



Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów

**SPRZEDAŻ WIĄZANA I PAKIETOWA
JAKO POTENCJALNE NARUSZENIE
EUROPEJSKIEGO PRAWA KONKURENCJI
— EKONOMICZNA I PRAWNA
ANALIZA PROBLEMU**

Iwo Małobęcki

Warszawa 2013

Sprzedaż wiązana i pakietowa jako potencjalne naruszenie europejskiego prawa konkurencji – ekonomiczna i prawna analiza problemu

Iwo Małobęcki



Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów

Warszawa 2013

Wszelkie opinie wyrażone w niniejszym opracowaniu są osobistymi opiniami autora i nie mogą być utożsamiane ze stanowiskiem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Copyright 2013 Iwo Małobęcki. Wszelkie prawa zastrzeżone.

Recenzja:

Doc. dr Cezary Banasiński

ISBN 978-83-60632-84-0

Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów
plac Powstańców Warszawy 1
00-950 Warszawa
www.uokik.gov.pl

Skład, druk i oprawa:

Partner Poligrafia

Białystok, ul. Zwycięstwa 10

tel/fax 85 653-78-04

SPIS TREŚCI

Wstęp	5
Cel i metodologia pracy.....	5
1. Wprowadzenie	7
1.1. Analiza kluczowych pojęć.....	7
1.1.1. Sprzedaż wiązana (<i>tying</i>)	8
1.1.2. Sprzedaż pakietowa (<i>bundling</i>)	8
1.2. Charakter transakcji wiązanych.....	10
1.3. Geneza regulacji sprzedaży wiązanej i pakietowej.....	12
2. Ekonomiczna analiza sprzedaży wiązanej i pakietowej	15
2.1. Sprzedaż wiązana i pakietowa w teorii ekonomii.....	16
2.1.1. Szkoła harwardzka, strukturalizm i teoria dźwigni (<i>leverage theory</i>)	17
2.1.2. Szkoła chicagowska i teoremat pojedynczego zysku monopolu	18
2.1.3. Szkoła po-chicagowska.....	22
2.2. Kontekst mikroekonomiczny – pojęcie siły rynkowej (<i>market power</i>)	24
2.3. Przyczyny stosowania sprzedaży pakietowej i wiązanej.....	29
2.3.1. Efektywnościowe przesłanki wykorzystania transakcji wiązanych	30
2.3.1.1. Redukcja kosztów (<i>cost savings</i>)	30
2.3.1.2. Zapewnienie jakości oferowanych towarów (<i>quality assurance</i>).....	31
2.3.1.3. Redukcja nieefektywności cenowych a dyskryminacja cenowa	33
2.3.2. Strategiczne przesłanki wykorzystania sprzedaży pakietowej i wiązanej.....	36
2.3.2.1. Wykluczenie konkurencji (<i>foreclosure</i>)	36
2.3.2.2. „Podcinanie cen” konkurencji (<i>undercutting rivals’ price</i>)	38
2.3.2.3. Rozwój i badania (<i>research & development</i>).....	40
2.3.2.4. Ukrywanie cen oferowanych produktów (<i>price obfuscation</i>)	41
2.4. Podsumowanie części ekonomicznej.....	42
3. Prawna analiza sprzedaży wiązanej i pakietowej.....	44
3.1. Prawo a polityka konkurencji Unii Europejskiej	44
3.2. Porozumienia wiązane (<i>tying agreements</i>) i art. 101 TFUE	48
3.2.1. Regulacja prawna	48
3.2.2. Przykłady z orzecznictwa	53
3.2.2.1. Decyzja Komisji w sprawie <i>Vaessen/Morris</i>	53
3.2.2.2. Orzeczenie Trybunału w sprawie <i>Windsurfing</i>	54
3.2.2.3. Orzeczenie Trybunału w sprawie <i>Delimitis</i>	56

3.3. Sprzedaż wiązana i pakietowa a nadużycie pozycji dominującej.....	58
3.3.1. Regulacja prawna i praktyka stosowania art. 102 lit. d) TFUE.....	58
3.3.1.1. Pozycja dominująca przedsiębiorstwa	61
3.3.1.2. Odrębność połączonych dóbr	63
3.3.1.3. Zmuszenie do nabycia pakietu lub wiązania.....	64
3.3.1.4. Wykluczenie konkurencji na rynku.....	64
3.3.1.5. Brak obiektywnego uzasadnienia dla stosowania transakcji wiązanych ..	66
3.3.2 Przykłady z orzecznictwa	67
3.3.2.1. Orzeczenie w sprawie <i>Hilti</i>	67
3.3.2.2. Orzeczenie w sprawie <i>Tetra Pak II</i>	69
3.3.2.3. Orzeczenie w sprawie <i>Microsoft</i>	70
3.4. Podsumowanie części prawnej — ewolucja w podejściu do transakcji wiązanych...	73
ZAKOŃCZENIE	76
BIBLIOGRAFIA	82

Świat jest niedoskonały, a więc i konkurencja nie zapewni pełnej ochrony. Jednakże konkurencja stanowi najlepszą lub, co na jedno wychodzi, najmniej złą ochronę największej liczby ludzi, jaką dotąd wynaleziono.¹

Milton Friedman

WSTĘP

Cel i metodologia pracy

Głównym celem niniejszej pracy jest przeprowadzenie spójnej i kompleksowej analizy dwóch rozpowszechnionych praktyk przedsiębiorców - sprzedaży wiązanej i sprzedaży pakietowej. W celu realizacji tego zamierzenia przedmiotowe praktyki będą rozpatrywane zarówno poprzez pryzmat aktualnego stanu prawnego, stanowiska judykatury oraz doktryny prawnej, jak również za pomocą instrumentów dostarczanych przez nauki ekonomiczne. Podejście takie pozwoli na określenie rzeczywistej roli analizy ekonomicznej w ocenie grupowych i indywidualnych praktyk przedsiębiorstw opartych na stosowaniu transakcji wiązanych. W dalszej części niniejsza praca zawiera próbę weryfikacji, czy aktualna polityka konkurencji Unii Europejskiej w efektywny sposób realizuje swoje naczelne cele. Wszechstronna analiza transakcji wiązanych umożliwi sprawdzenie, czy możliwe jest sformułowanie generalnych konkluzji, w tym postulatów *de lege lata* i *de lege ferenda* odnoszących się również do innych działań przedsiębiorców regulowanych przez prawo konkurencji.

Założenia niniejszej pracy sprawiły, że jej struktura została podzielona na trzy rozdziały. W pierwszej części zaprezentowana jest nomenklatura oraz definicje podstawowych pojęć koniecznych do prawidłowego przeprowadzenia analizy. Drugi rozdział poświęcony jest ekonomicznej części przedmiotowej analizy. Szczególny nacisk położono w nim na przedstawienie wiodących teorii kształtujących ekonomiczną analizę transakcji wiązanych, jak również strategicznych oraz efektywnościowych przyczyn wykorzystywania tych praktyk przez przedsiębiorstwa. Zawarta w trzecim rozdziale prawna analiza sprzedaży wiązanej i pakietowej skoncentruje się na regulacji grupowych i indywidualnych

¹ M. Friedman, R. Friedman, *Free to Choose*, New York 1980, s. 246.

praktyk ograniczających konkurencję. Analizę tę poprzedzi omówienie głównych celów europejskiej polityki konkurencji. Następnie zostanie przedstawiona interpretacja przepisów i orzecznictwa, które dotyczą transakcji wiązanych. W końcowej części rozdziału autor zaprezentuje dotychczasową ewolucję podejścia polityki konkurencji do przedmiotowych praktyk wraz z uwzględnieniem najnowszych trendów w tej dziedzinie.

1. WPROWADZENIE

Prawo konkurencji posługuje się pojęciami sprzedaży wiązanej oraz sprzedaży pakietowej dla opisu występujących powszechnie w obrocie gospodarczym transakcji wiązanych. Jeden ze zwolenników tzw. szkoły chicagowskiej w ekonomii Robert H. Bork stwierdził, że „każdy sprzedawca korzysta z transakcji wiązanych. Dzieje się tak, ponieważ każdy produkt może zostać podzielony na mniejsze części składowe (komponenty), które mogłyby być przedmiotem odrębnej sprzedaży, ale na pewnym etapie każdy ze sprzedawców odmawia dokonania dalszego podziału sprzedawanego produktu”².

W pracach naukowych transakcje wiązane prezentowane są przez doktrynę prawną³ oraz ekonomistów⁴ łącznie (ang. *tying and bundling*), m.in. ze względu na podobne skutki, jakie wywierają na konkurencję⁵. Pomimo dużych podobieństw zamienne stosowanie tych pojęć należy uznać za nieprawidłowe, gdyż przybierają one we współczesnym obrocie różną postać. Obecnie w skład szeroko rozumianych terminów sprzedaży wiązanej i sprzedaży pakietowej zaliczyć można szereg różnego rodzaju form wiązania produktów.

1.1. Analiza kluczowych pojęć

W terminologii prawniczej i ekonomicznej występuje różne nazewnictwo form transakcji wiązanych⁶. Ze względu na złożony charakter transakcji będących przedmiotem tej pracy przyjęto, że sprzedaż wiązana oraz pakietowa to dwie formy praktyki mającej na celu łączną sprzedaż dwóch lub więcej towarów⁷.

² “Every person who sells anything imposes a tying arrangement. This is true because every product or service could be broken down into smaller components capable of being sold separately...” – [cyt. za:] R. H. Bork, *The Antitrust Paradox: A Policy with War at Itself*, New York 1978, s. 378-379.

³ R. Whish, *Competition Law*, Oxford 2009, s. 679.

⁴ N. Economides, *Tying, Bundling, and Loyalty/Requirement Rebates*, “New York University Law & Economics Research Paper Series”, Working Paper No. 11-2, January 2011, s. 4.

⁵ P. Kellezi, *Rhetoric of reform: Does the Law of Tying and Bundling Reflect the Economic Theory?*, [w:] A. Ezrachi, *Article 82 EC: Reflections on Its Recent Evolution*, Oxford 2009, s. 150-156.

⁶ Słowo *tying* często stosowane jest zamiennie z wyrażeniem *tie-in sales* i w praktyce Komisji Europejskiej określa wszystkie rodzaje transakcji wiązanych. Termin *mixed bundling* jest natomiast stosowany zamiennie z wyrażeniem *commercial tying*.

⁷ Za: R. O'Donoghue, A.J. Padilla, *The law and economics of article 82*, Oxford 2006, s. 477 i nast.

1.1.1. Sprzedaż wiązana (*tying*)

Sprzedaż wiązana występuje, gdy zbycie jednego towaru (**towar wiążący**) uzależnione jest od nabycia innego produktu (**towar związany**), który funkcjonuje ponadto w obrocie jako odrębny towar. Dochodzi więc do sytuacji, w której nabywca zainteresowany produktem A jest zmuszony kupić również produkt B, przy czym produkt B sprzedawany jest również samodzielnie, bez produktu A⁸.

W systemie sprzedaży związanej występują więc dwie kategorie towarów: związane, które sprzedawane są także odrębnie, oraz wiążące, oferowane tylko z produktami związanymi. Zbywcą towaru związanego może być zarówno ten sam podmiot, który dokonał sprzedaży towaru wiążącego, jak również podmiot przez niego wyznaczony⁹.

Ilustracją przedstawiającą charakter sprzedaży związanej może być przykład Spółki A - producenta drukarek, który uzależnia ich sprzedaż od kupna wyprodukowanych przez siebie tonerów. W tej sytuacji potencjalny klient może zakupić toner bez jednoczesnego kupowania drukarki, jednakże pozbawiony jest możliwości nabycia drukarki bez konieczności nabywania tonerów. Ten z pozoru powszechny w obrocie rynkowym i nie budzący większych wątpliwości prawnych proceder może mieć poważne konsekwencje dla prawa konkurencji, gdy przedsiębiorstwo zajmuje dominującą pozycję na rynku produktu wiążącego. W tej sytuacji Spółka A będzie w stanie przenieść (ang. *leveraging*) za pomocą sprzedaży związanej swoją siłę rynkową z rynku produkcji drukarek na rynek produkcji tonerów, doprowadzając do ograniczenia konkurencji na tym ostatnim.

1.1.2. Sprzedaż pakietowa (*bundling*)

Pojęcie sprzedaży pakietowej odnosi się przede wszystkim do sposobu oferowania i ustalania cen produktów przez konkretne przedsiębiorstwo. Sprzedaż pakietowa zachodzi w sytuacji, gdy dwa lub więcej towarów oferowanych jest łącznie jako pakiet. Doktryna najczęściej dzieli ją na **klasyczną sprzedaż pakietową** (ang. *pure bundling*) oraz **mieszaną sprzedaż pakietową** (ang. *mixed bundling*).

Klasyczna sprzedaż pakietowa występuje w sytuacji, gdy żaden z towarów będących częścią pakietu nie jest dostępny na rynku samodzielnie. W klasycznej sprzedaży pakietowej, jeżeli potencjalny nabywca chce kupić towar A, musi

⁸ B. Nalebuff (1), *Bundling, Tying and Portfolio Effects*, "DTI Economics Paper" No. 1, Part 1, Yale University, February 2003, s. 15- 16.

⁹ Komisja Europejska, *DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, Bruksela 2005, par. 177-181.

jednocześnie nabyć towar B, gdyż zarówno towar A, jak i B oferowane są tylko łącznie¹⁰.

W codziennym obrocie ekonomicznym istnieje szereg przykładów klasycznej sprzedaży wiązanej. Najbardziej powszechnym jest kupno samochodu, który stanowi pakiet składający się z takich elementów, jak np. koła, kierownica, silnik, hamulce itp. Wydziały prawa poszczególnych uniwersytetów oferują w ramach studiów prawniczych pakiet zajęć, natomiast linie lotnicze w ramach biletów oferują podróżnym posiłek. Należy w tym miejscu podkreślić fakt, że w przypadkach, w których zachodzi klasyczna sprzedaż pakietowa, nabywcy dóbr nie mogą najczęściej nabyć poszczególnych elementów wchodzących w skład pakietu oddzielnie (np. samochodu bez kierownicy, przelotu bez posiłku itp.). Z prawnego i ekonomicznego punktu widzenia klasyczna sprzedaż pakietowa ma więc charakter jednostkowej czynności prawnej lub transakcji, w której dobra stanowiące pakiet są najczęściej oferowane w ustalonych proporcjach (np. cztery koła, jedna kierownica i jeden silnik składające się na samochód)¹¹.

Mieszana sprzedaż pakietowa występuje w sytuacji, gdy produkty A i B są sprzedawane zarówno łącznie, jak i oddzielnie, przy czym nabycie pakietu jest dla potencjalnego nabywcy korzystniejsze aniżeli nabycie produktów A lub B osobno¹². W mieszanej sprzedaży pakietowej, określanej także mianem **rabatu wieloproduktowego**, towary udostępniane są również odrębnie, lecz wówczas ich łączna cena jest wyższa niż cena pakietu¹³.

Przykładem pokazującym charakter mieszanej sprzedaży pakietowej jest sprzedaż pakietu Microsoft Office zawierającego takie programy, jak Word i Excel. Choć występują one na rynku także niezależnie od siebie, to ze względu na cenę bardziej opłaca się potencjalnemu nabywcy kupić je w pakiecie Office¹⁴. Jako inne ilustracje mieszanej sprzedaży pakietowej podaje się również sprzedaż karnetów na cały sezon rozgrywek sportowych lub zestawy w McDonald's¹⁵. W obu przypadkach elementy wchodzące w skład pakietu (bilet na mecz, hamburger)

¹⁰ P. Papandropoulos, *Article 82: Tying and bundling*, "Competition Law Insight", 6 June 2006, s. 3.

¹¹ D. Miąsik, *Sprzedaż wiązana systemu operacyjnego Windows z oprogramowaniem użytkowym Windows Media Player*, [w:] D. Miąsik, T. Skoczny, M. Surdek (red.), *Sprawa Microsoftu - studium przypadku. Prawo konkurencji na rynkach nowych technologii*, Warszawa 2008, s. 90-91.

¹² S. Bishop, M. Walker, *The Economics of EC Competition Law. Concepts, Application and Measurement*, Sweet & Maxwell 2009, s. 276-277.

¹³ Komisja Europejska, *Wytyczne w sprawie priorytetów, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. 82 Traktatu WE w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wyłączającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące*, Dz.Urz. UE z 2009 r., C 45/02., par. 48-49.

¹⁴ B. Nalebuff (1), *Bundling, Tying...*, op. cit., s. 13.

¹⁵ D. Miąsik, *Sprzedaż wiązana...*, op. cit. s. 90-91.

oferowane są również osobno, jednakże ich kupno w pakiecie jest dla nabywcy cenowo korzystniejsze.

W ramach definicji mieszanej sprzedaży pakietowej wyróżnia się jej dwa rodzaje - **pakiety cenowe** (ang. *price bundling*) oraz **pakiety produktowe** (ang. *product bundling*). Za pakiety cenowe uznaje się takie połączenie produktów, których kupno w pakiecie będzie dla potencjalnego nabywcy o wiele korzystniejsze finansowo, aniżeli kupno droższych części pakietu oddzielnie. Drugi z wymienionych rodzajów charakteryzuje się tym, że towary w pakiecie są zintegrowane ze sobą w jeden produkt w taki sposób, że tylko nabycie pakietu umożliwi kupującemu odniesienie korzyści¹⁶.

Reasumując, jednym z najważniejszych aspektów mieszanej sprzedaży pakietowej jest okoliczność polegająca na tym, że kupno poszczególnych elementów wchodzących w skład pakietu jest mniej korzystne dla potencjalnego konsumenta niż nabycie ich w pakiecie. W przypadku gdy pakiet nie oferuje takich korzyści, jego sprzedaż jest pozbawiona charakteru sprzedaży pakietowej w ujęciu prawno-ekonomicznym¹⁷.

1.2. Charakter transakcji wiązanych

Poszczególne rodzaje umów wiązanych można sklasyfikować według wielu kryteriów, które wskazują ich rzeczywistą naturę. Jedną z najczęściej przytaczanych metod klasyfikacji jest ich podział na wiązania: umowne, ekonomiczne oraz technologiczne. Niniejszy podział skupia się na **formie**, jaką przybiera konkretne wiązanie¹⁸.

Zgodnie z tą klasyfikacją za **wiązanie umowne** należy uznać taką transakcję, w której sprzedaż jednego towaru jest uzależniona od zawarcia umowy sprzedaży drugiego towaru. Może ono przyjąć również formę sprzedaży pakietowej w sytuacji, gdy sprzedawca oferuje dwa lub więcej produktów razem, w pakiecie. W przypadku **wiązania ekonomicznego** łączna cena produktów A i B jest na tyle korzystna w porównaniu z ich indywidualnymi cenami, że potencjalny nabywca nie ma wystarczającej motywacji do kupna produktu A lub B osobno. W takim przypadku może on również kupić produkt, którego w innym razie w ogóle by nie nabył. Ostatni rodzaj - wiązanie **technologiczne** - występuje wówczas, gdy

¹⁶ B. H. Kobayashi, *Does Economics provide a reliable guide to regulating commodity bundling by firms? A survey of the economic literature*, "Journal of Competition Law & Economics", Vol. 1, No. 4, December 2005, s. 712.

¹⁷ B. Nalebuff (1), *Bundling, Tying...*, op. cit., s. 14.

¹⁸ D. Miąsik, *Sprzedaż wiązana...*, op. cit., s. 90-91.

odrębne towary zostają ze sobą zintegrowane w taki sposób, że ich ewentualne rozdzielanie staje się niemożliwe lub też niepraktyczne, ze względu na charakter i użyteczność produktu, jaki wspólnie tworzą. Wiązanie technologiczne przyjmuje więc najczęściej formę klasycznej sprzedaży pakietowej¹⁹.

Kolejna klasyfikacja różnicuje umowy wiązane ze względu na ich wymiar czasowy. Na podstawie tego podziału wyróżnia się **wiązanie czasowe** (ang. *temporal tying*) oraz **wiązanie równoczesne** (ang. *contemporaneous tying*)²⁰.

Wiązanie równoczesne dotyczy łączenia towarów A i B w konkretnym momencie i uniemożliwia konsumentom nabywanie tych towarów oddzielnie. Konsument, którzy chcą kupić produkt A, zmuszeni są w tym przypadku do jednoczesnego nabycia produktu B już na etapie pierwszej sprzedaży. Przykładem takiego wiązania jest zakup silnika, z którym nabywamy jednocześnie świecę zapłonową - towar zintegrowany z silnikiem już na etapie oferty sprzedaży²¹.

W przeciwieństwie do powyższego, **wiązanie czasowe** dotyczy łączenia, które występuje pomiędzy konkretnymi towarami przez określony przedział czasu. Odnosi się ono przede wszystkim do rynków wtórnych (ang. *aftermarkets*) i polega na tym, że nabycie głównego produktu, zmusza konsumentów do kupna kompatybilnych z nim materiałów eksploatacyjnych (ang. *consumables*), które z racji swojego zużycia muszą być ciągle uzupełniane²². Dobrym przykładem może być sytuacja, w której producent pistoletów do wstrzeliwania kołków, uzależnia ich sprzedaż od zaopatrywania się w przyszłości w kołki i magazynki wyprodukowane przez siebie²³. Trzecią i ostatnią poruszoną w tej pracy metodą klasyfikacji jest podział transakcji wiązanych w oparciu o ich przedmiot. Na podstawie tego kryterium możemy wyróżnić:

- a) **wiązanie dwóch produktów** - np. pistolety do wstrzeliwania kołków i naboje²⁴, urządzenia do aseptycznego pakowania produktów spożywczych i materiał do opakowań²⁵, system operacyjny i program użytkowy²⁶;
- b) **wiązanie dwóch usług** - usługa rezerwacji lotów z usługą odpraw przez służby naziemne²⁷, telewizyjne usługi reklamowe z usługami

¹⁹ D. E. Gaynor, *Technological Tying*, "Working Paper" No. 284, Bureau of Economics Federal Trade Commission, 2006, s.1-2.

²⁰ Ch. Ahlborn, D. Bailey, H. Crossley, *An Antitrust Analysis of tying: Position Paper*, [w:] D. Geradin (red.), *Global Competition Law Centre Research Papers on Article 82 EC*, Brugha 2005. s. 168.

²¹ Ibidem, s. 168-169.

²² Ibidem, s. 168-169.

²³ Por. Decyzja KE w sprawie *Eurofix-Bauco p. Hilti*, Dz.Urz. WE z 1988 r. L 65/9.

²⁴ Wyrok SPI w sprawie T-30/89 *Hilti AG p. Komisji*, Zb. Orz. 1991, s. II-1439.

²⁵ Wyrok ETS w sprawie C-333/94 *Tetra Pak Int SA p. Komisji*, Zb. Orz. 1996, s. I-595.

²⁶ Wyrok SPI w sprawie T-201-04 *Microsoft p. Komisji*, Dz.Urz. UE 2007 C 269/45.

²⁷ Decyzja KE w sprawie *London European v. Sabena*, Zb. Orz. 1988, L 317.

telemarketingowymi²⁸, usługą o świadczenie usług telekomunikacyjnych z usługą serwisu technicznego²⁹;

- c) **wiązanie usługi i produktu** - cukier z usługą transportu³⁰, oleje samochodowe z usługą serwisu samochodowego³¹.

Tabela 1. Dostępność produktów przy różnych wariantach transakcji wiązanych

	Produkt A	Produkt B	Produkt A + Produkt B
Sprzedaż wiązana	X	V	V
Klasyczna sprzedaż pakietowa	X	X	V
Mieszana sprzedaż pakietowa	V	V	V

x- produkt niedostępny

v- produkt dostępny

Powyższa charakterystyka transakcji wiązanych jest próbą ukazania ich kompleksowej specyfiki, która ma istotny wpływ na sposób ekonomicznej i prawnej analizy sprzedaży wiązanej i pakietowej.

1.3. Geneza regulacji sprzedaży wiązanej i pakietowej

Regulacja sprzedaży wiązanej i pakietowej ma swój początek w ustawodawstwie antymonopolowym Stanów Zjednoczonych. Zarówno Ustawa Shermana z 1890 r.³², jak i uzupełniająca ją Ustawa Clayтона z 1914 r.³³ zabraniały stosowania określonych rodzajów transakcji wiązanych, uznając je za naruszenie konkurencji. Pierwszą definicję legalną sprzedaży wiązanej, która nie odbiega od współczesnej, Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych przyjął w 1958 r.³⁴, w sprawie *Northern Pacific Railway p. Stanom Zjednoczonym*³⁵. Dorobek doktryny oraz regulacje ustawowe wskazują, że amerykańskie prawo antymonopolowe traktuje sprzedaż wiązaną i pakietową przede wszystkim jako grupowe praktyki przedsiębiorców³⁶. W porównaniu do prawa amerykańskiego europejskie prawo konkurencji

²⁸ Wyrok ETS w sprawie 311/84 *CBEM p. CLT i IPP (Telemarketing)*, Zb. Orz. 1985, s. 3261.

²⁹ Wyrok ETS w sprawie 247/86 *Société alsacienne et lorraine de télécommunications et d'électronique (Alsatel) v. SA Novasam*, ECR 1988 s.5987.

³⁰ Decyzja KE w sprawie *Napier Brown - British Sugar*, Zb.Orz. 1988 L 284/41.

³¹ Uгода w sprawie *Olio fiat* [w:] Komisja Europejska, *27th Report on Competition Policy*, s. 77.

³² Sherman Antitrust Act, 15 U.S.C. par. 1-7.

³³ Clayton Antitrust Act, 15 U.S.C. par. 12-27, 29 U.S.C. §§ 52-53.

³⁴ Ch. Ahlborn, D. Evans, A. J. Padilla, *The Antitrust Economics of Tying: A Farewell to Per Se Illegality*, "The Antitrust Bulletin", Spring/Summer 2004, s. 290-291.

³⁵ Wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych w sprawie *Northern Pacific Railway Co. et al. v. United States*, 356 U.S. 1, 5-6 (1958).

³⁶ Ch. Ahlborn, D. Evans, A. J. Padilla, op. cit., s. 305.

przyjęło inne podejście, łącząc kwestię transakcji wiązanych przede wszystkim z jednostronnym zachowaniem przedsiębiorców, polegającym na nadużyciu pozycji dominującej³⁷.

Podstawy prawne europejskiej polityki konkurencji mają swoje źródło w tzw. prawie pierwotnym, będącym zasadniczym prawem Unii Europejskiej³⁸, które dominuje nad innymi źródłami prawa. Po raz pierwszy zostało ono unormowane w Traktacie ustanawiającym Europejską Wspólnotę Węgla i Stali z 1951 r.³⁹ (dalej: TEWWiS), który w art. 65 zawierał przepisy zakazujące porozumień kartelowych, a w art. 66 - ogólną regulację dotyczącą nadużywania posiadanej siły ekonomicznej. Postępująca integracja gospodarcza państw założycielskich sprawiła, że postanowiły one nadać swojej współpracy nowe ramy prawne, uchwalając w 1957 r. Traktat ustanawiający Europejską Wspólnotę Gospodarczą⁴⁰ (dalej: TEWG). Nowy traktat nie tylko podkreślił kluczowe znaczenia prawa konkurencji w integracji państw członkowskich, ale również stworzył system, którego celem była ochrona konkurencji wewnątrz Wspólnoty⁴¹. Warto podkreślić fakt, że powyższy traktat był również początkiem regulacji sprzedaży wiązanej i pakietowej w europejskim prawie konkurencji, czego dowodem było umieszczenie ich w katalogu grupowych (art. 85 ust. 1 lit. e TEWG) oraz indywidualnych praktyk ograniczających konkurencję (art. 86 lit. d TEWG).

Zagadnienia związane ze sprzedażą wiązaną i pakietową towarów zaczęły odgrywać większą rolę w europejskim prawie konkurencji dopiero od połowy lat 70. ubiegłego stulecia. We wczesnych próbach stosowania przepisów odnoszących się do transakcji wiązanych zarówno Komisja Europejska, jak i Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej przyjęły formalistyczne podejście. Polegało ono na generalnym uznaniu sprzedaży wiązanej oraz pakietowej za praktyki szkodzące konkurencji, bez stosownego wyjaśnienia ekonomicznej oceny skutków, jakie rzeczywiście ze sobą niosły. Wyrazem tego podejścia jest również umieszczenie sprzedaży wiązanej oraz pakietowej w katalogach grupowych i indywidualnych praktyk antykonkurencyjnych, które znajdują się odpowiednio w art. 101 i 102 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej: TFUE)⁴².

³⁷ R.Whish, op. cit., s. 681.

³⁸ Np. traktaty założycielskie Unii Europejskiej, protokoły załączane do traktatów, traktaty zmieniające, traktaty uzupełniające, traktaty akcesyjne.

³⁹ Traktat ustanawiający Europejską Wspólnotę Węgla i Stali z 18 kwietnia 1951 r.

⁴⁰ Traktat ustanawiający Europejską Wspólnotę Gospodarczą z 25 marca 1957 r.

⁴¹ Z. Jurczyk, *Kartele w polityce konkurencji Unii Europejskiej*, Warszawa 2012, s. 199.

⁴² Art. 101 ust. 1 lit. e), art. 102 lit. d) Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej, Dz.Urz. z 2009 r. Nr 203, poz. 1569.

W późniejszym okresie organy europejskie odstępowały od formalistycznego podejścia na rzecz coraz szerszego badania ekonomicznych konsekwencji transakcji wiązanych. Niezależnie od organów ustawodawczych, sądy wspólnotowe w celu dokładniejszej analizy sprzedaży wiązanej i pakietowej przyjęły w kolejnych wyrokach szereg testów, według których decydowały, czy i w jaki sposób określone zachowania przedsiębiorców naruszają europejskie prawo konkurencji. Dokładniejsza analiza wspomnianych kwestii - zarówno pod względem ekonomicznym, jak i prawnym - będzie tematem kolejnych rozdziałów niniejszej pracy⁴³.

⁴³ Patrz: Rozdział 2 i Rozdział 3.

2. EKONOMICZNA ANALIZA SPRZEDAŻY WIĄZANEJ I PAKIETOWEJ

Tradycyjnie przyjmuje się, że kolebką ekonomicznej analizy prawa są Stany Zjednoczone. Należy jednak podkreślić, że związki pomiędzy prawem i ekonomią analizowane były już wcześniej w pracach Davida Huma, Adama Fergusona lub Adama Smitha, którzy zwracali uwagę na istotne znaczenie prawa dla funkcjonowania mechanizmów rynkowych⁴⁴. Kluczowy wpływ na kształt współczesnej ekonomicznej analizy prawa miał kierunek tzw. „realizmu amerykańskiego”, który po raz pierwszy dokonał rozróżnienia pomiędzy tzw. *law in books* i *law in action*, otwierając systemy prawa na inne gałęzie nauki (np. psychologię, socjologię itp.)⁴⁵. Literatura dostarcza wielu definicji „ekonomicznej analizy prawa”, jednakże na szczególną uwagę zasługuje ta zaproponowana przez Roberta Cootera i Thomasa Ulena, którzy określają ją mianem „interdyscyplinarnego przedmiotu obejmującego dwie rozległe dziedziny nauki, który ułatwia ich zrozumienie”⁴⁶. Autorzy podkreślają, że ekonomia, w przeciwieństwie do wielu innych nauk, dostarcza osobom tworzącym i stosującym prawo „teorii behawioralnej służącej przewidywaniu reakcji ludzi na prawo”⁴⁷. Innymi słowy, ekonomia, opierając się na znajomości reakcji ludzi na bodźce, pozwala przewidzieć, jaki wpływ na ich zachowania będą miały ustanowione przez państwo sankcje. Analiza ekonomiczna umożliwia ponadto stworzenie normatywnych wzorców do oceny obowiązującego prawa⁴⁸. Celem tworzenia i stanowienia prawa nie jest bowiem wyłącznie regulacja czysto technicznych aspektów, lecz realizacja ważnych społecznie celów. Wykorzystywanie instrumentów oferowanych przez nauki ekonomiczne umożliwia osiągnięcie tych celów w efektywny sposób, tj. bez marnotrawstwa wartości ekonomicznej, optymalizując koszty i przyczyniając się do wzrostu dobrobytu społecznego⁴⁹.

Wykorzystywanie narzędzi ekonomicznych w praktyce stosowania prawa konkurencji jest obecnie tendencją tak powszechną, że trudno byłoby sobie wyobrazić analizę jakichkolwiek zagadnień z tej dziedziny prawa w oderwaniu

⁴⁴ R. Stroiński, *Wprowadzenie do analizy ekonomicznej prawa (Law & Economics)*, [w:] M. Bednarski, J. Wilkin, *Ekonomia dla Prawników*, Warszawa 2008, s. 482-483.; R. Cooter, T. Ulen, *Ekonomiczna analiza prawa*, Warszawa 2011, s. XVII-XVIII.

⁴⁵ Ibidem, s. 483.

⁴⁶ R. Cooter, T. Ulen, op. cit., s. 4.

⁴⁷ Ibidem, s. 4-5.

⁴⁸ Ibidem, s. 5.

⁴⁹ R. Stroiński, op. cit., s. 484.

od realiów ekonomicznych. Tendencja ta określana jest mianem *more economic approach*⁵⁰ lub też *more economics based approach*⁵¹. Głównym założeniem podejścia ekonomicznego jest odstępianie od legalistycznego stosowania regulacji antymonopolowych (ang. *form-based approach*) opartych na ogólnych zasadach (tj. bezwzględne zakazy określonych praktyk przedsiębiorców), których konstrukcja nie wymaga dokonywania oceny rzeczywistego oddziaływania konkretnego zachowania przedsiębiorcy na rynek⁵². Wraz z odchodzeniem od formalistycznej koncepcji coraz większe znaczenie zyskuje indywidualna analiza poszczególnych zachowań przedsiębiorców, pogłębiona o ocenę ich następstw (ang. *effect-based approach*)⁵³. Dobrym przykładem obrazującym rolę ekonomicznego podejścia do prawa konkurencji jest podejście organów oraz sądów europejskich do regulacji sprzedaży wiązanej i pakietowej, w której pierwotny bezwzględny zakaz (ang. *per se approach*) zostaje stopniowo zastępowany przez znajdujący szersze oparcie w ekonomii *effect-based approach*.

2.1. Sprzedaż wiązana i pakietowa w teorii ekonomii

Literatura ekonomiczna dostarcza szerokiego wyboru teorii, które mają zastosowanie w przypadku badania transakcji wiązanych. W celu kompleksowej analizy roli sprzedaży wiązanej i pakietowej w europejskim prawie konkurencji konieczne jest przybliżenie głównych nurtów w teorii ekonomii, które mają wpływ na kształt i kierunek ewolucji podejścia doktryny, organów i sądów europejskich do tych zagadnień. Niektóre z nich stoją na stanowisku, że praktyki przedsiębiorców polegające na wiązaniu towarów mogą mieć korzystne dla konkurencji skutki wpływając, m.in. na wzrost efektywności rynku. Inne podkreślają, że sprzedaż wiązana i pakietowa prowadzi do klasycznego ograniczenia konkurencji (ang. *hardcore restriction*) i powinny być bezwzględnie zakazane. Mając powyższe na uwadze, najczęściej wyróżnia się trzy główne szkoły teorii ekonomii: **harwardzką**, **chicagowską** oraz **po-chicagowską**.

⁵⁰ K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa s. 70.

⁵¹ A. Jones, B. Sufrin, *EU Competition Law. Text, Cases and Materials*, Oxford 2011, s. 273.

⁵² P. Behrens, *Teoretyczne i praktyczne problemy stosowania instrumentów ekonomicznych w prawie kartelowym*, [w:] C. Banasiński, E. Stawicki (red.), *Konkurencja w gospodarce współczesnej*, Warszawa 2007, s. 58.

⁵³ Ch. Bongard, D. Möller, A. Raimann, N. Szadkowski, U. Dubejko, *Instrumenty ekonomiczne w prawie konkurencji*, Bonn-Warszawa 2007, s. 6-7.

2.1.1. Szkoła harwardzka, strukturalizm i teoria dźwigni (*leverage theory*)

Przedstawiciele harwardzkiej szkoły ekonomii oparli swoje podejście do polityki konkurencji na tzw. **koncepcji strukturalistycznej**. Została ona opracowana w latach trzydziestych ubiegłego stulecia przez Edwarda W. Masona⁵⁴, a następnie rozwinięta przez jego ucznia Joe'ego S. Baina⁵⁵. Strukturalizm zakładał istnienie kluczowego dla polityki konkurencji **paradygmatu S-C-P** (ang. *structure-conduct-performance*), zgodnie z którym struktura rynku (ang. *structure*) jest głównym czynnikiem określającym rodzaj działań przedsiębiorców (ang. *conduct*) mających zasadniczy wpływ na wydajność rynku (ang. *performance*)⁵⁶. Za przykład może posłużyć rynek o wysokim stopniu koncentracji, którego struktura zachęca operujące na nim podmioty do stosowania antykonkurencyjnych działań, prowadząc w konsekwencji do szeregu negatywnych dla wydajności rynku zjawisk, tj. ograniczania produkcji, narzucania nieuczciwych cen itp.

Przedstawione w tym modelu zależności zostały potwierdzone przeprowadzonymi przez Baina badaniami empirycznymi w przemyśle amerykańskim. Ich rezultaty pokazały, że regulacje antymonopolowe powinny wpływać bardziej na strukturę określonych rynków niż na zachowania przedsiębiorstw⁵⁷. Koncepcja zaproponowana przez przedstawicieli szkoły harwardzkiej opierała się na przekonaniu, że rynki działają w sposób zawodny, w związku z czym prawo antymonopolowe powinno być nakierowane na ochronę małych i średnich przedsiębiorstw przed dużymi, dominującymi na rynku podmiotami⁵⁸. Mason i Bain uważali, że jednym z głównych celów polityki konkurencji powinno być zatem zabezpieczenie swobody działania każdemu uczestnikowi obrotu gospodarczego. Realizacja tego zamierzenia miała zostać osiągnięta poprzez walkę z nadmierną koncentracją i likwidowaniem barier, które uniemożliwiają wejście nowych podmiotów na rynek. Jakikolwiek zachowanie przedsiębiorcy, które prowadzi do potencjalnego lub rzeczywistego ograniczenia tej swobody, powinno być więc traktowane jako działanie antykonkurencyjne⁵⁹.

⁵⁴ E. S. Mason, *Economic Concentration and the Monopoly Problem*, Harvard University Press, 1957.

⁵⁵ J. S. Bain, *Barriers to New Competition*, Harvard University Press, 1956.

⁵⁶ A. Jones, B. Sufrin, op. cit., s. 22-23.

⁵⁷ Ibidem.

⁵⁸ Z. Jurczyk, *Cele polityki antymonopolowej w teorii i praktyce*, [w:] C. Banasiński, E. Stawicki (red.), *Konkurencja w gospodarce współczesnej*, Warszawa 2007, s. 15-16.

⁵⁹ H. J. Hovenkamp, *Harvard, Chicago and Transaction Cost Economics in Antitrust Analysis*, "University of Iowa Legal Studies Research Paper", No. 10-35, December 2010, s. 2-3.

Podejście reprezentowane przez szkołę harwardzką legło u podstaw **bezwzględного zakazu stosowania transakcji wiązanych** (ang. *per se illegality approach*), który przez długi czas był dominującym trendem w doktrynie oraz orzecznictwie sądów europejskich⁶⁰. Niniejsza koncepcja opierała się na **teorii dźwigni**, zakładającej, że „przedsiębiorstwo zajmujące pozycję monopolistyczną na jednym rynku, może zmonopolizować inny, konkurencyjny rynek, za pomocą dźwigni (ang. *leverage*) dostarczonej przez siłę rynkową, jaką zajmuje na pierwszym rynku”⁶¹. Innymi słowy, podmiot dominujący może wykorzystać transakcje wiązane w celu zdobycia znaczącej pozycji na rynku produktu związanego poprzez wykorzystanie pozycji, jaką zajmuje na rynku produktu wiążącego. Sprzedaż wiązana i pakietowa prowadzą więc do stopniowego przejmowania kolejnych rynków przez jedno przedsiębiorstwo, co stanowi klasyczny przykład niedozwolonej praktyki ograniczającej konkurencję.

2.1.2. Szkoła chicagowska i teoremat pojedynczego zysku monopolu

Koncepcja polityki konkurencji i teoria dźwigni zaprezentowana przez przedstawicieli szkoły harwardzkiej zostały po raz pierwszy poddane otwartej krytyce w latach siedemdziesiątych ubiegłego stulecia przez ekonomistów wywodzących się z Uniwersytetu Chicagowskiego. Czołowymi przedstawicielami nowej szkoły ekonomii i prawa byli George Stigler, Harold Demsetz, Robert Bork, Richard Posner i Yale Brozen. Zaprezentowane przez nich koncepcje określane były mianem nowoczesnej metody interpretacji prawa - „najbardziej wpływowej próby stworzenia ogólnego uzasadnienia dla [...] systemu podejmowania decyzji prawnych, polegającej na kojarzeniu teorii prawa z teorią wolnego rynku”⁶².

Szkoła chicagowska odrzuciła dogmat o zawodności rynków zaprezentowany przez Baina i położyła nacisk na warunki, w jakich gospodarka zmierza do osiągnięcia efektywności ekonomicznej. Obok zdolności rynków do samoistnego korygowania się również przedsiębiorcy działają racjonalnie, zmierzając do maksymalizacji zysków, bez angażowania się w praktyki o charakterze grabieżczym⁶³. Naczelnym celem polityki konkurencji postulowanym przez przedstawicieli nowego ruchu

⁶⁰ J. Langer, *Tying and Bundling as a Leveraging Concern under EC Competition Law*, Kluwer Law International 2007, s. 120.

⁶¹ J. P. Choi, *Antitrust Analysis of Tying Arrangements*, [w:] J. P. Choi (red.) *Recent Developments in Antitrust - Theory and Evidence*, MIT Press 2007, s. 62.

⁶² E. Mensch, *The History of Mainstream Legal Thought*, [w:] D. Kairys (red.), *The Politics of Law. A Progressive Critique*, New York 1982, s. 36

⁶³ J. T. Rosch, *Antitrust Law Enforcement. What to do about the current economy cacophony?*, Federal Trade Commission, Washington 2009, s. 5.

był dobrobyt konsumenta (ang. *consumer welfare*) osiągany poprzez promocję efektywności. Dobrobyt w takim kontekście najpełniej realizowany jest w sytuacji, gdy gospodarcze zasoby społeczeństwa są alokowane tak, aby zaspokoić w możliwie największym zakresie potrzeby konsumentów⁶⁴. Zdaniem przedstawicieli szkoły chicagowskiej, skuteczna i odpowiadająca potrzebom konsumentów gospodarka determinowana jest przez dwa czynniki: efektywność alokacyjną oraz efektywność produkcyjną.

Efektywność alokacyjna⁶⁵ (ang. *allocative efficiency*) rozumiana jest jako stan, w którym wykorzystanie przez przedsiębiorców dostępnych sił produkcyjnych oraz zasobów skorelowane jest z zaspokajaniem aktualnych potrzeb konsumentów. Przedsiębiorcy wytwarzają to, czego potrzebują konsumenci i za co skłonni są zapłacić, a koszty wytworzenia konkretnych dóbr odpowiadają cenie tychże⁶⁶. Optymalna efektywność alokacyjna osiągana jest w przypadku istnienia na rynku stanu doskonałej konkurencji, w której żaden z podmiotów działających na rynku nie ma wpływu na ceny produktów i może jedynie dostosowywać wielkość produkcji do cen rynkowych⁶⁷.

Efektywność produkcyjna (ang. *productive efficiency*) to z kolei stan, w którym produkcja jest maksymalizowana przez wykorzystanie najbardziej efektywnej kombinacji czynników produkcji (ang. *means of production*). Konkretnie przedsiębiorstwo przy użyciu określonej technologii uzyskuje wówczas maksymalną wielkość i jakość produkcji towarów i usług przy minimalnym wykorzystaniu zasobów⁶⁸. Efektywność produkcyjna dopuszcza ponadto występowanie ekonomii skali (ang. *economies of scale*), w sytuacji gdy wykorzystanie zasobów na kolejną sztukę wytworzonego produktu spadnie wraz ze wzrostem wielkości produkcji.

Zdaniem Richarda Posnera, jednoczesne osiągnięcie alokacyjnej i produkcyjnej efektywności ekonomicznej możliwe jest tylko na rynku konkurencyjnym⁶⁹. Rolą prawa antymonopolowego jest więc ochrona, rozwój i wspomaganie konkurencyjnych mechanizmów w gospodarce, które umożliwiają osiągnięcie najwyższej efektywności na określonym rynku, prowadząc jednocześnie do maksymalizacji dobrobytu konsumentów.

⁶⁴ R. H. Bork, op. cit., s. 90-91.

⁶⁵ Por. wykres 1.

⁶⁶ Z. Jurczyk, *Cele polityki...*, op. cit., s. 22.

⁶⁷ P. Behrens, op. cit., s. 67.

⁶⁸ Ibidem, s. 67.

⁶⁹ R. Posner, *The Chicago School of Antitrust Analysis*, "University of Pennsylvania Law Review". 1973, No. 127, s. 925.

Stojąc w opozycji do strukturalistycznej koncepcji konkurencji, przedstawiciele szkoły chicagowskiej podnosili, że rynek ma zdolność do samoistnego korygowania, a państwowy interwencjonizm zagraża osiągnięciu przez niego optymalnej efektywności. Ich zdaniem polityka konkurencji powinna się koncentrować na identyfikacji i zakazywaniu tych form działań rynkowych, których efektem jest ograniczenie produkcji⁷⁰. Niektórzy przedstawiciele owego nurtu, jak Harold Demsetz i Yale Brozen, twierdzili wręcz, że zwiększona koncentracja na określonym rynku nie tylko nie wiąże się z nieefektywnością lub monopolistycznymi zyskami, ale może nawet prowadzić do korzystnego dla konsumentów wzrostu rynkowej efektywności⁷¹.

Szkoła chicagowska poddała szczególnie ostrej krytyce zapoczątkowany przez Bain'a i dominujący w USA aż do lat siedemdziesiątych XX w. pogląd o konieczności bezwzględnego zakazu sprzedaży związanej i pakietowej. Ekonomiści z Chicago jako pierwsi stwierdzili, że stosowanie transakcji wiązanych prowadzi do szeregu prokonkurencyjnych skutków, które przyczyniają się do zwiększenia ekonomicznej efektywności określonego rynku⁷². Sprzedaż wiązana i pakietowa są stosowane przez przedsiębiorców m.in. w celu redukcji kosztów związanych z produkcją i dystrybucją towarów lub usług. Mogą prowadzić ponadto do rozwoju i modernizacji poszczególnych produktów (ang. *product improvement*) oraz podnoszenia ich jakości (ang. *quality improvement*)⁷³.

Kolejną koncepcją, którą przedstawiciele szkoły chicagowskiej poddali w wątpliwość, była teoria dźwigni. Stworzony przez nich **teoremat pojedynczego zysku monopolu** (ang. *single monopoly profit theorem*) przyjmuje, że firma będąca monopolistą na jednym z rynków (rynek produktu wiążącego) nie posiada ekonomicznego interesu w przeniesieniu swojej pozycji na kolejny rynek (rynek produktu związanego). Teoremat nie neguje możliwości czerpania przez monopolistów większych zysków ze stosowanych transakcji wiązanych. Podkreśla on jedynie, że wykorzystywanie wiązań do przenoszenia silnej pozycji na inne rynki nie tylko nie zapewni monopolistom znaczących zysków, ale wręcz może je zmniejszyć⁷⁴. Sytuacja niniejsza ma miejsce w przypadku, gdy zapotrzebowanie na jeden produkt jest niezależne i zarazem komplementarne do zapotrzebowania na drugie dobro, które może wchodzić w skład wiązania⁷⁵.

⁷⁰ R. H. Bork, op. cit., s. 116-117.

⁷¹ Za: D. T. Armentano, *Polityka antymonopolowa. Ochrona konkurencji* ?, Lublin 2007, s. 16-17.

⁷² S. Bishop, M. Walker, op. cit., s. 281-282.

⁷³ Ibidem, s. 278.

⁷⁴ P. Kéllezi, op. cit., s. 154.

⁷⁵ Ibidem.

Orędownicy szkoły chicagowskiej oparli powyższe twierdzenie na koncepcji kształtowania ceny na rynku monopolistycznym⁷⁶. Zakłada ona, że monopolista ustala cenę swoich dóbr w oparciu o zasadę kosztów krańcowych⁷⁷. Oznacza to, że maksymalizacja zysków przez podmiot kontrolujący rynek osiągnana jest przy wielkości produkcji, przy której przychody krańcowe (tj. przychody, jakie może przynieść sprzedaż dodatkowej jednostki produktu) odpowiadają kosztom krańcowym (tj. kosztom przypadającym na wyprodukowanie kolejnej jednostki produktu)⁷⁸. W przypadku przedsiębiorstwa konkurencyjnego przychód krańcowy będzie równy cenie produktu lub usługi, ponieważ firma może sprzedać tyle sztuk dobra, ile tylko zechce. Jest to możliwe, ponieważ przy utrzymującej się cenie każda dodatkowa sztuka sprzedanego towaru dodaje cenę sprzedaży do całkowitego przychodu przedsiębiorstwa (iloczyn ilości sprzedanych produktów i ich ceny)⁷⁹. Inaczej sytuacja wygląda w przypadku monopolisty - tu przychód krańcowy przedsiębiorcy maleje wraz ze wzrostem sztuk sprzedanego dobra. Dzieje się tak, ponieważ zwiększenie produkcji o kolejną sztukę produktu wymusza na monopolistę obniżenie ceny zarówno ostatniego produktu, jak również wszystkich jednostek sprzedanego towaru⁸⁰. Dzięki posiadanej pozycji monopolista będzie wykorzystywał swobodę kształtowania kosztów krańcowych na kontrolowanym przez siebie rynku (np. poprzez zwiększenie lub obniżenie ceny) w celu osiągnięcia maksymalnego zysku. Z uwagi na to, że przychód krańcowy przy maksymalnym zysku jest równy kosztom krańcowym, cena u monopolisty będzie przekraczać koszty krańcowe⁸¹.

W tej sytuacji wiązanie produktu, na którego rynku podmiot ma pozycję monopolistyczną (produkt wiążący), z produktem oferowanym na rynku, na którym istnieje konkurencja (produkt związany), doprowadzi do zwiększenia kosztów krańcowych tego pierwszego. Czynnikiem, który wpłynie na ich zwiększenie, będą koszty krańcowe, jakie generuje każda dodatkowa jednostka produktu związanego. Teoremat opiera się więc na założeniu, że istnieje tylko jeden zysk, jaki może osiągnąć monopolista, i że pochodzi on z rynku produktu wiążącego⁸².

Poglądy szkoły chicagowskiej mają duży wpływ na zmianę podejścia doktryny do sprzedaży związanej i pakietowej. Stojąc w opozycji do harwardzkiej reguły bezwzględnego zakazu (ang. *per se illegality approach*), ekonomiści z Chicago

⁷⁶ Por. wykres 1.

⁷⁷ Ch. Bongard, D. Möller, A. Raimann, N. Szadkowski, U. Dubejko, op. cit., s. 34.

⁷⁸ Ibidem, s. 34-35.

⁷⁹ R. Cooter, T. Ulen, op. cit., s. 40.

⁸⁰ Ibidem, s. 41.

⁸¹ Ch. Bongard, D. Möller, A. Raimann, N. Szadkowski, U. Dubejko, op. cit., s. 35.

⁸² R. H. Bork, op. cit. s. 380.

stworzyli tzw. **regułę rozsądku** (ang. *rule of reason*), która zakłada, że określone zachowania rynkowe oprócz skutków negatywnych dla konkurencji mogą mieć również prokonkurencyjny charakter. Zaproponowane podejście przyjmuje, że ocena prawna praktyki polegającej na stosowaniu sprzedaży wiązanej lub pakietowej powinna być dokonywana *ad casum* - na podstawie okoliczności towarzyszących konkretnej sprawie⁸³.

2.1.3. Szkoła po-chicagowska

Koncepcja podejścia efektywnościowego jako celu polityki konkurencji była w latach 1970-1990 wiodącym kryterium oceny poszczególnych zachowań przedsiębiorców w Stanach Zjednoczonych. Okres dominacji teorii szkoły chicagowskiej charakteryzował się daleko idącą tolerancją amerykańskich organów antymonopolowych dla praktyk monopolizujących rynki zależne, porozumień wertykalnych czy też połączeń horyzontalnych⁸⁴. Nowa teoria nie została jednak całkowicie zaakceptowana przez wszystkich przedstawicieli doktryny prawa i ekonomii. Pod koniec lat osiemdziesiątych grupa ekonomistów pod kierunkiem Michaela Salinger, Jonathana Bakera, Carla Shapiro, Herberta Hovenkampa i Michaela Whinstona zapoczątkowała nowy nurt ekonomii polityki konkurencji, który stał w opozycji do koncepcji podejścia efektywnościowego. Jednym z głównych założeń nowego nurtu był powrót do harwardzkiej koncepcji zawodności rynków⁸⁵. Orędownicy szkoły po-chicagowskiej stoją na stanowisku, że określone struktury rynku i typy zachowań przedsiębiorców mogą mieć o wiele bardziej negatywne konsekwencje dla konkurencji, niż twierdzili ich poprzednicy. Wynika to z faktu, iż podejście ekonomiczne nie zawsze ukazuje złożony charakter określonej praktyki w okresie krótkoterminowym⁸⁶. Dążenie do ekonomicznej efektywności nie może ponadto prowadzić do wykluczenia innych, nieekonomicznych wartości, które mogą mieć równie ważny wpływ na kształtowanie polityki konkurencji. Do najważniejszych z nich można zaliczyć m.in. rozproszenie ekonomicznej koncentracji, ochronę i rozwój małej i średniej przedsiębiorczości, a na gruncie europejskim również integrację gospodarczą i rozwój wspólnego rynku. W określonych okolicznościach realizacja tych celów może nastąpić nawet kosztem efektywności w organizacji produkcji i dystrybucji⁸⁷.

⁸³ Ch. Ahlborn, D. Bailey, H. Crossley, op. cit., s. 177.

⁸⁴ Z. Jurczyk, *Karteles w polityce...*, op. cit, Warszawa 2012, s. 100-101.

⁸⁵ Ibidem, s. 102.

⁸⁶ H. Hovenkamp, *Antitrust policy after Chicago*, "Michigan Law Review" 1985, Vol. 84, s. 233-234.

⁸⁷ R. van der Bergh, *Modern industrial organization versus old fashioned European competition law*, "European Competition Law Review" 1996, No. 2, s. 75-78.

Opierając się na założeniu, że rynkowy model efektywności nie uwzględnia **kosztów społecznych** (ang. *social costs*) poszczególnych form praktyk monopolistycznych, przedstawiciele szkoły po-chicagowskiej dokonali istotnego zwrotu w ocenie stosowania transakcji wiązanych. Jednym z głównych argumentów przemawiających za tym podejściem była krytyka chicagowskiego teorematu pojedynczego zysku monopolu⁸⁸. Zwolennicy nowej szkoły wykazali - nie negując jego słuszności - trzy zasadnicze ograniczenia, jakie wiązały się z jego zastosowaniem w realiach ekonomicznych. Teoremat spełnia swoją rolę w sytuacji, gdy: po pierwsze, konsumenci nie korzystają z różnych ilości produktów związanego i wiążącego; po drugie, między produktem związanym a wiążącym występuje tzw. „pozytywna korelacja” (ze wzrostem popytu na produkt związany rośnie również popyt na produkt wiążący i odwrotnie); po trzecie, warunki konkurencji na obydwu rynkach pozostają niezmiennie⁸⁹. W pozostałych przypadkach monopolizacja rynków zależnych (ang. *leveraging*) będzie miała dla dominanta uzasadnienie ekonomiczne - wiążąc się nie tylko z większymi zyskami, ale również wzmocnieniem pozycji m.in. poprzez tworzenie barier wejścia na rynek produktu wiążącego.

Przedstawiciele szkoły po-chicagowskiej jako jedni z pierwszych zwrócili uwagę na konsekwencje związane ze stosowaniem sprzedaży związanej lub pakietowej na tzw. rynkach sieciowych (np. rynek komputerowych systemów operacyjnych lub telekomunikacyjnych). Na rynkach tego rodzaju przedsiębiorstwa o ugruntowanej pozycji mogą za pomocą transakcji wiązanych uzyskiwać zdecydowaną przewagę nad konkurentami⁹⁰. Decyzje konsumentów co do wyboru określonych produktów (technologii) uzależnione są bowiem nie od jakości lub ceny tych dóbr, ale przede wszystkim od kompatybilności z innymi produktami⁹¹. W przypadku ograniczonej ilości substytutów dla produktu wiążącego przedsiębiorstwo zajmujące na jego rynku pozycję dominującą może o wiele szybciej dokonać monopolizacji rynku produktu związanego. Niektórzy autorzy twierdzą ponadto, że przedsiębiorstwa na rynkach sieciowych, nawet w przypadku braku pozycji dominującej, są w stanie dzięki transakcjom wiązanim czerpać dodatkowe zyski poprzez związanie produktu podstawowego z wtórnym rynkiem części zamiennych lub usług serwisowych⁹².

⁸⁸ E. Elhauge, *Tying, Bundled Discounts and the Death of the Single Monopoly Profit Theory*, "Harvard Law Review" 2009, Vol. 123, No. 2, s.400.

⁸⁹ Ibidem, s. 403-420.

⁹⁰ Z. Jurczyk, *Kartele w polityce...*, op. cit., s. 102.

⁹¹ M. Surdek, *Odmowa Microsoftu przekazania konkurentom informacji zapewniających interoperacyjność ich systemów operacyjnych dla serwerów z platformą Windows*, [w:] D. Miąsik, T. Skoczny, M. Surdek (red.), *Sprawa Microsoftu - studium przypadku. Prawo konkurencji na rynkach nowych technologii*, Warszawa 2008, s. 71-72.

⁹² H. Hovenkamp, *The antitrust enterprises. Principle and execution*, Harvard University Press 2005, s. 38.

Nowy nurt ekonomii konkurencji, pomimo krytyki koncepcji efektywnościowej, nie zrezygnował całkowicie z jej dorobku. Transakcje wiązane w ocenie szkoły po-chicagowskiej mogły zostać uznane za legalne po spełnieniu szeregu dodatkowych kryteriów, które wykluczały niebezpieczeństwo ograniczenia konkurencji. Niniejsza koncepcja nazwana została przez doktrynę **podjęciem zmodyfikowanym** (ang. *modified per se approach*)⁹³.

2.2. Kontekst mikroekonomiczny - pojęcie siły rynkowej (*market power*)

Wykorzystywanie w działalności gospodarczej transakcji wiązanych może być podyktowane różnymi przesłankami i nieść za sobą zróżnicowane skutki dla konkurencji. W celu ich prawidłowego przeanalizowania konieczne jest w pierwszej kolejności przybliżenie ekonomicznego kontekstu działalności przedsiębiorców.

Podstawą analizy ekonomicznej prawa konkurencji różnych gałęzi rynku jest założenie o racjonalności wyborów dokonywanych przez ludzi (przedsiębiorców), którzy dążą do maksymalizacji użyteczności w warunkach ograniczonej ilości dóbr. Użyteczność jest pojęciem ekonomicznym opisującym satysfakcję, jaką jednostka odczuwa, posiadając określony zestaw dóbr.

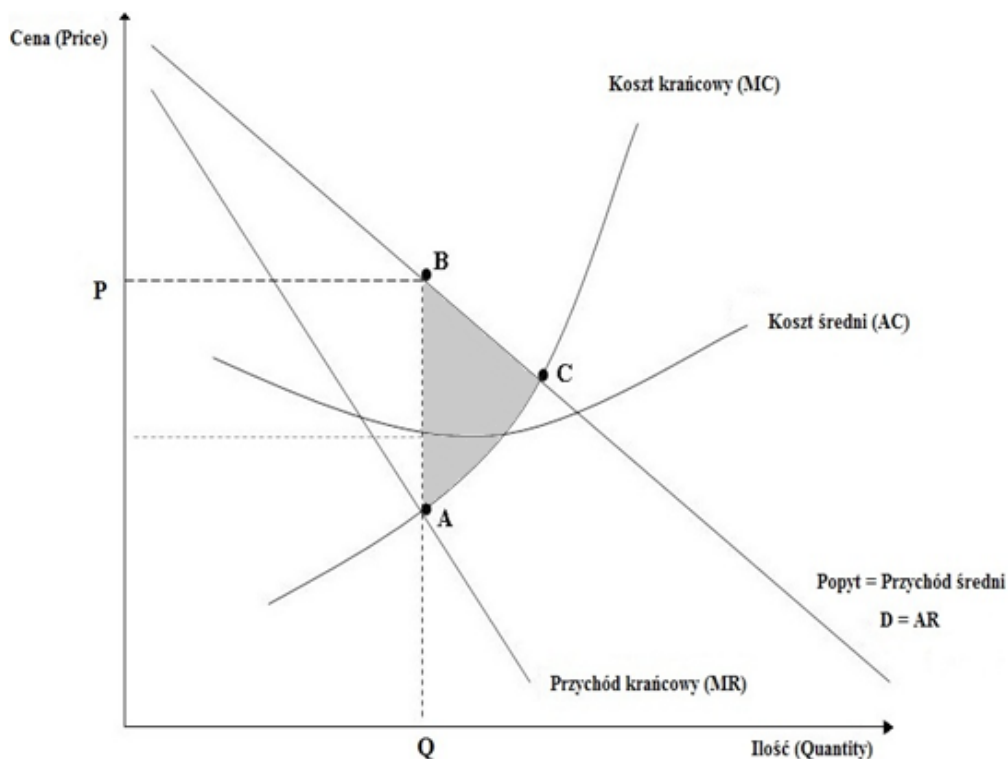
W oparciu o jedną z najbardziej powszechnych teorii mikroekonomii - zakładającą, że konsumenci dokonują wyboru oferowanych produktów, kierując się racjonalnością, a celem przedsiębiorców jest maksymalizacja zysków - sformułowano pojęcie **siły rynkowej** umożliwiającej konkretnej firmie stworzenie strategii biznesowej opartej m.in. na manipulacji cenami. W modelu konkurencji doskonałej przedsiębiorcy pozbawieni są możliwości wpływania na cenę, gdyż kształtowana jest ona przez rynek - jako wypadkowa ofert konsumentów i dostawców. Jednakże z chwilą, gdy firma zdobędzie znaczącą pozycję rynkową, będzie mogła ustalać cenę powyżej konkurencyjnego poziomu, wpływając jednocześnie na rozmiar produkcji. Wynika to z faktu, iż dominant lub monopolista jest w stanie wpływać na decyzje konsumentów, którzy akceptują proponowaną przez niego cenę i dopasowują do niej ilość nabywanych produktów⁹⁴. Mając to na uwadze, monopolista będzie szukał takiej ceny, przy której różnica wynikająca z przychodów i kosztów, tzn. zysk, będzie maksymalna⁹⁵. Powyższą tendencję można przedstawić za pomocą wykresu obrazującego aktywność monopolisty.

⁹³ Ch. Ahlborn, D. Bailey, H. Crossley, op. cit., s. 177; J. Langer, op. cit., s. 174-176.

⁹⁴ Ch. Bongard, D. Möller, A. Raimann, N. Szadkowski, U. Dubejko, op. cit., s. 33-34.

⁹⁵ Ibidem, s. 35-36.

Wykres 1. Ustalanie ceny w monopolu



Na rynku wolnokonkurencyjnym cena równowagi rynkowej zostałaby osiągnięta w punkcie C, gdzie występuje zrównoważenie popytu i podaży ($D = MC$). W porównaniu do przedsiębiorstw działających na konkurencyjnym rynku monopolista maksymalizuje swój zysk poprzez zrównoważenie kosztów krańcowych z przychodem krańcowym ($MC = MR$), gdzie ilość oferowanych produktów jest na poziomie Q, a cena na poziomie P. W ten sposób monopolista oferuje konsumentom mniej produktów za znacznie wyższą cenę⁹⁶. Rezultatem tego działania będzie powstanie tzw. „zbędnej straty społecznej” (ang. *deadweight loss*), przedstawionej na wykresie jako obszar pomiędzy punktami A-B-C. Polega ona na utracie części sumy nadwyżki konsumenta i nadwyżki producenta⁹⁷, które występują w warunkach rynku konkurencyjnego⁹⁸. Niniejsza sytuacja wynika z faktu, że konsumentów można podzielić na grupy według kryterium ceny, jaką są oni gotowi zapłacić za nabywane produkty. W przypadku, gdy cena określonego produktu będzie niska, zwiększy się (na korzyść konsumenta) różnica pomiędzy

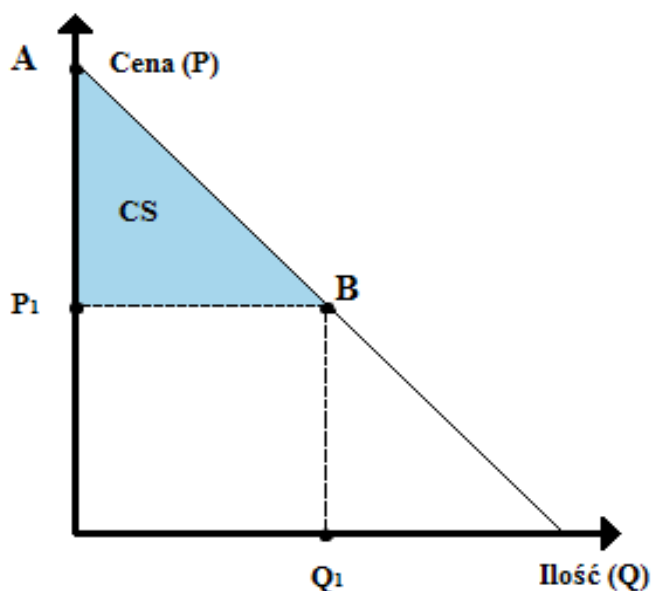
⁹⁶ R. Cooter, T. Ulen, *Ekonomiczna analiza prawa*, Warszawa 2011, s. 26-28.

⁹⁷ Różnica pomiędzy tym, co sprzedawca uzyska przy istniejącym poziomie cen, kiedy odejmiemy od ceny sprzedaży koszty krańcowe.

⁹⁸ R. Pindyck, D. Rubinfeld, *Microeconomics*, Pearson Educational International 2011, s. 352.

kwotą, jaką nabywca jest skłonny zapłacić za określoną ilość towaru, a kwotą, jaką musi zapłacić w rzeczywistości (nadwyżka konsumenta). Niniejsze zjawisko zilustrowane jest na poniższym wykresie.

Wykres 2. Nadwyżka konsumenta



Wykres pokazuje, że popyt w przypadku ceny na poziomie P_1 dla określonego produktu przynosi nadwyżkę konsumenta (CS) w wysokości, która zilustrowana jest za pomocą trójkąta ABP_1 . Innymi słowy, nadwyżka konsumenta to kwota, jaką konsument zatrzymuje dla siebie w sytuacji, gdy przy obowiązującej cenie był gotów zapłacić cenę wyższą. Wskazuje się, że im większa jest nadwyżka konsumenta (CS), a w konsekwencji *ceteris paribus* - im niższa cena dobra, tym wyższy jest dobrobyt konsumentów (ang. *consumer welfare*)⁹⁹.

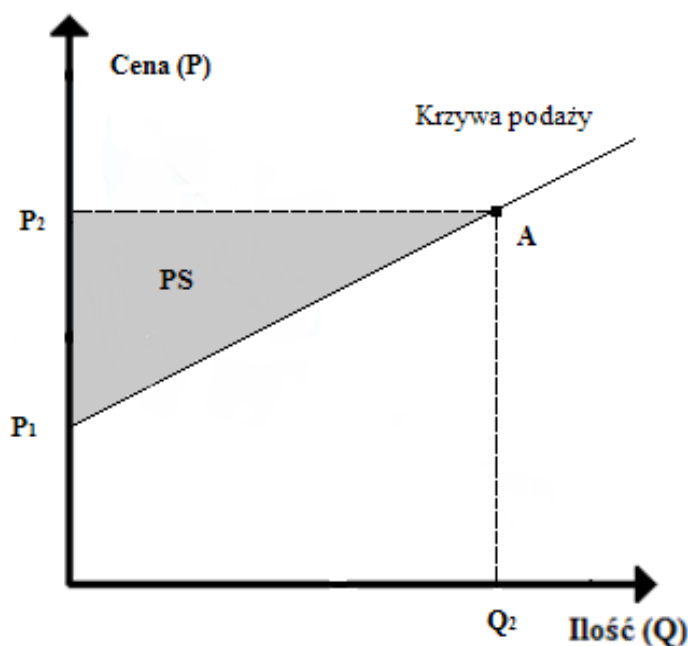
Na takim podejściu zyskają m.in. nabywcy, którzy są gotowi zapłacić za produkty jedynie niskie ceny. Gdy jednak cena oferowanych produktów jest na zbyt niskim poziomie, oferenci notują tzw. stratę na **nadwyżce producenta**, ponieważ nie uwzględnia się tych konsumentów, którzy są gotowi zapłacić za określone dobra wyższą cenę¹⁰⁰.

⁹⁹ Ch. Bongard, D. Möller, A. Raimann, N. Szadkowski, U. Dubejko, op. cit., s. 19-20.

¹⁰⁰ R. Pindyck, D. Rubinfeld, op. cit., s. 352-353.

Zjawisko to można przedstawić graficznie za pomocą wykresu:

Wykres 3. Nadwyżka producenta



Nadwyżka producenta przedstawiona jest jako trójkąt P_1P_2A i określona jako różnica między kosztami krańcowymi przy danej wielkości produkcji na poziomie Q_2 a ceną P_2 . Innymi słowy, dobrobyt producenta jest tym większy, im wyższa jest cena sprzedaży oferowanego przez niego dobra¹⁰¹.

Na wykresie 1 ceny zwiększają się zgodnie z krzywą popytu i w punkcie przecięcia z krzywą kosztów krańcowych (MC) osiągają wielkość „ceny konkurencyjnej”, która gwarantuje, że nadwyżka producenta będzie równa nadwyżce konsumenta. Punkt C ustanawia więc wielkość produkcji oraz cenę na poziomie, który zarówno dla producenta, jak i konsumenta będzie miał optymalny charakter. Przedsiębiorca posiadający istotną siłę rynkową może jednak wpływać na ceny rynkowe poprzez ograniczanie wielkości produkcji, co w konsekwencji prowadzi do zwiększenia ceny do poziomu P , zapewniającego dominantowi lub monopolistcie maksymalizację zysków. Przy cenie P część konsumentów, którzy wcześniej byli gotowi kupować produkty „w cenach konkurencyjnych”, zostanie pozbawiona możliwości ich nabycia. Na wykresie są oni przedstawieni jako odcinek pomiędzy punktami C i B.

¹⁰¹ Ch. Bongard, D. Möller, A. Raimann, N. Szadkowski, U. Dubejko, op. cit., s. 25-26.

Mając na uwadze powyższe wnioski, należy stwierdzić, że rynek wolnokonkurencyjny gwarantuje podwójne korzyści - z jednej strony cena konkurencyjna (osiągana na wykresie 1. w punkcie przecięcia się krzywych MC i D) jest niższa niż cena P zaproponowana przez monopolistę, z drugiej zaś strony wielkość produkcji oraz konsumpcji dóbr są wyższe, niż ma to miejsce w punkcie B (miejsce przecięcia się monopolistycznej ceny P z krzywą popytu D).

Jednym z kluczowych elementów badanych przy ocenie legalności transakcji związanych jest wielkość siły rynkowej (ang. *market power*) przedsiębiorstwa na rynku właściwym. Mierzy się ją na podstawie elastyczności popytu i elastyczności podaży kształtowanych przez firmę oraz udziału w rynku przedsiębiorstwa dominującego. Kolejnym aspektem determinującym poziom siły rynkowej jest liczba działających na rynku podmiotów oraz sposób, w jaki na siebie wzajemnie oddziałują¹⁰². W roku 1934 Abba Lerner zaproponował zestandaryzowany sposób obliczania wielkości siły rynkowej (tzw. indeks Lerner) ¹⁰³, który mierzony jest stosunkiem elastyczności popytu i podaży oraz ceny:

$$L = \frac{P - MC}{P}$$

Indeks nie przekracza wartości 1, ponieważ koszt krańcowy MC nigdy nie jest ujemny. Im większa jest wartość indeksu, tym większą siłę rynkową ma konkretny przedsiębiorca. W warunkach konkurencji doskonałej cena (P) równa jest kosztowi krańcowemu (MC) i indeks Lerner (L) wynosi 0¹⁰⁴. Wynika z tego, że przedsiębiorstwa w warunkach konkurencji doskonałej nie posiadają żadnej siły rynkowej¹⁰⁵. Odmienna sytuacja zachodzi w sytuacji, gdy rynek zdominowany jest przez monopolistę. W takim przypadku indeks Lerner wynosi:

$$L = \frac{1}{e}$$

Wartością oznaczoną tutaj jako *e* jest **cenowa elastyczność popytu**, czyli stosunek względnej zmiany ilości pożądanego dobra do względnej zmiany jego ceny. Innymi słowy, wartość *e* określa, o ile procent zmieni się wielkość popytu, jeżeli cena tego

¹⁰² M. Utton, *Market dominance and antitrust policy*, Edward Elgar Cheltenham 2003, s. 59-84.

¹⁰³ A. Lerner, *The concept of monopoly and the measurement of monopoly power*, *The Review of Economic Studies* 1934 1(3), s.157-175.

¹⁰⁴ Ibidem.

¹⁰⁵ Ibidem.

produktu wzrośnie o jeden procent. Na wykresie stopień siły rynkowej posiadanej przez monopolistę przedstawiony jest jako odcinek A-B¹⁰⁶.

Na podstawie powyższych danych można stwierdzić, że monopolistyczne ceny, których wielkość przekracza koszty krańcowe (MC), będą przynosiły większe zyski niż ceny konkurencyjne. Odnosząc się do tych obserwacji w ekonomii zaakceptowano pogląd, że większość przedsiębiorców dąży w ramach swojej działalności do uzyskania jak największej siły rynkowej na obszarze swojej aktywności gospodarczej, a następnie do jak najdłuższego jej utrzymania¹⁰⁷. Niniejsze cele osiągane są m.in. poprzez wykorzystywanie efektów ekonomii skali, inwestycje w badania i rozwój, jak również intensywną akumulację praw własności (również tych niematerialnych, jak np. patenty, *know-how*, znaki towarowe etc.)¹⁰⁸. Jednym ze sposobów realizacji tych celów jest również wykorzystanie w działalności gospodarczej sprzedaży wiązanej i pakietowej, które w pewnych przypadkach - szczególnie gdy są używana przez przedsiębiorstwa o silnej pozycji rynkowej - mogą prowadzić do istotnego ograniczenia konkurencji.

2.3. Przyczyny stosowania sprzedaży pakietowej i wiązanej

Przedstawione powyżej teoretyczne ramy nie dostarczają informacji dotyczących przyczyn korzystania przez przedsiębiorców ze sprzedaży wiązanej lub pakietowej w swojej działalności gospodarczej. Zdaniem Barry'ego Nalebuff'a, jednego z pierwszych ekonomistów, który dokonał usystematyzowania i przekrojowego omówienia ekonomicznych przesłanek stosowania transakcji wiązanych przez przedsiębiorców, „nie ma prostego wyjaśnienia, dlaczego firmy korzystają ze sprzedaży wiązanej i pakietowej”¹⁰⁹. Jakiegokolwiek próby analizy zachowań przedsiębiorców w tym zakresie napotykają na dość szeroką różnorodność potencjalnych motywów, jakimi mogą się oni kierować przy korzystaniu ze tej formy oferowania usług lub towarów.

Na potrzeby niniejszej pracy powody stosowania sprzedaży pakietowej podzielono według dwóch kryteriów¹¹⁰. Pierwszym z nich jest **efektywność** (ang. *efficiency*)

¹⁰⁶ Ch. Bongard, D. Möller, A. Raimann, N. Szadkowski, U. Dubejko, op. cit., s.18.

¹⁰⁷ W. Szpringer, *Łączenie przedsiębiorstw, a regulacja antymonopolowa*, Warszawa 1993, s.11-23; J. Sroczynski, *Kiedy koncentracje mogą szkodzić konkurencji*, [w:] M. Krasnodebska-Tomkiel, *Zmiany w polityce konkurencji na przestrzeni ostatnich dwóch dekad*, Warszawa 2010, s. 213; R. Pindyck, D. Rubinfeld, *Microeconomics*, Pearson Educational International 2009, s. 366.

¹⁰⁸ R. Pindyck and D. Rubinfeld, op. cit., s. 367-368.

¹⁰⁹ B. Nalebuff (1), *Bundling, Tying...*, op. cit., s. 18.

¹¹⁰ Za: Ibidem, s.29-30.

determinująca najbardziej podstawowe cele działalności przedsiębiorców, które polegają na redukcji kosztów, podnoszeniu jakości oferowanych towarów i usług oraz polityce cenowej, mogącej przy sprzedaży pakietowej przybierać formy dyskryminacji. Drugim kryterium jest **strategia działalności przedsiębiorstwa**, która może zachęcać do stosowania praktyk ograniczających konkurencję na określonym rynku (np. tworzenie barier wejścia na rynek lub stosowanie dźwigni rynkowej).

2.3.1. Efektywnościowe przesłanki wykorzystania transakcji wiązanych

Przedstawiciele doktryn ekonomicznej i prawnej wśród efektywnościowych przesłanek wykorzystywania transakcji wiązanych wymieniają najczęściej: redukcję kosztów, zapewnienie odpowiedniej jakości oferowanych produktów oraz redukcję nieefektywności cenowych.

2.3.1.1. Redukcja kosztów (*cost savings*)

Najczęstszym z powodów stosowania transakcji wiązanych przez przedsiębiorców jest polityka redukcji kosztów swojej działalności¹¹¹. Oferowanie pakietu produktów lub uzależnianie sprzedaży jednego dobra od kupna drugiego skutecznie wpływa na obniżenie kosztów związanych z produkcją oraz dystrybucją produktów, jak również przyczynia się do spadku nakładów ponoszonych na cele marketingowe. Jest to możliwe, gdy powiązane produkty mają dla konsumentów większą wartość niż produkty oferowane poza pakietem lub wiązaniem. Przedsiębiorcy osiągają oszczędności dzięki efektom (korzyściom) ekonomii skali (ang. *economies of scale*) i ekonomii zakresu (ang. *economies of scope*)¹¹². Ekonomia skali to korzyści wynikające z produkcji masowej, które polegają na obniżeniu kosztów produkcji jednostki dobra, będących rezultatem zwiększenia produkcji i zużycia zasobów niezbędnych do jego powstania¹¹³. Korzyści ekonomii skali umożliwiają więc obniżkę kosztów jednostkowych produktu dzięki dotarciu z jednym, zestandaryzowanym pakietem do dużej liczby konsumentów. W przypadku ekonomii zakresu z kolei oszczędności wiążą się ze zwiększeniem efektywności

¹¹¹ D. Evans, M. Salinger, *Why do firms bundle and tie? Evidence from competitive markets and implications for tying law*, "Yale Journal on Regulation" 2005, Vol. 22, No. 1, s. 40-41.

¹¹² P. Papandropoulos, op. cit., s.4.

¹¹³ R. Pindyck, D. Rubinfeld, *Microeconomics*, Pearson Educational International 2009, s. 186-187.

szeregu procesów działalności gospodarczej (np. produkcji, sprzedaży, marketingu) dzięki uproszczeniu i ujednoliceniu oferty¹¹⁴.

Sprzedaż wiązana i pakietowa wpływają również na koszty ponoszone są przez obydwie strony transakcji. Zarówno producent (dystrybutor), jak i konsument mogą dzięki transakcjom związanym obniżyć swoje koszty transakcyjne, a więc koszty związane z nadzorem i koordynacją zakupu, w skład których wchodzi czas i środki finansowe poświęcane m.in. na negocjacje ceny, poszukiwanie określonego dobra itp.¹¹⁵. Część autorów zwraca również uwagę, że przedsiębiorcy i konsumenci mogą zyskiwać na wiązaniu produktów, na które bezpośrednio nie ma zapotrzebowania¹¹⁶. Za przykład może posłużyć festiwal lub koncert muzyczny, do którego obok uznanych artystów zapraszane są również (jako support) zespoły lub wokaliści mniej popularni lub dopiero rozpoczynający karierę. Przykład z rynku muzycznego pokazuje, że dzięki zastosowaniu wiązania zintegrowany produkt (support i występ znanego artysty) dociera do większej i bardziej różnorodnej grupy konsumentów za cenę, która umożliwia zbycie obok produktu podstawowego również produkty niszowe. Podobnym przykładem jest praktyka wydawców polegająca na dołączaniu do gazet codziennych lub magazynów różnego rodzaju dodatków zawierających np. horoskopy, recenzje lub przepisy kulinarne¹¹⁷.

2.3.1.2. Zapewnienie jakości oferowanych towarów (*quality assurance*)

Kolejnym powodem, dla którego przedsiębiorcy korzystają w swej działalności z transakcji wiązanych, jest zagwarantowanie odpowiedniej jakości sprzedawanych dóbr. Wynika to z faktu, iż jakość odgrywa ważną rolę w końcowej decyzji konsumenta o nabyciu określonego dobra. Produkt lub usługa, które spełniają jakościowe oczekiwania nabywcy, będą wzbudzały w nim pozytywne skojarzenia i zachęcały do ponownego wyboru oferty tego samego producenta. Odwrotna sytuacja ma miejsce w przypadku negatywnych doświadczeń z określonymi dobrami - klienci najprawdopodobniej nie zdecydują się na zakup innych produktów tego samego producenta, gdyż będą podejrzewali, że również one nie spełnią ich oczekiwań¹¹⁸. Jakość związanych produktów wpływa ponadto na ich właściwe i bezpieczne eksploataowanie przez konsumentów. Między innymi z tego powodu pewnych

¹¹⁴ K. Klineciewicz, *Ekonomiczne i strategiczne wyzwania rynku informatycznego a przypadek firmy Microsoft*, [w] D. Miąsik, T. Skoczny, M. Surdek (red.), *Sprawa Microsoftu...* op. cit., s.171.

¹¹⁵ D. Evans, A. Hagiu, R. Schmalensee, *Invisible engines: How software platforms drive innovation and transform industries?*, Massachusetts Institute of Technology Press 2006, s.52.

¹¹⁶ K. Klineciewicz, op. cit., s.171.

¹¹⁷ D. Evans, A. Hagiu, R. Schmalensee, op. cit., s.320.

¹¹⁸ K. Spier, J. Dana, *Bundling and firm reputation*, "Harvard Law School Discussion Paper" No. 649, 2009, s. 2-3.

produktów (np. samochód, samolot) nie sprzedaje się w osobnych częściach, gdyż standardy bezpieczeństwa i właściwe użytkowanie będą zagwarantowane na najwyższym poziomie tylko w sytuacji, gdy połączenia odpowiednich części dokona producent, który najlepiej zna specyfikację oferowanych przez siebie dóbr¹¹⁹. Przedsiębiorcy zapewniają swoim produktom odpowiednią jakość poprzez stosowanie dwóch typów transakcji wiązanych¹²⁰.

Pierwszy z nich polega na **łącznej sprzedaży towaru oraz usługi**, którą jest najczęściej **naprawa gwarancyjna**¹²¹. Konsument chętniej kupi komputer firmy A w pakiecie z usługą gwarantującą naprawę, niż jakiegokolwiek z tych dóbr oddzielnie (usługę naprawy albo sam produkt). Taki wybór będzie podyktowany w pierwszej kolejności konkurencyjną ceną pakietu, gdyż oddzielny zakup usługi albo produktu wiązałby się z większymi kosztami. Poza tym serwis techniczny oferowany wraz z komputerem zapewnia, że nabyty produkt będzie naprawiany u producenta lub przez autoryzowany serwis, który specjalizuje się w naprawie tego typu towarów. W konsekwencji konsument oszczędza środki finansowe oraz czas, jaki musiałby poświęcić, szukając odpowiedniego serwisu na własną rękę. Otrzymuje ponadto gwarancję, że producent, który najlepiej zna parametry techniczne oferowanego produktu, będzie w stanie szybko i solidnie naprawić ewentualne usterki. Natomiast korzyści, jakie dzięki tego typu transakcji otrzymuje producent, to możliwość bieżącego monitorowania pojawiających się usterek i ich sprawne usuwanie, co ogranicza spadek popularności oferowanych produktów i zapewnia ich zgodność ze standardami technicznymi i bezpieczeństwa. Monitorowanie najczęściej powtarzających się usterek umożliwia ponadto bieżącą modernizację oferowanych towarów. Powyższe działania przyczyniają się więc nie tylko do zwiększenia jakości produktów dostępnych na rynku, ale również pomagają w budowaniu pozytywnego wizerunku poszczególnych przedsiębiorców¹²².

Drugim typem wiązań, których celem jest zagwarantowanie odpowiedniej jakości oferowanych produktów jest **łączenie towarów pierwotnych** (ang. *primary products*) z **produktami o charakterze eksploatacyjnym** (ang. *consumables*)¹²³. Przykładem takiego zachowania jest sytuacja, w której konsument kupuje drukarkę (produkt pierwotny) wraz z zestawem tonerów (produkt eksploatacyjny) od tego

¹¹⁹ E. Iacobucci, *Tying as quality control: A legal and economic analysis*, The Journal of Legal Studies 2003, Vol. 32, No. 2, s. 454.

¹²⁰ A. Abbott, J. Wright, *Antitrust analysis of tying arrangements and exclusive dealing*, [w:] K. Hylton, *Antitrust Law and Economics*, Edward Elgar Publishing Limited 2010, s. 96-97.

¹²¹ Ibid., s. 97.

¹²² H. Schmidt, *Competition law, innovation and antitrust. An analysis of Tying and Technological Integration*, Edward Elgar Publishing Limited 2009, s. 16.

¹²³ A. Abbott, J. Wright, op. cit., s. 97.

samego producenta¹²⁴. W przypadku pojawienia się problemów z właściwym działaniem drukarki konsument skontaktuje się z punktem serwisowym producenta. Bez względu bowiem na to, czy przyczyna problemów znajduje się w wadliwym produkcie pierwotnym, czy w związanych z nim materiałach eksploatacyjnych, autoryzowany serwis techniczny będzie w stanie wykryć źródło usterki. Inaczej jest w przypadku, gdy drukarka i toner pochodzą od dwóch producentów. W tej sytuacji konsument, nie znając przyczyny wadliwego funkcjonowania produktów, napotka problem z ustaleniem podmiotu odpowiedzialnego za usunięcie usterki¹²⁵. Za kolejny przykład może posłużyć wiązanie usługi franczyzy z obowiązkiem zakupu przez franczyzobiorcę szeregu dóbr (np. składniki potraw, wystrój lokalu, urządzenia itp.) od franczyzodawcy. Dokonując tego typu wiązań, przedsiębiorcy mają nadzór nad standardami technicznymi i wymaganiami bezpieczeństwa swoich produktów. Konsumentom mają natomiast gwarancję, że produkty nabywane od przedsiębiorców mają podobną jakość bez względu na asortyment produktowy¹²⁶.

2.3.1.3. Redukcja nieefektywności cenowych a dyskryminacja cenowa

Każdy przedsiębiorca w ramach prowadzonej działalności gospodarczej staje przed dylematem najkorzystniejszego ustalenia cen swoich produktów pomiędzy różnymi kategoriami konsumentów. Wspomniany problem ma stosunkowo prostą strukturę, która znajduje oparcie w podstawowych koncepcjach mikroekonomicznych. Jeżeli bowiem przedsiębiorca ustali cenę swoich produktów zbyt wysoko, będzie się to wiązało ze spadkiem ich sprzedaży. W odwrotnej sytuacji, gdy cena oferowanych produktów jest zbyt niska, występuje strata na tzw. nadwyżce producenta (ang. *consumer surplus*), ponieważ nie uwzględnia się tych konsumentów, którzy są gotowi zapłacić za określone dobra wyższą cenę¹²⁷.

Powyższe zależności zachęcają racjonalnych przedsiębiorców kierujących się zasadą maksymalizacji zysków do stosowania różnych cen w stosunku do różnych kategorii konsumentów (tzw. dyskryminacja cenowa)¹²⁸. Jest to jednak możliwe tylko w sytuacji, gdy pomiędzy producentami a konsumentami nie występuje **asymetria informacyjna** (ang. *information asymmetry*). Innymi słowy, dyskryminacja cenowa ma miejsce wówczas, gdy producenci mają pełną wiedzę na temat wyceny (ang. *valuation*) swoich towarów przez konsumentów¹²⁹. Przykładem ilustrującym to zjawisko jest sytuacja, w której dealer samochodów używanych

¹²⁴ B. Nalebuff (1), *Bundling, Tying...*, op. cit., s. 32.

¹²⁵ Ibidem, s. 32.

¹²⁶ A. Abbott, J. Wright, op. cit., s. 97.

¹²⁷ B. Nalebuff (1), *Bundling, Tying...*, op. cit., s. 34-36.

¹²⁸ R. Pindyck, D. Rubinfeld, op. cit., s. 393.

¹²⁹ Ibidem.

maksymalizuje swoje zyski poprzez zbycie każdego auta za najwyższą cenę, jaką gotowy jest zapłacić w określonym momencie dany kupujący.

Na tej płaszczyźnie rozważań sprzedaż wiązana i pakietowa wydają się być jednymi z najlepszych rozwiązań, jakie mogą pomóc w osiągnięciu wyższych zysków przy jednoczesnym łagodzeniu negatywnych konsekwencji stosowania dyskryminacji cenowej wobec konsumentów¹³⁰.

Powyższe twierdzenie można zilustrować na przykładzie dwóch produktów (A i B) oferowanych przez jedno przedsiębiorstwo, które dla dwóch klientów (Y i Z) przedstawiają różną wartość (np. użytkową, artystyczną, komercyjną). Za kupno produktu A, klient Y jest gotów zapłacić 5 tys. zł, podczas gdy dla klienta Z ten sam produkt wart jest tylko 4 tys. zł. Dobro B jest wyceniane przez klienta Y na kwotę 1,5 tys. zł, natomiast przez klienta Z - na kwotę 2 tys. zł. Przedsiębiorca w sytuacji sprzedaży klientom Y i Z obydwu produktów oddzielnie osiągnie łączny przychód na poziomie 11 tys. zł (2×4 tys. zł + $2 \times 1,5$ tys. zł). Przedsiębiorca jest jednak w stanie zwiększyć swoje dochody poprzez związanie obydwu produktów. W tej sytuacji klient Y jest skłonny zapłacić za produkty A i B łącznie kwotę 6,5 tys. zł, a klient Z - kwotę 5,5 tys. zł. Łączny przychód z transakcji związanej osiągnie więc 12 tys. zł i będzie większy od przychodu uzyskanego z oddzielnej sprzedaży produktu A i B. W ten sposób dzięki zastosowaniu transakcji związanej przedsiębiorca osiągnął maksymalny przychód, a poszczególne dobra trafiły do konsumentów za kwotę na jaką je wyceniali¹³¹.

Przytoczony powyżej przykład pokazuje, jak za pomocą transakcji związanej, w wyniku dyskryminacji cenowej, przedsiębiorca może dokonać maksymalizacji swoich zysków¹³². Zastosowanie przez przedsiębiorcę zróżnicowania cenowego możliwe jest jednak tylko w sytuacji, gdy konsumenci inaczej wyceniają poszczególne dobra. W przypadku, gdy wszyscy konsumenci jednakowo wyceniają oferowane produkty, przedsiębiorca nie ma ekonomicznej motywacji do stosowania dyskryminacji cenowej. Mając powyższe na uwadze, można zastanawiać się, czy transakcje związane byłyby w stanie ograniczyć skalę stosowania dyskryminacji cenowej. Innymi słowy: czy stosowanie sprzedaży związanej lub pakietowej doprowadzi do sytuacji, w której połączone produkty będą miały zbliżoną lub taką samą wartość dla wszystkich klientów. Niektórzy autorzy¹³³ podkreślają, że połączenie dwóch lub więcej produktów ma w istocie duży wpływ na kształtowanie

¹³⁰ H. Schmidt, op. cit., s. 18.

¹³¹ K. Klincewicz, op. cit., s. 170.

¹³² Ibidem, s. 170-171.

¹³³ R. P. McAfee, J. McMillan, M. D. Whinston, *Multiproduct monopolies, commodity bundling and correlation of values*, "Quarterly Journal of Economics" 1989, No. 104, s. 371-384.

się homogenicznej wyceny konkretnego pakietu dóbr. Niniejsza sytuacja zachodzi w przypadku, gdy wartość poszczególnych dóbr wchodzących w skład wiązania jest ze sobą negatywnie skorelowana. Modyfikując nieco przytoczony powyżej przykład, można prosto zilustrować to zjawisko. Jeżeli bowiem klient Y wycenia wartość dobra A na 5 tys. zł, a dobro B na 1,5 tys. zł, natomiast dla klienta Z mają one wartość dokładnie odwrotną, wówczas użycie transakcji wiązanej będzie generowało dla przedsiębiorcy przychód 6,5 tys. zł od klienta Y oraz taką samą kwotę od klienta Z. W konsekwencji łączna sprzedaż dóbr o odmiennej wartości będzie skutkowała nie tylko maksymalizacją zysków przedsiębiorcy, ale również homogenizacją wyceny oferowanego wiązania¹³⁴. Dla konsumentów taka sytuacja będzie wiązała się ze zmniejszeniem liczby przypadków dyskryminacji cenowej, a w dalszej konsekwencji lepszej alokacji zasobów.

Osobną kwestią związaną z redukcją nieefektywności cenowych jest praktyka stosowania przez przedsiębiorców przy transakcjach wiązanych tzw. opłat pomiarowych (ang. *metering fees*). Są to opłaty, jakie konsument ponosi na rzecz sprzedawcy lub producenta w zależności od częstotliwości używania produktu, przyczyniając się do znacznego zwiększenia przychodów ze sprzedaży określonych towarów lub usług¹³⁵. Mogą być one pobierane bezpośrednio lub w wyniku stosowania transakcji wiązanej. Klasycznym przykładem bezpośredniej opłaty pomiarowej jest taryfa taksówkarska, która wzrasta proporcjonalnie do dystansu, na jakim konsument korzysta z usługi przewozu¹³⁶. Przy transakcjach wiązanych opłaty pomiarowe związane są zazwyczaj ze zróżnicowanym zapotrzebowaniem na jedno konkretne dobro, którym jest najczęściej produkt związany. Powyższa sytuacja ma miejsce w przypadku łączenia **towarów podstawowych** (ang. *primary products*) z **produktami o charakterze eksploatacyjnym** (ang. *consumables*)¹³⁷. Za przykład może posłużyć wspomniana już wyżej łączna sprzedaż drukarki i tonerów. Na potrzeby niniejszej ilustracji należy zaznaczyć, że kształt tonerów do określonych typów drukarek jest często chroniony przy pomocy patentów przez przedsiębiorców, którzy produkują wspomniane towary. Z jednej strony oznacza to, że konsumenci nie są zmuszani przez przedsiębiorców do zakupu tonerów z drukarką określonego typu. Z drugiej strony, ochrona patentowa uniemożliwia konkurentom wyprodukowanie tonerów, które byłyby kompatybilne z wybraną przez konsumenta drukarką¹³⁸. W związku z powyższym konsument zmuszony

¹³⁴ O. Bar-Gill, *Bundling and Consumer Misperception*, "New York University Law & Economics Research Paper Series" 2006, Working Paper No. 06-02, s. 5-7.

¹³⁵ H. Schmidt, op. cit., s. 19.

¹³⁶ B. Nalebuff (1), *Bundling, Tying...*, op. cit., s. 70.

¹³⁷ D. Miąsik, *Sprzedaż wiązana...*, op. cit., s. 94.

¹³⁸ M. Motta, *Competition policy. Theory and practice*, Cambridge 2004, s. 465.

jest do kupowania jedynie tonerów producenta drukarki, które zapewnią mu właściwe używanie zakupionego produktu. Toner pełni w tym przypadku rolę miernika eksploatacji drukarki, co w konsekwencji prowadzi do tego, że przychód producenta drukarek będzie o tyle większy, o ile częściej jego klienci będą z nich korzystać.¹³⁹ Rezultatem tego zjawiska będzie przeniesienie zasobów z portfeli konsumentów do kieszeni dostawców określonych dóbr.

2.3.2. Strategiczne przesłanki wykorzystania sprzedaży pakietowej i związanej

Na potrzeby niniejszej pracy do najważniejszych przesłanek stosowania transakcji wiązanych, które wpływają na strategiczne kierunki i charakter działań przedsiębiorców, zaliczono: wykluczenie konkurencji (ang. *foreclosure*), „podcinanie cen” konkurencji (ang. *undercutting rivals' prices*), rozwój i badania (ang. *research & development*), jak również ukrywanie rzeczywistych cen oferowanych produktów (ang. *price obfuscation*).

2.3.2.1. Wykluczenie konkurencji (*foreclosure*)

Tradycyjną przyczyną uznania sprzedaży związanej i pakietowej za praktyki naruszające konkurencję było uznanie, że niniejsze praktyki mogą być efektywnym narzędziem służącym monopolizacji kolejnych rynków przez przedsiębiorcę posiadającego pozycję dominującą lub monopolistyczną¹⁴⁰. W rzeczywistości oznacza to, że podmiot zajmujący ugruntowaną pozycję na rynku produktu A wykorzystuje ją w celu osiągnięcia przewagi na rynku produktu B, na którym w warunkach konkurencji działa wielu przedsiębiorców. W wyniku rozszerzenia pozycji monopolistycznej lub dominującej na rynek produktu B (rynek produktu związanego) operujący na nim przedsiębiorcy tracą swoją pozycję, gdyż nie posiadają w ofercie produktu A (produkt wiążący). W konsekwencji następuje stopniowy transfer popytu z oferowanego przez konkurentów produktu B na identyczny lub bardzo podobny produkt oferowany przez monopolistę lub dominanta¹⁴¹. Przedsiębiorcy działający na rynku produktu B przegrywają rywalizację nie dlatego, że oferują towary gorsze lub niespełniające oczekiwań konsumentów, ale dlatego, że popyt na ich produkty zostaje zaspokojony przez przedsiębiorcę oferującego pakiet lub wiązanie. Powyższe działania monopolisty (dominanta) tworzą wokół rynku produktu B tzw. **bariery wejścia** (ang. *barriers of*

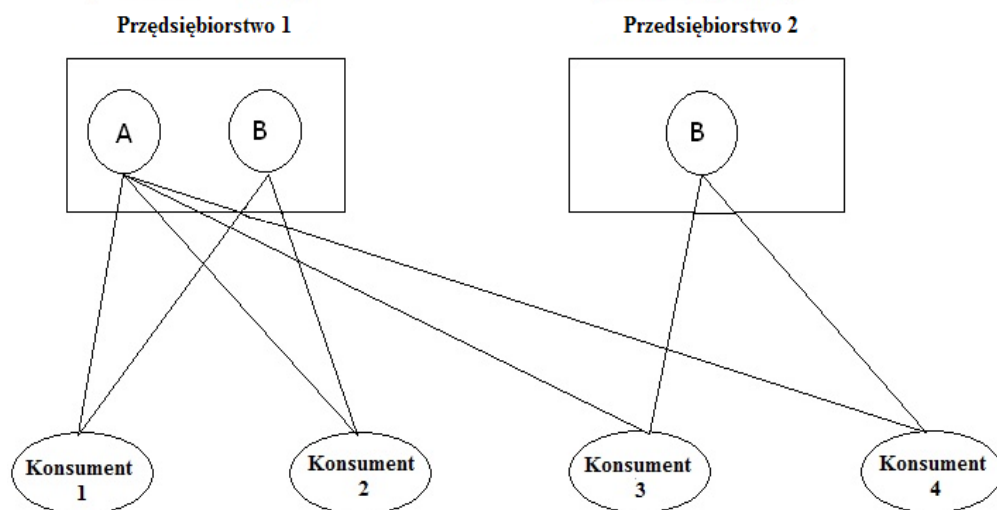
¹³⁹ Ibidem, s. 466.

¹⁴⁰ M. D. Whinston, *Tying, foreclosure and exclusion*, National Bureau of Economic Research 1989, s. 2.

¹⁴¹ K. Kłincewicz, op. cit., s. 170-171.

entry), gdyż każdy potencjalny konkurent rozpoczynający na nim swoją działalność będzie musiał zaoferować konsumentom również produkt A, co doprowadzi do zwiększenia kosztów tej działalności¹⁴². Niniejsze zjawisko obrazuje wykres 4.

Wykres 4. Transakcje wiązane jako przykład wykluczenia konkurencji



Wykres pokazuje sytuację rynkową, w której konkurują ze sobą dwa podmioty - Przedsiębiorstwo 1 i Przedsiębiorstwo 2. Na rynku obecni są również czterej konsumenci, którzy nabywają produkt A i B od wspomnianych podmiotów. Rynek produktu A jest w tym przypadku rynkiem monopolistycznym - Przedsiębiorstwo 1 dostarcza produkt A wszystkim konsumentom. Brak jest przy tym innych podmiotów, które miałyby w swej ofercie produkt B. Inna sytuacja panuje na rynku produktu B, który dostarczany jest konsumentom przez obydwa przedsiębiorstwa. W sytuacji, gdy przedsiębiorstwo 1 zacznie sprzedawać produkt A z produktem B, przedsiębiorstwo 2, nie będąc w stanie oferować obydwu dóbr łącznie, zostanie wykluczone z rynku produktu B.

Rekapituluując powyższe wnioski, uznaje się, że transakcje wiązane -szczególnie klasyczna sprzedaż pakietowa - są postrzegane jako zachowania, które mają służyć przede wszystkim ograniczeniu konkurencji na rynku produktu związanego. Herbert Hovenkamp wskazuje, że najczęstszymi konsekwencjami zamknięcia rynku, obok stopniowego umacniania się na nim jednego przedsiębiorcy, jest przede wszystkim „długookresowa stagnacja oraz brak konkurencyjnej vitalności”¹⁴³. Skutki efektu

¹⁴² Ibidem.

¹⁴³ H. Schmidt, op. cit., s. 30.

wykluczenia (zamknięcia) odczuwalne są również dla konsumentów, gdyż wiążą się z ograniczeniem oferty asortymentowej rynków niższego szczebla¹⁴⁴.

W dobie zachodzącej w ostatnich czasach przemian gospodarczych, część przedstawicieli doktryny zwraca uwagę, że coraz większą rolę w gospodarce światowej zaczynają odgrywać rynki nowoczesnych technologii. Charakteryzują się one występowaniem efektów sieciowych (aktualni konsumenci konkretnego dobra odnoszą korzyści, gdy używa go coraz więcej osób) oraz ograniczoną liczbą konkurentów, którzy są w stanie ponieść wysokie koszty wejścia na rynek i działalności (odpowiednio koszty utopione i stałe). Ze względu na specyfikę tych rynków zastosowanie transakcji wiązanych znacznie zwiększy skutki efektu wykluczenia, praktycznie eliminując możliwość wejścia na rynek nowych podmiotów¹⁴⁵.

2.3.2.2. „Podcinanie cen” konkurencji (*undercutting rivals' price*)

Kolejna przesłanka zachęcająca przedsiębiorców do stosowania transakcji wiązanych jest dotyczy omówionego wcześniej efektu dźwigni (ang. *leveraging*). Największym beneficjentem zachowania polegającego na „podcinaniu cen” jest przedsiębiorstwo posiadające znaczącą pozycję na rynku produktu wiążącego. Dzieje się tak, ponieważ monopolista lub dominant wchodzący na rynek produktu związanego jest w stanie zaoferować niższą cenę za produkt B (produkt wiązany) będący częścią pakietu. Jest to możliwe, gdyż niższa cena tego produktu zostanie zrekompensowana zyskami osiągniętymi ze sprzedaży produktu A, na którego rynku przedsiębiorstwo zajmuje dominującą lub monopolistyczną pozycję¹⁴⁶. Konsumenci, którzy zgłaszają zapotrzebowanie na produkt B, wybiorą ofertę pochodzącą od dominanta, gdyż produkt wiązany oferowany jest po cenie niższej od cen proponowanych przez inne podmioty na rynku. Konsumenci, którzy zainteresowani są kupnem produktu A, muszą na skutek wiązania kupić również produkt B, gdyż na rynku nie ma alternatywnego dostawcy oferującego produkt A osobno, bez produktu związanego. W celu ochrony swoich interesów przedsiębiorcy działający tylko na rynku produktu związanego mogą albo zwiększyć swój asortyment produktowy o towar A, albo przystąpić do „wojny cenowej”

¹⁴⁴ Rynkiem niższego szczebla (ang. *downstream market*) jest rynek kolejnego etapu łańcucha produkcji lub dystrybucji (np. dystrybucja pojazdów osobowych jest rynkiem niższego szczebla w odniesieniu do rynku ich produkcji).

¹⁴⁵ K. Klincewicz, op. cit., s. 172-174.

¹⁴⁶ D. Miąsik, *Sprzedaż wiązana...*, op. cit., s. 93.

z przedsiębiorstwem dominującym¹⁴⁷. Zarówno pierwsza, jak i druga opcja stanowią znaczącą barierę ekspansji lub wejścia, gdyż wymagają od konkurentów poniesienia znacznych nakładów. W przypadku, gdy rynek produktu A zdominowany jest przez monopolistę, jedyną możliwością, która daje szansę zniwelowania niekorzystnej przewagi, jest obniżenie ceny produktu B. Należy zaznaczyć jednak w tym miejscu, że monopolista lub dominant na rynku produktu A w większości przypadków będzie w o wiele korzystniejszej sytuacji, gdyż pobierając wyższą cenę za dobro A jest w stanie nie tylko istotnie zmniejszyć cenę dobra B, ale również obniżyć ją poniżej kosztów produkcji¹⁴⁸. Działanie takie uniemożliwia pozostałym podmiotom konkurowanie ceną, gdyż nie posiadając innych źródeł finansowych, nie są w stanie sprzedawać produkowanych dóbr poniżej kosztów, jakie związane są z ich produkcją lub dystrybucją¹⁴⁹. Z ekonomicznego punktu widzenia powyższe działanie nie ma logicznego uzasadnienia - zarówno dominant, jak i jego konkurenci na rynku produktu związanego zdobywają mniejsze zyski, niczego przy tym nie osiągając (zwłaszcza w krótkiej perspektywie). Powyższa praktyka nazywana w nauce ekonomii **subsydiowaniem skrośnym** (ang. *cross-subsidy*) i oceniana jest negatywnie z dwóch powodów. Po pierwsze, prowadzi do monopolizacji kolejnych rynków przez przedsiębiorstwa o ugruntowanej sile rynkowej, tworząc nie tylko bariery wejścia na te rynki, ale również uniemożliwiając obecnym na nich podmiotom ekspansję i funkcjonowanie. Po drugie, subsydiowanie połączone ze sprzedażą związaną i pakietową może prowadzić do pozbawienia konsumentów dobra wiążącego wyboru tańszej alternatywy¹⁵⁰.

Analizując powyższe zagadnienie z perspektywy długoterminowej, należy się spodziewać, że dominant będzie „podcinał ceny” (ang. *undercut*) do momentu, gdy uzyska uprzywilejowaną pozycję również na rynku produktu związanego¹⁵¹. Transakcje związane stają się w tym przypadku narzędziem, które zwiększa efektywność stosowanych przez przedsiębiorstwa dominujące (monopolistów) **drapieżnych praktyk cenowych** (ang. *predatory pricing*), przyspieszając moment przejścia kolejnych rynków¹⁵².

¹⁴⁷ G. Goeteyn, S. Mavroghenis, M. Piergiovanni, E. Reed, D. Ridyard, *Predatory Pricing* [w:] D. Geradin (red.), *Global Competition Law Centre Research Papers on Article 82 EC*, Brugia 2005, s. 79.

¹⁴⁸ Ibidem, s. 67.

¹⁴⁹ Ibidem, s. 69.

¹⁵⁰ D. Miąsik, *Sprzedaż wiązana...*, op. cit., s. 93.

¹⁵¹ B. Nalebuff (1), *Bundling, Tying...*, op. cit., s. 30-40.

¹⁵² H. Schmidt, op. cit., s. 34-35.

2.3.2.3. Rozwój i badania (*research & development*)

Powszechnie uznaje się, że produkty oferowane w pakiecie lub wiązaniu mogą znacznie przekroczyć swoją indywidualną wartość¹⁵³. Jest to szczególnie widoczne w przypadku wiązań o charakterze technologicznym, za pomocą których tworzy się często zupełnie inne produkty. Przykładem takiego wiązania może być samochód (złożony z kół, silnika, chłodnicy, wycieraczek, itd.) lub komputer (zbudowane m.in. z układów scalonych, dysku twardego, procesora). W obydwu tych przypadkach wartość produktu będącego końcowym efektem integracji technologicznej znacznie przewyższa wartość poszczególnych komponentów wchodzących w jego skład. Obydwa powyższe przypadki udowodniły również, że inwestycje w innowacje będą dla większości przedsiębiorców szansą zdobycia nowych rynków, co często wiąże się z maksymalizacją zysków i zwiększeniem posiadanej siły rynkowej. Zwrócił na to uwagę Joseph Schumpeter, który w 1942 r. stwierdził, że „w rzeczywistości kapitalizmu, w odróżnieniu od jego książkowej wersji, liczy się **konkurowanie nowym produktem, nową technologią, nowym typem organizacji** czy nowym źródłem dostaw. [...] Tego rodzaju konkurowanie pozwala osiągnąć **zdecydowanie większą przewagę**, która całkowicie odmienia fundamenty firmy, a nie tylko kosmetycznie poprawia jej poziom kosztów czy marżę”¹⁵⁴.

Stosowanie transakcji wiązanych - szczególnie o charakterze technologicznym - może mieć istotny wpływ w rozwój dynamicznych i opartych na innowacji rynków¹⁵⁵. Za przykład ilustrujący to stwierdzenie może posłużyć wprowadzenie na rynek amerykański w pierwszej połowie lat osiemdziesiątych zeszłego wieku minivana - pojazdu będącego połączeniem ciężarówki oraz samochodu osobowego. Przeprowadzone badania pozwoliły stwierdzić, że wiązanie technologiczne, którego efektem było stworzenie nowego produktu, przyniosło istotne korzyści zarówno dla producentów, jak i konsumentów¹⁵⁶. W ciągu jednego roku od wprowadzenia minivana na rynek firma Chrysler zwiększyła swój zysk o 202 mln dolarów, co stanowiło prawie piętnastoprocentowy wzrost w stosunku do wyników z roku poprzedniego. Pod koniec 1987 r. sprzedaż minivanów opatrzonych znakami marki Chrysler wygenerowała dla producenta zyski wynoszące około 1,5 mld dolarów, przekraczając ponad dwukrotnie sumę 700 mln zainwestowaną

¹⁵³ B. Nalebuff (1), *Bundling, Tying...*, op. cit., s. 59-60.

¹⁵⁴ J. Schumpeter, *Capitalism, Socialism & Democracy*, Routledge 2003, s. 84.

¹⁵⁵ D.E. Gaynor, op. cit., s. 1.

¹⁵⁶ A. Petrin, *Quantifying the Benefits of New Products: The Case of the Minivan*, "Journal of Political Economy" 2002, Vol. 110, No. 4, s. 727-728.

w proces badawczy i wynalezienie nowego produktu¹⁵⁷. Integracja technologiczna, której skutkiem było stworzenie nowego pojazdu miała również wpływ na wymierny przyrost dobrobytu konsumentów. Jego wysokość w drugiej połowie lat osiemdziesiątych została oszacowana na 626 mln dolarów rocznie. Prawie połowa z tej sumy pochodziła ze zwiększonej konkurencji cenowej pomiędzy działającymi na odrębnym rynku producentami samochodów osobowych. Druga połowa była zaś efektem zwiększonej konkurencji na rynku właściwym minivanów, na który wchodziły kolejne koncerny motoryzacyjne¹⁵⁸. W ciągu pierwszych pięciu lat od wprowadzenia nowego pojazdu (lata 1984-1988) całkowity przyrost dobrobytu oszacowany został na 2,9 mld dolarów, z czego 2,8 mld pochodziło z nadwyżki konsumenta¹⁵⁹. Podsumowując powyższy przykład, należy stwierdzić, że technologiczna sprzedaż wiązana umożliwiła z jednej strony znaczący przyrost dobrobytu konsumentów, a z drugiej wygenerowała dla producentów znaczące zyski, które nie tylko pozwoliły im pokryć koszty związane z badaniami i rozwojem, ale były również dodatkową motywacją do inwestycji w innowacje¹⁶⁰.

Niektórzy autorzy uważają, że wpływ transakcji wiązanych na innowacyjność na danym rynku lub w danym sektorze gospodarki może nieść za sobą również negatywne skutki¹⁶¹. Taka sytuacja ma miejsce szczególnie w przypadku monopolisty lub przedsiębiorstwa dominującego, którzy swoją uprzywilejowaną pozycję przenoszą na kolejne rynki. Intensywne i kapitałochłonne inwestycje w badania i rozwój nastawione są w ich przypadku na tworzenie barier wejścia dla nowych przedsiębiorców lub barier ekspansji dla obecnych na rynku konkurentów, aniżeli na rozwój dynamicznych i opartych na innowacji rynków¹⁶².

2.3.2.4. Ukrywanie cen oferowanych produktów (*price obfuscation*)

Wszystkie zaprezentowane powyżej motywy stosowania sprzedaży wiązanej i pakietowej przez przedsiębiorców dotyczyły przede wszystkim relacji pomiędzy przedsiębiorcami działającymi na określonym rynku. Ich wpływ na konsumentów był najczęściej rozpatrywany w drugiej kolejności. Mając to na uwadze, należy dodać, że transakcje wiązane wykorzystywane są również w celu ukrycia przed konsumentami rzeczywistej wartości produktów oferowanych w ramach pakietu lub wiązania. Jak już wspomniano, zarówno w doktrynie ekonomicznej, jak

¹⁵⁷ Ibidem, s. 726.

¹⁵⁸ Ibidem, s. 728.

¹⁵⁹ Ibidem, s. 727.

¹⁶⁰ D. E. Gaynor, op. cit., s. 22-23.

¹⁶¹ J. P. Choi, *Tying and innovation: a dynamic analysis of tying arrangements*, The Economic Journal (2004), Vol. 114, No. 492, s. 83-87.

¹⁶² Ibidem, s. 97-99.

i w powszechnej świadomości konsumentów istnieje przekonanie, że połączone towary reprezentują znacznie większą wartość niż w przypadku ich indywidualnej sprzedaży. Niektórzy autorzy twierdzą, że takie przekonanie wynika z charakteru samych wiązań, które mogą również zniekształcać rzeczywistą cenę kupowanego pakietu¹⁶³.

Jednym z najczęściej przytaczanych przykładów ilustrujących to zjawisko jest wprowadzenie na rynek aplikacji Microsoft PowerPoint¹⁶⁴. Pojawienie się na rynku nowego produktu przez długi czas nie zapewniało mu dostatecznej popularności, plasując go poza czołówką aplikacji tego typu. Sytuacja zmieniła się z chwilą, gdy Microsoft zdecydował się połączyć wszystkie aplikacje swojego autorstwa (Word, Excel, Outlook itp.) i sprzedawać je jako pakiet. Jego cena była znacznie niższa od sumy cen odrębnie nabywanych produktów składowych. W ten sposób wykreowano w umysłach konsumentów przeświadczenie, że mają szansę nabycia wartościowego produktu w ramach stosunkowo taniego pakietu. W rezultacie pakiet firmy Microsoft nie tylko uzyskał w krótkim okresie istotną przewagę nad produktami konkurencji, przynosząc producentowi duże zyski, ale również uczynił program PowerPoint standardem biurowym o światowym wymiarze.

2.4. Podsumowanie części ekonomicznej

Celem niniejszego rozdziału było ukazanie ekonomicznej natury sprzedaży związanej i pakietowej, która często jest pomijana przy prawnej analizie omawianych praktyk. Na podstawie wyżej przytoczonych przykładów można uznać, że przedstawiciele doktryny ekonomicznej nie wypracowali jednoznacznej oceny ekonomicznych skutków stosowania transakcji wiązanych i ich ewentualnego wpływu na konkurencję. Dominujący w ostatnim czasie pogląd łączy akceptację niniejszych praktyk, uwzględniając jednocześnie większość zastrzeżeń szkoły harwardzkiej, która wskazywała na antykonkurencyjne skutki stosowania sprzedaży pakietowej i związanej. Większość ekonomistów uznaje, że bezwzględne zakazanie stosowania praktyk polegających na wiązaniu dwóch lub więcej dóbr byłoby przede wszystkim bardzo trudne do zrealizowania w jakimkolwiek systemie prawnym, ponieważ nie uwzględniałoby dwóch powszechnych i bardzo utrwalonych w obrocie sposobów sprzedaży towarów i usług. Niewątpliwym pozostaje fakt, że w wielu przypadkach transakcje wiązane prowadzą do pozytywnych z ekonomicznego punktu widzenia skutków (ang. *efficiencies*), przyczyniając się m.in. do rozwoju

¹⁶³ B. Nalebuff (1), *Bundling, Tying...*, op. cit., s. 61.

¹⁶⁴ Ibidem, s. 62.

innowacji, redukcji kosztów działalności, jak również gwarantując odpowiednią jakość i bezpieczeństwo oferowanych dóbr. Obok istotnych korzyści należy zwrócić uwagę, że sprzedaż pakietowa i wiązana, szczególnie, gdy stosowane są przez podmioty o znacznej sile rynkowej, mogą negatywnie wpływać na konkurencję. Przedsiębiorstwa dominujące lub monopoliści mogą wykorzystać je w celu zdobycia kolejnych rynków, tworzenia na nich barier wejścia i ekspansji, które nie tylko uniemożliwiają prawidłowe funkcjonowanie innych firm, ale również przyczyniają się do szeregu negatywnych konsekwencji dla konsumentów (zwiększenie cen, ograniczenie wielkości produkcji itp.).

Analiza działalności przedsiębiorców przy pomocy instrumentów oferowanych przez nauki ekonomiczne pozwala na wyciągnięcie wniosków, które ze swej natury mają często charakter teoretyczny i niekoniecznie znajdują zastosowanie w rzeczywistości. Dokładniejsza ocena transakcji wiązanych musi być zatem poprzedzona badaniem prawa, które reguluje przedmiotowe praktyki przedsiębiorców na terytorium Unii Europejskiej.

3. PRAWNA ANALIZA SPRZEDAŻY WIĄZANEJ I PAKIETOWEJ

3.1. Prawo a polityka konkurencji Unii Europejskiej

Zasadniczą rolę w kształtowaniu zasad i określaniu celów prawa antymonopolowego na terenie Unii Europejskiej odgrywa polityka konkurencji. Ze względu na polityczno-gospodarcze korzenie wspólnot europejskich politykę konkurencji uznaje się za jedną z głównych i najwcześniej uzgodnionych polityk określających ramy współpracy pomiędzy państwami członkowskimi¹⁶⁵. Pomimo upływu lat część jej podstawowych celów, m.in. promocja konkurencyjnych zachowań przedsiębiorców i wolnego rynku, wciąż zachowuje swoją aktualność¹⁶⁶. Powoduje to, że zarówno pojęcia „prawo konkurencji” i „polityka konkurencji” stosowane są często zamiennie - jako synonimy. W rzeczywistości prawo konkurencji należy uznać za podstawowe narzędzie służące polityce konkurencji do zagwarantowania, że zarówno przedsiębiorcy, jak i poszczególne państwa nie będą podejmować działań ograniczających konkurencję na rynku europejskim¹⁶⁷. Powyższe konkluzje przedstawiciele doktryny znajdują podstawę zarówno w aktach normatywnych, jak również w praktyce stosowania przepisów prawa unijnego przez organy i sądy europejskie.

Ostatnia dekada była dla prawa i polityki konkurencji jednym z najbardziej kluczowych okresów. Perspektywa przyjęcia nowych krajów członkowskich w struktury Unii Europejskiej ujawniła liczne problemy związane z konkurencyjnością gospodarek dotychczasowych i nowych członków, które mogły stworzyć realne zagrożenie dla koncepcji „wspólnego rynku”¹⁶⁸. Konsekwencją tych obaw było ogłoszenie w marcu 2000 r. przez Radę Europejską tzw. strategii lizbońskiej¹⁶⁹, której jednym z głównych celów było uczynienie Unii Europejskiej „najbardziej konkurencyjną, opartą na wiedzy gospodarką na świecie, zdolną do utrzymywania zrównoważonego wzrostu gospodarczego, stworzenia większej liczby miejsc pracy

¹⁶⁵ M. Cini, L. McGowan, *Competition Policy in the European Union*, St. Martin's Press 2008, s. 16-19.

¹⁶⁶ A. Jones, B. Sufrin, op. cit., s. 1-3.

¹⁶⁷ Ibidem, s. 2-3.

¹⁶⁸ M. Radło, *Strategia lizbońska*, Warszawa 2002, s. 14-16.

¹⁶⁹ T. Korbutowicz, *Polityka konkurencji Wspólnoty Europejskiej i Unii Europejskiej w latach 1962-1997*, Kraków 2004, s. 46.

oraz zachowania spójności społecznej”¹⁷⁰. Rezultatem tego przekształcenia było podpisanie 13 grudnia 2007 r. Traktatu z Lizbony zmieniającego Traktat o Unii Europejskiej i Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (dalej: traktat lizboński), który reformował instytucje rozszerzonej Unii Europejskiej.

Nowy traktat nie wprowadza istotnych zmian w europejskim prawie konkurencji, jednakże modyfikuje niektóre założenia polityki konkurencji¹⁷¹. Do momentu wejścia w życie traktatu lizbońskiego celem europejskiej polityki konkurencji było przede wszystkim zagwarantowanie na terenie Unii niezakłóconej konkurencji. Art. 3 Traktatu o Unii Europejskiej (dalej: TUE), który stanowi o celach Unii, nie zawiera w obecnym brzmieniu odniesień do kwestii zapewnienia niezakłóconej konkurencji. Aktualnie jest ona bowiem jedynie środkiem do osiągnięcia innego celu, jakim jest zintegrowany rynek wewnętrzny¹⁷². Dołączony do traktatów Protokół 27¹⁷³ stanowi *expressis verbis*, że rynek wewnętrzny obejmuje system zapewniający niezakłóconą konkurencję, a państwa członkowskie mogą w ramach poprawnego funkcjonowania tego systemu uchylać nowe uprawnienia dla organów, które dotychczas nie miały podstawy prawnej w przepisach Traktatu Ustanawiającego Wspólnotę Europejską (dalej: TWE)¹⁷⁴. Do innych środków zapewniających bezpieczeństwo zintegrowanego rynku wewnętrznego zalicza się ponadto usuwanie barier dla swobodnego przepływu towarów, osób i kapitału, zmniejszanie asymetrii informacyjnej pomiędzy dostawcami i konsumentami, jak również zmniejszanie kosztów transakcji handlowych¹⁷⁵. Według nowej wersji TUE, Unia Europejska ma za zadanie dbać nie tylko o zrównoważony rozwój gospodarczy oraz stabilne ceny, ale również walczyć z wykluczeniem społecznym i promować postęp technologiczny¹⁷⁶.

Powyższe przepisy traktatowe wskazują, że cele o charakterze nieekonomicznym odgrywają znaczącą rolę w kształtowaniu polityki konkurencji w Unii Europejskiej. Państwa członkowskie zdecydowały, że alokacyjna i produkcyjna efektywność nie są jedynymi aspektami branymi pod uwagę przy analizowaniu określonych zachowań przedsiębiorców. Jest to wyraźna różnica pomiędzy polityką konkurencji w Unii Europejskiej i w Stanach Zjednoczonych, gdzie oparte na ekonomicznej

¹⁷⁰ Ibidem, s. 46-47.

¹⁷¹ B. Kurcz, *Lizboński miszmasz. Wpływ Traktatu Lizbońskiego na prawo konkurencji*, [w:] B. Kurcz (red.), *Prawo i ekonomia konkurencji. Wybrane zagadnienia*, Warszawa 2010, s. 31.

¹⁷² M. Szydło, *Swobody rynku wewnętrznego a reguły konkurencji. Między konwergencją a dywergencją*, Toruń 2006, s. 37 i nast.

¹⁷³ Protokół nr 27 w sprawie rynku wewnętrznego i konkurencji, Dz.Urz. UE C 115/309.

¹⁷⁴ B. Kurcz, op. cit., s. 31-32.

¹⁷⁵ Ibidem, s. 32.

¹⁷⁶ Ibidem, s. 33.

analizie podejście jednego celu (efektywność) postulowane przez szkołę chicagowską zdominowało politykę antymonopolową¹⁷⁷. W wyroku *SGL Carbon* Trybunał Sprawiedliwości trafnie skomentował przyczyny odrębności europejskiej polityki konkurencji, podkreślając, że „elementy stanowiące podwaliny systemów prawnych innych krajów w dziedzinie konkurencji obejmują nie tylko szczególne cele i założenia, lecz także prowadzą do przyjęcia konkretnych przepisów materialnych oraz do wywarcia zróżnicowanych skutków prawnych w zakresie prawa administracyjnego, karnego czy cywilnego w sytuacji, gdy władze tych krajów wykazały istnienie naruszeń reguł mających zastosowanie w zakresie konkurencji”¹⁷⁸. W oparciu o powyższe założenia doktryna wyróżniła szereg celów, które mają istotny wpływ na kształt konkurencji w Unii. W rezultacie można przyjąć, iż europejska polityka konkurencji dąży do:

- a) **dobrobytu konsumentów** będącego wynikiem promocji uczciwej konkurencji i efektywnej alokacji zasobów prowadzącej do realizacji potrzeb konsumentów;
- b) **ochrony konsumentów** rozumianej jako zabezpieczenie ich interesów m.in. przed antykonkurencyjnymi działaniami przedsiębiorców;
- c) **redystrybucji dochodu** (ang. *redistribution of wealth*) realizowanej poprzez uniemożliwienie przejęcia istotnej części dochodu przez małą liczbę przedsiębiorców;
- d) **ochrony małych i średnich przedsiębiorców**, przyczyniając się do wzrostu działających na rynku podmiotów i promując rozwój przedsiębiorczości;
- e) **integracji rynku wewnętrznego**, przyczyniając się do harmonizacji systemów prawnych i efektywniejszej współpracy gospodarczej państw członkowskich;
- f) **realizacji nieekonomicznych celów**, takich jak postęp społeczny, pełne zatrudnienie, ochrona środowiska itp.¹⁷⁹.

Zbliżone podejście do celów polityki konkurencji przedstawia Komisja Europejska, która już w 1972 r. w Pierwszym Sprawozdaniu dotyczącym Polityki Konkurencji podkreśliła, że „konkurencja jest najlepszym bodźcem do działalności ekonomicznej, ponieważ gwarantuje uczestnikom rynku najszerszą swobodę działania. Czynna polityka konkurencji oparta na postanowieniach traktatu ułatwia stałą adaptację struktur popytu i podaży do technicznej ewolucji,

¹⁷⁷ Z. Jurczyk, *Karteles w polityce...*, op. cit., s. 88.

¹⁷⁸ Wyrok ETS w sprawie C-333/94 *SGL Carbon AG p. Komisji Europejskiej* Zb. Orz. 2006, s. I-59777, pkt 23.

¹⁷⁹ M. Cini, L. McGowan, op. cit., s. 4; R. Whish, op. cit., s. 19-24.

a dzięki zastosowaniu zdecentralizowanego systemu podejmowania decyzji - stałe podwyższanie efektywności przedsiębiorstw. Jest podstawowym warunkiem poprawy standardu życia i zwiększenia możliwości zatrudnienia w państwach członkowskich Wspólnoty”¹⁸⁰. W kolejnych sprawozdaniach Komisja wskazuje, że kluczowymi czynnikami umożliwiającymi stworzenie silnej i efektywnej unii walutowo-gospodarczej są usuwanie barier i modernizacja struktury rynkowej, jak również przeciwdziałanie antykonkurencyjnym praktykom przedsiębiorców¹⁸¹. Zasadniczy wpływ na interpretację prawa konkurencji oraz realizację i uzupełnianie polityki konkurencji mają sądy europejskie - Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dawny Europejski Trybunał Sprawiedliwości) oraz Sąd (dawny Sąd Pierwszej Instancji). Z jednej strony orzecznictwo Trybunału i Sądu rozwiązuje praktyczne problemy związane ze stosowaniem europejskiego prawa konkurencji, z drugiej zaś umożliwia efektywne koordynowanie interpretacji wewnętrznych przepisów antymonopolowych w poszczególnych krajach¹⁸². W dalszej części niniejszego rozdziału zostanie dowiedzione, że dokonywana przez sądy europejskie wykładnia przepisów prawa konkurencji nie ogranicza się tylko do kwestii formalnych lub technicznych, ale odgrywa znaczącą rolę o charakterze legislacyjnym, w sposób istotny uzupełniając i racjonalizując normy prawne dotyczące konkurencji.

Zakres polityki konkurencji dotyczy sześciu kluczowych dla Unii Europejskiej obszarów dotyczących zarówno przedsiębiorców, jak i państw członkowskich. Są to:

- a) porozumienia między przedsiębiorcami ograniczające konkurencję,
- b) przypadki nadużycia konkurencji,
- c) kontrola koncentracji przedsiębiorstw,
- d) liberalizacja zmonopolizowanych sektorów gospodarki,
- e) monitorowanie pomocy państwa,
- f) współpraca z krajowymi organami ochrony konkurencji w państwach członkowskich Unii Europejskiej¹⁸³.

Na podstawie powyższego zestawienia można zauważyć, że pierwsze trzy obszary odnoszą się do aktywności prywatnych lub publicznych przedsiębiorców działających na rynku europejskim, a pozostałe - do państw członkowskich. Na potrzeby prawnej analizy sprzedaży pakietowej i związanej niniejsza praca skupia

¹⁸⁰ Komisja Europejska, *First Report on Competition Policy 1971*, Bruksela-Luksemburg 1972, s. 11.

¹⁸¹ Komisja Europejska, *28th Report on competition policy 1998*, Bruksela-Luksemburg 1999, s. 19.

¹⁸² T. Korbutowicz, op. cit., s. 58.

¹⁸³ http://ec.europa.eu/competition/consumers/what_pl.html, dostęp: 15.04. 2012 r.

się na pierwszych trzech obszarach polityki konkurencji, jak również sposobie ich realizacji przez prawo konkurencji.

3.2. Porozumienia wiązane (*tying agreements*) i art. 101 TFUE

3.2.1. Regulacja prawna

Istotną rolę w prawidłowej ocenie porozumień opartych na umowach wiązanych pomiędzy przedsiębiorcami odgrywa złożona struktura art. 101 TFUE. Niniejszy przepis podzielony jest na trzy ustępy. Pierwszy z nich zakazuje zawierania porozumień ograniczających konkurencję, podając przykładowy, otwarty katalog antykonkurencyjnych zachowań. Drugi ustęp wskazuje, że decyzje lub porozumienia sprzeczne z przepisem są nieważne z mocy prawa. Ostatni zawiera natomiast przesłanki, których spełnienie wyłącza poszczególne porozumienia spod zakazu. Sformułowany w niniejszym przepisie zakaz odnosi się zarówno do porozumień między przedsiębiorstwami, jak również decyzji związków przedsiębiorstw oraz uzgodnionych praktyk, które mogą wpływać na handel pomiędzy państwami członkowskimi i których celem lub skutkiem jest zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji wewnątrz wspólnego rynku. Sprzedaż wiązana należy do kategorii porozumień wiązanych, dlatego w dalszej części to właśnie na tę formę współpracy będzie położony szczególny nacisk.

Zgodnie z definicją legalną zawartą w art. 101 ust. 1 lit. e TFUE, porozumienia wiązane polegają na uzależnianiu zawarcia kontraktów od przyjęcia przez partnerów zobowiązań dodatkowych, które ze względu na swój charakter lub zwyczaje handlowe nie mają związku z przedmiotem tych kontraktów. Innymi słowy, praktyka monopolistyczna zdefiniowana w niniejszym artykule polega na uzgodnieniu między przedsiębiorstwami, że będą narzucać swoim kontrahentom świadczenia niepozostające w związku z przedmiotem transakcji. Odmianą tego zachowania jest również wzajemne zmuszanie swoich klientów do nabycia produktów drugiej strony¹⁸⁴.

O ile literalna wykładnia powyższego przepisu wskazuje jedynie na kontraktowy (umowny) charakter wiązań, o tyle przedstawiciele doktryny oraz orzecznictwo sądów unijnych wskazują, że porozumienia objęte zakazem art. 101 TFUE dotyczą

¹⁸⁴ D. Miąsik, *Komentarz do artykułu 81 TWE*, [w:] A. Wróbel (red.), *Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 369.

każdego stosunku prawnego między co najmniej dwoma przedsiębiorstwami, które w sposób nieskrępowany ustalają swoje zachowanie na rynku¹⁸⁵. Mając powyższe na uwadze, należy podkreślić, że zakaz ten odnosi się w jednakowym stopniu do współdziałania przedsiębiorstw na dwóch płaszczyznach: horyzontalnej i wertykalnej. Do pierwszej kategorii zalicza się porozumienia zawierane przez przedsiębiorstwa, które działają na tym samym poziomie handlu lub usług (np. producenci oprogramowania komputerowego)¹⁸⁶. Drugi rodzaj porozumień odnosi się natomiast do współdziałania przedsiębiorców prowadzących swoją działalność na różnych szczeblach gospodarowania, a zatem niebędących dla siebie bezpośrednimi konkurentami (np. producenci i dystrybutorzy samochodów osobowych)¹⁸⁷.

Pomimo że transakcje wiązane znajdują się w katalogu porozumień uznawanych za klasyczne praktyki monopolistyczne (tzw. *hardcore restriction*), nie należy w każdym przypadku kwalifikować ich w taki sposób¹⁸⁸. Oprócz wymienionych w definicji powodów porozumienia naruszają zakaz z art. 101 ust. 1 lit. e) TFUE w sytuacji, gdy spełnione zostaną łącznie cztery przesłanki: 1) cel lub skutek określonego porozumienia przyczynia się do ograniczenia konkurencji, 2) współdziałanie między przedsiębiorstwami wywołuje skutek w handlu pomiędzy państwami członkowskimi, 3) dany typ porozumień nie jest wyłączony spod zakazu zgodnie z art. 101 ust. 3 TFUE, 4) porozumienie wywołuje odczuwalne dla rynku skutki¹⁸⁹.

Transakcje wiązane w zakresie objętym art. 101 TFUE odnoszą się zarówno do porozumień o charakterze horyzontalnym, jak i wertykalnym. O ile wiązane porozumienia horyzontalne są stosunkowo łatwe do zweryfikowania, o tyle porozumienia wertykalne mają bardziej złożony charakter¹⁹⁰. Komisja Europejska w wytycznych¹⁹¹ podkreśla, że transakcje wiązane mogą stanowić wertykalne ograniczenie konkurencji w rozumieniu powyższego przepisu zwłaszcza, jeżeli ich wynikiem jest zobowiązanie do jednomarkowości (ang. *single branding*

¹⁸⁵ P. Podrecki, *Porozumienia monopolistyczne i ich cywilnoprawne skutki*, "Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z wynalazczości i ochrony własności intelektualnej" (2000), z. 74, s. 42.

¹⁸⁶ M. Bychowska, *Zakaz praktyk ograniczających konkurencję. Kompetencje Prezesa Urzędu Konkurencji i Konsumentów oraz Komisji Europejskiej od 1 maja 2004 r.*, Warszawa 2004, s. 10.

¹⁸⁷ Ibidem.

¹⁸⁸ D. Miąsik, *Komentarz...*, op. cit., s. 363.

¹⁸⁹ Z. Jurczyk, *Cele polityki...*, op. cit., s. 217.

¹⁹⁰ L. Ritter, W. D. Braun, *European Competition Law: A practitioners guide*, Kluwer Law International 2005, s. 340-341.

¹⁹¹ Komisja Europejska, *Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych*, Dz.Urz. UE z 2010 r., C 130/01.

obligation)¹⁹². Jednomarkowość odnosi się do porozumień, których istota polega na naklonieniu lub zobowiązaniu konsumenta do ograniczenia zamówień do określonego rodzaju produktów dostarczanych przez jednego dostawcę¹⁹³. Powyższa sytuacja zachodzi między innymi w umowach dystrybucyjnych, które nakładają na kontrahentów zakaz konkurencji lub zmuszają ich do nabywania ustalonych ilości określonego dobra. Gdy zobowiązanie do jednomarkowości odnosi się do produktu związanego, porozumienie takie może prowadzić do ograniczenia konkurencji¹⁹⁴. W tym przypadku sprzedaż wiązana skutkuje narzucaniem kontrahentowi określonej ilości produktu związanego. Porozumienie takie w połączeniu z zakazem konkurencji w odniesieniu do dobra związanego może w konsekwencji doprowadzić do antykonkurencyjnych skutków w postaci zamknięcia dostępu do rynku produktu związanego, zmniejszenia wielkości jego produkcji, jak również zwiększenia ceny tego dobra. Jeżeli dodatkowo produkt związany jest zintegrowany z produktem wiążącym lub stanowi dla niego element uzupełniający, zmniejszenie dostępności tego produktu poprzez wykluczenie z rynku alternatywnych dostawców może istotnie utrudnić wejście na rynek produktu wiążącego¹⁹⁵.

Elementem racjonalizującym zakaz stosowania porozumień opartych na transakcjach wiązanych jest art. 101 ust. 3 TFUE. Wprowadza on katalog przesłanek wyłączających określone porozumienia spod zakazu. W przypadku, gdy konkretna transakcja wiązana negatywnie wpływa na konkurencję, konieczne jest sprawdzenie, czy spełnione są warunki określone w powyższym przepisie. W rozdziale poświęconym ekonomicznej analizie sprzedaży wiązanej i pakietowej wykazano, że transakcje tego typu mogą prowadzić do szeregu prokonkurencyjnych skutków. Mając to na uwadze, Komisja Europejska uznała, że zobowiązania wynikające ze sprzedaży wiązanej mogą przyczyniać się do odniesienia korzyści wynikających ze wspólnego systemu produkcji lub dystrybucji, znacząco zmniejszając koszty związane z tymi obszarami aktywności. W celu uznania transakcji wiązanej za spełniającą przesłanki z art. 101 ust. 3 TFUE będzie konieczne wykazanie w tym przypadku, że część redukcji kosztów (dystrybucji lub produkcji) jest przeniesiona na konsumentów¹⁹⁶. Innego rodzaju czynnikami, które mogą decydować o wyjęciu konkretnego porozumienia wiązanego spod zakazu są korzyści związane z zapewnieniem jednolitości i standaryzacją jakości oferowanych

¹⁹² Ibidem, par. 214.

¹⁹³ Ibidem, par. 128-129.

¹⁹⁴ Ibidem, par. 214.

¹⁹⁵ M. Salamonowicz, *Licencje patentowe i know-how na tle zakazu porozumień antykonkurencyjnych*, Warszawa 2001, s. 370.

¹⁹⁶ Komisja Europejska, *Wytyczne w sprawie ograniczeń...*, op. cit., par. 222.

towarów i usług. Ograniczenie konkurencji poprzez stosowanie sprzedaży związanej lub pakietowej może bowiem wpływać na stworzenie wizerunku konkretnej marki, prowadząc do zwiększenia atrakcyjności produktu wśród konsumentów i w konsekwencji do zwiększenia wielkości produkcji¹⁹⁷. Końcowym warunkiem decydującym o „wyjęciu” określonego porozumienia spod zakazu jest konieczność udowodnienia, że powyższych korzyści nie można osiągnąć równie skutecznie bez zmuszenia konsumentów do nabycia określonych dóbr od konkretnego dostawcy lub osoby przez niego wskazanej¹⁹⁸.

Duża część dotychczasowego orzecznictwa Komisji oraz sądów europejskich odnosząca się do sprzedaży związanej i pakietowej w kontekście zakazu z art. 101 ust. 1 TFUE zapadła na kanwie współdziałania przedsiębiorstw opartego na umowach licencyjnych¹⁹⁹. O istotnej roli transakcji związanych w porozumieniach licencyjnych świadczy fakt szczególnego uregulowania tej kwestii w rozporządzeniu Komisji Europejskiej nr 772/2004²⁰⁰. W przypadku tzw. transferu technologii (ang. *technology transfer*) za sprzedaż związaną uznaje się działanie licencjodawcy polegające na uzależnianiu udzielenia licencji na określoną technologię (produkt związany) od przyjęcia przez licencjobiorcę dodatkowej licencji lub zakupu konkretnego dobra od licencjodawcy lub podmiotu przez niego wskazanego²⁰¹. Negatywny charakter transakcji związanych w tym kontekście odnosi się szczególnie do przypadków, gdy licencje patentowe lub *know-how* zostają związane z produktem nieobjętym żadnym z tych praw własności intelektualnych²⁰². Sprzedaż pakietowa²⁰³ w porozumieniach transferu technologii jest natomiast rozumiana, jako łączne udzielenie licencji na dwa odrębne produkty. Zgodnie z wytycznymi Komisji Europejskiej²⁰⁴, transakcje związane w umowach transferu technologii naruszają art. 101 ust. 1 TFUE w sytuacji, gdy:

¹⁹⁷ Ibidem, par. 107 lit. i).

¹⁹⁸ Ibidem, par. 222.

¹⁹⁹ Por. Decyzja KE w sprawie *Vaessen/Morris*, Dz.U. z. EWG z 1979 r. L 19/32; Wyrok ETS w sprawie 193/83 *Windsurfing International Inc. p. Komisji*, Zb. Orz. 1986, s. 611.

²⁰⁰ Rozporządzenie KE nr 772/2004 w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do kategorii porozumień o transferze technologii, Dz.Urz. UE z 27 kwietnia 2004 r. L123/11.

²⁰¹ L. Kjolbye, L. Peepkorn, *The new technology transfer block exemption regulation and guidelines*, [w:] C.D. Ehlerman, I. Atanasiu (red.), *European Competition Law Annual 2005: The interaction between competition law and intellectual property law*, Hart Publishing 2006, s.190.

²⁰² M. Salamonowicz, op. cit., s. 370.

²⁰³ Określana w tym kontekście również mianem pakietów licencyjnych (ang. *package licensing*).

²⁰⁴ Komisja Europejska, *Wytyczne w sprawie stosowania artykułu 81 TWE do porozumień transferu technologii*, Dz.Urz. UE z 2004 r., C 101/02.

- a) połączone w ramach wiązania lub pakietu technologie lub produkty mają odrębny charakter, co oznacza, że na każde ze zintegrowanych dóbr musi istnieć inny popyt²⁰⁵;
- b) licencjodawca posiada na tyle znaczącą siłę rynkową na rynku produktu wiążącego, aby ograniczyć konkurencję na rynku produktu związanego. W przypadku braku takiej pozycji licencjodawca nie może wykorzystać porozumienia licencyjnego w celu utrudnienia innym dostawcom zbycia produktu związanego²⁰⁶;
- c) wiązanie lub pakiet dotyczy znacznej części popytu na produkt związany, co wpływa na zwiększenie tzw. efektów wykluczenia (ang. *foreclosure effects*)²⁰⁷.

Ostatnie dwa elementy są szczególnie istotne, gdyż sprzedaż wiązana i pakietowa są wyjęte spod zakazu z art. 101 ust. 1 TFUE, jeżeli udział dostawcy w rynku produktu wiążącego i związanego oraz udział nabywcy w rynkach właściwych nie przekracza 30 proc. w przypadku porozumień o charakterze wertykalnym albo 20 proc. w przypadku porozumień między konkurentami²⁰⁸. Komisja Europejska w swoich wytycznych wskazuje *expressis verbis*, że transakcje wiązane w porozumieniach licencyjnych mogą zarówno ograniczać konkurencję, jak i jej sprzyjać. Judykatura oraz przedstawiciele doktryny do najistotniejszych czynników antykonkurencyjnych zaliczają:

- a) zamknięcie rynków niższego szczebla (ang. *downstream market*) poprzez tworzenie barier wejścia na rynek;
- b) ograniczenie swobody działania innych dostawców na rynku produktu związanego, czego skutkiem jest ograniczenie wielkości produkcji i innowacyjności;
- c) stosowanie przez licencjodawcę wygórowanych opłat licencyjnych (ang. *royalties*)²⁰⁹.

Wśród korzyści wynikających ze stosowania transakcji wiązanych w porozumieniach transferu technologii Komisja Europejska wyszczególnia dwa przykłady. Po pierwsze, produkt związany często gwarantuje wykorzystanie licencjonowanej technologii zgodnie z wymogami technicznymi oraz standardami bezpieczeństwa. Po drugie, zastosowanie wiązania lub pakietu do licencjonowanej technologii

²⁰⁵ Ibidem, par. 191.

²⁰⁶ Ibidem, par. 193.

²⁰⁷ Ibidem.

²⁰⁸ M. Salamonowicz, op. cit., s. 370.

²⁰⁹ L. Kjolbye, L. Peepkorn, op. cit., s. 190-191.

może zwiększyć efektywność jej wykorzystania, generując dodatkowe zyski nie tylko po stronie licencjodawcy, ale również jego kontrahentów²¹⁰.

3.2.2. Przykłady z orzecznictwa

Przedstawiciele doktryny oraz skromne orzecznictwo organów i sądów europejskich wskazują, że sprzedaż wiązana i pakietowa sporadycznie naruszają zakaz z art. 101 ust. 1 lit. e) TFUE²¹¹. Na potrzeby niniejszej pracy przeanalizowane zostaną orzeczenia i decyzje w sprawach: *Vaessen/Morris*²¹², *Windsurfing*²¹³ oraz *Delimitis*²¹⁴. Ze względu na fakt, iż większość orzeczeń odnosi się do szeregu różnych zagadnień prawnych, zostaną one omówione jedynie w kontekście grupowych praktyk przedsiębiorców polegających na stosowaniu transakcji wiązanych.

3.2.2.1. Decyzja Komisji w sprawie *Vaessen/Morris*

Do połowy lat siedemdziesiątych ubiegłego stulecia transakcje wiązane nie odgrywały większej roli w stosowaniu przepisów europejskiego prawa konkurencji²¹⁵. W jednej z pierwszych decyzji, w sprawie *Vaessen/Morris* dotyczącej wykorzystania mieszanej sprzedaży pakietowej w porozumieniach licencyjnych, Komisja przyjęła formalistyczne podejście do powyższych praktyk, uznając je za klasyczne ograniczenie konkurencji (tzw. *per se illegality approach*) w rozumieniu art. 101 ust 1 lit. e) TFUE.

Decyzja Komisji w przedmiotowej sprawie zapadła na kanwie sporu między dwoma przedsiębiorcami prowadzącymi działalność gospodarczą na terenie Belgii oraz Holandii. Morris był posiadaczem patentu na urządzenie produkujące regionalny rodzaj kielbasy (*saucissons de Boulogne*). Był również głównym akcjonariuszem belgijskiej spółki ALMO, która zajmowała się produkcją oraz sprzedażą syntetycznych jelit do różnych rodzajów kielbas. W przeciwieństwie do urządzenia wytwarzającego wędliny, jelita nie miały ochrony prawnej i były dostarczane na rynek przez wielu przedsiębiorców. Dążąc do maksymalizacji zysków z dobra chronionego patentem, Morris udzielił firmie ALMO licencji na urządzenie do produkcji kielbas. W krótkim czasie niniejsza spółka udzieliła bezpłatnych sublicencji na posiadany produkt kilku przedsiębiorstwom wędliniarskim,

²¹⁰ Komisja Europejska, *Wytyczne w sprawie stosowania artykułu 81 TWE...*, op. cit., par. 194-195.

²¹¹ R. Whish, op. cit., s. 681; D. Miąsik, *Komentarz...*, op. cit., s. 363.

²¹² Decyzja KE w sprawie *Vaessen/Morris*, Dz.U. z. EWG z 1979 r. L 19/32.

²¹³ Wyrok ETS w sprawie 193/83 *Windsurfing International Inc. p. Komisji*, Zb. Orz. 1986, s. 611.

²¹⁴ Wyrok ETS w sprawie C-234/89 *Stergios Delimitis p. Henninger Bräu AG*, Zb. Orz. 1991, s. I-935.

²¹⁵ J. Langer, op. cit., s. 120.

pod warunkiem jednak, że będą zaopatrywać się w jelita wyłącznie w firmie kontrolowanej przez firmę Morris. W wyniku stosowania mieszanej sprzedaży pakietowej (jelita wraz z urządzeniem do produkcji kielbas) holenderski konkurent firmy ALMO - Vaessen - został pozbawiony możliwości wejścia na rynek produkcji syntetycznych jelit do kielbasy *saucissons de Boulogne*, gdyż znaczna część potencjalnych kontrahentów związana była porozumieniami licencyjnymi ze spółką belgijską.

W uzasadnieniu decyzji Komisja Europejska uznała, że praktyka sprzedaży pakietowej prowadzi do pozbawienia sublicencjobiorców swobody wyboru innej oferty niż ta zaproponowana przez spółkę ALMO²¹⁶. Zawarte porozumienia licencyjne stworzyły w konsekwencji bariery wejścia i ekspansji na rynku produkcji syntetycznych jelit do kielbasy *saucissons de Boulogne*, przyczyniając się, zdaniem Komisji, do istotnego ograniczenia konkurencji²¹⁷. Niniejsza konkluzja wynikała w istotnej mierze z wąskiego określenia rynku relewantnego, który odnosił się w wymiarze produktowym do produkcji jelit syntetycznych tylko jednego rodzaju kielbasy. Rezultatem takiego podejścia było uznanie, że spółka, ALMO posiadając ponad 60 proc. udziału w niniejszym rynku, za pomocą wertykalnych porozumień związanych z zakładami wędliniarskimi doprowadza do skutecznego wykluczenia przedsiębiorstw konkurencyjnych z rynku²¹⁸.

Powyższa decyzja nie zasługuje na aprobatę, gdyż ocena stosowania transakcji związanych pozbawiona była empirycznej analizy rzeczywistych skutków tej praktyki. Komisja Europejska orzekła naruszenie art. 101 ust. 1 TFUE, opierając się na założeniu, że sprzedaż pakietowa jest klasycznym przykładem ograniczenia konkurencji (ang. *hardcore restriction of competition*) i w konsekwencji powinna być zakazana *per se*, jeżeli nie jest wyłączona spod zakazu na podstawie art. 101 ust. 3 TFUE.

3.2.2.2. Orzeczenie Trybunału w sprawie *Windsurfing*

Orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości w niniejszej sprawie zapadło na kanwie sporu pomiędzy amerykańskim przedsiębiorstwem Windsurfing International posiadającym patent na tzw. pędnik (maszt, bom i żagiel) mocowany na produkowanych deskach windsurfingowych, a jego konkurentami na rynku europejskim²¹⁹. Korzystając z ochrony prawnej na technologię

²¹⁶ *Vaessen/Morris*, pkt 15.

²¹⁷ *Ibidem*, pkt 18.

²¹⁸ J. Langer, op. cit., s. 121-122.

²¹⁹ J. Majcher, *Orzeczenie Windsurfing International Inc. p. Komisji Wspólnot Europejskich*, [w:] A. Jurkowska, T. Skoczny (red.), *Orzecznictwo sądów wspólnotowych w sprawach konkurencji w latach 1964-2004*, Warszawa 2007, s. 220.

zapewniającą prawidłową eksploatację produktu, amerykańska spółka udzieliła przedsiębiorstwom z terenu Niemiec i Holandii licencji umożliwiających produkcję i sprzedaż na terenie Europy pędników i desek windsurfingowych. We wniosku do Komisji Europejskiej konkurenci licencjobiorców zarzucili spółce Windsurfing naruszenie przepisów konkurencji poprzez zawarcie porozumień, na mocy których licencjobiorca mógł sprzedawać pędniki do desek windsurfingowych (chronione patentem licencjodawcy) jedynie z deskami produkowanymi przez licencjobiorcę.

Rozstrzygając niniejszą sprawę, Trybunał Sprawiedliwości przychylił się do zdania Komisji Europejskiej i stwierdził brak obiektywnego uzasadnienia dla nałożenia na licencjobiorcę obowiązku sprzedaży opatentowanego produktu jedynie w pakiecie z produktem nieobjętym ochroną prawną. W szczególności Trybunał uznał za niezgodne z art. 101 ust. 1 TFUE sześć klauzul umów licencyjnych, z których trzy bezpośrednio dotyczyły stosowania transakcji wiązanych²²⁰.

Pierwsza z nich polegała na zobowiązaniu licencjobiorców do mocowania opatentowanych pędników jedynie na deskach windsurfingowych zatwierdzonych przez licencjodawcę. W sytuacji, gdy kontrola desek nie miała obiektywnego uzasadnienia w postaci zapewnienia zintegrowanemu produktowi (deska wraz z pędnikiem) odpowiednich wymogów technicznych lub standardów bezpieczeństwa, klauzulę tę należało uznać za praktykę ograniczającą konkurencję²²¹. Prowadziła ona bowiem do m.in. zmniejszenia wielkości produkcji dóbr nieobjętych prawem ochronnym, jak również zwiększenia ich ceny.

Druga klauzula dotyczyła narzucenia licencjobiorcom obowiązku uiszczenia opłat licencyjnych za pędnik obliczonych w oparciu o cenę netto pakietu windsurfingowego (deska wraz z pędnikiem)²²². Niniejsze wyliczenie powodowało nieopłacalność sprzedaży deski bez produktu objętego ochroną patentową.

Ostatnia z trzech zakwestionowanych przez Trybunał klauzul polegała na zakazie odrębnej sprzedaży pędników, tj. bez desek zatwierdzonych przez spółkę Windsurfing International²²³. Powyższa praktyka prowadziła w konsekwencji do ograniczenia konkurencji na rynku desek windsurfingowych, gdyż konkurenci licencjobiorców spółki Windsurfing International nie mogli nabywać od nich elementu niezbędnego do prawidłowego funkcjonowania oferowanego przez nich towaru.

²²⁰ 193/83 *Windsurfing International Inc. p. Komisji*, pkt 54-59.

²²¹ L. Ritter, W. D. Braun, op. cit., s. 197-198.

²²² Ibidem, s. 197.

²²³ J. Majcher, op. cit., s. 218-223.

Rozstrzygnięcie, które zapadło na kanwie sprawy *Windsurfing*, ma precedensowy charakter z kilku powodów. Po pierwsze, stanowi jeden z niewielu przykładów, w których Trybunał bezpośrednio odniósł się do praktyki stosowania transakcji wiązanych w zakresie art. 101 ust. 1 TFUE. Po drugie, wykazano, że transakcje wiązane w porozumieniach licencyjnych mogą nie tylko działać na niekorzyść licencjobiorców, którzy zmuszeni są do kupna opatentowanej technologii wraz z produktem nieobjętym taką ochroną, ale również prowadzić do znacznego ograniczenia konkurencji między licencjobiorcami, a innymi działającymi na rynku przedsiębiorstwami. Po trzecie, niniejsze orzeczenie jest jednym z pierwszych, gdzie w kontekście sprzedaży pakietowej dokonano wykładni relacji między prawem własności intelektualnej a prawem konkurencji, wskazując, że prawo ochrony konkurencji może ingerować w reżim prawa własności intelektualnej jedynie w odniesieniu do wykonywania praw wyłącznych i tylko w przypadku zaistnienia wyjątkowych okoliczności. Z powyższym rozstrzygnięciem można się zgodzić jedynie częściowo. Trybunał dokonał klarownego usystematyzowania klauzul opartych na sprzedaży związanej i pakietowej, uznając je za postanowienia, które „ze swej natury prowadzą do ograniczenia konkurencji”²²⁴.

Jedynymi elementami, które racjonalizują surową interpretację, są: obiektywne uzasadnienie integracji dwóch odrębnych produktów²²⁵, istnienie związku pomiędzy warunkami umowy licencyjnej a przedmiotową materią prawa własności intelektualnej oraz indywidualne wyłączenie na podstawie art. 101 ust 3 TFUE. Niewątpliwą wadą tego podejścia jest daleko posunięty formalizm, który uniemożliwia zbadanie rzeczywistych lub potencjalnych efektów stosowania transakcji wiązanych w porozumieniach licencyjnych.

3.2.2.3. Orzeczenie Trybunału w sprawie *Delimitis*

Jednym z kluczowych zagadnień badanych przez Trybunał w orzeczeniu *Delimitis* była ocena dopuszczalności porozumień o wyłącznej dostawie piwa. Trybunał w uzasadnieniu swojego rozstrzygnięcia dokonał rozróżnienia pomiędzy indywidualnymi umowami dystrybucyjnym i tzw. powiązanymi (lub też pakietowymi) umowami dystrybucyjnymi (ang. *bundle of similiar supply*

²²⁴ 193/83 *Windsurfing International Inc. p. Komisji*, pkt 59.

²²⁵ Trybunał za obiektywnie uzasadnione uznał m.in. zapewnienie wymogów bezpieczeństwa oraz standardów technicznych koniecznych do prawidłowego korzystania z produktu objętego ochroną praw własności intelektualnej.

agreements)²²⁶. Wspomniany wyrok został wydany przez Trybunał w odpowiedzi na pytanie prejudycjalne skierowane przez sąd we Frankfurcie nad Menem.

Stergios Delimitis był niemieckim przedsiębiorcą, który w 1985 r. wynajął pub od browaru Henninger Bräu w celu prowadzenia działalności gastronomicznej. W umowie najmu browar zastrzegł, że będzie dostarczał do pubu piwo oraz inne napoje. Na podstawie porozumienia zawierającego klauzulę wyłączności zakupu Delimitis zobowiązał się do zamawiania co najmniej 132 hektolitrow piwa rocznie. W przypadku kupna mniejszej ilości musiałby zapłacić ustaloną karę gwarancyjną za niedotrzymanie warunków umowy²²⁷. Rok po zawarciu porozumienia przedsiębiorca rozwiązał umowę, a browar obarczył go karą gwarancyjną i innymi kosztami, które potrącił z kaucji za najem pubu. Najemca zakwestionował żądania browaru, wszczynając postępowanie przed sądem krajowym w celu odzyskania potrąconej kwoty. W uzasadnieniu swojego roszczenia wskazał, że zawarta umowa była nieważna z mocy prawa na podstawie art. 101 ust. 2 TFUE²²⁸.

Rozstrzygając niniejszą sprawę, Trybunał wypowiedział się na temat tzw. powiązanych umów dystrybucyjnych piwa i ich zgodności z europejskim prawem konkurencji. Umowy tego typu polegają na zaoferowaniu kontrahentowi szeregu udogodnień związanych z rozpoczęciem i prowadzeniem działalności gospodarczej (np. niskooprocentowane pożyczki, umożliwienie wynajmu budynku, umeblowanie i wyposażeniu lokalu itp.) w zamian za zobowiązanie do wyłącznego zakupu produktów określonej marki, wytworzonych najczęściej przez producenta²²⁹. Trybunał rozstrzygnął, że w celu uznania tego rodzaju umowy, za porozumienie ograniczające konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1 TFUE konieczne jest zbadanie charakteru i zakresu poszczególnych umów wchodzących w jej skład²³⁰. W szczególności należy określić poziom ograniczenia dostępu do rynku relewantnego dla rzeczywistych lub potencjalnych konkurentów, jak również stopień przyczynienia się do tego ograniczenia przez kumulacyjny efekt indywidualnych porozumień wchodzących w skład umowy powiązanej²³¹. Samo istnienie powiązanej umowy dystrybucyjnej umożliwiającej uzyskanie dostępu do rynku nie jest czynnikiem decydującym dla uznania, że dostęp do rynku właściwego jest przez nią ograniczony. Jest to bowiem tylko jeden z kilku

²²⁶ P. Dębowski, *Stergios Delimitis p. Henninger Bräu AG* [w:] A. Jurkowska, T. Skoczny (red.), *Orzecznictwo sądów wspólnotowych w sprawach konkurencji w latach 1964-2004*, Warszawa 2007, s. 523-525.

²²⁷ C-234/89 *Stergios Delimitis p. Henninger Bräu AG*, pkt 3-5.

²²⁸ P. Dębowski, op. cit., s. 526.

²²⁹ C-234/89 *Stergios Delimitis p. Henninger Bräu AG*, pkt 10.

²³⁰ Ibidem, pkt 19.

²³¹ P. Dębowski, op. cit., s. 527-528.

elementów ekonomiczno-prawnej analizy, jakiej musi być poddane konkretne porozumienie o wyłącznej dostawie w celu stwierdzenia jego zgodności z prawem konkurencji.²³² Do pozostałych czynników Trybunał zaliczył m.in. realną i konkretną możliwość przystąpienia nowego konkurenta do sieci umów powiązanych²³³ oraz warunki, w jakich działają pozostali konkurenci na rynku właściwym (np. liczba i wielkość producentów na rynku, wierność konsumentów wobec marek itp.)²³⁴.

W niniejszym rozstrzygnięciu Trybunał nie uznał powiązanych umów dystrybucyjnych za niedozwolone *per se*. Podkreślił, że niniejsze umowy mogą stanowić wertykalne ograniczenie konkurencji w przypadku zobowiązania do jednomarkowości, gdy przemawia za tym przeprowadzona ekonomiczno-prawna analiza szeregu czynników. Powyższe podejście należy ocenić pozytywnie, gdyż umożliwia ocenę konkretnych porozumień między przedsiębiorcami w zgodzie z rzeczywistymi mechanizmami działającymi na konkretnym rynku.

3.3. Sprzedaż wiązana i pakietowa a nadużycie pozycji dominującej

3.3.1. Regulacja prawna i praktyka stosowania art. 102 lit. d) TFUE

O ile europejskie prawo konkurencji umieściło sprzedaż wiążaną i pakietową w katalogu grupowych oraz indywidualnych praktyk ograniczających konkurencję, o tyle przedstawiciele doktryny oraz judykatura łączą kwestię transakcji wiązanych głównie z jednostronnym zachowaniem przedsiębiorców, polegającym na nadużyciu pozycji dominującej²³⁵. Jest to *expressis verbis* uregulowane w artykule 102 lit. d) TFUE. Niniejsze zachowanie, podobnie jak inne praktyki wymienione w tym artykule, są bezwzględnie zakazane przez prawo konkurencji jako klasyczne przykłady nadużycia pozycji dominującej (ang. *hardcore restriction*). Przez bardzo długi czas to formalistyczne podejście było uzasadniane tym, że praktyki sankcjonowane przez art. 102 lit. d) TFUE w każdym przypadku prowadziły do ograniczenia konkurencji, która była już wcześniej osłabiona w wyniku funkcjonowania na rynku przedsiębiorstwa dominującego²³⁶. Powyższy pogląd

²³² C-234/89 *Stergios Delimitis p. Henninger Bräu AG*, pkt 20.

²³³ Ibidem, pkt 21.

²³⁴ Ibidem, pkt 23.

²³⁵ R. Whish, op. cit., s. 681.

²³⁶ A. Jurkowska, *Komentarz do artykułu 82 TWE*, [w:] A. Wróbel (red.), *Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską. Komentarz*, Warszawa 2009, s.448.

znalazł poparcie w judykaturze, która długo uznawała, że „art. 102 TFUE już z samego swego przedmiotu wyklucza jakikolwiek wyjątek od zakazu, jaki jest w nim określony”²³⁷.

Doktryna prawa konkurencji w celu usystematyzowania zachowań mogących prowadzić do nadużycia pozycji dominującej podzieliła je na trzy kategorie - praktyki wykluczające (ang. *exclusionary abuses*), praktyki eksploatacyjne (ang. *exploitative abuses*) oraz praktyki strukturalne (ang. *structural abuses*)²³⁸. Transakcje wiązane włączone zostały do grupy praktyk wykluczających, które wpływają przede wszystkim na strukturę rynku poprzez działania polegające na ograniczeniu wielkości produkcji, przenoszeniu siły rynkowej oraz tworzeniu barier wejścia oraz ekspansji w celu eliminowania konkurentów²³⁹. Podejście doktryny zostało przyjęte przez Komisję Europejską w wydanym w 2005 r. dokumencie dyskusyjnym dotyczącym stosowania art. 82 Traktatu (obecnie art. 102 TFUE)²⁴⁰. W dokumencie tym sprzedaż wiązana i pakietowa zostały uznane za praktyki wykluczające o charakterze pozacenowym²⁴¹.

Literalna wykładnia art. 102 lit. d) TFUE jednoznacznie wskazuje, że znajduje on zastosowanie do wiązań o charakterze kontraktowym. Przepis jasno precyzuje bowiem, że zakazane jest nadużywanie pozycji dominującej polegające na **uzależnianiu zawarcia umowy od przyjęcia dodatkowych zobowiązań**. Prowadzi to do konkluzji, że przesłankami uznania transakcji wiązanej za naruszenie prawa konkurencji są:

1. zajmowanie pozycji dominującej,
2. uzależnienie zawarcia umowy od przyjęcia dodatkowych zobowiązań,
3. brak związku pomiędzy dodatkowymi zobowiązaniami a głównym przedmiotem kontraktu.

Z tak skonstruowanego przepisu wynika, że stosowanie transakcji wiązanych przez przedsiębiorstwo o dominującej pozycji na określonym rynku powinno być bezwzględnie zakazane, bez konieczności wykazywania ich antykonkurencyjnych skutków. Istotny ze względu na kwalifikację prawną będzie sam fakt dokonania wiązania przez takie przedsiębiorstwo, a nie efekt w postaci czerpania dodatkowych

²³⁷ Wyrok ETS w sprawie 66/86 *Ahmed Saeed Flugreisen i in. p. Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs*, Zb. Orz. 1989 r., s. 803, pkt 32.

²³⁸ A. Jones, B. Sufrin, op. cit., s. 22-23; T. Skoczny, *W sprawie modernizacji stosowania zakazu nadużywania pozycji dominującej* [w:] C. Banasiński (red.), *Ochrona konkurencji i konsumentów w Polsce i Unii Europejskiej. Studia prawno-ekonomiczne*, Warszawa 2005, s. 119, 124-125.

²³⁹ D. Geradin, P. Hofer, F. Louis, N. Petit, M. Walker, *The concept of dominance in EC Competition Law*, Research Paper on the Modernization of Article 82 EC, Brugia - Natolin 2005, s. 6.

²⁴⁰ Komisja Wspólnot Europejskich, *DG Competition discussion paper...*, op. cit.

²⁴¹ Ibidem, par. 73.

korzyści ze sprzedaży produktu związanego czy rozszerzanie pozycji dominującej na rynek tego produktu²⁴².

Analiza większości spraw rozstrzyganych przez Komisję oraz sądy europejskie pozwala zaobserwować, że transakcje wiązane są postrzegane w orzecznictwie jako praktyki zakazane *per se*. Uzasadnienie tego podejścia bardzo często jest zbieżne z argumentami, jakie w latach pięćdziesiątych oraz sześćdziesiątych zeszłego stulecia wysuwali przedstawiciele szkoły harwardzkiej²⁴³. Przekonanie o antykonkurencyjnym charakterze sprzedaży wiązanej i pakietowej nie jest jednogłośnie akceptowane w literaturze. Część autorów wskazuje na liczne korzyści związane ze stosowaniem tego typu praktyk²⁴⁴, które w konsekwencji prowadzą do prokonkurencyjnych efektów na rynku²⁴⁵.

Brak stosownych przepisów racjonalizujących domniemanie występowania antykonkurencyjnych skutków w każdym przypadku stosowania sprzedaży wiązanej i pakietowej przez przedsiębiorstwa dominujące doprowadził do częściowego złagodzenia bezwzględnego zakazu stosowania tych praktyk. Dała temu wyraz Komisja Europejska w opublikowanych w 2009 r. wytycznych w sprawie priorytetów przy stosowaniu art. 102 TFUE²⁴⁶. Podkreślono wówczas, że stosowanie transakcji wiązanych ma na celu przede wszystkim „zaopatrywanie odbiorców w lepsze produkty lub oferowanie ich w bardziej kosztowo opłacalny sposób”. Przykładem tego zmodyfikowanego podejścia była również sprawa *Microsoft*²⁴⁷, w której Komisja zastosowała szereg instrumentów ekonomicznych w celu zweryfikowania rzeczywistego wpływu stosowania transakcji wiązanych na rynek. Niniejsze podejście spotkało się z aprobatą Sądu (wówczas Sąd Pierwszej Instancji), czego wynikiem było przyjęcie tzw. testu legalności wiązania, którego spełnienie decydowało o właściwej kwalifikacji prawnej tych zachowań. Jego główne założenia zostały przedstawione w opublikowanym przez Komisję Europejską dokumencie dyskusyjnym dotyczącym stosowania art. 82 Traktatu²⁴⁸. Obecnie znajduje on zastosowanie również w sprawach nieobjętych art. 102 TFUE, czego dowodem jest m.in. decyzja Komisji w sprawie koncentracji Microsoftu i Skype’a z roku 2011²⁴⁹.

²⁴² D. Miąsik, *Sprzedaż wiązana...*, op. cit., s. 96-97.

²⁴³ Patrz: podrozdział 2.1.1. Szkoła harwardzka, strukturalizm i teoria dźwigni (*leverage theory*).

²⁴⁴ Por. D. Miąsik, *Sprzedaż wiązana...*, op. cit., s. 94-95; P. Papandropoulos, op. cit., s. 4.

²⁴⁵ Niniejsze zagadnienia zostały omówione szerzej w rozdziale 2.

²⁴⁶ Komisja Europejska, *Wytyczne w sprawie priorytetów...*, op. cit., par. 49.

²⁴⁷ Decyzja KE w sprawie *Microsoft*, Dz.Urz. UE z 2007 r., L32/23.

²⁴⁸ Komisja Wspólnot Europejskich, *DG Competition discussion...*, op. cit., par. 182-206.

²⁴⁹ Decyzja KE w sprawie M.6281 *Microsoft/Skype*, Zb. Orz. 2011, C 341/02.

Obecnie w celu uznania sprzedaży związanej lub pakietowej za naruszenie art. 102 lit. d) TFUE konieczne jest łączne zaistnienie następujących okoliczności:

1. przedsiębiorstwo zajmuje pozycję dominującą na rynku właściwym,
2. przedmiotem transakcji związanej są dwa odrębne dobra,
3. konsumenci zmuszani są do nabycia produktu związanego łącznie z produktem wiążącym,
4. transakcja związana prowadzi do wykluczenia konkurencji na rynku,
5. brakuje obiektywnego uzasadnienia dla stosowania sprzedaży związanej lub pakietowej²⁵⁰.

3.3.1.1. Pozycja dominująca przedsiębiorstwa

Artykuł 102 TFUE zakazuje zachowań, które prowadzą do nadużycia pozycji dominującej. Rozpatrywanie tego zakazu w kontekście sprzedaży związanej i pakietowej prowadzi do wniosku, że koniecznym warunkiem uznania tych praktyk za niezgodne z prawem konkurencji jest zbadanie, czy posługujący się nimi podmiot posiada pozycję dominującą na rynku właściwym.

Zarówno TFUE, jak i akty prawa wtórnego nie zawierają definicji legalnej pozycji dominującej. Trybunał Sprawiedliwości wypełnił tę lukę, wypracowując w swoim orzecznictwie koncepcję, według której za pozycję dominującą uznaje się „ekonomiczną siłę przedsiębiorstwa, która stwarza mu możliwość zapobiegania utrzymaniu efektywnej konkurencji na rynku właściwym przez przyznanie mu możliwości zachowywania się w znacznym zakresie niezależnie od konkurentów, kontrahentów oraz ostatecznie – konsumentów”²⁵¹. W wyroku w sprawie *Hoffmann-La Roche*²⁵² Trybunał doprecyzował powyższą definicję, podkreślając, że pozycja dominująca „nie wyklucza pewnego zakresu konkurencji, ale umożliwia przedsiębiorstwu [...] przynajmniej znaczący wpływ na warunki, na jakich ta konkurencja może się rozwijać, a w każdym razie zachowywanie się bez uwzględnienia tych warunków, nie ponosząc z tego tytułu żadnej szkody”.

W celu stwierdzenia, czy określone przedsiębiorstwo posiada pozycję dominującą, konieczne jest przeprowadzenie dwustopniowego badania²⁵³. Pierwszym krokiem jest wyznaczenie rynku właściwego. Komisja Europejska w Obwieszczeniu

²⁵⁰ Komisja Wspólnot Europejskich, *DG Competition discussion...*, op. cit., par. 182-206.

²⁵¹ Wyrok ETS w sprawie 27/76, *United Brands p. Komisji*, Zb. Orz. 1978, s. 207, pkt 65.

²⁵² Wyrok ETS w sprawie 85/76 *Hoffmann-La Roche p. Komisji Europejskiej*, Zb. Orz. 1979, s. 461, pkt 39.

²⁵³ R. Whish, op. cit., s. 173-174.

w sprawie definicji rynku właściwego²⁵⁴ doprecyzowała, że rynek właściwy określany jest przez połączenie rynków asortymentowych oraz geograficznych. W konsekwencji rynek właściwy składa się z produktów lub usług uważanych za substytuty i obejmuje obszar, na którym warunki konkurencji są wystarczająco jednorodne²⁵⁵. Główny problem związany z wyznaczaniem rynku właściwego w przypadku transakcji wiązanych wynika z faktu, iż sprzedaż wiązana i pakietowa obejmują dwie kategorie dóbr - produkty związane oraz wiążące. Judykatura oraz przedstawiciele doktryny przyjmują, że w takich sytuacjach konieczne jest wyznaczenie obydwu rynków właściwych. Dowodem na istnienie rynku produktu związanego jest funkcjonowanie na nim konkurencyjnych dostawców²⁵⁶.

Drugim etapem jest badanie, czy siła ekonomiczna przedsiębiorstwa umożliwia mu wpływanie przez znaczny okres na poszczególne parametry rynku (m.in. cenę, innowacje, produkcję, asortyment produktowy)²⁵⁷. O rozmiarze posiadanej siły ekonomicznej decyduje szereg czynników, m.in. takich jak udział konkretnego przedsiębiorstwa w rynku relewantnym²⁵⁸, dostęp do surowców oraz odpowiedniego kapitału, jak również *know-how* oraz prawa własności intelektualnej²⁵⁹. Nieprawidłowe korzystanie z powyższych elementów może tworzyć bariery uniemożliwiające innym podmiotom wejście na określony rynek oraz działanie na nim (ang. *barriers of entry, barriers of expansion*).

Zgodnie z powszechnie przyjętą zasadą, sam fakt zajmowania przez określone przedsiębiorstwo pozycji dominującej na rynku właściwym nie jest zakazany w świetle art. 102 TFUE. Uprzywilejowana pozycja rynkowa może być naturalnym rezultatem konkurencji między aktywnymi na rynku podmiotami, w wyniku której jedno przedsiębiorstwo zdobywa przewagę nad innymi²⁶⁰. Zgodnie ze wspomnianym wyżej dokumentem dyskusyjnym, sprzedaż wiązana może prowadzić do naruszenia art. 102 lit. d) TFUE jedynie w przypadku, gdy przedsiębiorstwo posiada pozycję dominującą na rynku produktu wiążącego. W sytuacji, gdy pozycja dominująca zostanie stwierdzona zarówno na rynku produktu wiążącego, jak i związanego, prawdopodobieństwo uznania transakcji wiązanych za niezgodne z prawem

²⁵⁴ Komisja Europejska, *Obwieszczenie w sprawie definicji rynku do celów wspólnotowego prawa konkurencji*, Dz.Urz. WE z 1997 r., C372/5.

²⁵⁵ Ibidem, par. 25-31.

²⁵⁶ A. Jurkowska, *Komentarz...*, op. cit., s.446.

²⁵⁷ Komisja Wspólnot Europejskich, *DG Competition discussion...*, op. cit., par. 24.

²⁵⁸ 85/76 *Hoffmann-La Roche p. Komisji Europejskiej*, pkt 41.

²⁵⁹ M. Górka, *Przestanki uznania odmowy dostępu do własności intelektualnej za nadużycie pozycji dominującej* [w:] J. Kepiński, K. Klafkowska-Waśniowska, R. Sikorski, *Konkurencja a własność intelektualna*, Warszawa 2011, s. 4.

²⁶⁰ E. van Damme, P. Larouche, W. Mueller, *Abuse of a dominant position: cases and experiments*, TILEC Discussion Paper 2006, s. 4.

konkurencji jest większe²⁶¹. W przypadku klasycznej oraz mieszanej sprzedaży pakietowej wystarczające jest stwierdzenie pozycji dominującej na jednym z rynków produktowych (ang. *product market*) wchodzących w skład pakietu²⁶².

3.3.1.2. Odrębność połączonych dóbr

Zgodnie z literalną wykładnią art. 102 lit. d) TFUE, dwa produkty zostaną uznane za wiązanie lub pakiet, gdy ze względu na swój charakter lub zwyczaje handlowe **nie występuje pomiędzy nimi żaden związek**. Mając powyższe na uwadze, należy stwierdzić, że uznanie określonej transakcji związanej za praktykę ograniczającą konkurencję jest możliwe jedynie w przypadku stwierdzenia, że produkty będące jej przedmiotem są dobrami odrębnymi. O ile wskazówki Komisji wydają się w tej materii jasne i precyzyjne, o tyle praktyka stosowania art. 102 lit. d) TFUE pokazuje, że odrębność produktów może być w niektórych przypadkach bardzo trudna do stwierdzenia (np. sznurówki i buty, opony i samochód).

Komisja Europejska w wytycznych dotyczących priorytetów przy stosowaniu art. 102 TFUE podkreśla, że odrębność produktów zależy przede wszystkim od **popytu odbiorców**. Dwa produkty są odrębne, jeżeli przy braku sprzedaży związanej lub pakietowej znaczna liczba odbiorców nabywa produkt podstawowy, nie kupując produktu związanego od tego samego dostawcy²⁶³. W tym przypadku istnieje możliwość prowadzenia przez przedsiębiorców odrębnej produkcji obu produktów - wiążącego i związanego²⁶⁴. Ciężar udowodnienia odrębności produktów będących przedmiotem sprzedaży związanej i pakietowej spoczywa w każdym przypadku na Komisji Europejskiej, która musi wykazać, że konkretne dobra mogą być częścią wiązania lub pakietu. Bezpośrednim dowodem świadczącym o odrębności produktów jest fakt, iż konsumenci, mając nieskrępowany wybór, kupują produkt wiążący i związany niezależnie od ofert różnych dostawców²⁶⁵. Wśród dowodów pośrednio wskazujących na różny charakter i przeznaczenie określonych dóbr Komisja Europejska wskazuje m.in. obecność na rynku przedsiębiorstw specjalizujących się w produkcji lub sprzedaży produktu powiązanego bez produktu podstawowego, jak również brak skłonności przedsiębiorstw o niewielkiej władzy rynkowej, w szczególności na rynkach konkurencyjnych, do sprzedaży związanej lub pakietowej takich produktów²⁶⁶.

²⁶¹ Komisja Wspólnot Europejskich, *DG Competition discussion...*, op. cit., par. 184.

²⁶² P. Papandropoulos, op. cit., s. 3.

²⁶³ M. Dolmans, T. Graf, *Analysis of tying under article 82 EC. The European Commission's Microsoft decision in perspective*, *World Competition* 2004, No. 27(2), s. 227.

²⁶⁴ Komisja Europejska, *Wytyczne w sprawie priorytetów...*, op. cit., par. 51.

²⁶⁵ Ibidem.

²⁶⁶ Ibidem.

Dodatkowymi przesłankami branymi pod uwagę przez sądy europejskie przy ocenie odrębności produktów wchodzących w skład pakietu są m.in. charakter i właściwości techniczne produktów, historia rozwoju tych produktów, jak również dotychczasowe zachowanie przedsiębiorstwa dominującego na obydwu rynkach właściwych²⁶⁷.

3.3.1.3. Zmuszenie do nabycia pakietu lub wiązania

Komisja oraz sądy europejskie stoją na stanowisku, że transakcje wiązane naruszają europejskie prawo konkurencji tylko w przypadku, gdy **pozbawiają konsumentów możliwości nabycia** produktu wiążącego lub produktu związanego osobno²⁶⁸. Główną przesłanką decydującą o antykonkurencyjności sprzedaży wiązanej lub pakietowej jest więc **zmuszenie** (ang. *coercion*) konsumentów do zakupu towaru lub usługi, których nie nabyliby w innych okolicznościach, działając na konkurencyjnym rynku. Może ono przybrać wiele form (np. wprowadzenie dodatkowych klauzul do umowy, presja, dodatkowe korzyści, odmowa uznania gwarancji itp.).

3.3.1.4. Wykluczenie konkurencji na rynku

Jednym z głównych skutków stosowania sprzedaży wiązanej i pakietowej jest możliwość doprowadzenia do wykluczenia konkurencji z rynku produktu związanego²⁶⁹. O ile z literalnej wykładni art. 102 lit. d) TFUE nie wynika *expressis verbis* konieczność stwierdzenia efektu zamknięcia rynku (ang. *foreclosure effect*), o tyle orzecznictwo i przedstawiciele doktryny wydają się być zgodni, iż zakazanie niniejszych praktyk może być możliwe jedynie w sytuacji, gdy są one zdolne do ograniczenia konkurencji²⁷⁰. Organ antymonopolowy może przyjąć domniemanie istnienia nadużycia pozycji dominującej w przypadku stwierdzenia, że przedsiębiorstwo zajmujące dominującą pozycję na jednym rynku zdobywa w wyniku zastosowania transakcji wiązanych znaczącą przewagę na innym rynku²⁷¹. Głównym elementem, który badany jest przez Komisję Europejską w sprawach dotyczących nadużycia pozycji dominującej w kontekście stosowania transakcji wiązanych, jest ich wpływ na strukturę konkurencji na określonym rynku²⁷².

²⁶⁷ T-201-04 *Microsoft p. Komisji*, pkt 925.

²⁶⁸ Sprawa *Novo Nordisk* [w:] Komisja Europejska, *26th Report on Competition Policy*, pkt 35; Wyrok SPI w sprawie T-201-04 *Microsoft p. Komisji*, pkt 961.

²⁶⁹ Zagadnienie zostało szerzej omówione w podrozdziale 2.3.2.1. Wykluczenie konkurencji.

²⁷⁰ T-201-04 *Microsoft p. Komisji*, pkt 867; Wyrok Sądu w sprawie T203/01 *Michelin p. Komisji*, Zb. Orz. 2003, s. II-407, pkt 237., R. Whish, op. cit., s. 685.

²⁷¹ R. Whish, op. cit., s. 685-686.

²⁷² D. Miąsik, *Sprzedaż wiązana...* op. cit., s. 114-115.

Zgodnie wytycznymi Komisji, badanie wykluczenia konkurencji opiera się na dwóch głównych aspektach. Pierwszy z nich polega na ustaleniu, w jakim stopniu stosowane transakcje wiązane uniemożliwiają konkurowanie obecnym na rynku podmiotom z przedsiębiorstwem dominującym. Po drugie, konieczne jest ustalenie, czy konkurenci, którzy zostali wykluczeni w wyniku stosowania transakcji wiązanych, reprezentują znaczną część (ang. *sufficient*) rynku właściwego²⁷³. Nieprecyzyjnie skonstruowane wytyczne uniemożliwiają w większości spraw jednoznaczne i natychmiastowe stwierdzenie istnienia efektu wykluczenia konkurencji. Zarówno Komisja, jak i orzecznictwo sądów europejskich wskazują, że analiza potencjalnych przypadków wykluczenia konkurencji nie może być dokonywana mechanicznie, lecz w sposób indywidualny i w oparciu o ekonomiczne przesłanki²⁷⁴.

W ocenie konkretnej transakcji wiązanej Komisja bierze pod uwagę szereg czynników. W pierwszej kolejności należy podkreślić, że ryzyko zamknięcia dostępu do rynku jest większe, jeżeli przedsiębiorstwo dominujące stosuje sprzedaż wiążaną lub pakietową w sposób trwały - jako część strategii firmy²⁷⁵. Przystosowanie procesów produkcji lub dystrybucji do tego typu praktyk powoduje w konsekwencji ograniczenie możliwości indywidualnej odsprzedaży produktów składających się na pakiet lub wiązanie. W dalszej kolejności weryfikacji podlega charakter połączonych produktów. Jeżeli produkt związany jest dobrem komplementarnym dla konsumentów produktu wiążącego, to zmniejszenie wielkości produkcji tego produktu utrudni wejście na rynek dobra wiążącego, zabezpieczając uprzywilejowaną pozycję dominanta na tym rynku²⁷⁶. Inna sytuacja ma miejsce, gdy produkty wiążący i związany są używane w różnych proporcjach jako czynniki w procesie produkcji. W tym przypadku wzrost cen produktu wiążącego spowoduje zwiększenie popytu na produkt związany i równoczesne ograniczenie popytu na produkt wiążący. Stosowanie transakcji wiązanych umożliwia przedsiębiorstwu dominującemu zapobieganie takiej sytuacji poprzez wpływanie na poziom cen oferowanego pakietu²⁷⁷. W kontekście klasycznej i mieszanej sprzedaży pakietowej Komisja Europejska uwzględniła w swojej ocenie również liczbę produktów objętych pakietem. Prawdopodobieństwo wykluczenia

²⁷³ Komisja Wspólnot Europejskich, *DG Competition discussion...*, op. cit., par. 188.

²⁷⁴ Decyzja KE w sprawie *London European v. Sabena*, Zb. Orz. 1988, L 317; T-201/04 *Microsoft p. Komisji*.

²⁷⁵ Komisja Europejska, *Wytyczne w sprawie priorytetów...*, op. cit., par. 53.

²⁷⁶ Ibidem, par. 58.

²⁷⁷ Ibidem, par. 51.

konkurencji na rynku jest tym większe, im więcej produktów wchodzi w skład pakietu²⁷⁸.

3.3.1.5. Brak obiektywnego uzasadnienia dla stosowania transakcji wiązanych

Ostatni element wchodzący w skład testu legalności wiązania opiera się na możliwości podnoszenia przez przedsiębiorstwo dominujące, że stosowanie sprzedaży wiązanej i pakietowej było obiektywnie uzasadnione (ang. *objectively legitimate*) lub obiektywnie konieczne (ang. *objectively necessary*)²⁷⁹. O ile możliwość usprawiedliwienia dokonanego nadużycia ugruntowała się w teście legalności wiązania dopiero po orzeczeniu w sprawie *Microsoft*²⁸⁰, o tyle próby powoływania się na doktrynę obiektywnego uzasadniania są starsze i sięgają rozstrzygnięcia w sprawie *Hilti*²⁸¹. Dopuszczając uzasadnienie dla stosowania transakcji wiązanych przez przedsiębiorstwo dominujące, wskazuje się na szereg korzyści, jakie z nich wynikają, tj. różnicowanie dostępnej oferty towarów i usług, zwiększenie efektywności ekonomicznej lub zapewnienie standardów technicznych i wymogów bezpieczeństwa. Sprzedaż wiązana i pakietowa mogą być uzasadnione również potrzebą zapewnienia odpowiedniej eksploatacji towaru wiążącego, dominującym na rynku zwyczajem handlowym lub też przeznaczeniem gospodarczym produktu²⁸². Ciężar obiektywnego uzasadnienia stosowania transakcji wiązanych spoczywa w każdym przypadku na przedsiębiorstwie dominującym²⁸³. Dotychczasowa praktyka stosowania obiektywnego uzasadnienia pokazuje, że przedsiębiorcy muszą dokonać bardzo wnikliwej analizy ekonomiczno-prawnej, która następnie zostaje poddana weryfikacji przez Komisję i sądy europejskie²⁸⁴. Pomimo zaakceptowania doktryny obiektywnego uzasadnienia dotychczasowe orzecznictwo w tym zakresie jest skromne i nie precyzuje, w jakich okolicznościach przedsiębiorcy mogą skutecznie usprawiedliwić stosowanie praktyk naruszających art. 102 lit. d) TFUE.

²⁷⁸ Ibidem, par. 54.

²⁷⁹ A. Jones, B. Sufrin, op. cit., s. 261.

²⁸⁰ M. Dolmans, T. Graf, op. cit., s. 226.

²⁸¹ Ibidem, s. 225.

²⁸² M. Swora, *Zakaz stosowania transakcji wiązanych przez podmioty dominujące na rynku z perspektywy europejskiego, amerykańskiego i polskiego prawa antymonopolowego*, "Przegląd Prawa Europejskiego" 1(19) 2005, s. 50.

²⁸³ T-201-04 *Microsoft p. Komisji*, pkt 1144.

²⁸⁴ Ibidem, pkt 1159-1160.

3.3.2 Przykłady z orzecznictwa

3.3.2.1. Orzeczenie w sprawie *Hilti*

Postępowanie w przedmiotowej sprawie zostało zainicjowane na skutek skargi dwóch przedsiębiorstw z Wielkiej Brytanii - Eurofix i Bauco, które zajmowały się produkcją kołków do pistoletów automatycznych. Skarga była skierowana przeciwko spółce Hilti AG - w obecnym czasie wiodącemu na rynku europejskim producentowi pistoletów do wstrzeliwania kołków, magazynków na kołki, jak również samych kołków. Przedmiotem postępowania w niniejszej sprawie była praktyka spółki Hilti AG polegająca na sprzedaży wiązanej kołków wraz z magazynkami, które były stosowane w pistoletach automatycznych - również produkowanych przez Hilti AG. Stosowane wiązanie miało na celu maksymalizację zysków, jakie niniejsze przedsiębiorstwo osiągało, korzystając z ochrony patentowej na niektóre modele pistoletów do kołków. Ze względu na fakt, iż monopolem prawnym objęte były jedynie wspomniane pistolety, konkurenci na rynku produkcji kołków (spółki: Eurofix oraz Bauco) przygotowali i wprowadzili do obrotu kołki kompatybilne z magazynkami produkowanymi przez Hilti, które były używane w pistoletach automatycznych tej firmy²⁸⁵. W celu przeciwdziałania powyższej praktyce spółka Hilti podjęła szereg działań, które miały utrudniać brytyjskim firmom kupno swoich produktów poza wiązaniem²⁸⁶.

Rozstrzygając niniejszą sprawę, Komisja oraz Sąd wyodrębniły trzy rynki właściwe. Pierwszym był rynek pistoletów na kołki, drugim - rynek magazynków kompatybilnych z produktami marki Hilti, trzecim - rynek kołków kompatybilnych z pistoletami i magazynkami spółki Hilti²⁸⁷. W kontekście transakcji wiązanych Komisja Europejska oraz Sąd za praktyki szczególnie antykonkurencyjne uznali zachowania Hilti AG polegające na:

- a) uzależnianiu sprzedaży magazynków na kołki od kupna ustalonej ilości kołków,
- b) zmniejszaniu rabatów w przypadku indywidualnego zakupu magazynków,
- c) utrudnianiu dostępu do rynku właściwego kołków kompatybilnych z produktami spółki Hilti AG²⁸⁸.

²⁸⁵ D. Miąsik, *Sprzedaż wiązana...*, op. cit. s. 98.

²⁸⁶ T-30/89 *Hilti AG p. Komisji*, pkt 25.

²⁸⁷ B. Nalebuff (2), *Bundling, Tying and Portfolio Effects*, "DTI Economics Paper" No. 1, Part 2, Yale University, February 2003, s. 18.

²⁸⁸ D. Miąsik, *Sprzedaż wiązana...*, op. cit., s. 98.

Wąskie określenie rynków właściwych w przedmiotowej sprawie spowodowało, że na wszystkich trzech rynkach spółka Hilti zajmowała pozycję dominującą względem swoich konkurentów²⁸⁹. Poza znaczącym udziałem w rynku przedsiębiorstwo korzystało również z ochrony patentowej na swoje produkty, posiadało rozwiniętą sieć dystrybucji oraz zaawansowaną pozycję w badaniach i rozwoju, które dodatkowo zwiększały jego przewagę nad obecnymi na rynku konkurentami²⁹⁰. Wykorzystanie transakcji wiązanych przy tak uprzywilejowanej pozycji zostało uznane przez Komisję i Sąd za klasyczny przykład naruszenia konkurencji z art. 102 lit. d) TFUE²⁹¹. Stosowane przez Hilti AG praktyki prowadziły w dalszej perspektywie do pobawienia konsumentów swobody wyboru dostawcy kołków, zmuszając ich do zakupu oferowanego zestawu²⁹².

Pomimo, że spółka Hilti AG podnosiła, iż stosowane praktyki były obiektywnie uzasadnione koniecznością zagwarantowania odpowiednich standardów technicznych oraz wymogów bezpieczeństwa oferowanych produktów, Komisja i Sąd jednoznacznie stwierdziły, że przedsiębiorstwo swoim zachowaniem chroniło przede wszystkim własne interesy i uprzywilejowaną pozycję rynkową²⁹³.

Omawiane tu orzeczenie stanowi klasyczny przykład, w którym transakcje wiązane wykorzystywane są przez przedsiębiorstwo dominujące do przeniesienia swojej siły rynkowej na konkurencyjny rynek w celu maksymalizacji zysków oraz wykluczenia konkurencji. Część głosów w literaturze²⁹⁴ twierdzi jednak, sięgając do doktryny szkoły chicagowskiej i teorii pojedynczego zysku monopolu, że Hilti nie osiągnęłoby żadnych istotnych korzyści ze stosowanej sprzedaży wiązanej. Z takim argumentem nie sposób się zgodzić, gdyż zachowanie przedsiębiorstwa mogło doprowadzić do tzw. efektu dźwigni. Innymi słowy, Hilti, korzystając z przysługujących mu praw własności intelektualnej oraz przewagi technologicznej nad konkurentami, było w stanie zmonopolizować konkurencyjne rynki -przez zabezpieczenie swojej uprzywilejowanej pozycji oraz istotnie utrudnić działanie innych przedsiębiorców na wszystkich trzech rynkach właściwych.

²⁸⁹ T-30/89 *Hilti AG p. Komisji*, pkt 99-100.

²⁹⁰ J. Majcher, *Wyrok SPI: Hilti AG v. Komisja Wspólnot Europejskich* [w:] A. Jurkowska, T. Skoczny (red.), *Orzecznictwo sądów wspólnotowych w sprawach konkurencji w latach 1964-2004*, Warszawa 2007, s. 293.

²⁹¹ T-30/89 *Hilti AG p. Komisji*, pkt 99-100.

²⁹² *Ibidem*, pkt 75.

²⁹³ J. Majcher, *op. cit.*, s. 293.

²⁹⁴ B. Nalebuff (2), *Bundling, Tying...*, *op. cit.*, s. 20-21.

3.3.2.2. Orzeczenie w sprawie *Tetra Pak II*

Przedsiębiorstwo Tetra Pak było w czasie rozstrzygania przedmiotowej sprawy światowym liderem na rynku produkcji aseptycznych oraz nieaseptycznych opakowań na żywnościowe produkty płynne, jak również na rynku produkcji maszyn do napelniania tych opakowań²⁹⁵. Komisja ustaliła, że na rynku produkcji nieaseptycznych opakowań kartonowych spółka zajmowała pozycję dominującą, kontrolując około 55 proc. udziału w rynku. Rynek technologii produkcji aseptycznych opakowań kartonowych miał charakter *quasi-monopolistyczny* - spółka Tetra Pak zajmowała na nim prawie 95 proc. udziału.

Komisja zainicjowała postępowanie przeciwko przedsiębiorstwu w oparciu o skargę, jaką złożyła firma Elopak - największy konkurent spółki Tetra Pak na rynku produkcji nieaseptycznych opakowań kartonowych na produkty płynne. Elopak zarzucał w skardze, że Tetra Pak nadużywa pozycji dominującej na obydwu rynkach, stosując szereg antykonkurencyjnych praktyk, w tym sprzedaż wiązaną i pakietową, które naruszały art. 102 lit. d) TFUE. Przedmiotowa praktyka polegała na zobowiązaniu nabywców maszyn służących do aseptycznego pakowania produktów płynnych (chronionych patentem i produkowanych przez Tetra Pak) do korzystania wyłącznie z opakowań wytwarzanych przez Tetra Pak.

W postępowaniu Komisja wyodrębniła cztery rynki właściwe: rynek aseptycznego kartonu, rynek maszyn do aseptycznego pakowania produktów (tworzących rynek technologii produkcji opakowań aseptycznych), rynek maszyn do nieaseptycznego pakowania produktów oraz rynek nieaseptycznego kartonu (tworzących rynek technologii produkcji opakowań nieaseptycznych). W uzasadnieniu decyzji Komisja Europejska uznała, że niniejsza praktyka stanowiła nadużycie pozycji dominującej zarówno na rynku technologii produkcji kartonów aseptycznych (kontrolowanym przez Tetra Pak), jak i nieaseptycznych (na którym przedsiębiorstwo posiadało pozycję dominującą)²⁹⁶.

Sąd oraz Trybunał Sprawiedliwości podtrzymały decyzję Komisji, podkreślając, podobnie jak w sprawie *Hilti*, że wykorzystywanie przewagi wynikającej z posiadanego monopolu prawnego do przeniesienia swojej pozycji na związany rynek konkurencyjny istotnie osłabia konkurencję i tworzy bariery wejścia dla potencjalnych konkurentów²⁹⁷. Wiązanie chronionych patentem maszyn

²⁹⁵ B. Pęczalska, Wyrok ETS: *Tetra Pak International SA v. Komisja Wspólnot Europejskich* [w:] A. Jurkowska, T. Skoczny (red.), *Orzecznictwo sądów wspólnotowych w sprawach konkurencji w latach 1964-2004*, Warszawa 2007, s. 637-638.

²⁹⁶ A. Ezrachi, *EU Competition Law. Analytical guide to the leading cases*, Hart Publishing 2010, s. 228.

²⁹⁷ C-333/94 *Tetra Pak Int SA p. Komisji*, pkt 36.

z kartonami powodowało również negatywne skutki dla konsumentów. Ze względu na powyższą praktykę byli oni bowiem zmuszeni nabywać karton od spółki Tetra Pak lub wskazanych przez nią przedsiębiorców, co uniemożliwiało im znalezienie korzystniejszych ofert u innych dostawców.

Podobnie jak Hilti, również Tetra Pak próbował obiektywnie uzasadnić stosowaną praktykę, przytaczając szereg argumentów. W postępowaniu przed Komisją Europejską przedsiębiorstwo podnosiło, że korzystanie ze sprzedaży związanej było podyktowane naturalnym związkiem pomiędzy dwoma połączonymi produktami. Prawidłowa eksploatacja maszyn wymagała bowiem dostarczenia specjalnie przygotowanych kartonów, które były wytwarzane przez Tetra Pak²⁹⁸. Komisja odrzuciła ten argument, stwierdzając, iż prawidłowe użytkowanie produktu wiążącego (maszyn) nie było w rzeczywistości zależne od dostarczenia produktu związanego (karton), czego dowodem była obecność na rynku przedsiębiorstw, które produkowały karton kompatybilny z wymaganiami technicznymi stawianymi przez Tetra Pak²⁹⁹. W dalszym postępowaniu Sąd oraz Trybunał Sprawiedliwości nie zaakceptowały argumentów, zgodnie z którymi wiązanie sprzedaży maszyn z kartonem było powszechnie stosowaną praktyką, która gwarantuje eksploatację maszyn zgodną ze standardami bezpieczeństwa.

Niniejsze orzeczenie jest jednym z najważniejszych rozstrzygnięć w europejskim prawie konkurencji, które w pełni odśłania złożoność i zawartość sprzedaży związanej i pakietowej. Stworzyło ono grunt prawny do przyjęcia obecnego testu legalności wiązania i ukazało, jak silnym instrumentem w rękach przedsiębiorstwa dominującego mogą być transakcje wiązane. Przedmiotowe rozstrzygnięcie potwierdziło również, że kluczowym elementem w prawidłowej kwalifikacji powyższych praktyk jest właściwe określenie liczby oraz asortymentowego wymiaru powiązanych ze sobą rynków właściwych.

3.3.2.3. Orzeczenie w sprawie *Microsoft*

Rozstrzygnięcie przyjęte przez Sąd w sprawie *Microsoft* było jednym z najczęściej komentowanych orzeczeń minionej dekady. Komisja Europejska zainicjowała postępowanie przeciwko amerykańskiej firmie na podstawie skargi złożonej przez spółkę Sun Microsystems - jednego z konkurentów Microsoftu na rynku produkcji oprogramowania komputerowego. Spółka zarzucała firmie Microsoft nadużycie pozycji dominującej poprzez odmowę przekazania informacji zapewniających interoperacyjność systemów operacyjnych produkowanych przez Microsoft

²⁹⁸ B. Pęczalska, op. cit., s. 639-641.

²⁹⁹ C-333/94 *Tetra Pak Int SA p. Komisji*, pkt 82.

z serwerami zbudowanymi na platformie Windows. Postępowanie zostało następnie rozszerzone o kwestię zbadania skutków stosowanej przez Microsoft integracji systemu operacyjnego Windows i programu użytkowego Windows Media Player. Na potrzeby niniejszej pracy omówienie przedmiotowego rozstrzygnięcia skoncentruje się wyłącznie na drugiej z powyższych kwestii³⁰⁰.

Lektura uzasadnienia decyzji oraz wyroku wskazuje, że Komisja Europejska i Sąd napotkały duże trudności z jednoznacznym zakwalifikowaniem zastosowanej integracji do konkretnej formy transakcji wiązanych. Z jednej strony Komisja podnosiła, że zastosowana transakcja ma cechy sprzedaży pakietowej, w której nabycie systemu operacyjnego Windows jest uzależnione od jednoczesnego zakupu programu do odtwarzania plików multimedialnych. Z drugiej strony, konkluzje Komisji oraz Sądu wskazują, że analizowaną praktykę można zaliczyć również do mieszanej sprzedaży pakietowej, opierającej się na łącznej sprzedaży systemu operacyjnego wraz z programem użytkowym. Niektóre głosy w literaturze dopuszczają również pogląd, jakoby praktyka Microsoftu miała cechy klasycznej sprzedaży pakietowej, w której system operacyjny Windows i program Windows Media Player są dostępne jedynie w pakiecie³⁰¹.

Analiza stosowanej przez Microsoft transakcji wiązanej została przeprowadzona w oparciu o wypracowany przez Komisję **test legalności wiązania**. W odróżnieniu od wcześniejszego orzecznictwa szczególnie nacisk przy dokonywanej ocenie położono na charakter samego wiązania. Podstawowym wyznacznikiem legalności niniejszej praktyki było sprawdzenie, czy sprzedaż produktu wiążącego, na którym przedsiębiorstwo zajmuje pozycję dominującą, z produktem związanym zamyka dostęp do rynku potencjalnym dostawcom produktu związanego. Dotychczasowe orzecznictwo uznawało bowiem, że sprzedaż wiązana i pakietowa stanowią klasyczne ograniczenie konkurencji, jeżeli tylko stosowane są one przez przedsiębiorstwo dominujące lub monopolistę³⁰².

Stosując przyjęty pięciostopniowy test legalności, Komisja dokonała w kontekście transakcji wiązanych wyodrębnienia dwóch rynków właściwych:

- a) rynek systemów operacyjnych do komputerów - kontrolowany w ponad 90 proc. przez spółkę Microsoft,
- b) konkurencyjny rynek strumieniowych odtwarzaczy multimedialnych³⁰³.

³⁰⁰ T. Bagdziński, *Microsoft Corp. przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich* [w:] A. Jurkowska-Gomułka (red.), *Orzecznictwo sądów wspólnotowych w sprawach konkurencji w latach 2004-2009*, Warszawa 2010, s. 365.

³⁰¹ D. Miąsik, *Sprzedaż wiązana...*, op. cit., s. 108-109.

³⁰² Ibidem, s. 104.

³⁰³ Decyzja KE w sprawie *Microsoft*, Dz.U. z. UE z 2005 r., L32/23, pkt 3, 12, 16, 24-26.

Rozstrzygając kwestię odrębności dóbr będących przedmiotem wiązania, Komisja i Sąd uznały, że o ile system operacyjny i program Windows Media Player mają charakter produktów komplementarnych, o tyle ich różne funkcje oraz fakt, iż występują w obrocie niezależnie od siebie, przemawiają za uznaniem ich za odrębne produkty³⁰⁴.

Kierując się przyjętym wzorcem oceny, Komisja wykazała, że Microsoft pozbawiał konsumentów możliwości nabycia systemu operacyjnego bez konieczności nabycia programu Windows Media Player. Powyższa praktyka miała charakter zarówno techniczny, gdyż programu użytkowego nie można było odinstalować, jak również kontraktowy, ponieważ licencja udzielona dystrybutorom uniemożliwiała sprzedaż odtwarzacza multimedialnego bez systemu operacyjnego³⁰⁵.

Odnosząc się do podnoszonych przez Microsoft argumentów mających stanowić obiektywne uzasadnienie dla stosowanych transakcji wiązanych, Komisja i Sąd wskazały, że istotą naruszenia konkurencji w przedmiotowej sprawie nie było samo stosowanie wiązania, lecz fakt, iż Microsoft oferował na rynku wyłącznie taką wersję systemu Windows, z którą zintegrowany był program multimedialny Windows Media Player. W konsekwencji uniemożliwiono producentom sprzętu komputerowego oraz konsumentom nabycie systemu operacyjnego bez programu użytkowego, a nawet usunięcie tego programu z oferowanego zestawu. Głównym skutkiem tego typu integracji była zmniejszona skłonność konsumenta do wybierania produktu alternatywnego dla odtwarzacza oferowanego przez Microsoft³⁰⁶. Ponadto ze względu na koszty producenci komputerów niechętnie korzystali z możliwości instalowania odtwarzaczy produkowanych przez konkurentów Microsoft³⁰⁷.

Rozstrzygnięcie, które zapadło na kanwie sprawy *Microsoft*, ma precedensowy charakter z kilku powodów. Na szczególne uznanie zasługuje usystematyzowanie podejścia organów antymonopolowych do nadużywania pozycji dominującej w kontekście stosowania sprzedaży związanej i pakietowej przez przedsiębiorstwa dominujące. Przyjęty przez Komisję Europejską i zaaprobowany przez Sąd test legalności wiązania stanowi wyraźne odejście od dotychczasowego uznawania tego typu transakcji za praktyki *per se* ograniczające konkurencję. O ich kwalifikacji prawnej nie świadczy już bowiem fakt stosowania ich przez przedsiębiorstwo dominujące, lecz antykonkurencyjne skutki, jakie mogą wywoływać. Jest to również jedno z pierwszych orzeczeń, które podejmuje próbę właściwej oceny stosowania transakcji wiązanych na rynkach nowych technologii, gdzie innowacyjność, prawa

³⁰⁴ D. Miąsik, *Sprzedaż wiązana...*, op. cit., s.108-109.

³⁰⁵ A. Ezrachi, op. cit., s. 231.

³⁰⁶ T. Bagdziński, op. cit., s. 368.

³⁰⁷ Ibidem, s. 369.

własności intelektualnej, efekty sieciowe oraz wiele innych czynników otwierają przed europejskim prawem konkurencji szereg nowych wyzwań i zagrożeń. Mimo że powyższy wyrok nie wyjaśnia wszystkich wątpliwości związanych ze sprzedażą wiązaną i pakietową, zasługuje w swojej merytorycznej części na aprobatę.

3.4. Podsumowanie części prawnej – ewolucja w podejściu do transakcji wiązanych

Europejskie prawo antymonopolowe w przeciwieństwie do amerykańskiego przyjęło odmienną metodę regulacji sprzedaży związanej i pakietowej. Nie tylko powiązało niniejsze praktyki przede wszystkim z jednostronnym zachowaniem przedsiębiorców polegającym na nadużywaniu pozycji dominującej, lecz również przyjęło formalistyczny sposób ich oceny. Pomimo restrykcyjnego unormowania praktyka orzecznicza organów i sądów europejskich w tym zakresie podlega stopniowym zmianom. Niniejszy trend jest widoczny zarówno w podejściu do porozumień wiązanych (ang. *tying agreements*), jak również w ocenie przypadków stosowania sprzedaży związanej i pakietowej przez przedsiębiorstwa dominujące. Pierwsze akty szczegółowo regulujące kwestie sprzedaży związanej i pakietowej w kontekście grupowych praktyk ograniczających konkurencję zostały uchwalone w pierwszej połowie lat osiemdziesiątych ubiegłego wieku³⁰⁸. Przykładowo, rozporządzenie nr 1984/83 dotyczące stosowania art. 85 ust. 3 Traktatu do określonych kategorii umów³⁰⁹ bezwzględnie zakazywało stosowania sprzedaży związanej w umowach wyłącznych, bez względu na udział dystrybutora w rynku właściwym³¹⁰. Obowiązujące wówczas rozporządzenie nr 2349/84 dotyczące porozumień licencyjnych³¹¹ zakazywało ponadto stosowania sprzedaży pakietowej z wyjątkiem, gdy „była ona konieczna do prawidłowego korzystania z licencjonowanego wynalazku”³¹².

Bezwzględny zakaz stosowania transakcji wiązanych ulegał stopniowemu łagodzeniu, czego dowodem są m.in. przepisy rozporządzenia Komisji nr 240/96³¹³

³⁰⁸ Por. J. Langer, op. cit., s. 123.

³⁰⁹ Rozporządzenie Komisji nr 1984/83 z dnia 22 czerwca 1983 r. w sprawie zastosowania art. 85 ust. 3 traktatu do określonych kategorii umów wyłącznych, Dz.Urz. WE z 30 czerwca 1983, L135/5.

³¹⁰ Art. 3 lit. c) Rozporządzenia Komisji 1984/83.

³¹¹ Rozporządzenie Komisji nr 2349/84 w sprawie stosowania art. 85 ust. 3 Traktatu do niektórych kategorii porozumień dotyczących licencji na korzystanie z patentów, Dz.Urz. WE L219/15.

³¹² Art. 2 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia nr 2349/84.

³¹³ Rozporządzenie Komisji nr 240/96 w sprawie stosowania art. 85 ust. 3 traktatu do niektórych kategorii porozumień o transferze technologii, Dz.Urz. z 9 lutego 1996 r., L 031.

w sprawie porozumień o transferze technologii. Stosowanie transakcji wiązanych w tego typu porozumieniach zostało uznane za zgodne z prawem konkurencji, gdy przyczyniało się do prawidłowego korzystania z licencjonowanej technologii lub produktu, a także służyło zapewnieniu minimalnych specyfikacji jakościowych³¹⁴. W wydanym w 1999 r. rozporządzeniu nr 2790/1999 odnoszącym się do porozumień wertykalnych Komisja - mimo że uznała transakcję wiązane za klasyczne naruszenie konkurencji - wyłączyła je spod zakazu z art. 101 ust. 1 TFUE, jeżeli udział dostawcy w rynku produktu wiążącego i związanego nie przekraczał 30 proc.³¹⁵. Aktualne rozporządzenia regulujące stosowanie sprzedaży wiązanej i pakietowej na płaszczyźnie porozumień wertykalnych oraz transferu technologii wskazują na dalszą liberalizację podejścia Komisji do tego rodzaju praktyk³¹⁶. Ze względu na skromne orzecznictwo dotyczące transakcji wiązanych w kontekście grupowych praktyk naruszających konkurencję coraz większą rolę w interpretacji przepisów z tego zakresu odgrywają akty „miękkiego prawa” (ang. *soft law*), takie jak komunikaty oraz wytyczne Komisji Europejskiej.

Zasadniczy wpływ na ewolucję regulacji transakcji wiązanych w **kontekście nadużycia pozycji dominującej** ma struktura art. 102 lit. d) TFUE. Brak przepisów racjonalizujących bezwzględny zakaz zawarty w powyższym artykule wskazuje, że niniejsza regulacja, przynajmniej na płaszczyźnie wykładni literalnej, postuluje formalistyczne podejście do sprzedaży wiązanej i pakietowej. Analiza orzecznictwa Komisji oraz sądów europejskich w sprawach dotyczących transakcji wiązanych prowadzi jednak do wniosku, iż bezrefleksyjne uznawanie tego typu praktyk za nadużycie pozycji dominującej jest coraz częściej zastępowane przez badanie ekonomicznych skutków, jakie wywierają one na konkurencję.

W dobie globalizacji, ery nowych technologii oraz międzynarodowych rynków finansowych należy się zastanowić, czy i w jaki sposób podejście prawa konkurencji do sprzedaży wiązanej może ulec zmianie. Przygotowany w 2009 r. na zlecenie Komisji przez jeden z wiodących europejskich think tanków raport dotyczący sprzedaży wiązanych i pakietowych na rynkach finansowych wydaje się być zapowiedzią nowych trendów, jakie stoją przed regulacją transakcji wiązanych na rynkach usług finansowych³¹⁷. Wśród wielu wyzwań, jakie czekają prawo konkurencji na tym obszarze, na szczególną uwagę zasługują praktyka

³¹⁴ Por. J. Langer, op. cit., s. 131.

³¹⁵ Por. Komisja Europejska, *Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych*, Dz.Urz. WE z 2000 r., C 291/01, par. 217, 219-222.

³¹⁶ Por. Rozporządzenie KE nr 772/2004 oraz Komisja Europejska, *Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych* (omówione szerzej w podrozdziale 3.3.1. Regulacja prawna).

³¹⁷ Center for European Policy Studies, *Tying and other potentially unfair practices in the retail financial service sector*, Bruksela 2009.

wiązania multimedialnych platform informacyjnych z usługami dostarczania przetworzonych informacji giełdowych dotyczących instrumentów finansowych (por. platforma oferowana przez agencję Standard and Poor's)³¹⁸. Transakcje wiązane w tym kontekście umożliwią nielicznym przedsiębiorstwom operującym na rynku dostarczania przetworzonych informacji giełdowych wiązanie ich z platformami informacyjnymi (infrastrukturą informacyjną), które powinny pozostać rynkiem o charakterze konkurencyjnym³¹⁹.

O dużej roli nowych obszarów w ewolucji podejścia do sprzedaży związanej i pakietowej świadczyć może również precedensowe rozstrzygnięcie w sprawie *Microsoft*, które zapadło w kontekście stosowania transakcji wiązanych na rynkach nowych technologii.

³¹⁸ Ibidem, s. 21-35.

³¹⁹ J. Almunia, *Prezentacja rocznego sprawozdania dotyczącego konkurencji*, Bruksela 2012, dostępny na stronie: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/12/466&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>, dostęp: 19.06.2012.

Dokonując próby podsumowania powyższych obserwacji i zaprezentowanych wniosków, warto podkreślić, że prawo konkurencji należy do tych gałęzi prawa, do których tworzenia i interpretacji po raz pierwszy zaczęto używać instrumentów oferowanych przez nauki ekonomiczne³²⁰. Na jego nietypowy charakter zwraca uwagę m.in. Richard Whish, trafnie wskazując, że w przeciwieństwie do większości gałęzi prawa prawo konkurencji nie może zostać ujęte kompleksowo w skodyfikowanej formie, gdyż ze swej natury jest oparte na ekonomicznych koncepcjach i funkcjonujących w obrocie gospodarczym mechanizmach rynkowych³²¹. Niniejsze stwierdzenie znajduje potwierdzenie w historii rozwoju ekonomicznej analizy prawa. Prawo konkurencji jest uznawane bowiem za jedno ze źródeł tego interdyscyplinarnego przedmiotu, umożliwiającego nie tylko badanie efektywności regulacji prawnych, ale również przewidywanie i określanie, w jaki sposób zmiana prawa może wpłynąć na postępowanie jego adresatów.

W związku z powyższym niniejsza praca podejmuje próbę scharakteryzowania roli analizy ekonomicznej w kwalifikacji prawnej oraz ewolucji podejścia europejskiego prawa konkurencji do dwóch rozpowszechnionych praktyk przedsiębiorców - sprzedaży wiązanej oraz sprzedaży pakietowej. W celu realizacji tego zamierzenia przedmiotowe praktyki są rozpatrywane zarówno poprzez pryzmat aktualnego stanu prawnego, stanowiska judykatury oraz doktryny prawnej, jak i za pomocą instrumentów dostarczanych przez nauki ekonomiczne. Wszechstronna analiza transakcji wiązanych pozwala w konsekwencji na sformułowanie konkluzji, w tym postulatów *de lege lata* i *de lege ferenda*, które są niedostępne w przypadku prawnej interpretacji aktów normatywnych regulujących powyższe działania.

Regulacja transakcji wiązanych sprawiła, że zarówno w judykaturze, jak i w poglądach przedstawicieli doktryny przez długi czas dominowało formalistyczne podejście do kwalifikacji tego typu praktyk. W większości dotychczasowego orzecznictwa przeważa pogląd, iż transakcje wiązane należy postrzegać jako działania mogące wywoływać szereg antykonkurencyjnych skutków, a w przypadku przedsiębiorstw dominujących - wręcz jako narzędzie służące monopolizacji rynków, wykluczeniu konkurencji i tworzeniu barier wejścia i ekspansji. Wśród wielu przyczyn tego rygorystycznego podejścia należy wskazać na cele europejskiej polityki konkurencji. Realizacja wielu nieekonomicznych celów powoduje, że podejście prawa konkurencji do sprzedaży wiązanej i pakietowej

³²⁰ Por. R. Stroiński, *Wprowadzenie do analizy...*, op. cit., s. 483.

³²¹ R. Whish, *Competition...*, op. cit., s. 1.

stoi często w opozycji do opartego na mechanizmach rynkowych podejścia efektywnościowego. Obowiązek realizacji powyższych celów nie powinien być jednak powodem, dla którego transakcje wiązane miałyby być w większości przypadków bezwzględnie zakazane. Jak słusznie wskazuje Richard Whish, jednym z głównych celów regulacji art. 101 i art. 102 TFUE jest promocja dobrobytu konsumentów (ang. *consumer welfare*)³²². Ani konsumenci, ani też przedsiębiorcy nie odniosą korzyści z ochrony nieefektywnie działających firm, które nie mogą sprostać regułom wyznaczanym przez konkurencyjne rynki.

Sprzedaż wiązana i pakietowa, zgodnie ze wspomnianymi wyżej przepisami TFUE, mogą zostać uznane za grupowe lub też indywidualne praktyki ograniczające konkurencję. Mimo że art. 101 ust. 1 lit. e) TFUE, jak również art. 102 lit. d) TFUE ustanawiają generalny zakaz stosowania transakcji, **odmienna struktura** obydwu przepisów istotnie wpływa na sposób, w jaki są one stosowane. W pierwszym przypadku porozumienia wiązane mogą zostać wyłączone spod zakazu, gdy służą one wzrostowi efektywności gospodarczej, postępowi technologicznemu i przyniosą bezpośrednie korzyści konsumentom (np. w postaci obniżki cen), a zarazem nie będą istotnie ograniczać konkurencji. W konsekwencji Komisja Europejska, analizując potencjalne i rzeczywiste skutki stosowania transakcji wiązanych przez współdziałających ze sobą przedsiębiorców, bierze pod uwagę szereg czynników o ekonomicznym charakterze. Odrębnym sposobem racjonalizowania zakazu z art. 101 ust. 1 lit. e) TFUE są dokonywane w drodze rozporządzeń wykonawczych Komisji wyłączenia grupowe, które dotyczą zwłaszcza porozumień z zakresu licencji patentowych oraz niektórych porozumień dystrybucyjnych. Ze względu na postępujące łagodzenie wymogów dotyczących stosowania transakcji wiązanych w porozumieniach między przedsiębiorcami, jak również indywidualną możliwość uwolnienia się od zarzutu zawarcia nielegalnego porozumienia, Komisja i sądy europejskie zrezygnowały z bezwzględnego zakazu porozumień wiązanych (tzw. *per se illegality approach*).

Odrębne podejście do transakcji wiązanych jest stosowane w przypadku, gdy wykorzystywane są one przez przedsiębiorstwo dominujące. Brak elementów racjonalizujących zakaz narzucania sprzedaży wiązanej i pakietowej przez długi czas wpływał na uznawanie tych praktyk za klasyczny przykład nadużycia pozycji dominującej. Postulaty części przedstawicieli doktryny oraz samych przedsiębiorców wpłynęły jednak w ostatnim czasie na osłabienie formalistycznej interpretacji art. 102 lit. d) TFUE. Istotną rolę w stopniowej rewizji poglądów judykatury odegrało przyjęcie przez Komisję Europejską **testu legalności**

³²² Ibidem, s.195.

wiązania. Choć zasługuje on na aprobatę jako przykład właściwego kierunku zmian w prawie konkurencji, należy wskazać również na jego istotne ograniczenia. Po pierwsze, test nie pozwala w pełni wykorzystać potencjału dostępnych instrumentów ekonomicznych. Pomimo licznych zmian ostateczna ocena sprzedaży wiązanej i pakietowej uzależniona jest w dużym stopniu od stwierdzenia szeregu obiektywnych faktów (takich jak posiadanie pozycji dominującej, odrębność produktów) i wykazania negatywnego wpływu na konkurencję. Niniejsze podejście wydaje się nie uwzględniać złożonego charakteru transakcji wiązanych. Podkreślenia wymaga fakt, iż łącznie z ryzykiem wystąpienia antykonkurencyjnych efektów, jakie za sobą niosą, mogą one również przynosić liczne korzyści. Po drugie, złożona struktura testu opartego na pięciu rozbudowanych przesłankach nie tylko nie upraszcza procesu badania poszczególnych praktyk, lecz również znacząco wpływa na wydłużenie całego postępowania.

Ze względu na ograniczenia przyjętego testu jedynym elementem, który może w przyszłości zagwarantować kompleksową i zgodną z realiami gospodarczymi analizę sprzedaży wiązanej i pakietowej, jest rozwijana w ostatnich wyrokach **doktryna „obiektywnego uzasadnienia”** (ang. *objective justification*). Wśród skromnego orzecznictwa dotyczącego obiektywnego uzasadnienia stosowanych transakcji wiązanych na uwagę zasługuje rozstrzygnięcie w sprawie *Microsoft*. Sąd, pomimo negatywnej oceny dowodów przytoczonych na poparcie obiektywnego uzasadnienia w przedmiotowej sprawie, uznał niniejszą doktrynę za jeden z argumentów mogących wpłynąć na końcową kwalifikację praktyki naruszającej prawo konkurencji. Allison Jones i Brenda Sufrin słusznie wskazują w tym kontekście, że uznanie określonego działania za obiektywnie uzasadnione stawia je poza zakresem regulacji art. 102 TFUE³²³. Niniejsze podejście umożliwia wszechstronne badanie sprzedaży wiązanej i pakietowej - również przy pomocy instrumentów oferowanych przez nauki ekonomiczne. Mimo że doktryna obiektywnego uzasadnienia nie znajduje odniesienia w literalnej wykładni art. 102 lit. d) TFUE, ma ona możliwość przyczynienia się - poprzez pogłębienie jego wykładni - do złagodzenia *de lege lata* bezwzględnego zakazu transakcji wiązanych.

Zaprezentowane w niniejszej pracy kierunki i obszary ewolucji transakcji wiązanych, sprawiają, że potrzebna jest istotna zmiana w regulacji prawnej dotyczącej niniejszych praktyk. Zdominowanie współczesnej gospodarki przez międzynarodowe rynki finansowe, które oferują konsumentom złożone i kompleksowe usługi oraz produkty, stwarzają szereg nowych wyzwań i zagrożeń

³²³ A. Jones, B. Sufrin, *EU Competition Law...*, op. cit., s. 261.

dla europejskiego prawa konkurencji. Ze względu na istotną rolę, jaką odgrywają w tym kontekście sprzedaż wiązana i pakietowa, formalistyczne podejście do tych praktyk nie tylko nie będzie zgodne z zasadami nowoczesnej ekonomii, lecz również może przyczynić się do istotnego zmniejszenia dobrobytu konsumentów. Przykładem, który potwierdza powyższy wniosek, jest wspomniane orzeczenie w sprawie *Microsoft*. Badanie transakcji wiązanych stosowanych na rynkach nowych technologii doprowadziło w niniejszej sprawie do wyraźnego złagodzenia bezwzględnego zakazu z art. 102 lit. d) TFUE. Rozstrzygnięcie w sprawie *Microsoft*, które zostało przyjęte w oparciu o test legalności, stanowi istotny argument *de lege ferenda* za normatywnym, grupowym wyłączeniem określonych rodzajów transakcji wiązanych spod generalnego zakazu - na kształt regulacji przyjętej w art. 101 ust. 3 TFUE.

Głównym celem niniejszej pracy było wykazanie na przykładzie sprzedaży związanej i pakietowej wpływu efektywnościowej wykładni opartej na elementach zaczerpniętych z postulatów szkoły chicagowskiej na europejskie prawo konkurencji. Przeprowadzona powyżej ekonomiczno-prawna analiza transakcji wiązanych umożliwia sformułowanie kompleksowych konkluzji, które mogą mieć zastosowanie również do innych instytucji, zjawisk i zachowań regulowanych przez prawo konkurencji w Unii Europejskiej.

Przykładem potwierdzającym powyższą tezę jest zaprezentowana polemika pomiędzy formalistycznym podejściem do praktyk ograniczających konkurencję, a ich efektywnościową alternatywą. Pierwsza metoda opiera się na przekonaniu, że jeden z głównych celów polityki konkurencji - dobrobyt konsumentów - jest zagrożony w przypadku, gdy zachowanie przedsiębiorstwa wypełnia formalne przesłanki zawarte w przepisach prawa. Drugie podejście postuluje oparcie oceny zachowań przedsiębiorców na analizie skutków działań przedsiębiorstw. Za naruszające dobrobyt konsumentów powinny zostać uznane zatem te praktyki, których rzeczywisty lub prawdopodobny skutek narusza konkurencję. Główną zaletą podejścia formalistycznego jest większa przewidywalność regulacji prawnej. W oparciu o przesłanki i zakazy zawarte w akcie normatywnym adresaci prawa (przedsiębiorstwa) są w stanie samodzielnie ocenić, czy określona praktyka narazi ich na konsekwencje ze strony organów antymonopolowych. Formalistyczny sposób zwiększa również szybkość oceny konkretnej praktyki lub zjawiska, gdyż jedynym argumentem stwierdzającym ich legalność jest podstawa prawna, a nie rezultat czasochłonnej analizy ekonomicznej. Oparta na chicagowskiej regule rozsądku metoda efektywnościowa umożliwia zaadaptowanie abstrakcyjnych i ogólnych norm prawa konkurencji do zmieniających się realiów gospodarczych,

które są przez nie regulowane. Wykładnia oparta na instrumentach ekonomicznych zwiększa elastyczność prawa, uwzględniając funkcjonujące mechanizmy rynkowe. Prowadzi to w konsekwencji do efektywnej i kompleksowej oceny konkretnych zachowań i zjawisk regulowanych przez prawo konkurencji.

Ekonomiczno-prawna analiza sprzedaży związanej i pakietowej pokazuje, że metoda efektywnościowa **jest właściwą koncepcją stosowania prawa konkurencji**. W pełni uwzględnia większość czynników, które odgrywają kluczową rolę w działalności gospodarczej adresatów tej regulacji. Pozwala tym samym na efektywną i sprawiedliwą kwalifikację zachowań przedsiębiorców, a w szerszym zakresie, również innych zjawisk i instytucji, które odgrywają istotną rolę w europejskiej polityce konkurencji³²⁴. Niniejsza praca zwraca uwagę również na negatywne strony podejścia efektywnościowego, którymi są m.in. czasochłonność i wysokie koszty związane z badaniem ekonomicznych skutków konkretnych działań. Istotnym wyzwaniem jest również brak jednoznacznych i przewidywalnych przesłanek oceny zachowań przedsiębiorców, które zależne są od zmieniających się realiów rynkowych i skomplikowanych instrumentów rynkowych. Przyjęcie przez europejską judykaturę efektywnościowej metody analizowania działań przedsiębiorców istotnie wpłynie na systemy prawa konkurencji krajów członkowskich Unii Europejskiej, zmuszając organy i sądy krajowe do zweryfikowania dotychczasowego podejścia do interpretacji wielu przepisów. Powyższe zjawisko trafnie opisuje Ewa Łętowska, wskazując, iż różnorodność czynników, jakie współcześnie sędzia krajowy musi brać pod uwagę, wydając rozstrzygnięcie w konkretnej sprawie, znacznie wykracza poza krajowy system prawa³²⁵. Prowadzi to w rezultacie do sytuacji, gdzie polski sędzia jest jednocześnie sędzią unijnym, który musi kierować się przy interpretacji prawa metodą efektywnościową, i to nawet wówczas, gdy krajowy porządek prawny wydaje się na to nie pozwalać. Niniejsze zjawisko - nazwane przez autorkę **multicentrycznością systemu prawa** - wymaga od sędziów krajowych takiego podejścia i doboru instrumentów, które zapewnią spójne funkcjonowanie europejskiego systemu prawa³²⁶.

Podejście ekonomiczne (ang. *new economic approach*) do regulacji europejskiego prawa konkurencji zyskuje coraz większe uznanie nie tylko wśród przedstawicieli doktryny, ale również judykatury. Niniejsza praca stoi na stanowisku, że

³²⁴ M.in. ochrona małych i średnich przedsiębiorców, integracja rynku wewnętrznego, realizacja nieekonomicznych celów europejskiego prawa konkurencji.

³²⁵ E. Łętowska, *Między Scyllą a Charybdą - sędzia polski między Strasburgiem i Luksemburgiem*, "Europejski Przegląd Sądowy", październik 2005, s. 3.

³²⁶ Ibidem, s. 9.

w stosunkowo krótkiej perspektywie czasu trend ten doprowadzi do istotnego pogłębienia wykładni istniejących przepisów lub będzie stanowił argument *de lege ferenda* za przyjęciem nowej regulacji. Umożliwi ona szerszą analizę transakcji wiązanych i innych zachowań przedsiębiorców, a w konsekwencji przyczyni się do zmiany europejskiej polityki konkurencji.

I. Literatura

1. T. Armentano, *Polityka antymonopolowa. Ochrona konkurencji?*, Lublin 2007.
2. J. S. Bain, *Barriers to New Competition*, Harvard University Press, 1956
3. C. Banasiński (red.), *Ochrona konkurencji i konsumentów w Polsce i Unii Europejskiej. Studia prawno-ekonomiczne*, Warszawa 2005.
4. C. Banasiński, E. Stawicki (red.), *Konkurencja w gospodarce współczesnej*, Warszawa 2007.
5. M. Bednarski, J. Wilkin, *Ekonomia dla Prawników*, Warszawa 2008.
6. S. Bishop, M. Walker, *The Economics of EC Competition Law. Concepts, Application and Measurement*, Sweet & Maxwell 2009.
7. Ch. Bongard, D. Möller, A. Raimann, N. Szadkowski, U. Dubejko, *Instrumenty ekonomiczne w prawie konkurencji*, Bonn-Warszawa 2007.
8. R. H. Bork, *The Antitrust Paradox: A Policy with War at Itself*, New York 1978.
9. M. Bychowska, *Zakaz praktyk ograniczających konkurencję. Kompetencje Prezesa Urzędu Konkurencji i Konsumentów oraz Komisji Europejskiej od 1 maja 2004 r.*, Warszawa 2004.
10. R. Cooter, T. Ulen, *Ekonomiczna analiza prawa*, Warszawa 2011.
11. J. P. Choi (red.), *Recent Developments in Antitrust – Theory and Evidence*, MIT Press 2007.
12. M. Cini, L. McGowan, *Competition Policy in the European Union*, St. Martin's Press 2008.
13. C. D. Ehlerman, I. Atanasiu (red.), *European Competition Law Annual 2005: The interaction between competition law and intellectual property law*, Hart Publishing 2006.
14. D. Evans, A. Hagiu, R. Schmalensee, *Invisible engines: How software platforms drive innovation and transform industries?*, MIT Press 2006.
15. A. Ezrachi, *Article 82 EC: Reflections on Its Recent Evolution*, Oxford 2009.
16. A. Ezrachi, *EU Competition Law. Analytical guide to the leading cases*, Hart Publishing 2010.
17. M. Friedman, R. Friedman, *Free to Choose*, New York 1980.
18. D. Geradin (red.), *Global Competition Law Centre Research Papers on Article 82 EC*, Brugia 2005.

19. H. Hovenkamp, *The antitrust enterprises. Principle and execution*, Harvard University Press 2005.
20. K. Hylton, *Antitrust Law and Economics*, Edward Elgar Publishing Limited 2010.
21. A. Jones, B. Sufrin, *EU Competition Law. Text, Cases and Materials*, Oxford 2011.
22. Z. Jurczyk, *Kartele w polityce konkurencji Unii Europejskiej*, Warszawa 2012.
23. A. Jurkowska, T. Skoczny (red.), *Orzecznictwo sądów wspólnotowych w sprawach konkurencji w latach 1964-2004*, Warszawa 2007.
24. A. Jurkowska-Gomułka (red.), *Orzecznictwo sądów wspólnotowych w sprawach konkurencji w latach 2004-2009*, Warszawa 2010.
25. D. Kairys (red.), *The Politics of Law. A Progressive Critique*, New York 1982.
26. J. Kępiński, K. Klafkowska-Waśniowska, R. Sikorski, *Konkurencja a własność intelektualna*, Warszawa 2011.
27. K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2008.
28. T. Korbutowicz, *Polityka konkurencji Wspólnoty Europejskiej i Unii Europejskiej w latach 1962-1997*, Kraków 2004.
29. M. Krasnodębska-Tomkiel, *Zmiany w polityce konkurencji na przestrzeni ostatnich dwóch dekad*, Warszawa 2010.
30. B. Kurcz (red.), *Prawo i ekonomia konkurencji. Wybrane zagadnienia*, Warszawa 2010.
31. J. Langer, *Tying and Bundling as a Leveraging Concern under EC Competition Law*, Kluwer Law International 2007.
32. E. S. Mason, *Economic Concentration and the Monopoly Problem*, Harvard University Press 1957.
33. D. Miąsik, T. Skoczny, M. Surdek (red.), *Sprawa Microsoftu - studium przypadku. Prawo konkurencji na rynkach nowych technologii*, Warszawa 2008.
34. M. Motta, *Competition policy. Theory and practice*, Cambridge 2004.
35. R. O'Donoghue, A.J. Padilla, *The law and economics of article 82*, Oxford 2006.
36. R. Pindyck, D. Rubinfeld, *Microeconomics*, Macmillan Publishing Company 1989.
37. R. Pindyck and D. Rubinfeld, *Microeconomics*, Pearson Educational International 2011.
38. M. Radło, *Strategia lizbońska*, Warszawa 2002.
39. L. Ritter, W. D. Braun, *European Competition Law: A practitioners guide*, Kluwer Law International 2005.
40. M. Salamonowicz, *Licencje patentowe i know-how na tle zakazu porozumień antykonkurencyjnych*, Warszawa 2001.

41. H. Schmidt, *Competition law, innovation and antitrust. An analysis of Tying and Technological Integration*, Edward Elgar Publishing Limited 2009.
42. W. Szpringer, *Łączenie przedsiębiorstw a regulacja antymonopolowa*, Warszawa 1993.
43. M. Szydło, *Swobody rynku wewnętrznego a reguły konkurencji. Między konwergencją a dywergencją*, Toruń 2006.
44. M. Utton, *Market dominance and antitrust policy*, Edward Elgar, Cheltenham 2003.
45. R. Whish, *Competition Law*, Oxford 2009
46. A. Wróbel (red.), *Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską. Komentarz*, Warszawa 2009.

II. Artykuły

1. Ch. Ahlborn, D. Evans, A. J. Padilla, *The Antitrust Economics of Tying: A Farewell to Per Se Illegality*, "The Antitrust Bulletin", Spring/Summer 2004.
2. O. Bar-Gill, *Bundling and Consumer Misperception*, "New York University Law & Economics Research Paper Series" 2006, Working Paper No. 06-02.
3. R. van der Bergh, *Modern industrial organization versus old fashioned European competition law*, "European Competition Law Review" 1996, No. 2.
4. J. P. Choi, *Tying and innovation: a dynamic analysis of tying arrangements*, "The Economic Journal" (2004), Vol. 114, No. 492.
5. E. van Damme, P. Larouche, W. Mueller, *Abuse of a dominant position: cases and experiments*, "TILEC Discussion Paper" 2006.
6. M. Dolmans, T. Graf, *Analysis of tying under article 82 EC. The European Commission's Microsoft decision in perspective*, "World Competition" 2004, No. 27(2).
7. N. Economides, *Tying, Bundling and Loyalty/Requirement Rebates*, "New York University Law & Economics Research Paper Series" 2011, Working Paper No. 11-2.
8. E. Elhauge, *Tying, Bundled Discounts and the Death of the Single Monopoly Profit Theory*, "Harvard Law Review" 2009, Vol. 123, No. 2.
9. D. Evans, M. Salinger, *Why do firms bundle and tie? Evidence from competitive markets and implications for tying law*, "Yale Journal on Regulation" 2005.
10. D. E. Gaynor, *Technological Tying*, "Working Paper" No. 284, Bureau of Economics Federal Trade Commission 2006.
11. H. Hovenkamp, *Antitrust policy after Chicago*, "Michigan Law Review" 1985.

12. H. Hovenkamp, *Harvard, Chicago and Transaction Cost Economics in Antitrust Analysis*, "University of Iowa Legal Studies Research Paper", No. 10-35, December 2010.
13. E. Iacobucci, *Tying as quality control: A legal and economic analysis*, "The Journal of Legal Studies" 2003, Vol. 32, No. 2.
14. B. H. Kobayashi, *Does Economics provide a reliable guide to regulating commodity bundling by firms? A survey of the economic literature*, Journal of Competition Law & Economics, Vol. 1, No. 4, December 2005.
15. A. Lerner, *The concept of monopoly and the measurement of monopoly power*, "The Review of Economic Studies" 1(3) 1934.
16. E. Łętowska, *Między Scyllą a Charybdą - sędzia polski między Strasburgiem i Luksemburgiem*, „Europejski Przegląd Sądowy”, październik 2005.
17. R.P. McAfee, J. McMillan, M. D. Whinston, *Multiproduct monopoly, commodity bundling and correlation of values*, "Quarterly Journal of Economics" 1989, No. 104.
18. B. Nalebuff (1), *Bundling, Tying and Portfolio Effects*, "DTI Economics Paper" No. 1, Part 1, Yale University, February 2003.
19. B. Nalebuff (2), *Bundling, Tying and Portfolio Effects*, "DTI Economics Paper" No. 1, Part 2, Yale University, February 2003.
20. P. Papandropoulos, *Article 82: Tying and bundling*, "Competition Law Insight", 6 June 2006.
21. A. Petrin, *Quantifying the Benefits of New Products: The Case of the Minivan*, "Journal of Political Economy" 2002, Vol. 110, No. 4.
22. P. Podrecki, *Porozumienia monopolistyczne i ich cywilnoprawne skutki*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z wynalazczości i ochrony własności intelektualnej”, z. 74 (2000);
23. R. Posner, *The Chicago School of Antitrust Analysis*, "University of Pennsylvania Law Review" 1973
24. J. T. Rosch, *Antitrust Law Enforcement. What to do about the current economy cacophony?*, "Federal Trade Commission", Washington 2009.
25. K. Spier, J. Dana, *Bundling and firm reputation*, "Harvard Law School Discussion Paper" No. 649, 2009.
26. M. Swora, *Zakaz stosowania transakcji wiązanych przez podmioty dominujące na rynku z perspektywy europejskiego, amerykańskiego i polskiego prawa antymonopolowego*, „Przegląd Prawa Europejskiego” 1(19) 2005.

III. Akty normatywne i akty soft law

1. Traktat ustanawiający Europejską Wspólnotę Węgla i Stali z 18 kwietnia 1951 r.
2. Traktat Ustanawiający Europejską Wspólnotę Gospodarczą z 25 marca 1957 r.
3. Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej, Dz.Urz. 2009r. Nr 203, poz. 1569.
4. Sherman Antitrust Act, 15 U.S.C. par. 1-7.
5. Clayton Antitrust Act, 15 U.S.C. par. 12-27, 29, U.S.C. par. 52-53.
6. Protokół nr 27 w sprawie rynku wewnętrznego i konkurencji, Dz.Urz. UE C 115/309.
7. Rozporządzenie Komisji nr 1984/83 z dnia 22 czerwca 1983 r. w sprawie zastosowania art. 85 ust. 3 traktatu do określonych kategorii umów wyłącznych, Dz.Urz. WE z 30 czerwca 1983, L135/5.
8. Rozporządzenie Komisji nr 2349/84 w sprawie stosowania art. 85 ust. 3 Traktatu do *niektórych* kategorii porozumień dotyczących licencji na korzystanie z patentów, Dz.Urz. WE L219/15.
9. Rozporządzenie Komisji nr 240/96 w sprawie stosowania art. 85 ust. 3 traktatu do niektórych kategorii porozumień o transferze technologii, Dz.Urz. z 9 lutego 1996 r., L 031.
10. Rozporządzenie Komisji Europejskiej nr 772/2004 w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do kategorii porozumień o transferze technologii, Dz.Urz. UE z 27 kwietnia 2004 r. L123/11.
11. Komisja Europejska, Wytyczne w sprawie priorytetów, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. 82 Traktatu WE w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wyłączającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące, Dz.Urz. UE z 2009 r., C 45/02.
12. Komisja Europejska, Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, Dz.Urz. UE z 2010 r., C 130/01.
13. Komisja Europejska, Wytyczne w sprawie stosowania artykułu 81 TWE do porozumień transferu technologii, Dz.Urz. UE z 2004 r., C 101/02.
14. Komisja Europejska, Obwieszczenie w sprawie definicji rynku do celów wspólnotowego prawa konkurencji, Dz.Urz. WE z 1997 r., C372/5.
15. Komisja Europejska, Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, Dz.Urz. WE z 2000 r., C 291/01.
16. Komisja Europejska, *DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, Bruksela 2005.

IV. Orzecznictwo

1. Wyrok SPI w sprawie T-30/89 *Hilti AG p. Komisji*, Zb. Orz. 1991, s. II-1439.
2. Wyrok SPI w sprawie T-201-04 *Microsoft p. Komisji*, Dz.Urz. UE 2007 C 269/45.
3. Wyrok ETS w sprawie C-333/94 *Tetra Pak Int SA p. Komisji*, Zb. Orz. 1996, s. I-595.
4. Wyrok ETS w sprawie 311/84 *CBEM p. CLT i IPP (Telemarketing)*, Zb. Orz. 1985, s. 3261.
5. Wyrok ETS w sprawie 247/86 *Société alsacienne et lorraine de télécommunications et d'électronique (Alsatel) v SA Novasam*, ECR 1988, s. 5987.
6. Wyrok ETS w sprawie C-333/94 *SGL Carbon AG p. Komisji*, Zb. Orz. 2006, s. I-59777.
7. Wyrok ETS w sprawie 193/83 *Windsurfing International Inc. p. Komisji*, Zb. Orz. 1986, s. 611.
8. Wyrok ETS w sprawie C-234/89 *Stergios Delimitis p. Henninger Bräu AG*, Zb. Orz. 1991, s. I-935.
9. Wyrok ETS w sprawie 27/76 *United Brands p. Komisji*, Zb. Orz. 1978, s. 207.
10. Wyrok ETS w sprawie 85/76 *Hoffmann La Roche p. Komisji*, Zb. Orz. 1979, s. 461.
11. Wyrok ETS w sprawie 66/86 *Ahmed Saeed Flugreisen i in. p. Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs*, Zb. Orz. 1989 r., s.803.
12. Wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych w sprawie *Northern Pacific Railway Co. et al. v. United States*, 356 U.S. 1, 5-6, (1958).
13. Decyzja KE w sprawie *Vaessen/Morris*, Dz.Urz. EWG z 1979 r. L 19/32.
14. Decyzja KE w sprawie *London European v. Sabena*, Zb. Orz. 1988, L 317.
15. Decyzja KE w sprawie *Napier Brown - British Sugar*, Dz.Urz. EWG z 1988 r., L 284/41.
16. Decyzja KE w sprawie *Microsoft*, Dz.Urz. UE z 2005 r., L32/23.
17. Decyzja KE w sprawie M.6281 *Microsoft/Skype*, Zb. Orz. 2011, C 341/02.

V. Raporty

1. Komisja Europejska, *First Report on Competition Policy* 1971, Bruksela-Luksemburg 1972.
2. Komisja Europejska, *27th Report on Competition Policy* 1997, Bruksela-Luksmeburg 1998.
3. Komisja Europejska, *28th Report on competition policy* 1998, Bruksela-Luksemburg 1999.

4. Center for European Policy Studies, *Tying and other potentially unfair practices in the retail financial service sector*, Bruksela 2009.

VI. Inne

1. http://ec.europa.eu/competition/consumers/what_pl.html, dostęp: 15.04.2012 r;
2. J. Almunia, *Prezentacja rocznego sprawozdania dotyczącego konkurencji*, Bruksela 2012, dostępny na stronie: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/12/466&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>, dostęp: 19.06.2012.

Wydawnictwo powstało w ramach serii „Biblioteka UOKiK“. Niniejsza publikacja została nagrodzona w konkursie na najlepszą pracę magisterską poświęconą ochronie konkurencji w 2012 roku.

Iwo Małobęcki, absolwent programu LL.M. Law and Economics na Wydziale Prawa Uniwersytetu w Utrechcie oraz Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego na kierunku prawo. W 2012 r. ukończył Centrum Prawa Amerykańskiego przy WPiA UW. Jest członkiem Fundacji Instytut Etyki Prawniczej i redaktorem wortalu poświęconego etyce prawniczej. W 2012 r. został jednym z laureatów konkursu 3rd Polish Law & Economics Conference w dziedzinie ekonomicznej analizy prawa oraz konkursu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów na najlepszą pracę magisterską. Niniejsza praca poświęcona ekonomicznej oraz prawnej analizie sprzedaży wiązanej i pakietowej otrzymała także wyróżnienie specjalne Stowarzyszenia Prawa Konkurencji. Zainteresowania autora koncentrują się na zagadnieniach związanych z prawem konkurencji, własności przemysłowej oraz prawem autorskim.

„Recenzowana praca stanowi znakomite prawno-ekonomiczne studium jednych z najczęściej wykorzystywanych w obrocie gospodarczym praktyk. Autor nie tylko bardzo wnikliwie i kompleksowo analizuje charakter transakcji wiązanych, ale również skutki, które kreują dla konkurencji [...]”.

Z recenzji naukowej doc. dr. Cezarego Banasińskiego

ISBN 978-83-60632-84-0

Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów
plac Powstańców Warszawy 1
00-950 Warszawa
www.uokik.gov.pl