

Amerykańska koncepcja w unijnym prawie – *essential facilities doctrine*

Jednym z najgłośniejszych, a zarazem najbardziej kontrowersyjnych procesów ostatnich lat toczących się przed Trybunałem Sprawiedliwości Unii Europejskiej¹, jest proces wytoczony przez amerykańską spółkę Microsoft, określaną mianem największego potentata informatycznego na świecie. Microsoft, odwołując się do Sądu, zaskarżył wydaną wcześniej decyzję Komisji Europejskiej, stwierdzającą naruszenie przez spółkę przepisów ówczesnego art. 82 TWE². Powodem ogromnego zainteresowania sprawą *Microsoft* jest nie tylko rekordowa wysokość kary, jaka została nałożona na amerykańską spółkę (€ 497 196 304)³, ale także merytoryczne rozstrzygnięcie, przede wszystkim w zakresie interpretacji odmowy udostępniania informacji dotyczących interoperacyjności programów operacyjnych oraz sprzedaży wiązanej. Sprawa *Microsoft* rozpatrywana najpierw przez Komisję, a później Sąd, niewątpliwie przejdzie do historii stosowania unijnych reguł ochrony konkurencji.

Kazus *Microsoft* jest również niezmiernie istotny z perspektywy ugruntowania stosowanej w prawie unijnym doktryny urządzeń kluczowych (ang. *essential facilities do-*

1 Zgodnie z art. 19 TUE, Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej obejmuje Trybunał Sprawiedliwości, Sąd oraz Sąd do spraw Służby Publicznej. W sprawach z zakresu europejskich reguł konkurencji o wymiarze unijnym, Sąd rozpatruje jako organ I instancji, a od jego orzeczeń przysługuje prawo odwołania do Trybunału Sprawiedliwości, jako organu II instancji; *v. The Treaty of Lisbon and the Court of Justice of the European Union*, [w:] *Court of Justice of the European Communities*, Press Release no 104, 09, Luxembourg, 30 November 2009; *v. art. 19 TUE* oraz art. 256.1 TFUE; Dz. Urz. UE C 83 z 30 marca 2010.

2 Dz. Urz. UE C 321E z 29 grudnia 2006; Dz. Urz. UE L 32 z 6 lutego 2007; wyrok T-201, 04 *Microsoft v. KE* z 17 września 2007 r. ECR 2007, s. II-3601.

3 Wyrokiem z 17 czerwca 2012 r., Sąd ustalił ostateczną kwotę okresowej kary pieniężnej nałożonej na spółkę Microsoft, która opiewała na € 860 mln; *v. wyrok T-167, 08 Microsoft v. KE* z 27 czerwca 2012 r.

ctrine)⁴. Choć Komisja w decyzji poprzedzającej proces przed Sądem nie odwołała się bezpośrednio do owej doktryny, to jednak oparła swoją argumentację na linii orzeczniczej wypracowanej we wcześniejszych sprawach: *Ladbroke* oraz *Oscar Bronner*, uważanych za źródło doktryny *essential facilities* w prawie unijnym⁵. Czy należy zatem uznać, iż Sąd w orzeczeniu potwierdzającym stanowisko przyjęte przez Komisję ostatecznie potwierdził inkorporację doktryny urządzeń kluczowych do prawa unijnego?

W literaturze przedmiotu poświęcono wiele uwagi analizie oraz interpretacji wyżej wspomnianej sprawy. Powstało na ten temat sporo artykułów, prac magisterskich, doktorskich, a nawet monografie⁶. Na potrzeby niniejszej publikacji sprawa *Microsoft* stanowić będzie więc jedynie swoisty punkt wyjścia, a zarazem pretekst do głębszej analizy konstrukcji doktryny *essential facilities* oraz słuszności jej stosowania na gruncie prawa unijnego.

Jak daleko sięgają korzenie doktryny *essential facilities*? Czy i dlaczego jest ona niezbędnym uzupełnieniem reguł konkurencji? W jakim innym, poza unijnym, systemie prawnym jest ona stosowana? Czy, pomimo wielu kontrowersji, możliwe jest wskazanie jasnych granic jej stosowania? Niniejsza publikacja stanowi próbę odnalezienia odpowiedzi na wszystkie te pytania.

Czym jest doktryna *essential facilities*?

W pewnych sektorach działalności gospodarczej niemożliwym jest świadczenie usług na rynkach powiązanych⁷ bez dostępu do konkretnych urządzeń⁸. Zdarza się, iż owo szczególne, kluczowe urządzenie, bez którego świadczenie usług konsumentom lub odbiorcom końcowym byłoby wręcz niewykonalne, znajduje się w posiadaniu przedsiębiorcy o pozycji dominującej. W zaistniałej sytuacji przedsiębiorca, który dopiero wchodzi

4 L. Hou, *The Essential Facilities Doctrine – What Was Wrong in Microsoft?*, „International Review of Intellectual Property and Competition Law”, nr 4, 2012, s. 451.

5 F. Haus, *Effective Competition and the Essential Facilities Doctrine*, „Intereconomics” nr 1, 2011, s. 32.

6 D. Miąsik, T. Skoczny, *Sprawa Microsoft – studium przypadku. Prawo konkurencji na rynkach nowych technologii*, Warszawa 2008.

7 Instytucja urządzenia kluczowego nierozłącznie związana jest z występowaniem dwóch rynków powiązanych. Pierwszym z nich jest rynek, na którym dany przedsiębiorca dysponuje urządzeniem kluczowym. Natomiast drugim jest rynek świadczenia usług z wykorzystaniem tych urządzeń. W doktrynie używa się także określeń: rynek wyższego i niższego szczebla, przy czym urządzenie kluczowe może występować na obydwu szczeblach. Przesłanka ta była szczególnie wyraźnie wskazana w decyzji Komisji dotyczącej sprawy *Sea Containers*, Dz. Urz. UE L 15 z 18 stycznia 1994.

8 Przykładowo można wymienić usługi transportowe (np. promowe, lotnicze), gdzie za urządzenie kluczowe należy uznać infrastrukturę transportową (odpowiednio porty, lotniska) czy produkcję oprogramowania, gdzie urządzeniem kluczowym będzie system operacyjny.

na rynek, jest zmuszony do szukania dostępu do urządzenia kluczowego, znajdującego się w posiadaniu tylko jednego właściciela bądź dysponenta.

Doktryna *essential facilities* znajduje zastosowanie w sytuacji, kiedy to przedsiębiorca o pozycji dominującej utrudnia dostęp do urządzenia kluczowego, które posiada. Naturalnym bowiem dążeniem podmiotów gospodarczych posiadających pozycję dominującą jest jak najpełniejsza kontrola nad wykorzystaniem swoich urządzeń kluczowych, co w praktyce często skutkuje dążeniem do uzyskania kontroli nad rynkami powiązаныmi. Wyróżnia się dwa rodzaje działań mających na celu utrudnianie dostępu do urządzenia kluczowego: całkowita odmowa dostępu oraz częściowe zamknięcie rynku. Całkowita odmowa dostępu obejmuje zarówno przypadki bezpośredniej odmowy, jak i pośredniej, tzw. konstruktywnej odmowy, kiedy to – przykładowo – przedsiębiorca posiadający urządzenie kluczowe ustanawia zaporową cenę dostępu do niego. Natomiast częściowe zamknięcie rynku następuje wówczas, gdy przedsiębiorca angażuje się w dyskryminację cenową, faworyzując jednocześnie niektórych partnerów, co oczywiście pociąga za sobą niekorzystne konsekwencje dla pozostałych konkurentów, mających ograniczony dostęp do urządzeń kluczowych.

Zgodnie z założeniami doktryny *essential facilities*, przedsiębiorca o pozycji dominującej odmawiający swoim konkurentom dostępu do urządzeń kluczowych, które posiada, robi to w celu zamknięcia rynku powiązanego⁹. Dlatego też należy uniemożliwić takie działanie. Złożoność owej sytuacji nakreśla fakt, iż w momencie zmuszenia przedsiębiorcy o pozycji dominującej do udzielenia dostępu konkurentom do urządzenia kluczowego, które posiada, naruszenia doznaje nie tylko konstytucyjne prawo własności, ale także swoboda zawierania umów i wyboru partnerów gospodarczych¹⁰.

Czemu służy doktryna *essential facilities*?

Wolny rynek to z definicji taki, na którym wymiana dóbr i usług dokonuje się w wyniku dobrowolnie zawieranych transakcji pomiędzy sprzedającymi a kupującymi, przy świadomości ustalonej przez nich ceny. Natomiast rynek doskonale konkurencyjny to taki, na którym każdy z przedsiębiorców z osobna jest zbyt mały, by wpływać na cenę rynkową. Oznacza to, iż niezależnie od poziomu produkcji może on sprzedawać wyprodukowane przez siebie dobra czy usługi po bieżącej cenie rynkowej. Na gruncie tak rygorystycznej definicji należy uznać, iż niewiele rynków – zarówno w Unii Europejskiej,

9 Należy oczywiście odróżnić sytuację, kiedy istnieje obiektywne uzasadnienie dla umów wyłącznych, np. celem takiej umowy jest utrzymanie reputacji marki czy kosztów promocji; v. C. Nagy, *Refusal to deal and the doctrine of essential facilities in US and EC competition law: a comparative perspective and a proposal for a workable analytical framework*, „European Law Review” no 5, , 2007, s. 680.

10 L. Hou, *op. cit.*, s. 451.

jak i Stanach Zjednoczonych – można opisać jako doskonale konkurencyjne. Dlatego, by zapewnić efektywność funkcjonującej konkurencji, niezbędne są przepisy ograniczające w pewnym stopniu zachowania przedsiębiorców, a przy tym i ich wolność.

Istotą doktryny *essential facilities* jest zapewnienie istnienia konkurencyjnego rynku świadczenia usług konsumentom¹¹. Innymi słowy, służy ona rozwojowi konkurencji na rynkach zdominowanych poprzez umożliwienie konkurentom dostępu do urządzeń kluczowych kontrolowanych przez przedsiębiorcę o pozycji dominującej. Doktryna *essential facilities* została stworzona, by przeciwdziałać odmowie dostępu do określonych urządzeń kluczowych, wykorzystywanej jako instrument zapewnienia sobie przez przedsiębiorcę pozycji dominującej na rynkach, na których pojawienie się konkurencji nieodłącznie związane jest z uzyskaniem dostępu do urządzenia kluczowego.

Pomimo krytyki dotyczącej jasnych granic stosowania doktryny *essential facilities*, zarówno w Stanach Zjednoczonych, jak i Europie¹², należy uznać, iż przynosi ona wymierne korzyści i winna być postrzegana pozytywnie¹³. Zapobiega bowiem umocnieniu pozycji dominującej i zmusza przedsiębiorcę posiadającego urządzenia kluczowe do otwarcia konkurencji na samego siebie. Doktryna *essential facilities* nie powinna być także postrzegana w kategoriach ograniczania swobody zawierania umów przez przedsiębiorców czy wyboru kontrahentów. Organy ochrony konkurencji i sądy nie nałożą bowiem na przedsiębiorcę obowiązku udzielenia dostępu do urządzenia kluczowego dopóty, dopóki nie będzie on postępował z zamiarem nadużycia swojej pozycji na rynku¹⁴. Innymi słowy, w sytuacji, kiedy przedsiębiorca odmawia dostępu, a powód odmowy jest obiektywnie ważny i uzasadniony, jego zachowania nie można uznać za ograniczające konkurencję, a tym samym nie ma podstaw do zastosowania przymusu zawarcia umowy z konkurentami.

Amerykańskie korzenie doktryny *essential facilities*

Amerykańskie reguły ochrony konkurencji zakorzenione są w systemie *common law*, a zasada wolnej konkurencji to podstawowe założenie prawa antytrustowego w Stanach Zjednoczonych. Jest ono skodyfikowane w trzech federalnych aktach prawnych: Sher-

11 J. Majcher, *Dostęp do urządzeń kluczowych w niezależnych regulacjach sektorowych*, „Problemy zarządzania” nr 3, 2004, s. 171.

12 P. Areeda podsumowując doktrynę *essential facilities* pisze: „it is less a doctrine than an epithet indicating some exceptions (...), but not telling us what those exceptions are”; P. Areeda, *Essential Facilities: An Epithet in Need of Limiting Principles*, [w:] „Antitrust Law Journal” no 58, 1990, s. 841.

13 A. Stratakis, *Comparative Analysis of the US and EU Approach and Enforcement of the Essential Facilities Doctrine*, [w:] „European Competition Law Review” no 8, 2006, 442.

14 F. Haus, *Effective Competition and the Essential Facilities Doctrine*, „Intereconomics” no 1, 2011, s. 31.

man Antitrust Act¹⁵ z roku 1890 oraz Clayton Antitrust Act¹⁶ i Federal Trade Commission Act¹⁷ – oba z roku 1914 – których treść uzupełnia generalne zakazy wymienione w tym pierwszym.

Sherman Antitrust Act został wprowadzony w życie w celu ochrony wolności konkurencji przed jej ograniczeniami i był pierwszą tego typu regulacją na świecie. Zawiera on dwa główne postanowienia. *Section 1* Sherman Antitrust Act zakazuje zawierania umów oraz podejmowania czynności i praktyk, które bezzasadnie ograniczają działalność gospodarczą, a w konsekwencji prowadzą do powstawania monopolii¹⁸. Natomiast *Section 2* teże ustawy skierowany jest przeciw wzrostowi i nadużywaniu władzy przez istniejące już monopole¹⁹. Oba przepisy mają istotne znaczenie przy omawianiu pochodzenia i znaczenia doktryny *essential facilities*, która – obok doktryny zamiaru i doktryny dźwigni²⁰ – może być podstawą do stwierdzenia odpowiedzialności antymonopolowej za odmowę zawarcia umowy.

Do czasu ukształtowania się doktryny *essential facilities* sądy Stanów Zjednoczonych uznawały wolność przedsiębiorcy w zakresie dokonywania transakcji, za jedną z naczelných zasad prawa konkurencji²¹. Takie podejście wiązało się z niemożnością ewentualnego nałożenia na przedsiębiorcę obowiązku zawarcia umowy z jego konkurentami (w drodze orzeczenia sądu czy aktu prawnego). W miarę upływu czasu, stanowisko judykatury ewoluowało i sądy zaczęły stopniowo powoływać się na wyjątki od owej ogólnej zasady. Jednym z nich jest właśnie dostęp do urządzeń kluczowych. Należy jednak podkreślić,

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

16 Clayton Antitrust Act, 15 U.S.C. §§ 12-27.

17 Federal Trade Commission Act, 15 U.S.C. §§ 41-58.

18 W pełnym brzmieniu:

Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$100,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$1,000,000, or by imprisonment not exceeding 10 years, or by both said punishments, in the discretion of the court.

19 W pełnym brzmieniu:

Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$100,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$1,000,000, or by imprisonment not exceeding 10 years, or by both said punishments, in the discretion of the court.

20 J. Majcher, *Dostęp do urządzeń kluczowych w świetle orzecznictwa antymonopolowego*, Warszawa 2005, s. 32 i nast.

21 A. Stratakis, *op. cit.*, s. 435.

iż odmowa zawarcia umowy dotyczącej dostępu do urządzenia kluczowego może zostać uznana za naruszenie prawa wyłącznie wtedy, gdy ma na celu monopolizację określonego rynku poprzez wykluczenie aktualnych lub potencjalnych konkurentów²².

Korzenie koncepcji, w której to urządzenia kluczowe zasługiwały na szczególne traktowanie, sięgają orzecznictwa amerykańskiego z XIX w., nakładającego na osoby utrzymujące lokalny monopol obowiązek uczciwego zawierania umów z potencjalnymi klientami. Natomiast początki samej doktryny *essential facilities* sięgają roku 1912²³ oraz orzeczenia SN w sprawie *Terminal Railroad*:

W roku 1889 czternaście z dwudziestu czterech niezależnych towarzystw kolejowych, które zajmowały się transportem kolejowym, zawarły umowę, na mocy której powstała spółka o nazwie Terminal Railroad Association of S. Louis. Kontrolowała ona przede wszystkim dworzec kolejowy w mieście S. Louis, ale także dwa mosty na rzece Missisipi, która to okalała ową miejscowość. Trzy lata później, w roku 1902, doszło do przejścia przez Terminal Railroad Association of S. Louis kolejnych spółek przewoźniczych, dzięki czemu zaczęła ona kontrolować najważniejsze linie kolejowe, dworce, mosty, a także połączenia po obu stronach rzeki w regionie. Ponadto pobierała specjalną opłatę za transport towarów przez mosty na rzece Missisipi, a sama umowa spółki dawała jej członkom możliwość odmowy dostępu do posiadanych przez nią urządzeń i instalacji osobom trzecim. Stan Missouri, na którego terenie znajduje się miasto S. Louis postanowił złożyć w tej sprawie pozew²⁴.

SN Stanów Zjednoczonych, opierając się w wyroku na wykładni *Section 1* i *Section 2* Sherman Antitrust Act, uwzględnił pozew stanu Missouri i orzekł, iż właściciel, który znajduje się w posiadaniu istotnego urządzenia, w tym wypadku terminalu kolejowego, i który odmawia dostępu do niego osobom trzecim, może przyczynić się do ograniczenia handlu pomiędzy stanami, a takie zachowanie uznane jest za próbę monopolizacji handlu pomiędzy nimi²⁵. W konsekwencji spółka Terminal Railroad została przez sąd zobowiązana do zaniechania pobierania opłaty mostowej, jak i do zapewnienia możliwości korzystania z jej urządzeń innym towarzystwom kolejowym, na takich zasadach, na jakich korzystają z nich członkowie spółki.

22 G. Knieps, *The Three Criteria Test, the Essential Facilities Doctrine and the Theory of Monopolistic Bottlenecks*, „Intereconomics”, nr 1, 2011, s. 17.

23 A. Pisarkiewicz, *Ochrona konkurencji w telekomunikacji ze szczególnym uwzględnieniem doktryny Urządzeń Kluczowych*, [w:] *Nowe Tendencje w prawie konkurencji UE*, red. E. Piontek, Warszawa 2008, s. 216.

24 *United States v. Terminal Railroad Association of St. Louis*, 224 U.S. 383, 1912.

25 *V. pkt 151* wyroku: „restrain (...) commerce among the States and constitutes an attempt to monopolize commerce among the States (...)”.

Inny stan faktyczny stanowił podstawę dla wyroku w sprawie *Associated Press*²⁶ z roku 1945:

Amerykańska agencja prasowa Associated Press, jako stowarzyszenie zajmujące się dostarczaniem wiadomości na obszarze Stanów Zjednoczonych i za granicą, uniemożliwiała dostęp do wiadomości, w których posiadaniu się znajdowała, osobom nie będącym członkami stowarzyszenia, a także zakazywała swoim członkom ujawniać jakiegokolwiek informacji wykreowanej czy zdobytej przez nich samych osobom trzecim. Ponadto Associated Press skutecznie odmawiało konkurentom członkostwa w agencji.

SN Stanów Zjednoczonych uznał, iż uniemożliwienie konkurentom członkostwa w agencji, uniemożliwiająca im dotarcie do wytworzonych przez nią informacji, poważnie ograniczało możliwość wejścia na rynek nowych dzienników, przez co naruszało *Section 1 Sherman Antitrust Act*. W tym przypadku warto zwrócić uwagę na fakt, iż w przeciwieństwie do sprawy *Terminal Railroad*, decyzja sądu nie odnosiła się do urządzeń w sensie elementów natury technicznej, a jedynie nawiązywała do pewnej przewagi konkurencyjnej, jaką posiadała spółka Associated Press.

Choć doktryna *essential facilities* kilkakrotnie znajdowała zastosowanie w późniejszych sprawach (*Gamco*²⁷, *Aspen Skiing*²⁸ czy *Otter Tail*²⁹), to została tak nazwaną dopiero w roku 1977 w orzeczeniu wydanym w sprawie *Hecht*:

Drużyna Washington Redskins wynajmowała na wyłączność stadion im. Roberta Kennedy'ego w Waszyngtonie, D.C. Wyłączność ta polegała na tym, iż umowa najmu zawarta pomiędzy właścicielem stadionu a drużyną Redskins zawierała klauzulę, która stanowiła, iż na czas trwania umowy stadion nie może być wynajęty jakiegokolwiek innej drużynie futbolu zawodowego niż Washington Redskins. Drużyna Redskins powołując się na regulacje zawarte w umowie odmówiła innej drużynie futbolowej udostępnienia stadionu Roberta Kennedy'ego³⁰.

Sąd Apelacyjny dla Dystryktu Kolumbii rozstrzygając w tej sprawie po raz pierwszy *expressis verbis* użył pełnej terminologii doktryny *essential facilities*, opierając się przy

26 *Associated Press v. United States*, 326 U.S. 1, 1945.

27 *Gamco Inc. v. Providence Fruit & Produce Building Inc.*, 194 F.2d 494, 1st Cir. 1952.

28 *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*, 472 U.S. 585, 611 n. 44, 1985.

29 *Otter Tail Power Co. v. United States*, 410 U.S. 366, 1973.

30 *Hecht v. Pro-Football Inc.*, 570 F.2d 982, D.C. Cir. 1977; wyrok w sprawie *Hecht* wraz z wcześniejszymi orzeczeniami SN Stanów Zjednoczonych w sprawach *Terminal Railroad*, *Associated Press* oraz *Otter Tail* są uznawane za tzw. wielką czwórkę wyroków, które przyczyniły się do trwałego ukształtowania linii orzeczniczej w sprawach dotyczących doktryny urządzeń kluczowych.

tym na wcześniej już ukształtowanej praktyce amerykańskiej judykatury. Uznał praktykę drużyny Redskins za naruszenie przepisów antymonopolowych, powołując się na wyroki we wcześniejszych sprawach *Terminal Railroad* oraz *Otter Tail*. Uzasadnił swoje orzeczenie twierdzeniem, że jeżeli urządzenia nie mogą być kopiowane, czy też powielane przez ewentualnych konkurentów, to na podmiotach znajdujących się w ich posiadaniu ciąży szczególnie obowiązek dzielenia się nimi. W powyższej sprawie drużyna futbolowa, która chciała wynająć stadion, nie miała możliwości najmu innego, podobnego obiektu. Poza tym, drużyna Washington Redskins nie wykorzystywała stadionu w pełnym wymiarze czasowym, co tylko podkreśla możliwość i powinność udostępniania stadionu przez drużynę Redskins innym zespołom.

Przejęcie doktryny do prawa unijnego

Na gruncie prawa Unii Europejskiej źródeł stosowania doktryny *essential facilities* należy szukać w instytucji odmowy dostawy jako przejawu zakazanego nadużycia pozycji dominującej. Instytucja ta nie została wyraźnie wymieniona w art. 102 TFUE, jednakże art. 102 lit. b) stanowi iż, nadużycie pozycji dominującej może polegać na „ograniczaniu produkcji, zbytu lub postępu technicznego ze szkodą dla konsumentów” i to właśnie ten przepis uznawany jest za podstawę prawną dla odmowy dostawy konkurentom³¹.

Początkowo recepcja amerykańskiej doktryny *essential facilities* na grunt prawa unijnego dokonywała się w ścisłym powiązaniu z liberalizacją sektora transportowego na przełomie lat 80. i 90. XX w.. W latach kolejnych stopniowo rozszerzano jej zastosowanie na inne rynki, jednocześnie precyzując formalne kryteria definicji urządzenia kluczowego³². Szczególnie doniosłą rolę w procesie transponowania doktryny *essential facilities* do systemu prawa unijnego odegrała Komisja Europejska³³.

Prekursorskie podejście Komisji

Pomimo iż w prawie pierwotnym Unii Europejskiej brak jest wyraźnego odniesienia do doktryny urządzeń kluczowych, to już od połowy lat siedemdziesiątych XX w. Komisja odwoływała się w swych decyzjach do wcześniej wypracowanej na gruncie prawa amerykańskiego doktryny, rozstrzygając niektóre sprawy z zakresu ochrony konkurencji i konsumentów³⁴.

31 M. Bergman, *When Should an Incumbent Be Obligated to Share its Infrastructure with an Entrant Under the General Competition Rules?*, Uppsala.

32 B. Targański, *Ochrona konkurencji w działalności platform handle elektronicznego*, Warszawa 2010, s. 135.

33 F. Haus, *op. cit.*, nr 1, 2011, s. 32.

34 *V. Dz. Urz. UE L 35 z 10 lutego 1976.*

Jednak pierwsze, wyraźne odwołanie do doktryny urządzeń kluczowych nastąpiło dopiero w roku 1992 w sprawie *B&I Line and Sealink Stena*³⁵, kiedy to Komisja w decyzji stwierdziła naruszenie ówczesnego art. 82 TWE.

Spółka grupy Stena posiadała dwie spółki-córki. Jedna z nich była właścicielem portu w Holyhead w Walii, a druga obsługiwała transport promowy z tego portu do Irlandii. Usługi transportu promowego z Holyhead do Irlandii świadczyła także inna spółka – B&I Line. Jednak warunki techniczne i geograficzne powodowały trudności w jednoczesnym korzystaniu z portu przez obie spółki. W konsekwencji często dochodziło do sporów dotyczącymi rozkładu połączeń, a dokładniej godzin odpływu promów³⁶.

Komisja – badając sprawę stwierdziła – iż grupa Stena, jako zarządca portu, dopuściła się nadużycia pozycji dominującej. Spółka Stena zarezerwowała dla swojej spółki-córki najbardziej dogodne godziny użytkowania portu, jednocześnie nie zatwierdzając dla spółki B&I Line równie konkurencyjnych godzin odpływów. Komisja nakazała spółce Stena zmianę dotychczasowego rozkładu odpływów w ten sposób, aby obie spółki przewoźnicze (Sealink Stena oraz B&I Line) miały możliwość dokonywania załadunków i rozładunków w porcie Holyhead na równie korzystnych zasadach. W powyższej decyzji Komisja, uznając port Holyhead za urządzenie kluczowe, stwierdziła, iż:

przedsiębiorca dominujący, który jest zarówno właścicielem (...), jak i użytkownikiem urządzenia kluczowego (...), bez dostępu do którego konkurenci nie mogą świadczyć usług swoim klientom, i który odmawia swoim konkurentom dostępu do tego urządzenia lub udziela dostępu na mniej korzystnych warunkach niż te, na których sam z niego korzysta i pozostawia konkurentów w mniej korzystnej sytuacji konkurencyjnej, narusza przepis [ówczesnego] art. 82³⁷.

Oprócz tej, duże znaczenie dla rozwoju doktryny *essential facilities* na gruncie prawa europejskiego miały także decyzje Komisji: *Sea Containers*³⁸, *Port Rodby*³⁹ (obie związa-

35 Decyzja KE w sprawie *B&I Line v. Sealink Harbour and Sealink Stena* z 11 czerwca 1992 r., Biuletyn WE nr 6, 1992, pkt 1.3.30.

36 A. Antapassis, E. Rosaeg, *Competition and Regulation in Shipping and Shipping Related Industries*, Leiden 2009, s. 146.

37 Decyzja KE w sprawie *B&I Line v. Sealink Harbour and Sealink Stena*, pkt 41.

38 Dz. Urz. UE L 15 z 18 stycznia 1994.

39 Dz. Urz. UE L 55 z 26 lutego 1994.

ne z działalnością spółki Stena), *HOV SVZ/MCN*⁴⁰, *Eurotunnel*⁴¹ oraz *FAG*⁴². Komisja wydała także katalog rozstrzygnięć, które sama uznała za precedensowe dla rozwoju stosowania doktryny *essential facilities* na gruncie prawa europejskiego⁴³.

Reakcja Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej

Chociaż Komisja, rozstrzygając sprawy z zakresu prawa konkurencji, podparła się w swoich decyzjach założeniami doktryny *essential facilities* już od połowy lat siedemdziesiątych XX w., to zarówno Trybunał Sprawiedliwości, jak i Sąd z rezerwą odnosiły się do tego dorobku⁴⁴. Dopiero w roku 1997 Sąd wydając orzeczenie kończące sprawę *Tierce Ladbroke*⁴⁵, po raz pierwszy formalnie odniósł się do doktryny urządzeń kluczowych.

Ladbroke była belgijską spółką przyjmującą zakłady na wyścigi konne, które odbywały się w Belgii, Francji oraz Wielkiej Brytanii. Chcąc uatrakcyjnić jakość oferowanych usług, zamierzała wprowadzić telewizyjną transmisję francuskich wyścigów konnych. W tym celu zwróciła się do właścicieli praw do transmisji: Pari Mutuel Urbain oraz Sociétés de course (francuskie stowarzyszenie wyścigów), z prośbą o udzielenie licencji na transmisję wyścigów w Belgii. Jednocześnie w tym czasie żadna inna organizacja w Belgii nie posiadała podobnych uprawnień. Spółce Ladbroke odmówiono przyznania licencji, na co spółka wniosła skargę do Komisji powołując się m.in. na ówczesny art. 82 TWE oraz doktrynę *essential facilities*⁴⁶.

Sąd w toku postępowania odrzucił skargę spółki Ladbroke. Po pierwsze stwierdzając, iż odmowa udzielenia licencji nie była dyskryminującą, gdyż żadna licencja nie została przyznana na rynek belgijski, który w danej sprawie został uznany za rynek właściwy. W związku z powyższym, nie miał znaczenia fakt, iż licencje transmisji wyścigów były dostępne we Francji czy Niemczech, gdyż stanowiły one rynki odrębne⁴⁷. Po drugie, Sąd stwierdził, iż w przypadku spółki Ladbroke odmowa dostępu nie stanowiła nadużycia pozycji dominującej przez właścicieli praw do transmisji francuskich wyścigów konnych, gdyż nie był to czynnik, który byłby istotny dla prowadzenia pierwotnej działalności

40 Dz. Urz. UE L 104 z 23 kwietnia 1994.

41 Dz. Urz. UE L 354 z 31 grudnia 1994.

42 Dz. Urz. UE L 72 z 11 marca 1998.

43 *Obwieszczenie o stosowaniu zasad konkurencji w porozumieniach o dostępie w sektorze telekomunikacyjnym – przepisy ramowe, rynki właściwe i zasady*, OJ 1998 C 265, s. 2-28, pkt 65-66: *Sea Containers v. Stena Sealink, Port of Rodby, National Carbonising Company*.

44 F. Haus, *op. cit.*, s. 32.

45 Wyrok T-504, 93 w sprawie *Tierce Ladbroke S.A. v. KE* z 12 czerwca 1997, ECR 1997, s. II-923.

46 *Ibidem*.

47 *Ibidem*, pkt 124.

przedsiębiorcy – przyjmowania zakładów wyścigów konnych. Transmisja owych wyścigów nie stanowiła też sama w sobie nowego produktu, na który istniałby popyt ze strony konsumentów. Sąd wskazał także, iż Pari Mutuel Urbain oraz Sociétés de course nie stanowiły konkurencji dla spółki Ladbroke na rynku belgijskim, żadne z nich nie prowadziło działalności bukmacherskiej, a więc odmowa udzielenia licencji nie miała na celu wyeliminowania konkurencji przez podmiot dominujący.

Pomimo sceptycznego podejścia Sądu do doktryny urządzeń kluczowych, należy uznać, iż nie przekreślił on dorobku rozstrzygnięć wypracowanych w tej kwestii przez Komisję⁴⁸. Sąd nie podważył także zasadności stosowania doktryny *essential facilities*, a jedynie odrzucił możliwość powołania się na nią w konkretnej sprawie. Wyrok w sprawie *Tierce Ladbroke* ukazuje, iż przejście doktryny przez TSUE nastąpiło w odmiennym kształcie aniżeli ten, wypracowany przez Komisję. Należy jednak uznać, iż początkowo bardziej zachowawcze podejście judykatury stopniowo ewoluowało na przestrzeni lat, co bardzo dobrze obrazują później wydane orzeczenia m.in. w sprawie *Oscar Bronner*⁴⁹.

Przesłanki stosowania doktryny *essential facilities*

Jak wspomniano, doktryna *essential facilities* obecna w porządku prawnym Unii Europejskiej pierwotnie wywodzi się z amerykańskich reguł konkurencji. Na tej podstawie można wnioskować o licznych podobieństwach podejścia do omawianej instytucji w Stanach Zjednoczonych i Europie. Bardziej szczegółowa analiza doktryny *essential facilities* wskazuje jednak także różnice, szczególnie w zakresie przesłanek stosowania doktryny urządzeń kluczowych⁵⁰.

Przesłanki w prawie amerykańskim

Kluczowym dla analizy przesłanek stosowania doktryny *essential facilities* w Stanach Zjednoczonych jest wyrok w sprawie *MCI vid. AT&T*⁵¹ z roku 1983, który to został uznany za przełomowy dla jej rozwoju.

48 A. Pisarkiewicz, *op. cit.*, s. 227.

49 Wyrok C-7/97 w sprawie *Oscar Bronner GmbH & Co. KG v. Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG, Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG* z 26 listopada 1998, ECR 1998, s. I-7791. Także orzeczenia w sprawach *European Night Services* oraz *IMS Health* dobrze obrazują ewoluujące podejście judykatury do doktryny urządzeń kluczowych; v. Wyrok łączny T-374, 94, T-375, 94, T-384, 94 i T-388, 94 w sprawie *European Night Services v. KE* z 15 września 1998, ECR 1998, s. II-3141, Wyrok C-418, 01 w sprawie *IMS Health GmbH & Co. OHG v. NDC Health GmbH & Co. KG* z 29 kwietnia 2004, ECR 2004, s. I-5039

50 C. Nagy, *op. cit.*, s. 681.

51 *MCI v. AT&T*, 708 F.2d 1081, 1132-33, 7th Cir. 1983.

Spółka MCI świadczyła usługi telekomunikacyjne i zamierzała poszerzyć własną ofertę o połączenia międzystrefowe. W tym celu niezbędne było połączenie obsługiwanych przez nią sieci międzystrefowych z lokalnymi sieciami telekomunikacyjnymi Bell, które stanowiły własność AT&T. AT&T odmawiało, a innym razem sugerowało nierozsądne warunki tego podłączenia, co sprawiło, iż poszerzenie oferty przez MCI o usługi połączeń międzystrefowych stało się niemożliwe⁵².

Sąd federalny uznał polegającą na odmowie dostępu do infrastruktury telekomunikacyjnej praktykę AT&T za niezgodną z prawem. Infrastruktura ta stanowiła bowiem urządzenie kluczowe, a monopolista AT&T nie miał prawa utrudniać dostępu do niej. Zdaniem sądu zdublowanie lokalnych sieci telekomunikacyjnych poprzez wybudowanie przez przedsiębiorcę MCI własnej sieci było niemożliwe ze względów zarówno praktycznych jak i ekonomicznych. Uzasadniając powyższą decyzję sąd wskazał w wydanym wyroku cztery ogólne przesłanki, jakie muszą być kumulatywnie spełnione, by doktryna *essential facilities* znalazła zastosowanie. Przejawia się to w nałożeniu na przedsiębiorcę obowiązku udostępnienia urządzenia kluczowego⁵³:

- urządzenie kluczowe kontrolowane jest przez monopolistę,
- zdublowanie urządzenia kluczowego przez konkurentów rynkowych poprzez stworzenie własnych instalacji i urządzeń jest niemożliwe z przyczyn natury ekonomicznej lub uwarunkowań faktycznych,
- odmowa dostępu do urządzenia kluczowego nastąpiła na nierozsądnych warunkach,
- udostępnienie urządzenia kluczowego jest technicznie wykonalne oraz ekonomicznie możliwe.

„Test czterech przesłanek” został powszechnie uznany i wielokrotnie wykorzystywany przez sądy amerykańskie podczas wydawanych orzeczeń z zakresu dostępu do urządzeń kluczowych. Stał się on swoistą podstawą stosowania doktryny *essential facilities*, z czasem modyfikowanej i rozszerzanej⁵⁴.

52 J. Soma, D. Forkner *et al.*, *The Essential Facilities Doctrine in the Deregulated Telecommunications*, „Berkeley Technology Law Journal” no 13, 1998.

53 *MCI v. AT&T*, pkt 1132-33.

54 W amerykańskiej doktrynie prawa antytrustowego istnieją także bardziej rozbudowane koncepcje testu na możliwość zastosowania doktryny *essential facilities*. Ciekawym przykładem jest test Areeda, który ma na celu ograniczenie zakresu obowiązku udzielania dostępu do urządzenia kluczowego; *v. P. Areeda, H. Hovenkamp*, [w:] *Antitrust Law*, Aspen 1993, s. 838-914. *Cf. C. Nagy, op. cit.*, s. 673.

Przesłanki prawa unijnego

Samo określenie „urządzenie kluczowe”⁵⁵ (ang. *essential facility*, niem. *wesentliche Einrichtung*) nie jest ani jednoznaczne, ani ostre⁵⁶. Czasem w literaturze urządzenie szczególnie określane jest mianem „wąskiego gardła”⁵⁷ (ang. *bottleneck*)⁵⁸.

Aspekt leksykalny omawianego zagadnienia jest tym ważniejszy, iż wydaje się że polskie tłumaczenie nie do końca odzwierciedla swoje obcojęzyczne odpowiedniki. Trudno bowiem znaleźć tak pojemny ekwiwalent w języku polskim. W związku z tym autorzy nieanglojęzyczni dość często decydują się na pozostawienie oryginalnej angielskiej nazwy. Słowo „urządzenie” (ang. *facility*) ma w tym wypadku znaczenie przenośne, obejmuje swoją definicją zarówno obiekty materialne, niematerialne, jak i prawa własności intelektualnej. Jest ono synonimem narzędzia, rozwiązania, usługi, systemu, instalacji, a nawet środka. Innymi słowy, urządzenie kluczowe to infrastruktura stanowiąca immanentny warunek prowadzenia określonej działalności gospodarczej, zwłaszcza świadczenia określonych usług⁵⁹.

Dla omawianego pojęcia krytycznym jest także znaczenie terminu „niezbędność” (inaczej „kluczowość”)⁶⁰. W każdym z orzeczeń sądów unijnych oraz decyzji Komisji „kluczowość” konkretnego urządzenia jest rozpatrywana precyzyjnie i wąsko.

Po pierwsze, aby urządzenie uznane było za kluczowe, niezbędne jest, by należało ono do konkretnego przedsiębiorcy, który, korzystając z niego, zapewnia sobie pozycję dominującą na rynku właściwym. Po drugie, dany obiekt uważany jest za kluczowy, gdy dostęp do niego jest niezbędny innym przedsiębiorcom, operującym na rynkach powiązanych⁶¹. Niezbędność ta przejawia się brakiem możliwości zdublowania konkretnego urządzenia, wynikającym z trudności natury fizycznej, prawnej czy ekonomicznej⁶² oraz doniosłością

55 Określenie to różnie tłumaczone jest na język polski. Np. A. Tusiński, *Doktryna essential facilities w orzecznictwie ETS*, „Europejski przegląd sądowy” nr 9, 2006, posługuje się wyrażeniem „kluczowa infrastruktura”.

56 A. Jones, B. Sufryn, *EC Competition Law; Text, Cases, and Materials*, Oxford 2001, s. 387.

57 V. I. van Bael, J. F. Bellis, *Competition Law of the European Community*, Haga 2005, s. 1235.

58 W literaturze przedmiotu stosowany jest także termin „techniczne urządzenia kluczowe”, należą do nich głównie sieci: energetyczne, telekomunikacyjne, transportowe oraz „informacyjne urządzenia kluczowe”, czyli prawa własności intelektualnej np. w mediach czy multimediami. *V. Polityka konkurencji, dostęp do urządzeń kluczowych*, Centrum Informacji Europejskiej, Warszawa 2009, s. 2.

59 T. Skoczny, *Zakaz praktyk ograniczających konkurencję*, [w:] *Prawo Unii Europejskiej*, red. J. Barcz, *Prawo materialne i polityki*, Warszawa 2005, s. 375.

60 W literaturze pojawia się także określenie „nieodzowności” urządzenia kluczowego; *v.* T. Skoczny, *op. cit.*, s. 376.

61 A. Tusiński, *Doktryna essential facilities w orzecznictwie ETS*, „Europejski przegląd sądowy” nr 9, 2006, s. 39.

62 Wedle języka Komisji Europejskiej niemożność zdublowania urządzenia występuje wtedy, gdy nie daje się ono zastąpić „w granicach rozsądku, innymi urządzeniami”; *v.* *Obwieszczenie o sto-*

znaczenia dostępu do urządzenia dla konkurentów. Nie wystarczy, by dostęp do urządzenia był wygodny czy korzystny dla konkurentów, ale musi być także krytyczny i to nie tylko dla działalności gospodarczej określonego konkurenta domagającego się dostępu, ale i dla wszystkich ewentualnych konkurentów mogących znaleźć się w podobnej do niego pozycji⁶³.

W wyroku w sprawie *Oscar Bronner*, stanowiącym pewnego rodzaju podsumowanie wcześniejszego orzecznictwa dotyczącego doktryny *essential facilities*, wskazano kryteria, które muszą być spełnione by dane urządzenie zostało uznane za kluczowe, a dostęp do niego wolny.

Spółka Oscar Bronner zajmowała się wydawaniem i dystrybucją dziennika „Der Standard” w Austrii. Czasopismo to miało niewielki udział w tamtejszym rynku gazet i reklam. Oscar Bronner konkurowało na rynku z dziennikami: „Neue Kroner Zeitung” i „Kurier”. Były one wydawane przez grupę Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG i posiadały prawie 50 procentowy udział w rynku zarówno w odniesieniu do nakładu jak i wpływu z reklam. Dla celów własnej dystrybucji Mediaprint stworzyło funkcjonujący na terenie całego kraju system dostarczania swoich dzienników do domów czytelników we wczesnych godzinach rannych. Spółka Oscar Bronner chciała wykorzystywać ten system do dystrybucji własnej gazety za odpowiednią opłatą, jednakże Mediaprint nie wyraziło na to zgody. Wtedy to Oscar Bronner wniósł pozew w austriackim sądzie przeciwko Mediaprint, zarzucając mu nadużycie pozycji dominującej. Powołał się on także na doktrynę *essential facilities* argumentując, że system dostaw bezpośrednich stanowi urządzenie kluczowe, a Mediaprint zarezerwowało go wyłącznie dla siebie bez obiektywnego uzasadnienia⁶⁴.

Trybunał Sprawiedliwości, wydając orzeczenie wstępne na wniosek sądu austriackiego, stwierdził, iż odmowę dostępu do kluczowych urządzeń w postaci systemu dystrybucji gazet można uznać za nadużycie pozycji dominującej tylko wówczas, gdy spełnione są kumulatywnie dwa warunki⁶⁵: po pierwsze, odmowa ta jest w stanie doprowadzić do wykluczenia istotnej konkurencji na rynku prasy codziennej przez podmiot świadczący

sowaniu zasad konkurencji w porozumieniach o dostępie w sektorze telekomunikacyjnym – przepisy ramowe, rynki właściwe i zasady, OJ 1998 C 265, s. 2-28, pkt 68.

63 Wyrok ETS w sprawie *Oscar Bronner*.

64 Otwarty dostęp do urządzenia oznacza, że każdy konkurent spełniwszy wyznaczone wymogi, ma możliwość otrzymania dostępu do urządzenia kluczowego na niedyskryminujących warunkach. Należy zaznaczyć, iż wymienione w orzeczeniu *Oscar Bronner* kryteria różnią się od tych, jakie są konieczne do udostępnienia kluczowego urządzenia w przypadkach, kiedy jest ono chronione prawami własności intelektualnej; wyrok ETS w sprawie *Oscar Bronner*, pkt 24-25.

65 *Ibidem*, pkt 41.

usługę dostaw bezpośrednich, nie znajdując przy tym obiektywnego uzasadnienia, a po drugie, świadczone w ramach systemu dystrybucyjnego usługi są niezbędne dla konkurentów oraz nie istnieje żadna rzeczywista lub potencjalna alternatywa dla tego systemu, co spowodowane jest barierami technicznymi, ekonomicznymi lub prawnymi (tzw. niemożność zdublowania urządzeń kluczowych).

Powołując się na powyższe przesłanki, sąd odrzucił całkowicie argumenty powoda, uznając, iż w tej sprawie istniały inne drogi dystrybucji prasy, jak na przykład przesyłki pocztowe, sprzedaż w sklepach czy kioskach. Trybunał podkreślił także, iż alternatywne sposoby dystrybucji wcale nie muszą być tak samo atrakcyjne jak ten wypracowany przez Mediaprint.

Podsumowując zagadnienie przesłanek stosowania doktryny *essential facilities* na gruncie prawa europejskiego można wymienić cztery z nich⁶⁶:

- urządzenie kluczowe kontrolowane jest przez przedsiębiorcę o pozycji dominującej,
- urządzenie to jest niezbędne dla wzmocnienia konkurencji na rynku,
- zdublowanie urządzenia jest niemożliwe,
- podmiot dysponujący urządzeniem kluczowym ma faktyczną możliwość udzielenia do niego dostępu.

Chociaż pierwsza przesłanka nie została wyraźnie wyliczona w orzecznictwie TSUE, to jednak wynika ona z faktu, iż odmowa dostępu do urządzenia kluczowego stanowi nadużycie pozycji dominującej w rozumieniu przepisu art. 102 TFUE.

Analizując drugą przesłankę, należy stwierdzić, iż podmiot gospodarczy o pozycji dominującej, posiadający urządzenie, jest zobowiązany dzielić się nim tylko wtedy, gdy jest ono kluczowe dla całości konkurencji i jednocześnie zwiększa efektywność ekonomiczną. Natomiast, gdy dane urządzenie nie jest niezbędne, wtedy odmowa dostępu wymusza jedynie na części konkurentach opuszczenie rynku, ale nie stanowi przy tym zagrożenia dla utrzymania na danym rynku konkurencji jako takiej.

Kolejnym warunkiem jest brak możliwości zduplikowania urządzenia czy uzyskania dostępu do podobnego urządzenia od innego niż dominujący przedsiębiorcy.

Jednak nawet w wyniku spełnienia trzech powyższych przesłanek, właściciel urządzenia kluczowego nie zostanie prawnie przymuszony do udzielenia dostępu, jeżeli nie istnieje realna możliwość takiego działania.

Podsumowanie

Doktryna *essential facilities* powstała w Stanach Zjednoczonych i choć jej korzenie sięgają orzecznictwa amerykańskiego XIX w., to dopiero w latach siedemdziesiątych XX w. zrodziła się idea przejścia doktryny urządzeń kluczowych na grunt prawa unij-

66 J. Majcher, *op. cit.*, s. 139; *cf.* C. Nagy, *op. cit.*, s. 681.

nego. Szczególną rolę w recepcji owej konstrukcji prawnej odegrała Komisja Europejska, która w 1992 roku po raz pierwszy wyraźnie odwołała się do doktryny urządzeń kluczowych w decyzji dotyczącej *B&I Line and Sealink Stena*.

Pomimo pojawiającej się w literaturze ostrej krytyki⁶⁷, należy uznać, iż doktryna *essential facilities* przynosi wymierne korzyści dla unijnej konkurencji i winna być postrzegana pozytywnie⁶⁸. Zapobiega bowiem umacnianiu pozycji dominującej i zmusza przedsiębiorcę posiadającego urządzenie kluczowe do otwarcia konkurencji na samego siebie. Poza tym stanowi również ważny instrument wspomagający proces liberalizacji gospodarki. Co więcej, doktryna *essential facilities* nie powinna być postrzegana w kategoriach ograniczania swobody zawierania umów przez przedsiębiorców czy powszechnej zasady wyboru kontrahentów, gdyż jedynie kumulatywne spełnienie ściśle określonych przez TSUE przesłanek może skutkować nałożeniem na przedsiębiorcę obowiązku udzielenia dostępu do posiadanego urządzenia kluczowego.

Sprawa *Microsoft* będąca pretekstem, a zarazem inspiracją niniejszej publikacji, niewątpliwie ugruntowała pozycję doktryny urządzeń kluczowych w prawie unijnym. Komisja w decyzji dotyczącej sprawy *Microsoft* nie odwołała się bezpośrednio do doktryny *essential facilities*, niemniej oparła się na linii orzeczniczej wypracowanej we wcześniejszych sprawach, m. in. *Ladbroke* oraz *Oscar Bronner*, uważanych za źródło doktryny *essential facilities* w prawie unijnym. Co więcej, Komisja, analizując okoliczności odmowy udostępniania informacji przez spółkę Microsoft, skorzystała z elementów testu wypracowanego w sprawie *Oscar Bronner*: warunku niezbędności urządzenia, wykluczenia efektywnej konkurencji oraz braku obiektywnego uzasadnienia odmowy⁶⁹. Natomiast Sąd, oddalając późniejszą skargę spółki Microsoft na decyzję Komisji, uznał za udowodnione ustalenia Komisji dotyczące naruszenia przez Microsoft art. 82 TWE m. in. w zakresie odmowy udzielania informacji dotyczących interoperacyjności systemów operacyjnych. Należy zatem uznać, iż Sąd w wydanym orzeczeniu ugruntował istnienie doktryny *essential facilities* w europejskim prawie konkurencji, wskazując jednak, że należy ją stosować z dużą ostrożnością i tylko w określonych, szczególnych okolicznościach.

67 Doktryna *essential facilities* spotyka się w literaturze z bardzo skrajnymi ocenami. Jej przeciwnicy zarzucają jej brak możliwości faktycznego zastosowania, niebezpieczeństwo wprowadzenia za jej pomocą niepewności na rynku i osłabienie bodźców do innowacji. Uważają, iż instrument w postaci osobnej doktryny jest po prostu zbyteczny, a istniejący art. 102 TFUE wystarczająco skutecznie pozwala uregulować stan faktyczny spraw dotyczących dostępu do urządzeń kluczowych; v. R. Whish, *Competition Law*, Butterworths 2003, s. 668.

68 Komisarz ds. Polityki Konkurencji określił wręcz doktrynę *essential facilities* jako jedno z najważniejszych dóbr zaimportowanych ze Stanów Zjednoczonych do Unii Europejskiej w latach dziewięćdziesiątych: „Indeed, it could be said that In the 90ies the essential facilities doctrine has been one of the US’s most successful exports to the European Union”, M. Monti, *Antitrust in the US and Europe: a History of convergence*, General Counsel Roundtable American Bar Association Washington DC, 14 November 2001.

69 Decyzja KE w sprawie *Microsoft COMP/C-3/37.792*, pkt 554 i 558.

SUMMARY

Essential facilities doctrine in European Union Law

Formed at the end of the nineteenth century in the United States, the essential facilities doctrine was created to prevent the refusal of access to certain key equipment, which is used as an instrument to secure the dominant position of the undertaking in those markets where the emergence of competition is strictly related to obtaining access to key device. The author describes the initiation in the 1970's of the acquisition of the American doctrine by European Union law by focusing on the role of the European Commission and the Court of Justice of the European Union in this process. Both American and European premises for an application of the essential facilities doctrine are presented, as well as its advantages and disadvantages.

KEYWORDS: European Union Law, American law, Essential facilities doctrine

