 2 OchrKonkurU licencja przymusowa może zostać udzielona jedynie na te formy ochrony dóbr niematerialnych, które mieszczą się w zakresie art. 2 OchrKonkurU.

Jedną z najważniejszych zasad i cech publicznego prawa ochrony konkurencji jest zasada eksterytorialności⁴⁴ wyrażona w art. 1 ust. 2 OchrKonkurU, który stanowi, że niedozwolone są praktyki wywołujące skutki lub dopiero mogące je wywołać na terenie Rzeczypospolitej Polskiej (tzw. zasada skutku⁴⁵). Zasada eksterytorialności prawa antymonopolowego ma niewątpliwie istotne znaczenie w odniesieniu do praw własności intelektualnej, które są prawami terytorialnymi⁴⁶ i których wykorzystanie umożliwia naruszanie publicznego prawa ochrony konkurencji⁴⁷.

Zasadniczo należy uznać supremację zasady eksterytorialności prawa antymonopolowego nad terytorialnym zakresem protekcji poszczególnych form ochrony własności intelektualnej przede wszystkim ze względu na wspomnianą już przesłankę wpływu na handel między państwami członkowskimi. Ewentualne odstępstwo od tej zasady mogłoby skutkować niezwykle ograniczoną możliwością zastosowania prawa antymonopolowego w odniesieniu do praw na dobrach niematerialnych, a samo prawo antymonopolowe stałoby się w efekcie prawem terytorialnym. W rezultacie dopuszczona zostałaby możliwość omijania zasad i celów publicznego prawa ochrony konkurencji poprzez wykonywanie praw własności intelektualnej. Ponadto coraz szersza zwierzchność prawa antymonopolowego nad prawem własności intelektualnej wyrażona jest w orzecznictwie TSUE⁴⁸. Należy jednak pamiętać, że takie podejście jest stosunkowo nowe i uległo modyfikacjom na kanwie praktyki orzeczniczej Trybunału⁴⁹.

⁴⁴ A. Maziarz, Eksterytorialne stosowanie unijnego prawa konkurencji, PiP 2012, Nr 5, *passim*.

⁴⁵ Tamże, s. 72.

⁴⁶ K. Czub, Prawo własności intelektualnej. Zarys wykładu, Warszawa 2016, s. 365.

⁴⁷ D. Miąsik, Stosunek prawa ochrony konkurencji do prawa własności intelektualnej, Warszawa 2012, *passim*.

⁴⁸ Tamże s. 383.

⁴⁹ Ewolucja ta jest widoczna po przeanalizowaniu wyroków TSUE w sprawach dotyczących licencji przymusowej, które zostaną omówione w kolejnych rozdziałach opracowania. Zob. wyr. TS: z 29.2.1968 r. w sprawie 24/67, *Parke, Davis and Co. przeciwko Probel, Reese, Beintema-Interpharm i Centrafarm*, EU:C:1968:11; z 6.4.1995 r. w sprawach połączonych C-241/91 P i C-242/91 P, *Radio Telefis Eireann (RTE) i Independent Television Publications Ltd (ITP) przeciwko Komisji*, EU:C:1995:98; z 26.11.1998 r. w sprawie C-7/97, *Oscar Bronner GmbH & Co. KG przeciwko Media-*

Zakres podmiotowy OchrKonkurU określony jest w jej art. 4 pkt 1, zawierającym definicję legalną przedsiębiorcy, która obejmuje:

- 1) przedsiębiorców w rozumieniu Prawa przedsiębiorców⁵⁰, czyli osoby fizyczne, osoby prawne lub jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, którym ustawa przyznaje zdolność prawną, prowadzące działalność gospodarczą w rozumieniu Prawa przedsiębiorców, tj. zorganizowaną działalność zarobkową wykonywaną we własnym imieniu i w sposób ciągły;
- 2) osoby fizyczne, osoby prawne lub jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, którym ustawa przyznaje zdolność prawną, świadczące usługi użyteczności publicznej, niespełniające przesłanek zakwalifikowania tej aktywności jako działalności gospodarczej;
- 3) osobę fizyczną prowadzącą działalność gospodarczą we własnym imieniu i na własny rachunek lub prowadzącą taką działalność w ramach wykonywanego zawodu;
- 4) osobę fizyczną posiadającą kontrolę (w rozumieniu OchrKonkurU) nad co najmniej jednym przedsiębiorcą, jeżeli podejmuje działania związane z kontrolą koncentracji (określonymi w art. 13 OchrKonkurU), nawet jeśli nie prowadzi działalności gospodarczej;
- 5) związek przedsiębiorców w rozumieniu OchrKonkurU.

Definicja przedsiębiorcy na potrzeby OchrKonkurU jest definicją niewątpliwie szeroką, którego interpretacja może być dodatkowo poszerzona zgodnie z zastosowaniem wykładni funkcjonalnej⁵¹ (tzw. rozszerzona definicja przedsiębiorcy), stanowiącej refleks orzecznictwa TSUE, zgodnie z którym za przedsiębiorcę uważa się nie tylko podmiot, który działalność gospodarczą rzeczywiście wykonuje, ale również taki, który mógłby ją wykonywać.

print Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG i in., EU:C:1998:569; wyr. SPI z 10.3.2005 r. w sprawie T-184/01, *IMS Health przeciwko Komisji*, EU:T:2005:95, oraz z 17.9.2007 r. w sprawie T-201/04, *Microsoft przeciwko Komisji*, EU:T:2007:289.

⁵⁰ Ustawa z 6.3.2018 r. – Prawo przedsiębiorców (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 236 ze zm.).

⁵¹ Wyr. SN z 29.5.2001 r., I CKN 1217/98.

Rozdział II. Dane – definicja, wykorzystanie i zagadnienia regulacyjne

§ 1. Dane – charakterystyka i definicja

Dane są pojęciem wysoce niesprecyzowanym i mogącym być różnorodnie interpretowanym. W oparciu o metateorię TOGA A.M. Gadomskiego dane można określić jako wszystko to, co jest lub może być przetwarzane umysłowo lub komputerowo¹. Definicja ta wskazuje na dwa podstawowe problemy z perspektywy tematyki opracowania. Po pierwsze, pojęcie danych jest koncepcją relatywną, w związku z czym wymagającą wyjaśnienia i doprecyzowania, a po drugie – dane z zasady muszą nadawać się do przetworzenia; w rezultacie, w związku z tematyką pracy dane będą rozumiane jako wszystko to, co jest lub może być gromadzone i przetwarzane w formie cyfrowej.

Podstawowym istniejącym podziałem danych w teorii i praktyce prawa jest rozróżnienie danych na dane osobowe, czyli takie, które umożliwiają zidentyfikowanie osoby fizycznej, oraz dane nieosobowe, które takiej identyfikacji nie zapewniają. Dane nieosobowe mogą być pochodną danych osobowych, tzn. danymi osobowymi, które uległy uprzedniej anonimizacji², a więc trwałemu procesowi uniemożliwienia identyfikacji osoby fizycznej³.

Z perspektywy rynkowego wykorzystania danych szczególną uwagę należy zwrócić na dane: zanonimizowane, pseudonimiczne oraz wyinterpretowane.

¹ A.M. Gadomski, Global TOGA Metatheory, <https://web.archive.org/web/20070518022833/http://erg4146.casaccia.enea.it/wwwerg26701/Gad-toga.htm> (dostęp: 19.8.2021 r.).

² Zdefiniowana normą ISO 29100:2011.

³ Problematyka ta jest szczególnie widoczna na przykładzie szeroko pojętych danych medycznych, w szczególności danych genomowych, które nie mogą albo jedynie w niewielkim stopniu mogą podlegać rzeczywistej anonimizacji. Zob. B. Marciniak, D. Strapagiel, P. Topolski, Anonimizacja w dobie wielkich danych – sytuacja biobanków w kontekście RODO, *Studia Iuridica* 2018, Nr 73, s. 75, którzy proponują zastosowanie pseudoanonimizacji (tamże, s. 77–78), tj. procesu polegającego na maksymalnej anonimizacji z zastrzeżeniem, że dane te mogą ponownie służyć do zidentyfikowania osób fizycznych przez jak najmniejszą liczbę osób. Rozwiązanie to z perspektywy ochrony danych osobowych i prywatności oceniam negatywnie.

Dane zanonimizowane to rodzaj danych nieosobowych, które zgodnie z motywem 26 preambuły RODO zostały zmodyfikowane „w taki sposób, że osób, których dane dotyczą, w ogóle nie można zidentyfikować lub już nie można zidentyfikować”. Co istotne, badania naukowe w obszarze anonimizacji danych dowodzą że niezwykle trudno jest rzeczywiście i skutecznie zanonimizować dane osobowe⁴.

Wspomniane dane pseudonimiczne to dane, które uniemożliwiają bezpośrednią identyfikację osoby fizycznej, ale nie zostały poddane procesowi anonimizacji. W efekcie istnieje możliwość identyfikacji osób fizycznych za pośrednictwem wykorzystania tego rodzaju danych. Na marginesie warto odnotować, że dane pseudonimiczne stanowią istotny element *big data*⁵.

Dane wyinterpretowane, określane również mianem danych wywnioskowanych⁶ lub zaobserwowanych, bazują natomiast na pozyskanych, w wyniku przetwarzania, danych o osobie fizycznej⁷. Dane wyinterpretowane są silnie związane z pojęciem profilowania zdefiniowanym w RODO⁸, a także zautomatyzowanym przetwarzaniem danych osobowych, dlatego też warto przedstawić krótką charakterystykę obu tych pojęć w celu kompleksowego zrozumienia istoty danych wyinterpretowanych.

Zgodnie z definicją legalną zawartą w art. 4 pkt 4 RODO profilowanie jest zautomatyzowaną formą przetwarzania danych osobowych w celu oceny pozyskanych szeroko pojętych⁹ czynników osobowych. Istotne jest, że omawiana analiza nie ma charakteru jedynie dokonania interpretacji pozyskanych

⁴ Badania przeprowadzone przez naukowców i urbanistów z Massachusetts Institute of Technology na podstawie danych generowanych przez urządzenia mobilne mieszkańców Singapuru, przede wszystkim dotyczących lokalizacji, wskazują, że dane osobowe poddane anonimizacji można było względnie łatwo utożsamić z konkretnymi osobami, poprzez swego rodzaju odwrócenie tego procesu. Zob. S. Chang, C. Li, H. Zhu, T. Lu, Q. Li, Revealing Privacy Vulnerabilities of Anonymous Trajectories, Vehicular Technology IEEE Transactions on 2018., vol. 67, No. 12, s. 12061–12071.

⁵ Tamże, s. 426.

⁶ M. Czerniawski, w: E. Bielak-Jomaa, D. Lubasz (red.), RODO. Ogólne rozporządzenie o ochronie danych osobowych. Komentarz, Warszawa 2018, s. 201.

⁷ Grupa Robocza art. 29 ds. ochrony danych, Wytyczne dotyczące prawa do przenoszenia danych, przyjęte 13.12.2016 r., <https://archiwum.giodo.gov.pl/pl/file/12467> (dostęp: 26.1.2024 r.), s. 9.

⁸ Grupa Robocza art. 29 ds. ochrony danych, Wytyczne dotyczące automatyzowanego podejmowania decyzji w indywidualnych przypadkach i profilowania dla celów rozporządzenia 2016/679, ostatnio zmienione i przyjęte 6.2.2018 r., https://www.uodo.gov.pl/data/filemanager_pl/908.pdf (dostęp: 26.1.2024 r.), s. 13.

⁹ Definicja legalna profilowania zawiera katalog otwarty czynników osobowych.

informacji w czasie rzeczywistym, ale służy również zaprezentowaniu przewidywanych decyzji lub zachowań osób fizycznych w przyszłości¹⁰. Sama definicja profilowania zwraca uwagę na związek tego pojęcia z szeroko pojętą automatyzacją. Definicja profilowania zakłada podjęcie decyzji tylko na podstawie danych osobowych podlegających przetwarzaniu bez udziału człowieka. Automatyzacja jest zatem pojęciem nieodłącznie związanym z profilowaniem stanowiącym jego immanentny¹¹ element. Jednocześnie uważam, że zautomatyzowane przetwarzanie danych jest pojęciem semantycznie i technicznie szerszym aniżeli profilowanie, które może bazować na zautomatyzowanym przetwarzaniu danych w sposób częściowy lub całkowity¹². Zgadzam się z *M. Czerniawskim*, że dane, w tym dane osobowe, mogą podlegać zautomatyzowanemu przetwarzaniu, ale jednocześnie nie realizować definicji legalnej profilowania, ponieważ nie każdy rodzaj automatycznego przetwarzania danych jest profilowaniem¹³. Jest nim jedynie wtedy, gdy spełnia przesłanki zawarte w art. 4 pkt 4 RODO.

Podsumowując, dane wyinterpretowane, poza tym, że często są efektem procesów częściowo lub całkowicie zautomatyzowanych, również mogą zawierać element oceniający osobę fizyczną na podstawie przetworzonych danych.

Bardzo szerokie pojęcie danych osobowych, *de facto* poszerzone o kategorię danych wyinterpretowanych oraz danych pseudonimicznych¹⁴, sprawia, że faktyczna anonimizacja danych osobowych może wymagać dużych nakładów technicznych. W konsekwencji może zdarzyć się również tak, że dane zanonimizowane będą w większości przypadków pojęciem martwym, właśnie kosztem istotnego poszerzenia zbioru danych osobowych o dane wyinterpretowane oraz pseudonimiczne i zastosowania względem nich właściwych regulacji prawnych z dziedziny ochrony danych osobowych. Kwestię właściwości regulacji prawnych precyzuje ponadto rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/1807 z 14.11.2018 r. w sprawie ram swobodnego przepływu danych osobowych w Unii Europejskiej¹⁵, które w motywie 9 preambuły wskazuje, że dane zanonimizowane, których anonimizację można od-

¹⁰ A. Mednis, Prawo ochrony danych osobowych wobec profilowania osób fizycznych, Wrocław 2019, s. 173.

¹¹ Chociaż w tej kwestii konieczne jest zaznaczenie sporów występujących w doktrynie. Szerzej A. Mednis, Prawo ochrony, s. 187–190.

¹² Tamże, s. 174.

¹³ M. Czerniawski, w: E. Bielał-Jomaa, D. Lubasz (red.), RODO, s. 563.

¹⁴ M. Rojszczak, Ochrona prywatności, s. 427.

¹⁵ Dz.Urz. UE L 303, s. 59.