

Nadużywanie pozycji dominującej w prawie konkurencji

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

Nadużywanie pozycji dominującej w prawie konkurencji

Marek Szydło



Oficyna

a Wolters Kluwer business

Warszawa 2010

Wydawca:
Grzegorz Jarecki

Redaktor prowadzący:
Małgorzata Buczna

Opracowanie redakcyjne:
Izabela Ratusińska

Skład, łamanie:
Andrzej Gudowski

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

ISBN 978-83-264-0146-6
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 skrótów	7
Przedmowa	9
Rozdział 1. Przedsiębiorca dominujący na rynku	11
1. Pojęcie przedsiębiorcy w prawie konkurencji.....	11
2. Rynek właściwy.....	61
3. Pozycja dominująca	79
Rozdział 2. Zakaz nadużywania pozycji dominującej na rynku	105
1. Uwagi wprowadzające.....	105
2. Cele przepisu zakazującego nadużywania pozycji dominującej.....	116
3. Istota i pojęcie nadużywania pozycji dominującej.....	119
4. Przejawy nadużywania pozycji dominującej.....	126
4.1. Narzucanie cen (ceny nadmiernie wygórowane i rażąco niskie).....	126
4.2. Ustalanie kontyngentów.....	160
4.3. Dyskryminacja.....	170
4.4. Wymuszanie transakcji wiązanych	181
4.5. Przeciwdziałanie rozwojowi konkurencji.....	191
4.6. Narzucanie uciążliwych warunków umów	202
4.7. Podział rynku.....	224
4.8. Praktyki nienazwane	235
5. Charakter zakazu nadużywania pozycji dominującej oraz dopuszczalne wyjątki.....	240

Rozdział 3. Sankcje z tytułu nadużycia przez przedsiębiorcę posiadanej na rynku pozycji dominującej.....	245
1. Sankcja cywilnoprawna w postaci nieważności czynności prawnych będących przejawem nadużycia pozycji dominującej.....	245
2. Sankcje administracyjnoprawne	257
Wykaz wykorzystanej literatury	271

Wykaz skrótów

Akty prawne

- k.c. – ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, Dz. U. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.
- Konstytucja RP – ustawa z 2 kwietnia 1997 r., Dz. U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.
- k.p.c. – ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego, tekst jedn.: Dz. U. z 2000 r. Nr 98, poz. 1071 z późn. zm.
- u.o.k. i k. – ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, Dz. U. Nr 50, poz. 331 z późn. zm.
- u.p.p.m. – ustawa z dnia 24 lutego 1990 r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym i ochronie interesów konsumentów, tekst jedn.: Dz. U. z 1999 r. Nr 52, poz. 547 z późn. zm.
- u.s.d.g. – ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej, tekst jedn.: Dz. U. z 2007 r. Nr 155, poz. 1095 z późn. zm.
- ustawa z 2000 r. – ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów z dnia 15 grudnia 2000 r., tekst pierwotny: Dz. U. z 2000 r. Nr 122, poz. 1319; tekst jedn.: Dz. U. z 2005 r. Nr 244, poz. 2080 z późn. zm.

Inne

AUWr	– Acta Universitatis Wratislaviensis
Dz. Urz.	– Dziennik Urzędowy
ETS	– Europejski Trybunał Sprawiedliwości
OSN	– Orzecznictwo Sądu Najwyższego
OSNP	– Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw Publicznych
SAM	– Sąd Antymonopolowy
SN	– Sąd Najwyższy
SOKiK	– Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów
SPI	– Sąd Pierwszej Instancji
TWE	– Traktat Ustanawiający Wspólnotę Europejską
UOKiK	– Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów

Przedmowa

Jednym z najpoważniejszych zagrożeń dla uczciwej i równej rywalizacji przedsiębiorców jest opanowanie znacznej części rynku przez jednego z nich. W takiej sytuacji może on wykorzystać swoją pozycję do ograniczenia lub wyeliminowania konkurencji.

Oczywiście samo posiadanie przewagi nie jest zabronione. Państwo nie może bowiem nikomu zabronić rozwoju działalności i zwiększania swojej pozycji na rynku. Ma jednak obowiązek zapobiegać lub likwidować efekty działań szkodliwych dla konkurencji. Dlatego prawo antymonopolowe zakazuje nadużywania pozycji dominującej. Mamy z nią do czynienia w sytuacji, kiedy przedsiębiorca jest w stanie funkcjonować niezależnie od konkurentów, kontrahentów i konsumentów. W polskich przepisach istnieje domniemanie, że 40-procentowy udział w rynku oznacza osiągnięcie takiej pozycji. Każdy przypadek musi być jednak oceniany indywidualnie. Może się bowiem zdarzyć, że spółka działająca w tej samej branży ma podobny udział, a w przypadku rozdrobnionego rynku znaczna przewagę może również osiągnąć podmiot z mniejszym udziałem.

Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów walczy z niedozwolonymi praktykami rynkowych dominantów od początku swego istnienia. Pierwsza decyzja powstałego w 1990 roku Urzędu Antymonopolowego (od 1996 roku UOKiK) nakazywała obniżkę cen Fiatów 125p przez Fabrykę Samochodów Osobowych w Warszawie, która była wówczas jedynym producentem i dominującym sprzedawcą samochodów średniolitrażowych. W ciągu kolejnych dwudziestu lat zmieniał się zakres spraw prowadzonych przez Urząd, jego kompetencje, a także struktura polskiej gospodarki. Jednak niedozwolone praktyki rynkowych dominantów przez cały ten czas stanowiły znaczny odsetek prowadzonych przez nas spraw. Obecnie są to najczęściej rozpatrywane przez Urząd przypadki dotyczące naruszania prawa konkurencji. W 2008 roku UOKiK prowadził 152 takie postępowania (na

196 wszystkich antymonopolowych) oraz wydał 84 rozstrzygnięcia (na 104). Nasze decyzje dotyczyły wielu różnych rynków. Karaliśmy m.in. dawnych monopolistów działających w sektorach liberalizowanych (wspomagając tym samym regulatorów sektorowych), gminy mające monopol na usługi użyteczności publicznej, czy związki branżowe. Warto również wspomnieć, że sankcje finansowe nakładane za te praktyki należały do najwyższych w historii UOKiK. Więcej na temat nadużywania przez przedsiębiorców pozycji dominującej będzie można usłyszeć podczas konferencji jubileuszowych, które odbędą się w 2010 roku z okazji XX-lecia istnienia Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Osoby zainteresowane tą problematyką z pewnością sięgną również po niniejszą publikację autorstwa profesora Marka Szydły. W książce między innymi szczegółowo objaśnione jest pojęcie przedsiębiorcy w prawie antymonopolowym – obejmujące szerszy krąg podmiotów niż w innych aktach prawnych, a także sposoby wyznaczania rynku właściwego w ujęciu produktowym i geograficznym. Monografia wyjaśnia dokładnie, czym jest pozycja dominująca i jakie mogą być jej przejawy. Omówione są również skutki oraz sankcje grożące za takie praktyki. Opisy i interpretacje przepisów ilustrowane są decyzjami organów antymonopolowych oraz orzeczeniami sądów. Na uwagę zasługuje olbrzymia liczba tekstów źródłowych. Autor skorzystał z ponad 150 pozycji – zarówno polskich, jak i zagranicznych.

Gorąco zachęcam do lektury. To publikacja ważna nie tylko dla prawników zajmujących się na co dzień prawem konkurencji, ale również dla osób odpowiedzialnych za ustalanie strategii rynkowej przedsiębiorstw, czy przedstawicieli władz lokalnych.

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

Rozdział 1

Przedsiębiorca dominujący na rynku

1. Pojęcie przedsiębiorcy w prawie konkurencji

1. Pojęcie „przedsiębiorca” jest w prawie konkurencji pojęciem fundamentalnym, wyznacza ono bowiem podmiotowy zakres zastosowania norm tego prawa. Przedsiębiorca jest adresatem zarówno materialnych norm prawa konkurencji (wyznaczających określone nakazy i zakazy, w sensie wskazania stosownych sposobów postępowania na rynku), jak też jego norm proceduralnych¹, wyznaczających status przedsiębiorców w toku prowadzonych z ich udziałem, przed organami władz publicznych, postępowań (których przedmiotem są określone sprawy antymonopolowe). Stąd też normatywna definicja pojęcia „przedsiębiorca” jest w każdym systemie antymonopolowo-prawnym kwestią absolutnie podstawową.

Z uwagi na to swoje znaczenie omawiane pojęcie nie bez przyczyny zamieszczone zostało na pierwszym miejscu słowniczka ustawowego zawartego w polskiej ustawie z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 z późn. zm.). O merytorycznej randze omawianego pojęcia najlepiej świadczy fakt, że wszystkie rodzaje rynkowych praktyk, których stosowania wspomniana ustawa zakazuje oraz które w swoich przepisach szczegółowo opisuje, są w sensie podmiotowym dokonywane właśnie przez przedsiębiorców. Zarówno bowiem w przypadku porozumień ograniczających konkurencję, jak też

¹ Mających zresztą charakter służebny względem norm prawa materialnego, jako że wszelkie normy proceduralne mają zawsze charakter posiłkowy i służebny względem przepisów materialnych (J. Borkowski, *Normy prawa materialne i formalne a pojęcie procedury administracyjnej*, Studia Prawno-Ekonomiczne 1982, t. XXVIII, s. 27 i n.; J. Wróblewski, *Modele systemów norm a system prawa*, Studia Prawno-Ekonomiczne 1969, t. II, s. 23–24).

w przypadku nadużywania pozycji dominującej, antykonkurencyjnych działań koncentracyjnych oraz praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów podmiotami odpowiedzialnymi za ich dokonywanie są – jeśli się uwzględni treść art. 6 w zw. z art. 4 pkt 4, art. 9, art. 13 oraz art. 25 u.o.k. i k. – przedsiębiorcy, przy czym praktyka dokonana przez podmiot niemający statusu przedsiębiorcy w rozumieniu art. 4 pkt 1 omawianej ustawy – chociażby spełniała ona pozostałe ustawowe przesłanki uznania jej za zakazaną (i chociażby wywoływała na rynku niezwykle niepożądane z punktu widzenia celów ustawy skutki) – nie jest w świetle przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zakazana i nie może być na jej podstawie poddawana sankcjom.

Jest przy tym rzeczą zupełnie oczywistą, że w ujęciu modelowym to bynajmniej nie tylko przedsiębiorcy w rozumieniu art. 4 pkt 1 omawianej ustawy mogą dopuszczać się rozmaitych, stypizowanych w przepisach ustawy i godzących w wartości chronione jej przepisami, antykonkurencyjnych oraz antykonsumenckich praktyk. Inne podmioty również są w stanie zachowywać się w szkodliwy dla konkurencji i konsumentów sposób, co dotyczy zwłaszcza organów szeroko rozumianego państwa. uwagi ze względu na przysługujące organom państwa różnego rodzaju publicznoprawne kompetencje, organy te mają przecież możliwość podejmowania takich działań, które wywołują w swojej istocie skutki równoznaczne np. z zakazaniem przez art. 6 u.o.k. i k. antykonkurencyjnym porozumieniem lub też równoznaczne z nadużyciem pozycji dominującej. Powyższe dotyczy chociażby działań legislacyjnych państwa, niejako wymuszających na przedsiębiorcach antykonkurencyjne zachowania lub też im takie zachowania ułatwiających (względnie też autoryzujących antykonkurencyjne praktyki poszczególnych przedsiębiorców). Jednakże wspomniane wyżej działania państwa, mimo że bez żadnej wątpliwości są niezgodne z celem art. 6 lub 9 omawianego aktu i pozostają w jaskrawej sprzeczności z jego aksjologią, nie mogą być na podstawie przepisów omawianej ustawy sankcjonowane, skoro nie są dokonywane przez podmiot mający status przedsiębiorcy w rozumieniu jej art. 4 pkt 1 u.o.k. i k.

Na marginesie warto dodać, że w niektórych systemach antymonopolowych na świecie istnieją możliwości zwalczania również i takich antykonkurencyjnych praktyk, których bezpośrednim źródłem nie są działania podejmowane przez przedsiębiorców (tj. przez uczestników gry rynkowej), lecz raczej działania podejmowane przez władze publiczne (jest to wyraz zastosowania tzw. doktryny działania państwowego). Taka możliwość ist-

nieje chociażby w prawie antymonopolowym Stanów Zjednoczonych lub też w prawie konkurencji Unii Europejskiej². Polska ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów przyjmuje natomiast tradycyjną koncepcję, zgodnie z którą działaniami sankcjonowanymi przez zakazy przewidziane w prawie antymonopolowym mogą być jedynie działania podejmowane przez przedsiębiorców, a więc przez podmioty, które same uczestniczą w grze rynkowej i wykonują działalność gospodarczą. Inna sprawa, że wspomniane pojęcie przedsiębiorcy zostało w ustawie zdefiniowane bardzo szeroko i obejmuje również m.in. jednostki samorządu terytorialnego, które poprzez swoje organy (będące organami władzy publicznej) podejmują określone działania władcze w zakresie „organizowania” świadczenia usług użyteczności publicznej (zob. art. 4 pkt 1 lit. a) u.o.k. i k.). Taki „nietypowy” (bo działający władczo – jako władza publiczna) przedsiębiorca może np. zmuszać lub ułatwiać innym przedsiębiorcom działającym na danym rynku komunalnym dokonywanie określonych antykonkurencyjnych praktyk. W tym sensie można by mówić o pewnym (choć oczywiście mającym bardzo wąski zakres) nawiązaniu do wspomnianej wyżej koncepcji tzw. działania państwowego, obecnej w niektórych obcych systemach antymonopolowych.

2. Pojęcie przedsiębiorcy jest dość powszechnie w prawie polskim używane na oznaczenie tych podmiotów, które wykonują działalność gospodarczą (albo też – inaczej mówiąc – na oznaczenie tych podmiotów, które realizują w swojej działalności cele gospodarcze)³. Warto przy tym zauważyć, że prawo polskie nie zawiera jednej (uniwersalnej) i jednolicie stosowanej w przypadku wszystkich aktów normatywnych definicji pojęcia „przedsiębiorca”. Termin został bowiem zdefiniowany w bardzo wielu aktach prawnych⁴, przy czym formułując w poszczególnych ustawach tego rodzaju definicję ustawodawca czyni to zawsze na użytek danego konkretnego aktu prawnego, dostosowując konstrukcyjnie wspomnianą definicję

² Zob. szeroko L. Gyselen, *State action and the effectiveness of the EEC Treaty's competition provisions*, Common Market Law Review 1989, vol. 26, s. 33 i n.; B. van der Esch, *Die Artikel 5, 3f. 85/86 und 90 EWGV als Grundlage der wettbewerbsrechtlichen Verpflichtungen der Mitgliedstaaten*, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht 1991, Band 155, s. 274 i n.; A.F. Gagliardi, *United States and European Union antitrust versus state regulation of the economy: is there a better test?*, European Law Review 2000, vol. 25, s. 353 i n.; D. Ehle, *State regulation under the U.S. antitrust state action doctrine and under E.C. competition law: a comparative analysis*, European Competition Law Review 1998, vol. 19, s. 380 i n.

³ M. Waligórski, *Nowe prawo działalności gospodarczej*, Poznań 2001, s. 99–100.

⁴ Zob. C. Kosikowski, *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*, Warszawa 2005, s. 30–31; M. Szydło, *Swoboda działalności gospodarczej*, Warszawa 2005, s. 66–69.

do specyfiki regulowanych określonym aktem stosunków. Skoro bowiem z punktu widzenia prawnego o posiadaniu przez dany podmiot statusu przedsiębiorcy rozstrzyga fakt spełnienia przez taki podmiot określonych – ustalonych przez prawodawcę – kryteriów formalnych⁵, otwiera to przed ustawodawcą możliwość takiego kształtowania w sensie treściowym wspomnianych kryteriów formalnych, aby omawianym tutaj pojęciem objąć szerszą lub węższą grupę podmiotów, w zależności od specyfiki danego aktu prawnego, a także stosownie do celów, jakie dany akt prawny ma w swoim założeniu realizować.

Powyższa prawidłowość jest w bardzo dobrze dostrzegalna również na gruncie ustawy z o ochronie konkurencji i konsumentów, a konkretnie na tle jej art. 4 pkt 1. W powołanym przepisie prawodawca tak bowiem skonstruował definicję pojęcia „przedsiębiorca” (i tak dobrał wspomniane wyżej kryteria formalne), by uczynić ją jak najbardziej użyteczną na potrzeby aktu prawnego chroniącego konkurencję w gospodarce (konkurencję w działalności gospodarczej), a więc mającego w swoim założeniu gwarantować nieskrępowany rozwój relacji konkurencyjnych w działalności gospodarczej. Ponieważ w wykonywaniu działalności gospodarczej, implikującym wchodzenie ze sobą we wzajemne relacje konkurencyjne, uczestniczy bardzo szeroki krąg podmiotów, wypracowana przez ustawodawcę na potrzeby ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów definicja pojęcia „przedsiębiorca” już ze swojej natury musi być bardzo szeroka, tak, aby nie pominąć żadnego podmiotu, który chociażby potencjalnie może brać udział w działalności gospodarczej i wpływać tym samym na – będące zasadniczym przedmiotem zainteresowania omawianej ustawy – relacje konkurencyjne na rynku⁶. Zwraca zresztą uwagę fakt (co zostało już wyżej wspomniane i o czym jeszcze będzie szerzej mowa), że pojęciem przedsiębiorcy zostały objęte nie tylko podmioty bezpośrednio wykonujące działalność gospodarczą, ale również i takie podmioty, które w sensie prawnym działalności gospodarczej nie prowadzą (dotyczy to osób lub jednostek „organizujących” świadczenie usług użyteczności publicznej nie będących „działalnością gospodarczą” oraz osób fizycznych działających na rynku kapitałowym i nie prowadzących działalności gospodarczej – zob. art. 4 pkt 1 lit. a) i c) u.o.k. i k.). Ustawodawca bowiem wyszedł ze słusznego skądinąd

⁵ Tak słusznie J. Olszewski, *Nadzór nad koncentracją przedsiębiorców jako forma prewencyjnej ochrony konkurencji*, Rzeszów 2004, s. 149.

⁶ Por. E. Modzelewska-Wąchal, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2002, s. 28; J. Olszewski, *Nadzór nad koncentracją przedsiębiorców...*, s. 150.

założenia, że skoro te ostatnie podmioty również mogą w określonym zakresie wpływać na relacje konkurencyjne w działalności gospodarczej, to tym samym pozostawienie ich poza zakresem pojęcia „przedsiębiorca” mogłoby wywołać niekorzystne następstwa z punktu widzenia konieczności ochrony wartości gwarantowanych analizowaną ustawą.

Warto zresztą zauważyć, że na konieczność szerokiego – w sensie zakresowym – ujmowania terminu „przedsiębiorca” (jako pojęcia wyznaczającego podmiotowy zakres zastosowania przepisów prawa antymonopolowego) kładzie się również nacisk na gruncie zagranicznych ustaw antymonopolowych, np. na gruncie niemieckiej ustawy kartelowej⁷. W niezwykle szeroki sposób jest również definiowane – będące odpowiednikiem polskiego określenia „przedsiębiorca” – pojęcie „przedsiębiorstwo” (*undertakings*, *Unternehmen*) w unijnym prawie konkurencji, gdzie za przedsiębiorstwo uznaje się „każdą jednostkę zaangażowaną w działalność gospodarczą (ekonomiczną), bez względu na jej status prawny oraz sposób finansowania”⁸.

3. Omawiany tutaj art. 4 pkt 1 u.o.k. i k. wyróżnia kilka grup podmiotów, które mieszczą się – na potrzeby omawianej ustawy – w zakresie pojęcia „przedsiębiorca”. Po pierwsze, za przedsiębiorców uznaje się przedsiębiorców „w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej”. W obecnym stanie prawnym owymi „przepisami o swobodzie działalności gospodarczej” są przepisy ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (tekst jedn.: Dz. U. z 2007 r. Nr 155, poz. 1095 z późn. zm.), zawierające ogólne (ramowe) zasady dotyczące podejmowania, wykonywania i kończenia działalności gospodarczej na terytorium RP. W tym kontekście należy w pełni pochwalić zabieg legislacyjny, polegający na zrezygnowaniu przez ustawodawcę ze wskazywania konkretnego aktu prawnego, w którym mieści się ogólna i generalna definicja pojęcia

⁷ V. Emmerich, *Kartellrecht*, München 2001, s. 14 i n.; R. Janusz, T. Skoczny, *Niemiecka ustawa kartelowa*, Warszawa 1995, s. 13.

⁸ Orzeczenia ETS w sprawach: C-41/90 Klaus Höfner i Fritz Elser przeciwko Macrotron GmbH, Zbiór Orzeczeń 1991, s. I-1979, pkt 21; C-244/94 Fédération Française des Sociétés d'Assurance, Société Paternelle-Vie, Union des Assurances de Paris-Vie i Caisse d'Assurance et de Prévoyance Mutuelle des Agriculteurs przeciwko Ministère de l'Agriculture et de la Pêche, Zbiór Orzeczeń 1995, s. I-4013, pkt 14; C-55/96 Job Centre coop. arl., Zbiór Orzeczeń 1997, s. I-7119, pkt 21; C-67/96 Albany International BV przeciwko Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie, Zbiór Orzeczeń 1999, s. I-5751, pkt 77; C-115-117/97 Brentjens' Handelsonderneming BV przeciwko Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de Handel in Bouwmaterialen, Zbiór Orzeczeń 1999, s. I-6025, pkt 77; C-219/97 Maatschappij Drijvende Bokken BV przeciwko Stichting Pensioenfonds voor de Vervoer- en Havenbedrijven, Zbiór Orzeczeń 1999, s. I-6121, pkt 67; C-159 i 160/91 Christian Poucet przeciwko Assurances Générales de France i Caisse Mutuelle Régionale du Languedoc-Roussillon, Zbiór Orzeczeń 1993, s. I-637, pkt 17.

„przedsiębiorca” w prawie polskim. Tego rodzaju konkretne wskazanie mało miejsce na gruncie już nieobowiązującej ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z 2000 r.⁹, gdzie ustawodawca odsyłał w omawianym tutaj zakresie do nieobowiązującej już ustawy z dnia 19 listopada 1999 r. – Prawo działalności gospodarczej (Dz. U. Nr 101, poz. 1178 z późn. zm.). Takie konkretne wskazanie ma jednak tę wadę, że w razie uchylenia ustawy wskazanej, odesłanie to staje się nieaktualne i wymaga ponownej zmiany (nowelizacji) przepisu wskazującego (przy czym warto zauważyć, że w warunkach polskich ustawy dotyczące działalności gospodarczej zmieniają się stosunkowo często). W tym kontekście byłoby wszakże lepiej, gdyby ustawodawca jedynie ogólnie odsyłał do „przepisów o działalności gospodarczej” (a niekoniecznie do „przepisów o swobodzie działalności gospodarczej”).

Zgodnie z art. 4 ust. 1 u.s.d.g., „Przedsiębiorcą w rozumieniu ustawy jest osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną – wykonująca we własnym imieniu działalność gospodarczą”. Z kolei art. 4 ust. 2 powołanej ustawy stanowi, że: „Za przedsiębiorców uznaje się także wspólników spółki cywilnej w zakresie wykonywanej przez nich działalności gospodarczej”.

Zwraca uwagę fakt, że powyższa definicja obejmuje swoim zakresem jedynie takie osoby i jednostki, które mają odrębną podmiotowość prawną oraz są – jako podmioty wyposażone w atrybut zdolności prawnej – w pełni samodzielnymi podmiotami prawa. O ile w przypadku osób fizycznych oraz osób prawnych posiadanie przez nie odrębnej prawnej podmiotowości (przejawiającej się poprzez atrybut zdolności prawnej) jest rzeczą niejako oczywistą i rozumiejącą się *eo ipso* (oraz niewymagającą w związku z tym odrębnego podkreślenia w definicji przedsiębiorcy), o tyle w przypadku jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej kwestia ta nie jest już taka oczywista, jako że jednostki te, w ujęciu modelowym, albo tego rodzaju odrębną podmiotowość prawną mogą rzeczywiście posiadać (jako następstwo wyposażenia ich przez ustawodawcę w atrybut zdolności prawnej), albo też mogą być wspomnianej podmiotowości pozbawione i wskutek braku przyznania im przez prawo atrybutu zdolności prawnej nie mają wówczas możliwości samodzielnego występowania w obrocie

⁹ Ustawa z dnia 15 grudnia 2000 r., tekst pierwotny: Dz. U. z 2000 r. Nr 122, poz. 1319; tekst jedn.: Dz. U. z 2005 r. Nr 244, poz. 2080 z późn. zm.

prawnym i nawiązywania tam stosunków prawnych. W definicji pojęcia „przedsiębiorca” zawartej w art. 4 ust. 1 u.s.d.g. wyraźnie zostało podkreślone, że „przedsiębiorcami” w rozumieniu tego przepisu (a tym samym również na potrzeby ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów) mogą być jedynie takie jednostki organizacyjne niemające osobowości prawnej, którym odrębna ustawa przyznała zdolność prawną. W obecnym stanie prawnym do takich jednostek organizacyjnych należą handlowe spółki osobowe (spółka jawna, partnerska, komandytowa i komandytowo-akcyjna), wspólnoty mieszkaniowe oraz spółki kapitałowe w organizacji¹⁰.

Tego rodzaju jednostkami organizacyjnymi są również stowarzyszenia zwykle¹¹. Niemniej jednak stowarzyszenia zwykle w ogóle nie mogą prowadzić działalności gospodarczej (art. 42 ust. 1 pkt 4 ustawy – Prawo o stowarzyszeniach), a więc nie mogą tym samym uzyskać statusu przedsiębiorcy.

4. Aby dana osoba fizyczna, osoba prawna oraz jednostka organizacyjna niemająca osobowości prawnej, lecz wyposażona w zdolność prawną, mogła uzyskać status przedsiębiorcy w rozumieniu art. 4 ust. 1 u.s.d.g., musi ona we własnym imieniu wykonywać „działalność gospodarczą”, która to działalność została w powołanej ustawie zdefiniowana jako „zarobkowa działalność wytwórcza, budowlana, handlowa, usługowa oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie kopalin ze złóż, a także działalność zawodowa, wykonywana w sposób zorganizowany i ciągły” (art. 2 u.s.d.g.). Z powyższej definicji wynika, że dana działalność wtedy ma charakter „działalności gospodarczej” w rozumieniu ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, gdy: 1) jest wykonywana w jednej ze wskazanych dziedzin działalności (musi to być zatem działalność wytwórcza, budowlana, handlowa, usługowa lub też poszukiwanie, rozpoznawanie lub wydobywanie kopalin ze złóż, względnie też działalność zawodowa) oraz 2) charakteryzuje się określonymi normatywnie cechami, takimi jak zarobkowy charakter, zorganizowany sposób jej wykonywania oraz ciągłość.

Jeśli chodzi o cechę zarobkowego charakteru działalności gospodarczej, to w tym zakresie decydującą rolę odgrywa cel (zamiar) działania danego podmiotu, tj. cel (zamiar) osiągnięcia zysków¹², przy czym ów za-

¹⁰ Zob. Z. Radwański, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2003, s. 192 i n.

¹¹ Tak Z. Radwański, *Podmioty prawa cywilnego w świetle zmian kodeksu cywilnego przeprowadzonych ustaw z dnia 14 lutego 2003 r.*, *Przegląd Sądowy* 2003, nr 7–8, s. 7; zob. art. 40–43 ustawy z dnia 7 kwietnia 1989 r. – Prawo o stowarzyszeniach, tekst jedn.: Dz. U. z 2001 r. Nr 79, poz. 855 z późn. zm.

¹² C. Kosikowski, *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej...*, s. 25.

robowy cel działania danego podmiotu powinien być w określony sposób ujawniony na zewnątrz i widoczny dla otoczenia¹³. Nie jest natomiast działalnością zarobkową działalność motywowana innymi celami niż cele zarobkowe, w tym zwłaszcza motywowana celami o charakterze idealistycznym (np. celami społecznymi, dobroczynnymi, chęcią promowania określonych idei lub rozwijania indywidualnych pasji i zainteresowań). W rezultacie podmioty wykonujące tego typu aktywność *non profit* nie mogą uzyskać statusu przedsiębiorcy na gruncie art. 4 ust. 1 u.s.d.g. Inaczej jest natomiast w prawie unijnym, gdzie fakt wykonywania działalności nie w celu zarobkowym nie pozbawia jeszcze sam przez się danego podmiotu statusu przedsiębiorstwa¹⁴.

Od działalności *non profit*, niemającej charakteru działalności zarobkowej, należałoby natomiast wyraźnie odróżniać tzw. działalność *not for profit*. Jest to mianowicie taka działalność, która ma wprawdzie charakter zarobkowy (tzn. jest prowadzona w celu osiągnięcia zysków) i przysługuje jej w związku z tym miano działalności gospodarczej, niemniej ma ona równocześnie charakter działalności ubocznej (dodatkowej, akcesoryjnej) względem podstawowej działalności prowadzonej przez dany podmiot, która to podstawowa działalność jest przy tym działalnością niezarobkową (niekomercyjną, niegospodarczą). Działalność *not for profit* jest charakterystyczna zwłaszcza dla stowarzyszeń oraz fundacji, które obok swojej statutowej (podstawowej) i niezarobkowej (niegospodarczej) działalności mogą równocześnie prowadzić normalną zarobkową i gospodarczą działalność, pod tym wszakże warunkiem, że wszelkie zyski z tej ostatniej działalności będą przeznaczane na realizację podstawowych dla danego podmiotu celów statutowych¹⁵. Należy podkreślić, że w zakresie swojej zarobkowej i tym samym gospodarczej działalności wspomniane fundacje i stowarzyszenia (a także inne podmioty prowadzące działalność *not for profit*) bez żadnej wątpliwości posiadają status przedsiębiorcy w rozumieniu

¹³ M. Szydło, *Swoboda działalności gospodarczej...*, s. 39–41.

¹⁴ Orzeczenia ETS w sprawach: C-244/94 *Fédération Française des Sociétés d'Assurance, Société Paternelle-Vie, Union des Assurances de Paris-Vie i Caisse d'Assurance et de Prévoyance Mutuelle des Agriculteurs* przeciwko *Ministère de l'Agriculture et de la Pêche*, Zbiór Orzeczeń 1995, s. I-4013, pkt 21; C-67/96 *Albany International BV* przeciwko *Stichting Bedrijfspensioenfondsen Textielindustrie*, Zbiór Orzeczeń 1999, s. I-5751, pkt 85; C-115-117/97 *Brentjens' Handelsonderneming BV* przeciwko *Stichting Bedrijfspensioenfondsen voor de Handel in Bouwmaterialen*, Zbiór Orzeczeń 1999, s. I-6025, pkt 85; C-219/97 *Maatschappij Drijvende Bokken BV* przeciwko *Stichting Pensioenfondsen voor de Vervoer- en Havenbedrijven*, Zbiór Orzeczeń 1999, s. I-6121, pkt 75.

¹⁵ A. Kidyba, *Prawo handlowe*, Warszawa 2002, s. 15.

ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, a tym samym również na potrzeby ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Z kolei jeśli chodzi o „zorganizowany” sposób wykonywania danej działalności (będący przesłanką uznania jej za „działalność gospodarczą” w rozumieniu art. 2 u.s.d.g.), to w tym zakresie przedstawiciele doktryny wskazują zwłaszcza na rozmaite elementy (czynniki) o charakterze formalnym, które porządkują i formalizują daną działalność, nadając jej przez to „zorganizowany” kształt. Chodzi m.in. o: dokonanie przez dany podmiot zgłoszenia do rejestru przedsiębiorców lub do ewidencji działalności gospodarczej, dokonanie zgłoszenia dla celów statystycznych, podatkowych i związanych z ubezpieczeniem społecznym, założenie rachunku bankowego, zastosowanie wybranej przez przedsiębiorcę lub nakazanej przepisami prawa formy organizacyjnoprawnej wykonywanej działalności, uzyskanie wymaganej koncesji, zezwolenia, licencji na działalność gospodarczą lub też wpisu do rejestru działalności regulowanej, stworzenie sobie (zorganizowanie) kontaktów z innymi przedsiębiorcami lub też z odbiorcami (konsumentami) wytwarzanych towarów bądź usług itp.¹⁶ Wydaje się jednak, że o „zorganizowanym” sposobie wykonywania wchodzącej w grę działalności powinien raczej przesądzać fakt jej wykonywania przy wykorzystaniu instytucji przedsiębiorstwa w znaczeniu przedmiotowym¹⁷, definiowanego przez art. 55¹ k.c. jako „zorganizowany zespół składników materialnych i niematerialnych przeznaczony do prowadzenia działalności gospodarczej”. Utworzenie wspomnianego przedsiębiorstwa (w znaczeniu przedmiotowym) jest przejawem dokonanego przez przedsiębiorcę celowościowo-funkcjonalnego powiązania ze sobą określonych materialnych i niematerialnych składników i stworzenia przez to konkretnej organizacji, która jest w stanie spełniać wyznaczone jej przez przedsiębiorcę zadania w procesie gospodarowania¹⁸.

¹⁶ C. Kosikowski, *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej...*, s. 26.

¹⁷ M. Szydło, *Swoboda działalności gospodarczej...*, s. 48 i n.

¹⁸ Nastawienie się w omawianym tutaj zakresie na fakt utworzenia przez dany podmiot przedsiębiorstwa w znaczeniu przedmiotowym jest dlatego bardziej odpowiednie niż zwracanie uwagi na same tylko (wymienione wcześniej przykładowo) elementy formalne, gdyż wśród tychże wymienianych w doktrynie elementów formalnych znajduje się wiele takich, które stanowią po prostu normatywne obowiązki przedsiębiorcy wykonującego działalność gospodarczą (np. wpisy w stosownych administracyjnych lub sądowych rejestrach, uzyskanie koncesji lub zezwolenia itp.). Obowiązki te musi spełnić każdy przedsiębiorca wykonujący lub przynajmniej podejmujący działalność gospodarczą. Tym samym najpierw trzeba stwierdzić, że dany podmiot rzeczywiście wykonuje lub podejmuje działalność gospodarczą (co może nastąpić poprzez odwołanie się do pewnych zo-

Ostatnią wreszcie cechą działalności gospodarczej jest jej ciągłość. Ciągłość działalności gospodarczej nie oznacza bynajmniej wymogu wykonywania jej w sposób permanentny i nieprzerwany (*non stop*), jako że w tym kontekście w pełni wystarczające jest dokonywanie czynności regularnych (systematycznych) i powtarzalnych, sprawiających, że dana działalność oceniana jako całość nabiera charakteru względnie trwałego i stabilnego, nie ograniczającego się do jednorazowych, okazjonalnych czy też sporadycznych przedsięwzięć gospodarczych¹⁹.

Warto dodać, że obecnie w unijnym prawie konkurencji nie wymaga się już, aby przedsiębiorstwo prowadziło swoją działalność gospodarczą w sposób ciągły (trwały)²⁰.

5. Wymóg wykonywania przez przedsiębiorcę (a konkretnie przez przedsiębiorcę w rozumieniu art. 4 ust. 1 u.s.d.g., a tym samym w rozumieniu art. 4 pkt 1 u.o.k. i k.) działalności gospodarczej w sposób ciągły prowokuje do postawienia pytania, czy status przedsiębiorcy (w omawianym tutaj rozumieniu) będzie miał „wspólny przedsiębiorca” w rozumieniu art. 13 ust. 2 pkt 3 u.o.k. i k., który jest tworzony przez innych przedsiębiorców (tj. przez swoich założycieli) w celu realizacji jednorazowego przedsięwzięcia gospodarczego, a więc przedsięwzięcia, które nie znamionuje się „ciągłością” w przedstawionym wyżej znaczeniu. Podstawowym pytaniem, jakie się w tym kontekście pojawia, jest to, czy podmiot, który już z samego swojego założenia nie jest przeznaczony do prowadzenia działalności ciągłej, może być w ogóle nazwany przedsiębiorcą (w tym przypadku „wspólnym przedsiębiorcą”). Pytanie to jest o tyle istotne, że w razie udzielenia na nie pozytywnej odpowiedzi, utworzenie przez określonych przedsiębiorców takiego wspólnego przedsiębiorcy (przeznaczonego w swoim założeniu do zrealizowania jednorazowego przedsięwzięcia gospodarczego) podlegałoby – w razie przekroczenia stosownego kwotowego progu obrotów

biektywizowanych przejawów zachowań danego podmiotu na rynku, w tym do faktu utworzenia przezeń przedsiębiorstwa w znaczeniu przedmiotowym), a dopiero potem można twierdzić, że na tym podmiocie (jako na przedsiębiorcy prowadzącym lub podejmującym działalność gospodarczą) spoczywają określone normatywne obowiązki. Uznanie zaś, że działalność gospodarczą prowadzi lub podejmuje (i jest w związku z tym przedsiębiorcą) jedynie taki podmiot, który spełnia określone normatywne obowiązki (np. uzyskał wpis w KRS lub ewidencji działalności gospodarczej) byłoby nielogiczne.

¹⁹ WJ. Katner, *Prawo działalności gospodarczej. Komentarz. Orzecznictwo. Piśmiennictwo*, Warszawa 2003, s. 23.

²⁰ W. Frenz, *Handbuch Europarecht. Band 2. Europäisches Kartellrecht*, Berlin-Heidelberg 2006, s. 129.

– zgłoszeniu Prezesowi UOKiK w trybie prewencyjnej kontroli operacji koncentracyjnych.

Niektórzy przedstawiciele doktryny skłonni są udzielać pozytywnej odpowiedzi na wspomniane wyżej pytanie, twierdząc, że działalność takiego wspólnego podmiotu (wspólnego przedsiębiorcy) „nie powinna być oceniana w całkowitym oderwaniu od działalności przedsiębiorców – założycieli, jest ona *de facto* organizacyjnym wyrazem tej działalności, co przesądzać powinno o poddaniu takiej koncentracji kontroli antymonopolowej”²¹. Zgodnie z powyższym poglądem, przesłanka ciągłości działalności gospodarczej niekoniecznie musi być odnoszona do tworzonego przez określonych przedsiębiorców wspólnego przedsiębiorcy, gdyż w pełni wystarczające jest, że w sposób ciągły działalność gospodarczą wykonują sami założyciele omawianego podmiotu.

Nie wydaje się jednak, aby pogląd taki był trafny. Po pierwsze, pozostaje on w całkowitej sprzeczności z literalną wykładnią art. 4 ust. 1 i art. 2 u.s.d.g. w zw. z art. 4 pkt 1 u.o.k. i k., z których to przepisów jednoznacznie wynika, że wspomniany wspólny podmiot, jeżeli ma posiadać status przedsiębiorcy, musi wykonywać swoją działalność gospodarczą – przynajmniej w założeniu – w sposób „ciągły”²². Po drugie, pogląd taki nie uwzględnia w dostatecznej mierze faktu, że również przepisy wspólnotowego prawa konkurencji wymagają, by prewencyjnej kontroli antykoncentracyjnej podlegało tworzenie jedynie takich „wspólnych przedsiębiorców” (*joint ventures*), którzy mają działać „na trwałej podstawie” (*on a lasting basis*), a więc przez dostatecznie długi czas i nie są tworzeni wyłącznie w celu zrealizowania jednej określonej transakcji czy też jednego określonego projektu gospodarczego²³. Jak się wydaje, obecnie (w warunkach członkostwa Polski w Unii Europejskiej) istnieją bardzo poważne argumenty natury celowościowo-funkcjonalnej (oraz aksjologicznej), które przemawiają za tym, by pojęcie wspólnego przedsiębiorcy zawarte w art. 13 ust. 2 pkt 3 u.o.k. i k. interpretować w pełnej zgodności z przepisami unijnego prawa

²¹ E. Modzelewska-Wąchal, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów...*, s. 30.

²² M. Szydło, *Kontrola wspólnych przedsiębiorstw (joint ventures) w prawie antymonopolowym*, Prawo Spółek 2002, nr 12, s. 45–46.

²³ Zob. art. 3 ust. 4 rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 z dnia 20 stycznia 2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw, Dz. Urz. UE 2004, L 24/1; zob. też obszerne rozważania na ten temat zawarte w punktach 99–101 projektu skonsolidowanego jurysdykcyjnego obwieszczenia Komisji uzupełniającego rozporządzenie Rady (WE) nr 139/2004 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw; projekt ten jest dostępny na stronie: <http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/legislation/jn.pdf>.

konkurencji, tym bardziej że pozostaje to również w zgodzie z literalną wykładnią art. 13 ust. 2 pkt 3 u.o.k. i k. w zw. z art. 4 pkt 1 tej ustawy oraz art. 4 ust. 1 i art. 2 u.s.d.g.²⁴

6. W omawianym tutaj kontekście warto podkreślić, że – wbrew spotykanym niekiedy poglądom – charakter działalności gospodarczej ma również działalność wytwórcza w rolnictwie oraz działalność agroturystyczna (wykonywana przez rolników). Zgodnie z art. 3 u.s.d.g. „Przepisów ustawy nie stosuje się do działalności wytwórczej w rolnictwie w zakresie upraw rolnych oraz chowu i hodowli zwierząt, ogrodnictwa, warzywnictwa, leśnictwa i rybactwa śródlądowego, a także wynajmowania przez rolników pokoi, sprzedaży posiłków domowych i świadczenia w gospodarstwach rolnych innych usług związanych z pobytem turystów”, co pozwala niektórym przedstawicielom doktryny na formułowanie twierdzeń, że działalność wytwórcza w rolnictwie oraz działalność agroturystyczna nie są przejawami działalności gospodarczej w znaczeniu prawnym. Konsekwencją tego twierdzenia jest z kolei teza, iż podmioty wykonujące omawianą tutaj działalność, w tym zwłaszcza rolnicy indywidualni, nie uzyskują statusu przedsiębiorcy w rozumieniu ustawy o swobodzie działalności gospodarczej²⁵. Nie wydaje się jednak, aby taki pogląd był trafny i zasługiwał na aprobatę. Wbrew temu należy raczej przyjąć, że wymienione rodzaje działalności, o ile są one wykonywane w sposób zarobkowy, zorganizowany oraz ciągły, są jak najbardziej przejawami działalności gospodarczej w rozumieniu art. 2 powołanej ustawy, podmioty wykonujące we własnym imieniu tego rodzaju działalność są zaś przedsiębiorcami na potrzeby art. 4 ust. 1 u.s.d.g. (a tym samym na potrzeby ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów). Stwierdzenie ustawodawcy, iż do działalności wyborczej w rolnictwie oraz do działalności agroturystycznej (wykonywanej przez rolników) przepisy ustawy o swobodzie działalności gospodarczej nie mają zastosowania (art. 3 tej ustawy), oznacza jedynie, że tego typu aktywność nie jest regulowana przepisami ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, lecz raczej przepisami ustaw odrębnych (np. przepisami ustawy o lasach, ustawy o rybactwie śródlądowym), co wszakże nie neguje jeszcze apriorycznie

²⁴ Inaczej R. Janusz, M. Sachajko, T. Skoczny, *Nowa ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów*, *Kwartalnik Prawa Publicznego* 2001, nr 3, s. 192.

²⁵ T. Kocowski, *Działalność gospodarcza i przedsiębiorca wedle prawa działalności gospodarczej* (w:) A. Borkowski, A. Chelmoński, M. Guziński, K. Kiczka, L. Kieres, T. Kocowski, *Administracyjne prawo gospodarcze. Zagadnienia wybrane*, Wrocław 2000, s. 31.

możliwości nazwania tej działalności działalnością gospodarczą, a podmiotu ją wykonującego – przedsiębiorcą²⁶.

Powyższe uwagi o prawnym charakterze działalności wytwórczej w rolnictwie i działalności agroturystycznej (wykonywanej przez rolników), a także o statusie podmiotu wykonującego te rodzaje działalności mają bezpośrednie przełożenie na przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Otóż w świetle tego, co powiedziano, należy przyjąć, że indywidualny rolnik wykonujący we własnym imieniu wymienione rodzaje aktywności jest pełnoprawnym przedsiębiorcą na potrzeby art. 4 pkt 1 u.o.k. i k. W związku z tym jego działania, tak jak działania pozostałych przedsiębiorców, podlegają ocenie przez pryzmat przepisów materialnych omawianej ustawy. Rolnikowi takiemu przysługuje również czynna i bierna legitymacja procesowa w postępowaniu antymonopolowym²⁷.

7. Artykuł 4 ust. 2 u.s.d.g. za przedsiębiorców każe uznawać również wspólników spółki cywilnej w zakresie wykonywanej przez nich działalności gospodarczej. Konsekwencją tego stwierdzenia ustawodawcy jest m.in. to, że również na potrzeby ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów każdy wspólnik spółki cywilnej będzie posiadał status przedsiębiorcy, o ile, rzecz jasna, określona spółka cywilna, w której dany wspólnik uczestniczy, została założona w celu wykonywania działalności gospodarczej²⁸. Nie ma natomiast żadnych podstaw do wysuwania twierdzeń, że to sama spółka cywilna jako taka posiada status odrębnego przedsiębiorcy (tak jak to twierdzono na gruncie poprzedniej ustawy antymonopolowej z 1990 r., w związku z treścią art. 2 ust. 2 ustawy z dnia 23 grudnia 1988 r. o działalności gospodarczej)²⁹.

²⁶ K. Pawłowicz, *Wolność gospodarcza* (w:) C. Banasiński, H. Gronkiewicz-Waltz, R. Kaszubski, K. Pawłowicz, D. Szafranski, M. Wierzbowski, M. Wyrzykowski, *Prawo gospodarcze. Zagadnienia administracyjnoprawne*, Warszawa 2001, s. 90.

²⁷ W kwestii przyznania indywidualnemu rolnikowi statusu przedsiębiorcy w postępowaniu antymonopolowym próbując wypowiedzieć się Sąd Antymonopolowy już pod rządami ustawy antymonopolowej z 1990 r. – zob. wyrok SAM z 6 dnia kwietnia 1994 r. w sprawie XVII Amr 52/93, Wokanda 1994, nr 9.

²⁸ A to ostatnie nie musi być wcale regułą, jako że zgodnie z art. 860 § 1 k.c. spółka cywilna może zostać założona w celu „osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego”, co wcale niekoniecznie musi implikować konieczność wykonywania w jej ramach „działalności gospodarczej” (zob. J. Gudowski (w:) G. Bieniek, H. Ciepla, S. Dmowski, J. Gudowski, K. Kołakowski, M. Sychowicz, T. Wiśniewski, Cz. Żuławska, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*, t. II, Warszawa 1999, s. 414–415).

²⁹ Dz. U. Nr 41, poz. 324 z późn. zm.; zob. S. Gronowski, *Ustawa antymonopolowa. Komentarz*, Warszawa 1999, s. 61.

W doktrynie wypowiedziany został pogląd, zgodnie z którym działania rynkowe wspólników spółki cywilnej, które z natury rzeczy dokonywane są przez tychże wspólników – działających na podstawie stosownej umowy spółki – w sposób skoordynowany (a podstawą tej koordynacji jest chociażby umowa spółki cywilnej), nie powinny być uznawane za przejaw zakazanych przez art. 6 omawianej ustawy porozumień ograniczających konkurencję. Argumentem przemawiającym za tym ma zaś być jakoby „funkcjonalna” wykładnia przepisów omawianej ustawy³⁰.

Nie wydaje się jednak, aby pogląd taki był trafny. Trzeba bowiem pamiętać, że zakazowi zawierania (i wykonywania) porozumień ograniczających konkurencję podlegają wszelkie „umowy” zawierane pomiędzy przedsiębiorcami oraz wszelkie „uzgodnienia” dokonane w jakiejkolwiek formie przez przedsiębiorców (zob. art. 4 pkt 4 u.o.k. i k.), bez możliwości apriorycznego wyłączenia spod wzmiankowanego zakazu któregoś z typów umów (z powołaniem się na wykładnię celowościową przepisów ustawy). Wyłączenie takie może nastąpić jedynie na podstawie art. 7 u.o.k. i k. (który to przepis dotyczy tzw. porozumień bagatelnych) albo też na podstawie art. 8 ustawy (przepis ten dotyczy porozumień objętych tzw. wyłączeniami grupowymi). Natomiast fakt, że zawarcie umowy spółki cywilnej nieuchronnie prowadzi do określonej koordynacji rynkowych zachowań jej wspólników (co wynika z istoty umowy spółki cywilnej), nie może jeszcze sam w sobie stanowić dostatecznej przyczyny przyznania wspólnikom takiej spółki swoistego immunitetu, chroniącego ich zachowania przed skutkami zakazów zawartych w prawie antymonopolowym. Takie traktowanie działalności wspólników spółki cywilnej byłoby niczym nieusprawiedliwione i w oczywisty sposób zagrażałoby realizacji podstawowego aksjologicznego celu ustawy, jakim jest ochrona konkurencji na rynku. Nielogiczność oraz szkodliwość takiego podejścia jest szczególnie przy tym widoczna w takich przypadkach, w których umowę spółki cywilnej zawierają, będący osobami prawnymi, przedsiębiorcy dysponujący dużą siłą rynkową i tworzący w ten sposób rodzaj konsorcjum (np. konsorcjum w celu wspólnego wzięcia udziału w przetargu). Jeżeli celem działania tych przedsiębiorców, względnie też ich skutkiem jest „wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym” (zob. art. 6 ust. 1 u.o.k. i k.), to wówczas nie ma żadnych wątpliwości co do tego, że (przy spełnieniu pozostałych przesłanek ustawowych) zawierają oni zakazane przez omawianą ustawę

³⁰ E. Modzelewska-Wąchal, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów...*, s. 31.

porozumienie ograniczające konkurencję i w żaden sposób nie immunizuje ich fakt, że czynią to w formie umowy spółki cywilnej.

8. W omawianym tutaj kontekście rozważenia wymaga kwestia tego, w którym momencie dany podmiot uzyskuje status przedsiębiorcy w rozumieniu art. 4 ust. 1 u.s.d.g., a tym samym na potrzeby ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Jest to o tyle istotne, że prawidłowe zidentyfikowanie wspomnianego momentu czasowego przesądza o tym, od kiedy działania danego podmiotu (już będącego przedsiębiorcą) mogą być ewaluowane w świetle przepisów materialnych ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz od kiedy przysługuje mu czynna i bierna legitymacja w postępowaniu antymonopolowym. Otóż w tej mierze można się niekiedy spotkać z poglądem, w myśl którego dany podmiot uzyskuje status przedsiębiorcy w momencie uzyskania wpisu w rejestrze przedsiębiorców (który to rejestr jest częścią Krajowego Rejestru Sądowego) lub w ewidencji działalności gospodarczej, prowadzonej obecnie przez organy gminy, a w przyszłości przez ministra właściwego do spraw gospodarki³¹. Tym samym wpis w rejestrze przedsiębiorców lub w ewidencji działalności gospodarczej miałby w omawianym tutaj zakresie – a więc jeśli chodzi o początek bytu przedsiębiorcy – znaczenie konstytutywne.

Powyższego poglądu nie można jednak podzielić w pełnym zakresie. Jest on bowiem trafny jedynie w przypadku takich podmiotów, które powstają (tzn. uzyskują prawną podmiotowość) dopiero z momentem ich wpisania do rejestru przedsiębiorców i które zamierzają przy tym, po dokonaniu wpisu, wykonywać działalność gospodarczą (a nie działalność o innym niż gospodarczy charakterze). Chodzi tutaj mianowicie o osoby prawne (ale inne niż spółki kapitałowe, gdyż jeśli chodzi o spółki kapitałowe, to istnieją one już przed wpisem do rejestru jako tzw. spółki w organizacji) oraz o handlowe spółki osobowe. W tym przypadku prawdą jest, że podmioty te stają się przedsiębiorcami dopiero z chwilą wpisania ich do rejestru przedsiębiorców, jako że przed dokonaniem tego wpisu podmioty te w ogóle nie istnieją (jako odrębne podmioty prawa) i nie mogą też tym samym uzyskać statusu przedsiębiorcy. Jeśli chodzi natomiast o osoby fizyczne oraz o spółki kapitałowe w organizacji, to status przedsiębiorcy uzyskują one już wtedy, gdy zamierzaną przez siebie działalność gospodarczą „podejmują”, a więc, gdy dokonują stosownych czynności wstępnych i przy-

³¹ Por. J. Frąckowiak, *Ustawodawstwo dotyczące przedsiębiorców pod rządami zasady jedności prawa cywilnego*, Przegląd Prawa Handlowego 2000, nr 11, s. 6–7.

gotowawczych – także tych nakazanych przepisami prawa – które mają im w przyszłości umożliwić podjęcie i wykonywanie działalności gospodarczej. Już zatem na etapie dokonywania tych wstępnych i przygotowawczych czynności, które nierzadko mają miejsce jeszcze przed uzyskaniem przez dany podmiot wpisu w rejestrze przedsiębiorców lub w ewidencji działalności gospodarczej, podmioty takie stają się pełnoprawnymi przedsiębiorcami w rozumieniu ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, a tym samym w rozumieniu art. 4 pkt 1 u.o.k. i k.³² Inna sprawa, że w praktyce działania będące przedmiotem zainteresowania prawa antymonopolowego są przez przedsiębiorców dokonywane zazwyczaj już po uzyskaniu wpisu w rejestrze lub w ewidencji³³.

9. Oprócz podmiotów, które są przedsiębiorcami w rozumieniu art. 4 u.s.d.g., omawiany tu art. 4 pkt 1 u.o.k. i k. za „przedsiębiorcę” uznaje „osobę fizyczną, osobę prawną, a także jednostkę organizacyjną niemającą osobowości prawnej, której ustawa przyznaje zdolność prawną, organizującą lub świadczącą usługi o charakterze użyteczności publicznej, które nie są działalnością gospodarczą w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej”. W tym kontekście jednym z zasadniczych pojawiających się tutaj pytań jest to, co właściwie oznacza użyte przez ustawodawcę określenie „usługi o charakterze użyteczności publicznej, które nie są działalnością gospodarczą w rozumieniu przepisów o działalności gospodarczej”. Aby jednak na to pytanie odpowiedzieć, w pierwszym rzędzie należałoby wyjaśnić samo pojęcie „usługi użyteczności publicznej”.

Pojęcie to nie zostało w polskim prawie normatywnie zdefiniowane, gdyż ani ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów, ani też żaden inny akt prawny nie zawierają legalnej definicji terminu „usługi użyteczności publicznej”. Co najwyżej, w prawie polskim występuje legalna definicja terminu „zadania użyteczności publicznej” (lub „zadania o charakterze użyteczności publicznej”), którymi to są te spośród zadań własnych jednostek samorządu terytorialnego, „których celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych”³⁴. Biorąc pod uwagę przytoczoną definicję pojęcia „zadań użyteczności publicznej”, można byłoby wstępnie zaryzy-

³² M. Szydło, *Swoboda działalności gospodarczej...*, s. 101 i n.

³³ E. Modzelewska-Wąchał, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów...*, s. 29.

³⁴ Zob. art. 1 ust. 2 ustawy z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (Dz. U. z 1997 r. Nr 9, poz. 43 z późn. zm.) oraz art. 9 ust. 4 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (tekst jedn.: Dz. U. z 2001 r. Nr 142, poz. 1591 z późn. zm.).

kować twierdzenie, że usługami użyteczności publicznej są takie usługi, które są powszechnie dostępne i których celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności, przy czym usługi te muszą być świadczone w tych dziedzinach, które mieszczą się w zakresie zadań własnych jednostek samorządu terytorialnego.

Nie przesądzając na razie kwestii tego, czy podana wyżej definicja usług użyteczności publicznej jest rzeczywiście poprawna i przydatna na użytek ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, należałoby zauważyć, że omawiane tutaj pojęcie jest bardzo częstym przedmiotem analiz dokonywanych przez przedstawicieli nauk ekonomicznych oraz prawnych, które to analizy prowadzą do budowania rozmaitych autorskich definicji tegoż pojęcia. Zgodnie z jednym z dość rozpowszechnionych poglądów usługi użyteczności publicznej są zawsze świadczone w sferze infrastruktury technicznej gospodarki i z technicznego punktu widzenia charakteryzują się: 1) jednoczesnością produkcji, dostawy i konsumpcji świadczeń, 2) brakiem możliwości magazynowania przeważającej części świadczeń, 3) znacznym zróżnicowaniem zapotrzebowania na te usługi w poszczególnych okresach roku i porach dnia, 4) koniecznością ciągłego dostarczania świadczeń, 5) wysoką kapitałochłonnością, 6) niepodzielnością techniczną urządzeń, za pomocą których są one świadczone, 7) stosunkowo wolnym tempem rozwoju postępu technicznego, a także 8) monopolem naturalnym³⁵. Niektórzy akcentują równocześnie określone cechy społeczno-ekonomiczne usług użyteczności publicznej, zaliczając do nich: 1) realizację potrzeb o charakterze zbiorowym, 2) oparcie ich świadczenia na majątku publicznym, 3) brak ekwiwalentności świadczeń, 4) brak nastawienia (zorientowania) tej działalności na osiąganie zysku oraz 5) wymóg finansowego zasilania tej działalności ze środków publicznych³⁶. Inny z kolei pogląd głosi, że najbardziej charakterystycznymi cechami usług użyteczności publicznej są: 1) zaspokajanie przez te usługi potrzeb ludności (społeczeństwa) mających charakter elementarny i podstawowy, które to potrzeby muszą być zawsze i w każdych warunkach bezwzględnie zaspokojone oraz 2) fakt świadczenia tychże usług – co do zasady – w warunkach monopolu naturalnego³⁷.

³⁵ S. Piątek, *Przedsiębiorstwa użyteczności publicznej (Problemy prawne)*, Państwo i Prawo 1981, z. 8, s. 92.

³⁶ C. Kosikowski, *Działalność gospodarcza gmin*, Białystok 1992, s. 14–15.

³⁷ A. Wasilewski, *Przedsiębiorstwo użyteczności publicznej w świetle prawa polskiego*, Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego 1982, nr 1–2, s. 12; S. Dudzik, *Działalność gospodarcza samorządu terytorialnego. Problematyka prawna*, Kraków 1998, s. 277 i n.

Biorąc pod uwagę definicję terminu „usługi użyteczności publicznej” zbudowaną w oparciu o ustawową definicję pojęcia zadań użyteczności publicznej oraz przytoczone wyżej doktrynalne definicje pojęcia usług użyteczności publicznej, nasuwa się nieodparcie wniosek, że wszystkie te definicje mają niezwykle ogólny charakter i jedynie w sposób bardzo przybliżony opisują to, czym są usługi użyteczności publicznej oraz jakimi cechami się charakteryzują. Sformułowanie w tym względzie jakiejś jednoznacznej i w pełni precyzyjnej definicji nie byłoby chyba możliwe, chociażby z uwagi na to, że ów zestaw cech znamionujących działalność o charakterze użyteczności publicznej z całą pewnością nie jest stały i niezmienny, ulegając pewnym nieuchronnym zmianom w toku zachodzącego postępu techniczno-społecznego. W związku z powyższym również na potrzeby omawianej tutaj ustawy możliwe jest wyłącznie podanie kilku bardzo ogólnych determinant tej działalności, ze świadomością wszakże, iż tego rodzaju określenie w żadnym wypadku nie będzie pełne i wyczerpujące.

Można, jak się wydaje, przyjąć, że na potrzeby omawianego art. 4 pkt 1 u.o.k. i k. usługami użyteczności publicznej są tego rodzaju świadczenia, które zaspokajają podstawowe i elementarne potrzeby członków społeczeństwa, bez których nie jest możliwe codzienne normalne bytowanie oraz wykonywanie przez ludzi swojej pracy zawodowej. Równocześnie usługi te zaspokajają też elementarne potrzeby przedsiębiorców (i całej gospodarki), co należy rozumieć w ten sposób, że brak dostępności do tychże usług spowodowałby zakłócenia w normalnym funkcjonowaniu większości działów gospodarki. Usługi użyteczności publicznej są przy tym świadczone w sposób bieżący i nieprzerwany (permanentny), tak, aby wszelkie związane z nimi potrzeby gospodarki oraz członków społeczeństwa mogły być na bieżąco i w sposób ciągły zaspokajane. Usługi te są zazwyczaj powszechnie dostępne dla każdego, kto chce z nich skorzystać, przy czym ta ich powszechna dostępność jest albo pochodną faktu, że dana usługa ma ze swojej natury charakter niewykluczalny (co oznacza, że w sensie praktycznym nie jest możliwe wykluczenie poszczególnych podmiotów z kręgu beneficjentów danej usługi)³⁸, albo też wynika to ze stosownych przepisów prawa, przyznających poszczególnym podmiotom zainteresowanym prawnie skutecznie roszczenie o uzyskanie dostępu do danej usługi.

³⁸ Powyższe jest charakterystyczne dla tzw. dóbr publicznych – zob. J.E. Stiglitz, *Economics*, New York–London 1993, s. 180–182.