

Prawo konkurencji a regulacja sektorowa

Marek Szydło



Oficyna
a Wolters Kluwer business

UOKiK 1990
2010
XX-lecie Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

Prawo jest na naszej stronie!

www.profinfo.pl
www.wolterskluwer.pl

- codzienna aktualizacja
- pełna oferta
- zapowiedzi wydawnicze
- rabat na zamówienia zbiorcze
do negocjacji
- uproszczony sposób zakupu e-mailem:
zamowienia.internet@wolterskluwer.pl

Prawo konkurencji a regulacja sektorowa

Marek Szydło



Oficyna
a Wolters Kluwer business

Warszawa 2010

Wydawca:
Grzegorz Jarecki

Redaktor prowadzący:
Joanna Cybulska

Opracowanie redakcyjne:
Izabela Ratusińska

Skład, łamanie:
Andrzej Gudowski

© Copyright by
Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o., 2010

ISBN 978-83-264-0082-7
ISSN 1897-4392

Wydane przez:
Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o.

Redakcja Książek
01-231 Warszawa, ul. Płocka 5a
tel. (022) 535 80 00, (022) 535 82 00
31-156 Kraków, ul. Zacisze 7
tel. (012) 630 46 00
e-mail: ksiazki@wolterskluwer.pl

www.wolterskluwer.pl
Księgarnia internetowa www.profinfo.pl

Spis treści

Wykaz najważniejszych skrótów	9
Przedmowa	11
Wprowadzenie.....	13
Przypisy	19
Rozdział I. Mechanizm stosowania prawa konkurencji oraz regulacji sektorowej	23
1. Kryteria wyróżniania konkretyzacji <i>ex post</i> , <i>ex ante</i> oraz hybrydowej	23
2. Konkretyzacja <i>ex post</i> w prawie konkurencji.....	27
3. Konkretyzacja <i>ex ante</i> w prawie konkurencji.....	30
4. Konkretyzacja hybrydowa w prawie konkurencji	33
5. Ogólne uwagi na temat konkretyzacji prawa w ramach regulacji sektorowej	34
6. Konkretyzacja <i>ex post</i> w ramach regulacji sektorowej	35
7. Konkretyzacja <i>ex ante</i> w ramach regulacji sektorowej	36
8. Konkretyzacja hybrydowa w ramach regulacji sektorowej.....	37
9. Pożądany zakres, w jakim w ramach prawa konkurencji oraz w ramach regulacji sektorowej powinna występować konkretyzacja <i>ex post</i> oraz konkretyzacja <i>ex ante</i>	39
Przypisy	47
Rozdział II. Materialna treść nakazów oraz zakazów formułowanych w prawie konkurencji oraz w regulacji sektorowej	62
1. Uwagi wprowadzające.....	62
2. Nakazy i zakazy związane z udostępnianiem sieci konkurentom.....	63

2.1. Dostęp do sieci w prawie konkurencji	63
2.2. Dostęp do sieci w ramach regulacji sektorowej	72
2.3. Porównanie reżimu dostępu do sieci w prawie konkurencji i w regulacji sektorowej z perspektywy realizowanych wartości	79
3. Nakazy i zakazy związane z zacieśnianiem marży (<i>margin squeeze</i>)	86
3.1. Pojęcie zacieśniania marży	86
3.2. Zacieśnianie marży w prawie konkurencji	89
3.3. Zacieśnianie marży w ramach regulacji sektorowej	95
3.4. Porównanie zawartych w prawie konkurencji oraz w regulacji sektorowej zakazów i nakazów związanych z zacieśnianiem marży z perspektywy realizowanych wartości	98
4. Nakazy i zakazy związane ze stosowaniem cen drapieżnych	103
4.1. Pojęcie cen drapieżnych	103
4.2. Ceny drapieżne w prawie konkurencji	103
4.3. Ceny drapieżne w ramach regulacji sektorowej	106
4.4. Porównanie zawartych w prawie konkurencji oraz w regulacji sektorowej zakazów i nakazów związanych ze stosowaniem cen drapieżnych z perspektywy realizowanych wartości	108
5. Nakazy i zakazy związane z pobieraniem cen nadmiernie wygórowanych	110
5.1. Pojęcie ceny nadmiernie wygórowanej	110
5.2. Ceny nadmiernie wygórowane w prawie konkurencji	111
5.3. Ceny nadmiernie wygórowane w ramach regulacji sektorowej	112
5.4. Porównanie zawartych w prawie konkurencji oraz w regulacji sektorowej zakazów i nakazów związanych ze stosowaniem cen nadmiernie wygórowanych z perspektywy realizowanych wartości	113
6. Nakazy i zakazy związane z eliminowaniem lub ograniczaniem pionowego zintegrowania działalności sieciowej z działalnością usługową	114
6.1. Istota pionowej integracji przedsiębiorstw oraz formy rozdzielania (<i>unbundling</i>) działalności sieciowej od działalności usługowej	114

6.2. Eliminowanie oraz ograniczanie pionowego zintegrowania działalności sieciowej z działalnością usługową przez prawo konkurencji	115
6.3. Eliminowanie oraz ograniczanie pionowego zintegrowania działalności sieciowej z działalnością usługową przez regulację sektorową	118
6.4. Porównanie zawartych w prawie konkurencji oraz w regulacji sektorowej zakazów i nakazów związanych z eliminowaniem lub ograniczaniem pionowego zintegrowania działalności sieciowej z działalnością usługową z perspektywy realizowanych wartości.....	118
7. Pierwszeństwo (prymat) aksjologii prawa konkurencji w sektorach sieciowych.....	119
Przypisy	124
Rozdział III. Paralelne stosowanie przepisów prawa konkurencji oraz regulacji sektorowej	217
1. Istota paralelnego stosowania unijnego prawa konkurencji oraz przepisów regulacji sektorowej do tego samego stanu faktycznego. Zarys konstelacji, w których takie paralelne stosowanie może występować.....	217
2. Paralelne stosowanie wobec antykonkurencyjnych praktyk przedsiębiorstw przepisów regulacji sektorowej przez krajowe organy regulacyjne oraz przepisów unijnego prawa konkurencji przez Komisję	219
3. Paralelne stosowanie wobec działań regulacyjnych podejmowanych przez krajowe organy regulacyjne przepisów regulacji sektorowej oraz przepisów unijnego prawa konkurencji przez Komisję lub przez inny unijny organ regulacyjny	225
4. Paralelne stosowanie wobec antykonkurencyjnych praktyk przedsiębiorstw przepisów regulacji sektorowej przez krajowe organy regulacyjne oraz przepisów unijnego prawa konkurencji przez krajowe organy ochrony konkurencji.....	229
Przypisy	230

Rozdział IV. Organy stosujące przepisy prawa konkurencji oraz przepisy regulacji sektorowej	269
1. Powody przemawiające za koniecznością zachowania instytucjonalnej odrębności organów regulacyjnych od ogólnych organów ochrony konkurencji.....	269
2. Powody przemawiające za koniecznością łączenia ze sobą zasad centralizacji oraz decentralizacji przy nadawaniu instytucjonalnego kształtu organom stosującym w sektorach sieciowych prawo konkurencji oraz przepisy regulacji sektorowej.....	272
3. Zdecentralizowane sieci organów unijnych i krajowych.....	276
4. Scentralizowane sieci organów unijnych i krajowych (agencje unijne)	277
Przypisy	279
Zakończenie	310
Wykaz wykorzystanej literatury	317

Wykaz najważniejszych skrótów

- dyrektywa 2002/19/WE – dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady
(dyrektywa o dostępie) z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie dostępu do sieci łączności elektronicznej i urządzeń towarzyszących oraz wzajemnych połączeń (Dz. Urz. WE 2002, L 108/7 z późn. zm.)
- dyrektywa 2002/21/WE – dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady
(dyrektywa ramowa) z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (Dz. Urz. WE 2002, L 108/33 z późn. zm.)
- dyrektywa 2002/22/WE – dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady
(dyrektywa o usłudze powszechnej) z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie usługi powszechnej i związanych z sieciami i usługami łączności elektronicznej praw użytkowników (Dz. Urz. WE 2002, L 108/55 z późn. zm.)
- dyrektywa 2002/77/WE – dyrektywa Komisji 2002/77/WE z dnia 16 września 2002 r. w sprawie konkurencji na rynkach sieci i usług łączności elektronicznej (Dz. Urz. WE 2002, L 249/21 z późn. zm.)
- dyrektywa energetyczna – dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/72/WE z dnia 13 lipca 2009 r. dotycząca wspólnych zasad rynku wewnętrznego energii elektrycznej i uchylająca dyrektywę 2003/54/WE (Dz. Urz. UE 2009, L 211/55)
- dyrektywa gazowa – dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/73/WE z dnia 13 lipca 2009 r. dotycząca wspólnych zasad rynku wewnętrznego gazu ziemnego i uchylająca dyrektywę 2003/55/WE (Dz. Urz. UE 2009, L 211/94)

Dz. Urz. UE/WE	– Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej/Wspólnot Europejskich
ETS	– Europejski Trybunał Sprawiedliwości
rozporządzenie nr 1/2003	– 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. WE 2003, L 1/1)
rozporządzenie nr 139/2004	– rozporządzenie Rady WE nr 139/2004 z dnia 20 stycznia 2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz. Urz. UE 2004, L 24/01)
SPI	– Sąd Pierwszej Instancji
TFUE	– Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej
TUE	– Traktat o Unii Europejskiej
UOKiK	– Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów

Przedmowa

Od lat osiemdziesiątych w krajach europejskich mamy do czynienia z procesem stopniowej liberalizacji rynków, na których nie obowiązywały wcześniej reguły konkurencji lub jej zasięg był ograniczony. W 1989 roku ten proces rozpoczął się i trwa do dziś również w Polsce. Większość z tych rynków występuje w sektorach, gdzie decydujący jest dostęp do infrastruktury, której powielenie jest niemożliwe lub nieopłacalne. Można do nich zaliczyć m.in. telekomunikację, energetykę, transport kolejowy i lotniczy. Barierą dla rozwoju konkurencji jest najczęściej zachowanie dawnych monopolistów, którzy pragnąc utrzymać swą uprzywilejowaną pozycję, próbują wyeliminować swoich konkurentów oraz blokują wejście na rynek nowym podmiotom.

Instytucjami odpowiedzialnymi za wprowadzanie konkurencji na tych rynkach są przede wszystkim regulatorzy sektorowi. Ich zadanie polega głównie na zapobieganiu określonym negatywnym zjawiskom wynikającym z niedoskonałej struktury rynku, poprzez podejmowanie działań *ex ante* – ułatwianie wejścia na rynek nowym przedsiębiorcom, stałe monitorowanie sektora i kontrola zachowań dominantów, np. zatwierdzanie i sprawdzanie stosowania taryf energii elektrycznej.

Działania regulatorów wspomagane są przez Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Jego rolą jest przede wszystkim podejmowanie interwencji *ex post* – kiedy praktyka ograniczająca konkurencję wystąpiła już na rynku. Z niedozwolonymi działaniami na rynkach podlegających liberalizacji walczyliśmy od początku powstania Urzędu w 1990 roku. Wielokrotnie prowadziliśmy postępowania przeciwko rynkowym potentatom. Nakładaliśmy wysokie kary m.in. na przedsiębiorców działających w branżach: telekomunikacyjnej i towarowych przewozów kolejowych. Najczęstszą przyczyną tych interwencji były działania ograniczające innym spółkom dostęp do infrastruktury.

Poza nakładaniem kar i nakazywaniem zaniechania określonych praktyk Urząd może wspomagać regulatorów, m.in. poprzez analizy zjawisk zachodzących na danym rynku. Efektem tych badań są raporty, które wskazują na poziom rozwoju konkurencji w sektorze oraz mogą być podstawą do interwencji organu antymonopolowego. Przykładem jest raport dotyczący energetyki. W dokumencie rekomendowaliśmy kierunki rozwoju rynku energetycznego oraz przedstawiliśmy konkretne propozycje zmian mających na celu wprowadzenie efektywnej konkurencji w tym sektorze.

Więcej na temat relacji między prawem konkurencji a regulacjami sektorowymi można dowiedzieć się z monografii prof. Marka Szydły. Autor nie skupia się na rozwiązaniach polskich, lecz przede wszystkim analizuje przepisy unijne. Wskazuje, że choć przepisy antymonopolowe i sektorowe mają te same cele, są od siebie różne w sensie materialnym i ich stosowanie powoduje często odmienne skutki rynkowe. Przedstawia m.in. problemy, jakie wynikają z paralelnego stosowania unijnego prawa konkurencji oraz przepisów sektorowych do tego samego stanu faktycznego. Nie ogranicza się przy tym jedynie do przedstawienia istniejącej sytuacji, ale proponuje nowy model postępowania w takich przypadkach. Słusznie zauważa również, że w obecnym stanie konkurencji na analizowanych rynkach nie istnieje uzasadnienie dla istnienia tylko jednej instytucji odpowiedzialnej za stosowanie prawa konkurencji i regulacji sektorowych.

Przemyślenia i wnioski profesora Szydły to z pewnością lektura obowiązkowa dla wszystkich zainteresowanych tą problematyką. Być może staną się one również przyczynkiem do dyskusji na temat relacji pomiędzy przepisami antymonopolowymi a regulacją sektorową. Serdecznie zapraszam do lektury.

*dr Małgorzata Krasnodębska-Tomkiel,
Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów*

Wprowadzenie

1. Prawo konkurencji oraz regulacja sektorowa należą współcześnie do najważniejszych instrumentów prawnych, za pomocą których władza publiczna (na poziomie krajowym oraz ponadnarodowym) interweniuje w gospodarkę. Oba te obszary prawnej ingerencji, występujące dzisiaj we wszystkich niemal krajowych porządkach prawnych na świecie, a także w ramach kilku organizacji (wspólnot) ponadnarodowych, czerpią swoją genezę oraz uzasadnienie dla swojego istnienia ze wspólnego dla nich przekonania, że gospodarka (działalność gospodarcza), pojmowana jako prowadzona na rynku działalność polegająca na zaspokajaniu ludzkich (cudzych) potrzeb (poprzez produkcję i podział dóbr)¹, nie mogłaby wspomnianych ludzkich potrzeb² w sposób efektywny zaspokajać bez istnienia odpowiednich norm prawnych, przeciwdziałających powstawaniu czy też korygujących określone nieadomy mechanizmu rynkowego. Wśród owych licznych niedomogów rynkowych, sprawiających, że potrzeby ludzkie nie mogą być przez gospodarkę prawidłowo zaspokajane, szczególnie poważnymi (i wymagającymi stosownej reakcji ze strony władzy publicznej) są chociażby monopole naturalne³ oraz przypadki nadmiernej siły rynkowej⁴ wykorzystywanej (często umyślnie) do szkodenia interesom tych ludzi, których potrzeby działalność gospodarcza ma w swoim założeniu zaspokajać. Prawo konkurencji oraz regulacja sektorowa jawią się w tym kontekście jako stosowne (choć z pewnością nie jedynie) remedia na złe (niewłaściwe) funkcjonowanie rynku.

2. Na potrzeby dalszych rozważań pojęcie prawa konkurencji będzie rozumiane jako ogół tych norm prawnych, które są adresowane do poszczególnych przedsiębiorstw oraz ich związków i które zakazują tym podmiotom określonych zachowań szkodzących mechanizmowi wolnej konkurencji. Wśród tych zakazanych zachowań znajdują się porozumienia (tj. zmony, choćby nieformalne) ograniczające konkurencję, praktyki polegające na nadużywaniu (ze szkodą dla mechanizmu konkurencji) po-

siadanej przez przedsiębiorstwa pozycji dominującej, a także takie operacje koncentracyjne pomiędzy przedsiębiorstwami (tj. prowadzące do trwałych zmian w strukturze zaangażowanych przedsiębiorstw), które w myśl pewnych przyjętych przez prawodawcę, a realizowanych przez organy ochrony konkurencji założeń, zostały uznane jako mogące wywołać antykonkurencyjne następstwa. W tym sensie podstawowym dobrem chronionym prawem konkurencji jest właśnie konkurencja (mechanizm konkurencji), choć trzeba od razu powiedzieć, że znaczenie samego pojęcia „konkurencja” nie jest bynajmniej jednoznaczne⁵, w trakcie stosowania prawa konkurencji poszczególne jurysdykcje na świecie (organy stosujące tam prawo konkurencji) przyjmują zaś znacząco niekiedy różniące się koncepcje odnośnie do tego, czym w istocie jest owa (podlegająca ochronie) konkurencja i jak ją należy pojmować⁶.

Z kolei regulacja sektorowa jest to ogół norm prawnych, które są adresowane do przedsiębiorstw działających w tzw. sektorach sieciowych gospodarki (telekomunikacja, energetyka, transport kolejowy, poczta, sektor wodno-kanalizacyjny)⁷ i które mają w swoim założeniu służyć kontrolowaniu (przeciwdziałaniu nadużywaniu) znaczącej siły (pozycji) rynkowej, jaką często posiadają funkcjonujące w tych sektorach przedsiębiorstwa, zwłaszcza te zarządzające poszczególnymi sieciami i nierzadko mające status tzw. przedsiębiorstw pionowo zintegrowanych. Kontrolowanie siły rynkowej wspomnianych przedsiębiorstw sieciowych następuje w celu umożliwienia funkcjonowania efektywnej konkurencji na rynkach następujących (detaicznych) i docelowo służy interesom użytkowników (odbiorców) końcowych danych usług. Ważną częścią regulacji sektorowej są też normy przewidujące obowiązki realizowania przez określone przedsiębiorstwa tzw. usług publicznych (*public service obligation*) lub też usług powszechnych (*universal service*), które to obowiązki mają w założeniu gwarantować zainteresowanym tymi usługami odbiorcom dostęp do nich (w sensie prawnym i faktycznym), przystępność tychże usług (w sensie cenowym) oraz ich należyta jakość⁸.

3. Chociaż w poszczególnych porządkach prawnych na świecie przyjmowane w tym zakresie rozwiązania mogą od siebie znacząco odbiegać, to jednak jako regułę można przyjąć, że w odniesieniu do wspomnianych wyżej sektorów sieciowych gospodarki zachowują swoją moc obowiązującą zarówno przepisy prawa konkurencji, jak też regulacji sektorowej. Takie dopuszczenie do równoległego obowiązywania w sektorach sieciowych obu grup norm prawnych (co *nota bene* nie jest jednak równoznaczne z możli-

wością równoległego stosowania tychże norm⁹⁾) wywołuje przy tym wiele różnych problemów, które tak przez ustawodawcę, jak też przez podmioty (organy) stosujące prawo muszą być w sposób zadowalający rozwiązane. Problemy te mają charakter materialnoprawny, proceduralnoprawny oraz instytucjonalny.

Na płaszczyźnie materialnoprawnej podstawowy problem sprowadza się do tego, czy koncepcja „konkurencji” chroniona w danym systemie przez regulację sektorową powinna być taka sama jak ta obejmowana protekcją przez prawo konkurencji, czy też – alternatywnie – „konkurencja” chroniona w sektorach sieciowych przez regulację sektorową może być czymś innym niż „konkurencja” protegowana przez prawo konkurencji. Pochodny względem tego problem wyraża się w tym, czy materialna treść nakazów i zakazów formułowanych w obu omawianych obszarach prawnej interwencji pod adresem przedsiębiorstw działających w sektorach sieciowych (a które to nakazy i zakazy ograniczają swobodę rynkowej rywalizacji wspomnianych przedsiębiorstw) może się od siebie różnić (tak, iż np. pewne kategorie rynkowych zachowań przedsiębiorstw są zakazane przez prawo konkurencji, natomiast wyraźnie zezwala na nie regulacja sektorowa), czy też – przeciwnie – z określonych względów powinny być w tym zakresie przyjmowane rozwiązania konwergentne.

Na płaszczyźnie proceduralnoprawnej zasadniczy wymagający rozwiązania problem polega na tym, czy w odniesieniu do tego samego stanu faktycznego (tj. w jednej i tej samej sytuacji faktycznej) powinna być dopuszczona możliwość równoległego stosowania zarówno przepisów prawa konkurencji, jak też regulacji sektorowej. W razie pozytywnego rozstrzygnięcia tej kwestii rozwiązania wymaga też problem możliwych sprzecznych rozstrzygnięć, jakie się mogą wówczas pojawić, zwłaszcza gdy materialna treść nakazów i zakazów w prawie konkurencji oraz w ramach regulacji sektorowej różni się od siebie. Z kolei w razie opowiedzenia się przeciwko możliwości równoległego stosowania w jednym i tym samym stanie faktycznym prawa konkurencji oraz regulacji sektorowej powinny być wypracowane określone reguły kolizyjno-jurysdykcyjne, przesądzające czy to o bezwzględnym, czy też o relatywnym priorytecie stosowania któregoś z tych obszarów prawnej interwencji. W płaszczyźnie proceduralnoprawnej ważnym problemem jest też to, w jakim zakresie w obu tych obszarach prawnej interwencji powinna być dopuszczona możliwość stosowania (czy też mówiąc inaczej – konkretyzacji) prawa w sposób *ex post*, a w jakim możliwość stosowania go *ex ante*.

Wreszcie na płaszczyźnie instytucjonalnej trzeba rozstrzygnąć kwestię, czy stosowanie w sektorach sieciowych prawa konkurencji oraz regulacji sektorowej powinno być powierzone zupełnie różnym kategoriom organów (tak, iż prawo konkurencji będzie tam stosowane przez ogólne organy ochrony konkurencji, regulacja sektorowa zaś przez specjalne organy regulacyjne), czy też może – alternatywnie – obie te grupy norm prawnych powinny być w sektorach sieciowych stosowane przez jeden i ten sam organ. W razie opowiedzenia się za drugim z opisanych rozwiązań, rozstrzygnięcia wymaga to, czy tym wyznaczonym (desygnowanym) organem ma być ogólny organ ochrony konkurencji (który poza stosowaniem prawa konkurencji we wszystkich sektorach gospodarki, w tym też w sektorach sieciowych, dodatkowo będzie jeszcze stosował w sektorach sieciowych przepisy regulacji sektorowej), czy też może organem tym powinien być raczej specjalny organ regulacyjny (który poza stosowaniem w sektorach sieciowych regulacji sektorowej będzie tam jeszcze stosował prawo konkurencji, z zastrzeżeniem, że poza sektorami sieciowymi stosowanie prawa konkurencji nadal pozostanie w zakresie właściwości ogólnego organu ochrony konkurencji).

4. Prawo konkurencji oraz regulacja sektorowa obowiązują równolegle w sektorach sieciowych również w Unii Europejskiej¹⁰. Także więc w przypadku unijnego porządku prawnego powstają problemy – które muszą być rozwiązane tak przez samego prawodawcę unijnego, jak też przez organy stosujące prawo unijne – odpowiedniego ukształtowania relacji pomiędzy prawem konkurencji a regulacją sektorową, i to na wszystkich wyróżnionych wcześniej płaszczyznach (tj. materialnoprawnej, proceduralnoprawnej oraz instytucjonalnej). Rzecz jednak w tym, że prawodawca unijny nie zawsze związane z tym kwestie w ogóle dostrzega, nie mówiąc już o ich zadowalającym rozwiązaniu. Także organy stosujące prawo unijne nie zawsze są w stanie zaradzić wynikającym stąd trudnościom.

Celem niniejszej pracy jest w pierwszym rzędzie ustalenie tego, jak w unijnym porządku prawnym *de lege lata* zostały ukształtowane wspomniane wyżej relacje pomiędzy prawem konkurencji a regulacją sektorową. Zidentyfikowanie przy tym treści tychże relacji będzie wymagało odwoływania się nie tylko do źródeł pisanego prawa unijnego (pierwotnego i wtórnego), ale także – a w niektórych przypadkach przede wszystkim – do praktyki stosowania prawa konkurencji oraz regulacji sektorowej przez właściwe organy, w tym zwłaszcza przez sądy unijne (ETS i SPI). Ponieważ jednak, jak już ogólnie wspomniano, relacje te nie zawsze są

(u)kształtowane w zadowalający sposób, drugim – może nawet ważniejszym – celem niniejszej pracy będzie zaproponowanie nowego modelu tych relacji: modelu, który w przekonaniu autora zdecydowanie lepiej mógłby się przyczyniać do realizowania pewnych istotnych wartości, jakie zarówno prawo konkurencji, jak też regulacja sektorowa powinny w swoim założeniu urzeczywistniać.

Aby osiągnąć postawiony sobie wyżej cel badawczy, zastosowano następującą strukturę niniejszej pracy. W rozdziale I pracy badany jest mechanizm stosowania prawa konkurencji oraz regulacji sektorowej. Wykazano tutaj, że wbrew przyjmowanym często uproszczonym twierdzeniom, jakoby prawo konkurencji było stosowane zawsze (lub przynajmniej w większości przypadków) *ex post*, natomiast regulacja sektorowa *ex ante*, w obu tych obszarach prawnej interwencji mamy do czynienia zarówno z konkretyzacją *ex post*, jak też z konkretyzacją *ex ante* (a także z konkretyzacją hybrydową), przy czym w prawie konkurencji konkretyzacja *ex ante* występuje znacznie częściej, niż się to zazwyczaj przyjmuje. W rozdziale tym znajdują się też określone wnioski w odniesieniu do pożądanego zakresu, w jakim w obu omawianych obszarach powinna występować konkretyzacja *ex post* oraz *ex ante*.

Rozdział II pracy zajmuje się materialną treścią nakazów i zakazów formułowanych przez prawo konkurencji oraz przez regulację sektorową. Wykazano tutaj, że zawarte w prawie konkurencji oraz w regulacji sektorowej określone nakazy i zakazy, które w swoim założeniu odnoszą się do tych samych w zasadzie sytuacji rynkowych i mają zapobiegać tym samym w zasadzie problemom rynkowym powodowanym przez przedsiębiorstwa działające w sektorach sieciowych (chodzi mianowicie o takie problemy, jak np. odmowa dostępu do sieci lub utrudnianie tego dostępu, stosowanie tzw. *margin squeeze*, stosowanie cen nadmiernie wygórowanych lub drapieżnych, pionowe zintegrowanie przedsiębiorstw sieciowych z przedsiębiorstwami usługowymi), w sensie swojej materialnej treści (oraz istoty) zdecydowanie różnią się od siebie i powodują w efekcie odmienne konsekwencje rynkowe. W rozdziale tym dokonano również prawnej oraz aksjologicznej oceny takiego właśnie stanu rzeczy.

Rozdział III pracy podejmuje kwestię paralelnego stosowania prawa konkurencji oraz regulacji sektorowej do jednego i tego samego stanu faktycznego. Wykazano, że takie równoległe stosowanie jest prawnie dopuszczalne, przy czym zaproponowany też został określony proceduralny model postępowania na wypadek, gdyby ogólny organ ochrony konkurencji

(z jednej strony) oraz regulator sektorowy (z drugiej strony) zamierzali wydać w tym samym stanie faktycznym lub już wydali rozstrzygnięcia różniące się od siebie w sensie materialnym.

Rozdział IV pracy zajmuje się natomiast instytucjonalnym wymiarem prawa konkurencji oraz regulacji sektorowej. W rozdziale tym zaprezentowana została teza, że w obecnym stadium rozwoju konkurencji w sektorach sieciowych nie ma bynajmniej uzasadnienia dla przeprowadzenia instytucjonalnej konwergencji pomiędzy prawem konkurencji a regulacją sektorową, polegającej na tym, że istniałby jeden tylko organ powołany do stosowania w sektorach sieciowych zarówno prawa konkurencji, jak też przepisów regulacji sektorowej (bez względu na to, czy organem tym byłby ogólny organ ochrony konkurencji, czy też regulator sektorowy). W rozdziale tym uargumentowano też, że obecny układ instytucjonalny w sektorach sieciowych wymaga określonej przebudowy, zwłaszcza jeżeli chodzi o relacje pomiędzy krajowymi organami regulacyjnymi a Komisją Europejską (z jednej strony) oraz relacje pomiędzy samymi krajowymi organami regulacyjnymi (z drugiej strony).

Pracę wieńczy Zakończenie podsumowujące jej najistotniejsze tezy oraz wnioski.

Z uwagi na cel niniejszej pracy, jej przedmiot został ograniczony przede wszystkim do obszaru unijnego prawa konkurencji (obejmującego art. 102 i 102 TFUE, przepisy rozporządzeń nr 1/2003 oraz nr 139/2004, a także przepisy niektórych innych aktów prawa wtórnego oraz przepisy aktów niewiążących) oraz do obszaru regulacji sektorowej obowiązującej w Unii Europejskiej (obejmującej przede wszystkim liczne dyrektywy obowiązujące w odniesieniu do sektora łączności elektronicznej¹¹, pocztowego, elektroenergetycznego, gazowego oraz transportu kolejowego). Częściowo przedmiot rozważań obejmuje też krajowe prawo konkurencji obowiązujące w poszczególnych państwach członkowskich oraz przepisy krajowej regulacji sektorowej, które są *nota bene* wydawane w celu implementacji dyrektyw unijnych. Pośilkowo, w celu lepszego zilustrowania pewnych ogólniejszych zagadnień, odwoływano się również niekiedy do przepisów prawa konkurencji obowiązujących w USA oraz do przepisów tamtejszej regulacji sektorowej. Zasadniczo jednak praca dotyczy prawa Unii Europejskiej.

Należy też dodać, że z uwagi na bardzo obszerne przypisy zawarte w niniejszej pracy, obejmujące aż 72% objętości całej rozprawy, przypisy te zdecydowano się umieścić na końcu każdego z rozdziałów, rezygnując ze

stosowania przypisów dolnych. Ze względu na merytoryczną wagę tych przypisów, mających często walor komentatorski, należałoby wszakże rekomendować Czytelnikowi równoczesne sięganie do tych przypisów przy czytaniu tekstu głównego.

Przypisy

¹ Por. R. Stober, *Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht. Grundlagen des Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrechts, des Weltwirtschafts- und Binnenmarktrechts*, Stuttgart 2004, s. 12; W. Frotscher, *Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht*, München 2004, s. 10.

² Potrzebę ludzką należałoby w tym kontekście zdefiniować jako stan, w którym określona jednostka odczuwa pewien brak (tj. brak czegoś) i jednocześnie ma życzenie (pragnienie) zniesienia (wyeliminowania) tego braku: O. Lieth, *Die ökonomische Analyse des Rechts im Spiegelbild klassischer Argumentationsrestriktionen des Rechts und seiner Methodenlehre*, Baden–Baden 2007, s. 50.

³ Monopol naturalny jest to sytuacja na rynku, w przypadku której relacja pomiędzy spadającymi wewnętrznymi kosztami w przedsiębiorstwie a zwiększającą się skalą produkcji jest tak istotna (tzn. wraz ze wzrastającymi rozmiarami produkcji na tyle mocno spadają przeciętne koszty w przedsiębiorstwie), że w dłuższym okresie czasu na danym rynku może przetrwać tylko jedno przedsiębiorstwo. Można też powiedzieć, że jest to sytuacja, w której dane dobro w sposób najbardziej korzystny kosztowo może być wytwarzane na rynku przez jeden tylko podmiot, przy czym jest to wtedy o wiele korzystniejsze kosztowo niż miałyby to miejsce w warunkach istnienia większej liczby podmiotów na danym rynku (I. Schmidt, *Wettbewerbspolitik und Kartellrecht*, Stuttgart 2005, s. 36). Gdy naturalne monopole nie są poddane stosownej prawnej interwencji, zazwyczaj nadużywają swojej monopolistycznej pozycji (A.E. Kahn, *The Economics of Regulation: Principles and Institutions*, Cambridge 1988, s. 118–120).

⁴ Siła rynkowa jest najczęściej definiowana jako zdolność przedsiębiorstwa do podwyższania poziomu cen (w krótkim okresie czasu – powyżej kosztów krańcowych, natomiast w dłuższej perspektywie czasowej – powyżej średnich kosztów całkowitych), chociażby poprzez ograniczenie produkcji, przy równoczesnym zwiększaniu czystych zysków: L. Peeperkorn, *The Economics of Competition (w:) The EC Law of Competition*, red. J. Faull, A. Nikpay, Oxford 1999, s. 9; R. Lane, *EC Competition Law*, Pearson Education Limited 2000, s. 7.

⁵ W tym kontekście niektórzy wątpią nawet, czy zdefiniowanie pojęcia konkurencji jest w ogóle możliwe. Sceptycyzm w tym względzie wyraża chociażby V. Emmerich, którego zdaniem zdefiniowanie wspomnianego pojęcia najprawdopodobniej jest niewykonalne. Wprawdzie – jak twierdzi powołany autor – niemal każdy ma jakieś wyobrażenie na temat tego, czym jest konkurencja, niemniej ustalenie w miarę jednolitej jej definicji jest właściwie niemożliwe. Powodem tego jest zaś okoliczność, że we współczesnej gospodarce procesy konkurowania są bardzo zróżnicowane (wielokształtne) i nie dają się precyzyjnie przewidywać. W związku z tym – jak utrzymuje wspomniany autor – wyjściem z sytuacji byłoby zrezygnowanie z definiowania pojęcia „konkurencji” i podjęcie próby zdefiniowania pojęcia w pewnym sensie przeciwnego – a mianowicie pojęcia „ograniczenie konkurencji”. Jednak i to zadanie okazuje się być wyjątkowo trudne (V. Emmerich, *Kartellrecht*, München 2001, s. 10). Jeżeli już jednak podejmuje się próby określenia tego, czym jest konkurencja, to najbardziej owocne wyniki można osiągnąć łącząc ze sobą narzędzia i podejścia wykorzystywane w wielu różnych dziedzinach nauki, w tym w prawie, ekonomii czy też socjologii. Jak się bowiem słuszenie zwraca uwagę, konkurencja jest pewnym złożonym fenomenem, którego istotę można ustalić dopiero wspólnym (a w każdym razie uzupełniającym się) wysiłkiem wielu różnych dyscyplin badawczych (F. Rittner, *Einführung in das Wettbewerbs- und Kartellrecht*, Heidelberg 1985, s. 157).

⁶ Przy czym jeden z podstawowych dylematów, jaki w tym kontekście powstaje, sprowadza się do tego, czy na potrzeby prawa konkurencji „konkurencję” należy rozumieć jako samą tylko rywalizację pomiędzy samodzielnymi podmiotami gospodarczymi, czy też należy ją raczej kojarzyć z efektywnością ekonomiczną (a jeśli tak, to który rodzaj efektywności ekonomicznej jest tutaj najważniejszy). Na temat dylematów związanych z pojmowaniem terminu „konkurencja” w amerykańskim, unijnym i polskim prawie konkurencji zob. szeroko D. Miąsik, *Reguła rozsądku w prawie antymonopolowym*, Kraków 2004, s. 25 i n.

⁷ Nazwa sektory sieciowe bierze się stąd, że działalność gospodarcza w tych sektorach jest prowadzona przy wykorzystaniu określonych sieci infrastrukturalnych. Sieci infrastrukturalne można by najogólniej zdefiniować jako rozbudowane systemy techniczne, umożliwiające przemieszczanie (transportowanie) na większe odległości określonych substancji (np. wody, ścieków), przesyłek pocztowych (paczek pocztowych, listów z korespondencją), nośników energii (np. gazu, prądu, ciepła), sygnałów elektronicznych (np. dźwięków mowy, obrazów, różnego rodzaju danych), czy też pojazdów transportowych (np. pojazdów kolejowych). Na sieć infrastrukturalną składają się nie tylko określone linie przesyłowe lub przewody transmisyjne, lecz także innego typu urządzenia techniczne, umożliwiające kierowanie (sterowanie) pracą sieci oraz koordynowanie funkcjonowania całości danego systemu sieciowego (np. urządzenia umożliwiające przełączanie lub komutowanie sygnałów w sieci telekomunikacyjnej, urządzenia kierujące ruchem kolejowym, urządzenia do sortowania przesyłek pocztowych), a także odpowiednie obiekty kubaturowe, zwłaszcza zaś obiekty zaplecza technicznego (np. centrale telefoniczne, zajezdnie kolejowe, budynki pocztowe). W rezultacie poszczególne sieci infrastrukturalne, wskutek swojej znacznej złożoności i kompleksowości, mogą być w istocie określone mianem systemów sieciowych: M. Szydło, *Regulacja sektorów infrastrukturalnych jako rodzaj funkcji państwa wobec gospodarki*, Warszawa 2005, s. 54.

⁸ W tym sensie można powiedzieć, że w ramach regulacji sektorowej znajdują się normy prawne, które, po pierwsze, chronią konkurencję na rynkach infrastrukturalnych (*regulation for competition*) oraz, po drugie, zapewniają realizację pewnych wartości społecznych (socjalnych) w interesie odbiorców (*economic regulation*). Wprawdzie można by sądzić, że to już sama (efektywna) konkurencja na rynkach infrastrukturalnych powinna w swoim założeniu zapewniać ochronę interesów odbiorców usług (i do pewnego stopnia tak rzeczywiście jest), niemniej sama tylko konkurencja (wraz z prawem, które ją chroni) nie jest przecież w stanie poradzić sobie z nierównością w podziale zasobów oraz z faktem, że konsumenci nie przychodzą na rynek jako równi. Siła rynkowa konsumentów jest bowiem determinowana istniejącym podziałem zasobów. Mówiąc inaczej, prawo chroniące konkurencję (tzn. zarówno prawo konkurencji, jak też ta część regulacji sektorowej, która ma chronić konkurencję jako taką) jest w stanie (jedynie) zapewnić, że dobra będą alokowane pomiędzy konsumentami stosownie do gotowości płacenia za nie. Tymczasem gotowość ta jest pochodną zdolności płacenia, zaś ta jest różna w przypadku ludzi bogatych oraz biednych. Prawo chroniące konkurencję nie może wyrównać czy też polepszyć zdolności płacenia konsumentów za poszczególne dobra. Równocześnie jednak dostęp oraz przystępność określonych dóbr dla konsumentów jest szczególnie istotna w przypadku dóbr wytwarzanych w sektorach sieciowych, które to dobra są przecież niezbędne dla normalnego funkcjonowania przez członków społeczeństwa. Dlatego też pojawia się tutaj zapotrzebowanie na dalej idącą prawną interwencję (tzn. idącą dalej niż ochrona samej tylko konkurencji), zorientowaną na określone cele socjalne (T. Prosser, *The Limits of Competition Law Markets and Public Services*, Oxford 2005, s. 17 i n.). I właśnie ta dalej idąca prawna interwencja (zmierzająca do zagwarantowania wszystkim potrzebującym dostępu, przystępności oraz jakości określonych dóbr) stanowi drugą ważną część regulacji sektorowej (obok tej jej części, która ma na celu ochronę samej konkurencji jako takiej).

⁹ Zwłaszcza jeśli chodzi o równoległe stosowanie obu tych porządków do jednego i tego samego stanu faktycznego.

¹⁰ Podstawowymi źródłami unijnego prawa konkurencji są art. 101 TFUE (zakazujący zawierania porozumień ograniczających konkurencję) oraz art. 102 TFUE (zakazujący przedsiębiorstwom posiadającym pozycję dominującą jej nadużywania). Ponadto trzeba tu też wymienić 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 (obecnie art. 101 i 102 TFUE) (Dz. Urz. WE 2003, L 1/1) oraz rozporządzenie Rady (WE) nr 139/2004 z dnia 20 stycznia 2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz. Urz. UE 2004, L 24/1). Ważną rolę odgrywają też liczne rozporządzenia ustanawiające tzw. wyłączenia grupowe, jak np. rozporządzenie Komisji (WE) nr 2790/1999 z dnia 22 grudnia 1999 r. w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych (Dz. Urz. WE 1999, L 336/21). Odrębnie należy też wspomnieć o licznych aktach formalnie niewiążących, które jednak odgrywają w praktyce bardzo ważną rolę interpretacyjną, jak np. wytyczne Komisji w sprawie zawartego w art. 81 i 82 TWE pojęcia wpływu na handel (Dz. Urz. UE 2004, C 101/81), obwieszczenie Komisji w sprawie zwalniania z grzywien i zmniejszania grzywien w sprawach kartelowych (Dz. Urz. UE 2006, C 298/17) czy też obwieszczenie Komisji w sprawie porozumień o mniejszym znaczeniu, które nie ograniczają odczuwalnie konkurencji na mocy art. 81 ust. 1 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (Dz. Urz. WE 2001, C 368/13). Z kolei źródłami unijnego prawa regulacji sektorowej są przede wszystkim liczne dyrektywy obowiązujące w poszczególnych sektorach sieciowych (dyrektywy sektorowe), a także, choć raczej wyjątkowo, rozporządzenia. W sektorze łączności elektronicznej są to zwłaszcza: dyrektywa 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (dyrektywa ramowa – Dz. Urz. WE 2002, L 108/33), dyrektywa 2002/19/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie dostępu do sieci łączności elektronicznej i urządzeń towarzyszących oraz wzajemnych połączeń (dyrektywa o dostępie – Dz. Urz. WE 2002, L 108/7), dyrektywa 2002/20/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie zezwoleń na udostępnienie sieci i usług łączności elektronicznej (dyrektywa o zezwoleniach – Dz. Urz. WE 2002, L 108/21), dyrektywa 2002/22/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie usługi powszechnej i związanych z sieciami i usługami łączności elektronicznej praw użytkowników (dyrektywa o usłudze powszechnej – Dz. Urz. WE 2002, L 108/51), dyrektywa Komisji 2002/77/WE z dnia 16 września 2002 r. w sprawie konkurencji na rynkach sieci i usług łączności elektronicznej (Dz. Urz. WE 2002, L 249/21). Powyższe dyrektywy zostały zmienione niedawno dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/140/WE z dnia 25 listopada 2009 r. zmieniającą dyrektywy 2002/21/WE w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej, 2002/19/WE w sprawie dostępu do sieci i usług łączności elektronicznej oraz wzajemnych połączeń oraz 2002/20/WE w sprawie zezwoleń na udostępnienie sieci i usług łączności elektronicznej (Dz. Urz. UE 2009, L 337/37). Wymienić należy tu także rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 1211/2009 z dnia 25 listopada 2009 r. ustanawiające Organ Europejskich Regulatorów Łączności Elektronicznej (BEREC) oraz Urząd (Dz. Urz. UE 2009, L 337/1). W sektorze pocztowym obowiązuje dyrektywa 97/67/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 15 grudnia 1997 r. w sprawie wspólnych zasad rozwoju rynku wewnętrznego usług pocztowych Wspólnoty oraz poprawy jakości usług (Dz. Urz. WE 1998, L 15/14), zmieniona dyrektywą 2002/39/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 10 czerwca 2002 r. zmieniającą dyrektywę 97/67/WE w zakresie dalszego otwarcia na konkurencję wspólnotowych usług pocztowych (Dz. Urz. WE 2002, L 176/21), a także zmieniona dyrektywą 2008/6/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 20 lutego 2008 r. zmieniającą dyrektywę 97/67/WE w odniesieniu do pełnego urzeczywistnienia rynku wewnętrznego usług pocztowych Wspólnoty (Dz. Urz. UE 2008, L 52/3). W sektorze energetycznym podstawowe znaczenie mają: dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/72/WE z dnia 13 lipca 2009 r. dotycząca wspólnych zasad rynku wewnętrznego energii elektrycznej i uchylająca dyrektywę 2003/54/WE (Dz. Urz. UE 2009, L 211/55), dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/73/WE z dnia 13 lipca 2009 r. dotycząca wspólnych zasad rynku wewnętrznego gazu ziemnego i uchylająca dyrektywę 2003/55/WE (Dz. Urz. UE 2009, L 211/94), a także rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 713/2009 z dnia 13 lipca 2009 r. ustanawiające Agencję ds. Współpracy Organów Regulacji Energetyki (Dz. Urz. UE 2009, L 211/1). Wreszcie w sektorze transportu kolejowego obowiązują m.in.: dyrektywa Rady 91/440/EWG z dnia 29 lipca 1991 r. w sprawie rozwoju kolei wspólnotowych (Dz. Urz. WE 1991, L 237/25), dyrektywa Rady 95/18/WE z dnia 19 czerwca

1995 r. w sprawie wydawania licencji przedsiębiorstwom kolejowym (Dz. Urz. UE 1995, L 143/70), dyrektywa 2001/14/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego 2001 r. w sprawie alokacji zdolności przepustowej infrastruktury kolejowej i pobierania opłat za użytkowanie infrastruktury kolejowej oraz przyznawanie świadectw bezpieczeństwa (Dz. Urz. WE 2001, L 75/29), dyrektywa 2004/49/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie bezpieczeństwa kolei wspólnotowych oraz zmieniająca dyrektywę Rady 95/18/WE w sprawie przyznawania licencji przedsiębiorstwom kolejowym, oraz dyrektywę 2001/14/WE w sprawie alokacji zdolności przepustowej infrastruktury kolejowej i pobierania opłat za użytkowanie infrastruktury kolejowej oraz certyfikacji w zakresie bezpieczeństwa (dyrektywa w sprawie bezpieczeństwa kolei – Dz. Urz. UE 2004, L 164/44) oraz dyrektywa 2004/51/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 29 kwietnia 2004 r. zmieniająca dyrektywę Rady 91/440/EWG w sprawie rozwoju kolei wspólnotowych (Dz. Urz. UE 2004, L 164/164).

¹¹ Nazywanego też w niniejszej pracy zamiennie sektorem telekomunikacyjnym.

Rozdział I

Mechanizm stosowania prawa konkurencji oraz regulacji sektorowej

1. Kryteria wyróżniania konkretyzacji *ex post*, *ex ante* oraz hybrydowej

W prawie konkurencji oraz w regulacji sektorowej występują trzy zasadnicze modele stosowania (konkretyzowania) zawartych w ich ramach norm prawnych, przy założeniu, że „stosowanie” („konkretyzowanie”) norm prawnych oznacza w tym kontekście dokonywaną w stosownym procesie jurysdykcyjnym konkretyzację norm ogólnych i abstrakcyjnych oraz ich przekształcenie w normy indywidualne i konkretne (inaczej mówiąc, jest to władcze ustalanie lub kształtowanie skutków prawnych w danej sytuacji faktycznej – konkretyzacja prawa)¹. Pierwszy model stosowania prawa polega na konkretyzacji *ex post*, drugi model – na konkretyzacji *ex ante*, trzeci zaś – na konkretyzacji hybrydowej.

Na potrzeby niniejszych rozważań przyjęto, że konkretyzacja *ex post* polega na tym, że wydając władczą indywidualną decyzję stosowania prawa, dany organ odnosi się w dyspozycji tej decyzji (poprzez zawartą tam normę indywidualno-konkretną) tylko i wyłącznie do takiego zachowania przedsiębiorcy, które ten podjął już w przeszłości, względnie też nadal je podejmuje, i które to zachowanie jest obecnie (właśnie w ramach procesu stosowania prawa) przedmiotem prawnej oceny. Ocena ta jest, rzecz jasna, dokonywana na podstawie określonych miar (kryteriów) zawartych w (generalno-abstrakcyjnych) normach prawnych, przy czym organ stosujący prawo odnosi określone przeszłe lub obecne zachowanie przedsiębiorcy do wspomnianych powyżej miar². Po uprzednim doko-

naniu subsumpcji organ stosujący prawo może następnie uznać, że dane zachowanie przedsiębiorcy jest sprzeczne z miarami przyjętymi w normach generalno-abstrakcyjnych i wtedy może chociażby zakazać dalszego kontynuowania tego działania, w całości lub przynajmniej w części (tzn. może nakazać zaprzestanie tego działania, w całości lub części). W wyniku subsumpcji organ może również dojść do przeciwnego wniosku – mianowicie, że dane przeszłe lub obecne zachowanie przedsiębiorcy jest w pełni zgodne ze stosownym wzorcem odniesienia, i wtedy musi stwierdzić w decyzji legalność tego zachowania, względnie też musi nawet wyrazić dopuścić (lub czasem wręcz nakazać) dalsze jego kontynuowanie. Nie jest przy tym tak, że opisywana tutaj konkretyzacja *ex post* skierowana jest tylko i wyłącznie ku przeszłości i nie ma żadnego odniesienia do przyszłości. Przeciwnie, konkretyzacja *ex post* następuje przecież po to, by usunąć na przyszłość niedozwolone (bezprawne) działania przedsiębiorcy³ oraz by zapobiec w ten sposób powtórzeniu się tych działań w przyszłości⁴. Poza tym organy stosujące prawo *ex post* muszą przecież uwzględniać przyszłe (prospektywne) skutki swoich własnych działań⁵. Istotne jest wszakże to, że w samej treści dyspozycji decyzji stosowania prawa organ stosujący prawo (i wydający daną decyzję) odnosi się tylko do tego zachowania przedsiębiorcy (w sensie treściowym i rodzajowym), którego ten dokonał w przeszłości lub też które kontynuuje (nakazując zaniechanie tego właśnie zachowania lub pozwalając na jego dalsze kontynuowanie), nie zaś do żadnego innego zachowania. Organ stosujący prawo *ex post* nie ustala tutaj zatem żadnych nowych w sensie treściowym zachowań przedsiębiorcy⁶.

Z kolei konkretyzacja *ex ante* polega na tym, że w swojej decyzji stosowania prawa organ stosujący prawo ustala określone nowe zachowania przedsiębiorcy. Zachowania te przy tym w tym sensie są nowe, że są odmienne w treściowo i rodzajowo od tego zachowania lub zachowań, które ów przedsiębiorca obecnie realizuje, i nie polegają ponadto na prostym zaniechaniu (zaprzestaniu) tych obecnych działań. Trzeba bowiem pamiętać, że konkretyzacja *ex ante* może zachodzić również w sytuacji, gdy dany przedsiębiorca w przeszłości podjął już jakieś działanie lub działania rynkowe⁷. Rzecz jednak w tym, że w ramach konkretyzacji *ex ante* organ stosujący prawo nie odnosi się w dyspozycji swojej decyzji do tego przeszłego lub obecnego zachowania rynkowego przedsiębiorcy (kwalifikując je jako zakazane, nakazując jego zaniechanie lub pozwalając na jego kontynuowanie), lecz wyznacza nowe, odmienne treściowo i rodzajowo działania przedsiębiorcy⁸, choćby nawet miały one instrumentalnie służyć jedynie

usunięciu skutków określonych przeszłych lub obecnych zachowań tego przedsiębiorcy⁹. Ponadto, w ramach konkretyzacji *ex ante*, mogą być ustalane pewne zachowania przedsiębiorcy również w sytuacji, gdy w przeszłości przedsiębiorca ten nie podejmował jeszcze w danym zakresie jakichkolwiek działań rynkowych.

Jakkolwiek można się zgodzić z twierdzeniem, że o ile konkretyzacja *ex post* ma w dużej mierze charakter pasywny, o tyle konkretyzacja *ex ante* ma charakter aktywny, to jednak nie sposób podzielić poglądu, jakoby w ramach konkretyzacji *ex post* organ stosujący prawo operował wyłącznie zakazami i że to właśnie ta cecha odróżnia tę ostatnią konkretyzację od konkretyzacji *ex ante*, w ramach której organ operuje także nakazami (tym samym operowanie w szerokim zakresie nakazami ma być jakoby cechą specyficzną konkretyzacji *ex ante*)¹⁰. Pogląd ten jest o tyle nietrafny, że pojęcia nakazu oraz zakazu są względem siebie zamienne i np. wydawany w ramach konkretyzacji *ex post* zakaz kontynuowania określonego zachowania podjętego w przeszłości równie dobrze można wyrazić jako nakaz zaprzestania takiego zachowania.

Wreszcie konkretyzacja hybrydowa¹¹ polega na tym, że w dyspozycji jednej i tej samej decyzji organ stosujący prawo odnosi się zarówno do pewnego zachowania lub zachowań przedsiębiorcy z przeszłości lub teraźniejszości, dokonując ich kwalifikacji oraz nakazując ich zaniechanie lub pozwalając na (ew. nakazując) ich dalsze kontynuowanie w całości lub w części, jak też ustala (wyznacza) określone nowe zachowania przedsiębiorcy, odmienne w sensie treściowym od tych realizowanych przez przedsiębiorcę obecnie.

Do kategorii konkretyzacji hybrydowej będą też w niniejszej pracy zaliczane przypadki takich decyzji stosowania prawa, których dyspozycja wyznacza adresatowi powinność określonego zachowania się (tzn. działania pozytywnego lub negatywnego zaniechania), lecz zachowanie to nie jest nowe w sensie treściowym, gdyż obecnie jest już ono przez wspomnianego adresata w takim właśnie treściowym kształcie realizowane, względnie też polega jedynie na zaniechaniu obecnie realizowanego zachowania, przy założeniu wszakże, iż we wzmiankowanej decyzji organ nie odnosi się w ogóle do tego obecnego zachowania adresata (tzn. nie kwalifikuje go jako zgodnego z prawem i nie dozwala czy też nie nakazuje jego dalszego realizowania, względnie też nie kwalifikuje go jako sprzecznego z prawem i nie zakazuje jego dalszego kontynuowania). W tym sensie decyzje takie nie są ani przejawem konkretyzacji *ex post* (bo nie odnoszą się w swojej

dyspozycji do przeszłych lub nadal kontynuowanych zachowań adresatów i nie kwalifikują ich), ani też nie są przejawem konkretyzacji *ex ante* (bo nie wyznaczają adresatom nowych w sensie treściowym zachowań, wychodzących poza samo tylko proste zaniechanie obecnie realizowanych zachowań). Stąd też na zasadzie pewnej konwencji będą one tutaj zaliczane do konkretyzacji hybrydowej.

Należy przy tym wyraźnie podkreślić, że dokonane powyżej wyróżnienie oraz zdefiniowanie tych trzech rodzajów konkretyzacji (stosowania) prawa ma charakter o tyle konwencjonalny, że opiera się na pewnych z góry przyjętych i sztucznie założonych kryteriach. Kryteria te nie są ani prawdziwe, ani też nieprawdziwe (w sensie ich adekwatności względem rzeczywistości): są one tutaj przyjęte po prostu jako pewna konwencja, z zastrzeżeniem, że w omawianym zakresie można by potencjalnie przyjąć również zupełnie odmienne kryteria. W razie przyjęcia innych kryteriów konkretyzacji *ex ante* oraz konkretyzacji *ex post* kwalifikacja jednej i tej samej decyzji stosowania prawa (podjętej przez dany organ) mogłaby wyglądać, w świetle tych innych kryteriów, zupełnie inaczej¹².

Trzeba też zastrzec, że etykiety *ex ante* oraz *ex post* są w niniejszej pracy używane jedynie na oznaczenie procesu konkretyzacji (stosowania) prawa (w przyjętym wyżej rozumieniu). Co do zasady nie będą one natomiast odnoszone do procesu ustanawiania norm prawnych (tzn. norm generalno-abstrakcyjnych) oraz do samych tych norm prawnych, które są zresztą pierwotnym źródłem praw i obowiązków wyznaczających sytuację prawną (i sposoby postępowania) przedsiębiorstw (nawet jeżeli wyznaczenie to ma niekiedy charakter jedynie potencjalny i wymaga dalszej konkretyzacji ze strony organu stosującego prawo). Inna sprawa, że w doktrynie powołane wyżej określenia odnoszone są niekiedy również w odniesieniu do ustanawianych przez prawodawcę norm prawnych. Twierdzi się na przykład, że prawo konkurencji działa nie tylko *ex post*, ale również *ex ante*, za czym przemawia fakt, że normy prawa konkurencji działają na przedsiębiorstwa odstraszańco (prewencyjnie), zniechęcając je do antykonkurencyjnych praktyk¹³. Argumentuje się też, że w sposób *ex ante* działają ustanawiane przez Komisję niewiążące akty prawne, które zawierają normy interpretujące prawo konkurencji zapisane w Traktacie¹⁴. Powyższe stwierdzenia o działaniu prawa konkurencji w sposób *ex ante* są jednak o tyle prawdziwe, o ile odnoszą się do samych norm prawnych jako takich, wyrażając myśl, iż powołane normy¹⁵ wyznaczają, choćby potencjalnie, pewne przyszłe postępowanie swoich adresatów i w tym sensie są ukierunkowane na ich

przyszłe zachowania. Równie dobrze zresztą można by sobie wyobrazić normy prawne, które odnoszą się do przeszłych zachowań przedsiębiorstw (lub innych podmiotów) i określają konsekwencje (skutki) prawne tych dokonanych w przeszłości działań. O tych ostatnich normach można by ewentualnie mówić, że działają one *ex post*. Raz jeszcze należy jednak podkreślić, że wszystkie ostatnie stwierdzenia o działaniu *ex ante* oraz *ex post* odnoszą się jedynie do samych norm prawnych jako takich, nie zaś do procesu ich konkretyzacji¹⁶. Tymczasem na potrzeby niniejszej pracy sformułowania o działaniu prawa (czy to prawa konkurencji, czy też regulacji sektorowej) *ex ante* oraz *ex post* będą odnoszone jedynie do procesu konkretyzacji prawa (tj. do procesu stosowania norm prawnych).

Należy uznać, że konkretyzacja *ex post* oraz konkretyzacja *ex ante* (a także konkretyzacja hybrydowa) są to pewne sposoby stosowania prawa, które w równej mierze występują zarówno w prawie konkurencji, jak też w regulacji sektorowej. W tym sensie nie sposób jest podzielić wypowiedanego dość często poglądu¹⁷, że o ile prawo konkurencji składa się z norm prawnych stosowanych *ex post*, czyli w sposób następczy, o tyle regulacja sektorowa zawiera normy prawne stosowane *ex ante*, czyli w sposób wyprzedzający¹⁸. Broniona w niniejszej pracy teza, zgodnie z którą zarówno w prawie konkurencji, jak też w regulacji sektorowej można się w równej mierze spotkać z konkretyzacją *ex post*, konkretyzacją *ex ante* oraz konkretyzacją hybrydową, zostanie przy tym poddana w dalszych rozważaniach normatywnej weryfikacji.

2. Konkretyzacja *ex post* w prawie konkurencji

W prawie konkurencji UE występuje kilka rodzajów decyzji stosowania prawa (podejmowanych przez Komisję lub krajowe organy ochrony konkurencji)¹⁹, które są przejawem konkretyzacji *ex post*. Pierwszym rodzajem takich decyzji są wydawane przez Komisję oraz przez krajowe organy ochrony konkurencji decyzje nakazujące przedsiębiorstwom lub związkom przedsiębiorstw, których sprawa dotyczy, by zaprzestały zachowania lub zachowań, które naruszają art. 101 lub 102 TFUE²⁰. Decyzja taka może być wydana w przypadku, gdy w wyniku przeprowadzonego uprzednio wobec danego przedsiębiorstwa lub związku przedsiębiorstw stosownego postępowania stwierdzone zostało, iż podmioty te dopuściły się działań sprzecznych z art. 101 lub 102 TFUE i działania te nadal trwają.

Konkretyzacją *ex post* jest wówczas nakaz zaniechania tychże działań czy też zakaz kontynuowania tych działań w przyszłości. Należy przy tym podkreślić, że zgodnie z przyjętymi w niniejszej pracy kryteriami nie będzie konkretyzacją *ex post* taka decyzja, która nie tylko zakazuje dokonywania w przyszłości tych działań naruszających art. 101 lub 102 TFUE, których przedsiębiorstwo dopuściło się w przeszłości i je nadal kontynuuje²¹, ale która równocześnie zakazuje temu przedsiębiorstwu dokonywania działań, które wywołują „równoznaczne” lub „podobne” skutki²². Ta ostatnia decyzja jest bowiem przejawem konkretyzacji hybrydowej.

Drugim rodzajem decyzji będących przejawem konkretyzacji prawa konkurencji *ex post* są wydawane przez Komisję lub przez krajowe organy ochrony konkurencji decyzje, które także – jak w przypadku decyzji omówionych wyżej – zakazują przedsiębiorstwom lub ich związkom podjętych w przeszłości i ciągle jeszcze trwających zachowań naruszających art. 101 lub 102 TFUE, ale które są wydawane w charakterze środków tymczasowych, a więc nie w charakterze aktu ostatecznie kończącego postępowanie. Decyzja zarządzająca taki środek tymczasowy może być podjęta (z urzędu) jedynie w przypadkach naglących ze względu na ryzyko zaistnienia poważnej i nienaprawialnej szkody dla konkurencji, kiedy to Komisja lub krajowy organ ochrony konkurencji dokona wykrycia pewnego naruszenia *prima facie*²³.

Trzecim rodzajem decyzji będących przejawem konkretyzacji prawa konkurencji *ex post* są te wydawane przez Komisję lub przez krajowe organy ochrony konkurencji, tzw. decyzje zobowiązujące, w których dany organ czyni wiążącymi dla przedsiębiorstw ich zobowiązania do zaniechania (zaprzestania) podjętych w przeszłości i kontynuowanych działań naruszających art. 101 lub 102 TFUE²⁴. Generalnie rzecz biorąc, decyzje zobowiązujące mogą mieć znacznie bogatszą treść i czynić wiążącymi dla przedsiębiorstw inne jeszcze ich zobowiązania. Niemniej jednak, zgodnie z przyjętymi w niniejszej pracy kryteriami, konkretyzacją *ex post* będą jedynie te decyzje zobowiązujące, które obligują przedsiębiorstwa wyłącznie do zaniechania podjętych już przez przedsiębiorstwa i kontynuowanych przez nie zachowań sprzecznych z art. 101 lub 102 TFUE.

Czwartym rodzajem decyzji będących przejawem konkretyzacji prawa konkurencji *ex post* są decyzje, w których Komisja lub krajowy organ ochrony konkurencji stwierdza, iż do określonej praktyki dokonanej w przeszłości przez przedsiębiorstwo lub nadal przez nie kontynuowanej art. 101 lub 102 TFUE nie ma zastosowania, ponieważ określone przesłanki (warunki)

zawarte w art. 101 ust. 1 lub art. 102 TFUE nie zostały w przypadku danej praktyki spełnione²⁵, względnie też zostały spełnione przesłanki wyłączenia określonego antykonkurencyjnego porozumienia spod zakazu zawarte w art. 101 ust. 3 TFUE²⁶. Wydanie takiej decyzji może nastąpić (z urzędu), jeżeli interes publiczny UE w zakresie stosowania art. 101 i 102 Traktatu tego wymaga²⁷.

Piątym rodzajem decyzji będących przejawem konkretyzacji unijnego prawa konkurencji *ex post* są wydawane przez Komisję decyzje, w których stwierdza się, iż określona praktyka, która została dokonana w przeszłości przez przedsiębiorstwo lub przedsiębiorstwa i która nie jest już kontynuowana (dokonywana), narusza art. 101 lub 102 TFUE²⁸. Komisja może wydawać takie decyzje, jeżeli ma w tym „uzasadniony interes”, przy czym o istnieniu takiego interesu można mówić zwłaszcza wtedy, gdy istnieje niebezpieczeństwo, że przedsiębiorstwo lub przedsiębiorstwa, które w przeszłości dopuściły się takiej praktyki, dopuszczą się jej ponownie, względnie też istnieje potrzeba wyjaśnienia podstawy prawnej zakazującej dokonywania takich praktyk. Innym uzasadnieniem dla wydania takiej decyzji jest dalsze utrzymywanie się skutków danej praktyki, mimo że ona sama została już w przeszłości zaniechana²⁹.

Szóstym rodzajem decyzji będących przejawem konkretyzacji unijnego prawa konkurencji *ex post* są określone decyzje wydawane przez Komisję w sprawach koncentracji na podstawie rozporządzenia nr 139/2004. Chodzi mianowicie o decyzję o uznaniu koncentracji za zgodną z rynkiem wewnętrznym³⁰ oraz o decyzję o uznaniu koncentracji za niezgodną z rynkiem wewnętrznym³¹. Zaliczenie wskazanych powyżej decyzji do przejawów konkretyzacji *ex post* może się na pierwszy rzut oka wydawać nieco zaskakujące, jako że dość powszechnie uznaje się przecież, iż w prawie konkurencji (nie tylko zresztą unijnym) kontrola koncentracji ma charakter *ex ante* (uprzedni)³². Jednakże bliższe przyjrzenie się okolicznościom, w jakich podejmowane są przez Komisję na podstawie rozporządzenia nr 139/2004 wskazane wyżej decyzje, a także odniesienie do tych okoliczności przyjętych uprzednio kryteriów wyróżniania konkretyzacji *ex post* oraz *ex ante*, pozwala stwierdzić, iż wymienione decyzje są bez wątpienia przejawem konkretyzacji *ex post*. W tym miejscu trzeba bowiem przypomnieć, że jakkolwiek przed wydaniem przez Komisję decyzji uznającej daną koncentrację za zgodną z rynkiem wewnętrznym (lub co najmniej decyzji uznającej daną koncentrację za warunkowo³³ zgodną z rynkiem wewnętrznym³⁴) dana zgłoszona Komisji koncentracja nie może zostać

wykonana (implementowana), to jednak aby Komisji można było zgłosić (notyfikować) daną koncentrację (tak, by mogła ona następnie wydać określoną decyzję w tej sprawie), przedsiębiorstwa muszą już co do zasady zawrzeć ze sobą stosowną umowę w sprawie koncentracji (np. umowę spółki) lub ogłosić publiczną ofertę przejęcia lub też nabyć już kontrolny pakiet akcji³⁵. Nie jest zatem tak, że przed zgłoszeniem danej koncentracji Komisji (oraz przed wydaniem przez Komisję decyzji) przedsiębiorstwa nie mogą podejmować w omawianym zakresie żadnych działań rynkowych. Przedsiębiorstwa muszą tutaj w praktyce uprzednio już rozpocząć przeprowadzanie swojej operacji koncentracyjnej, co powinno być w konkretny sposób zmaterializowane poprzez dokonanie stosownej czynności cywilnoprawnej. Czynność taka nie może wprawdzie zostać wykonana (implementowana)³⁶, ale powinna już co do zasady istnieć w sensie cywilnoprawnym i właśnie w odniesieniu do tej czynności (oraz jej przyszłych skutków rynkowych) wypowiada się Komisja w podejmowanej przez siebie (na podstawie przepisów rozporządzenia nr 139/2004) decyzji³⁷. Uznając w wydawanej przez siebie decyzji daną koncentrację za zgodną lub za niezgodną z rynkiem wewnętrznym, Komisja wypowiada się zatem co do określonego działania przedsiębiorstw (tzn. działania koncentracyjnego), które się już rozpoczęło³⁸. Można zatem powiedzieć, że dyspozycja decyzji wydawanej wówczas przez Komisję odnosi się w swojej treści³⁹ do działania (koncentracyjnego), które w przeszłości zostało już przez zainteresowane przedsiębiorstwa rozpoczęte⁴⁰. W tym sensie decyzja Komisji o uznaniu danej (zgłoszonej jej) koncentracji za zgodną lub za niezgodną z rynkiem wewnętrznym jest przejawem konkretyzacji *ex post*⁴¹.

3. Konkretyzacja *ex ante* w prawie konkurencji

Wbrew utartym sądom w unijnym prawie konkurencji występuje bardzo wiele przejawów konkretyzacji tego prawa *ex ante*. Inna sprawa, że w ramach jednej i tej samej decyzji stosowania prawa konkretyzacja *ex ante* rzadko występuje w sposób wyłączny i samodzielny. Najczęściej bowiem w ramach jednej i tej samej decyzji dokonywana jest przez właściwe organy zarówno konkretyzacja *ex post*, jak i *ex ante*, co w rezultacie sprawia, że w myśl przyjętych wcześniej kryteriów decyzje takie zalicza się do konkretyzacji hybrydowej. W celu zachowania niezbędnej przejrzystości rozważań, w niniejszym podrozdziale, poświęconym konkretyzacji *ex ante*, uwaga

będzie nakierowana na te elementy poszczególnych decyzji stosowania prawa, które są właśnie przejawem konkretyzacji *ex ante*, z pełną wszakże świadomością tego, że bardzo często nie są to jedyne elementy takich decyzji, gdyż równocześnie występują w tych decyzjach (lub też przynajmniej mogą występować) przejawy konkretyzacji *ex post*. Z kolei pełne wskazanie i zidentyfikowanie tych decyzji stosowania prawa konkurencji, w których występują oba rodzaje konkretyzacji, nastąpi w podrozdziale 4, poświęconym konkretyzacji hybrydowej.

Pierwszym z przejawów konkretyzacji unijnego prawa konkurencji *ex ante* są te elementy decyzji⁴² zakazujących dalszego stosowania przez przedsiębiorstwa określonej praktyki⁴³, w ramach których właściwy organ, działając w celu wyeliminowania określonej praktyki⁴⁴, nakłada na przedsiębiorstwo lub przedsiębiorstwa obowiązek podjęcia pewnych nowych działań (tzn. odmiennych treściowo od tych działań, które są aktualnie przez te przedsiębiorstwa realizowane i które nie polegają na samym tylko prostym zaniechaniu dalszego dokonywania wspomnianych antykonkurencyjnych działań). Te nowe działania, ukierunkowane instrumentalnie na wyeliminowanie określonych podjętych w przeszłości i nadal dokonywanych antykonkurencyjnych praktyk (i wskutek swojego celu nazywane środkami zaradczymi), mogą mieć charakter działań behawioralnych lub strukturalnych⁴⁵. Działania behawioralne są określonymi pozytywnymi zachowaniami, które nie wiążą się z ingerencją w samą strukturę danego przedsiębiorstwa⁴⁶. Z kolei działania strukturalne to także pewne działania pozytywne, których cechą charakterystyczną jest to, że polegają na zmianie (modyfikacji) struktury określonego przedsiębiorstwa (tzn. zmieniają jego strukturę w sensie organizacyjnym lub majątkowym)⁴⁷. Zarówno działania behawioralne, jak też strukturalne muszą być proporcjonalne do popełnionego naruszenia i konieczne do jego skutecznego zakończenia⁴⁸.

Drugim przejawem konkretyzacji prawa konkurencji *ex ante* jest zamieszczenie w decyzji o zastosowaniu środków tymczasowych obowiązku podjęcia przez przedsiębiorstwo lub przedsiębiorstwa pewnych nowych treściowo działań, wychodzących poza samo tylko zaniechanie podjętych w przeszłości i nadal realizowanych antykonkurencyjnych praktyk. Chcąc przy tym nadać decyzji o zastosowaniu środków tymczasowych taką właśnie treść, właściwy organ powinien wykazać, że ustalenie w decyzji wspomnianych nowych działań przedsiębiorstw (o charakterze tymczasowym) jest rzeczywiście konieczne ze względu na ryzyko zaistnienia poważnej i nienaprawialnej szkody dla konkurencji⁴⁹.

Trzecim przejawem konkretyzacji prawa konkurencji *ex ante* jest nałożenie na przedsiębiorstwa obowiązku podjęcia przez nie pewnych nowych działań⁵⁰ w ramach tzw. decyzji zobowiązującej, czyniącej wiążącymi dla przedsiębiorstw ich własne (wcześniejsze) zobowiązania⁵¹. Przedsiębiorstwa mogą tutaj przedstawić (zaferować) organowi ochrony konkurencji wiele różnych zobowiązań, przy czym to właśnie ów organ musi wówczas dokonać wyboru spośród tych zobowiązań takiego lub takich z nich, które uzna następnie w decyzji za wiążące⁵². Wśród uznanych za wiążące zobowiązań mogą się znajdować zarówno te o charakterze behawioralnym, jak też mające charakter strukturalny⁵³.

Czwartym wreszcie przejawem konkretyzacji prawa konkurencji *ex ante* są określone decyzje Komisji w sprawach koncentracji, wydawane przez nią na podstawie przepisów rozporządzenia nr 139/2004. Chodzi mianowicie o decyzję nakładającą na przedsiębiorstwa określone zobowiązania, sprawiające, że dana koncentracja może być po ich spełnieniu uznana za zgodną z rynkiem wewnętrznym⁵⁴, a także decyzję wymagającą od zainteresowanych przedsiębiorstw rozwiązania koncentracji, szczególnie poprzez rozwiązanie łączenia lub zbycie wszystkich udziałów lub zgromadzonych aktywów, w celu przywrócenia stanu sprzed dokonania koncentracji⁵⁵. Pierwsza ze wspomnianych decyzji w sprawach koncentracji, tzw. warunkowa zgoda na koncentrację, nakłada na przedsiębiorstwa zainteresowane dokonaniem zgłoszonej Komisji koncentracji obowiązki podjęcia zupełnie nowych działań (o charakterze behawioralnym lub strukturalnym), nadających danej koncentracji odmienny kształt treściowy oraz rodzajowy (zmierzających w rezultacie do tego, że koncentracja ta będzie prowadziła do zupełnie odmiennych skutków rynkowych) w porównaniu z tą operacją (działalnością koncentracijną), która została zainicjowana przez wspomniane przedsiębiorstwa w przeszłości⁵⁶. Komisja nie dozwala przecież w omawianej decyzji na dokładnie tę samą operację koncentracijną, która zaczęła być realizowana przez te przedsiębiorstwa w przeszłości⁵⁷, lecz ustala nowe (w sensie treściowym) obligatoryjne działania dla wzmiankowanych przedsiębiorstw, które doprowadzą do zmodyfikowania planowanej przez te przedsiębiorstwa koncentracji i w rezultacie sprawią, że będzie to już zupełnie inna treściowo (czy rodzajowo) operacja⁵⁸. Z kolei druga ze wspomnianych wyżej decyzji w sprawach koncentracji, tzw. decyzja dekoncentracyjna, nakłada w istocie na zainteresowane przedsiębiorstwa obowiązek podjęcia pewnych aktywnych działań prowadzących do odwrócenia już dokonanej (implementowanej) koncentracji tak, aby przywrócić

sytuację istniejącą przed jej dokonaniem⁵⁹. Należy przy tym zwrócić uwagę na fakt, że omawiana tutaj decyzja dekoncentracyjna nie jest bynajmniej równoznaczna z nakazem zaniechania dalszego przeprowadzania (wykonywania) danej operacji koncentracyjnej⁶⁰ (nie jest zaś równoznaczna dlatego, że dana koncentracja została już dokonana), lecz polega na nałożeniu na zainteresowane przedsiębiorstwa obowiązku podjęcia zupełnie innego w sensie treściowym (i rodzajowym) działania w porównaniu z tym działaniem (koncentracyjnym), które zostało już przez te przedsiębiorstwa dokonane w przeszłości, a mianowicie działania polegającego na doprowadzeniu do przywrócenia stanu sprzed dokonanej uprzednio koncentracji.

4. Konkretyzacja hybrydowa w prawie konkurencji

Praktyka stosowania norm unijnego prawa konkurencji dostarcza bardzo wielu przykładów takich decyzji, które są przejawem hybrydowej konkretyzacji wspomnianych norm, gdyż zawierają równocześnie elementy konkretyzacji *ex post* oraz konkretyzacji *ex ante*. Należą tu chociażby decyzje, w których Komisja lub krajowy organ ochrony konkurencji uznają podjętą w przeszłości i kontynuowaną przez przedsiębiorstwa praktykę za mającą charakter antykonkurencyjny i zakazują jej kontynuowania⁶¹ (a także zakazują ponownego podejmowania w przyszłości tych właśnie w sensie treściowym praktyk) oraz równocześnie, działając w celu doprowadzenia do zaprzestania stosowania przez przedsiębiorstwa wspomnianej praktyki, w tej samej decyzji ustalają nowe (w sensie treściowym i rodzajowym) zachowania tych przedsiębiorstw, mające charakter środków zaradczych o charakterze behawioralnym lub strukturalnym⁶². Przejawem konkretyzacji hybrydowej są ponadto decyzje zakazujące kontynuowania (i ponownego podejmowania w przyszłości) tych działań (w sensie treściowym), które zostały przez przedsiębiorstwo podjęte w przeszłości i są kontynuowane, a także zakazujące równocześnie podejmowania w przyszłości takich działań, które wywołują „równoznaczne” bądź „podobne” skutki⁶³. Konkretyzacją hybrydową są również te decyzje o zastosowaniu środków tymczasowych, w których właściwy organ zarówno zakazuje przedsiębiorstwom dalszego realizowania rozpoczętej przez nie w przeszłości praktyki, jak też ustala dla nich zupełnie nowe (treściowo) zachowania, działając przy tym w sytuacji naglącej ze względu na ryzyko zaistnienia poważnej i nienaprawialnej szkody dla konkurencji⁶⁴. Konkretyzacją hybrydową są wreszcie te