

Pojęcie przedsiębiorcy w zakresie antykonkurencyjnych praktyk na tle art. 101 i 102 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej

Wprowadzenie

Pojęcie „przedsiębiorca” ma w prawie konkurencji, zarówno w polskim, jak i w unijnym¹, niebagatelne (fundamentalne) znaczenie, wyznaczając podmiotowy zakres stosowania norm tego prawa². Na gruncie polskiej

- ¹ Na gruncie Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE – wersja skonsolidowana: Dz.Urz. UE z 2010 r., C 83, s. 47) przyjęto termin „przedsiębiorstwo” (ang. *undertaking*; fr. *entreprise*; niem. *Unternehmen*), definiowany w oparciu o art. 101 i 102 TFUE. Przyjmuje się przy tym, iż pojęcie przedsiębiorstwa z art. 101 i 102 TFUE ma charakter podmiotu wy, co czyni z niego odpowiednik pojęcia przedsiębiorcy z art. 4 pkt 1 Ustawy z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (u.o.k.i.k – Dz.U. nr 50, poz. 331 ze zm.).
- ² Definicja przedsiębiorcy wyznacza krąg podmiotów w, z jednej strony – z obowiązanych do przestrzegania przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, a z drugiej strony – podlegających ochronie Prezesa UOKiK (oczywiście z zastrzeżeniem, że stosowana ochrona przysługuje nie tylko przedsiębiorcom, ale również konsumentom) – C. Banasiński, E. Piontek, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 47–48.

ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów podmiotem odpowiedzialnym za podejmowanie wskazanych w niej antykonkurencyjnych praktyk, tj. porozumień ograniczających konkurencję (art. 6 u.o.k.i.k.) oraz nadużywania pozycji dominującej (art. 9 u.o.k.i.k.), może być jedynie przedsiębiorca, tj. podmiot, który samodzielnie uczestniczy w grze rynkowej i podejmuje działania o charakterze gospodarczym³. W związku z przyjęciem takiego rozwiązania zachowania podmiotów pozbawionych statusu przedsiębiorcy w rozumieniu art. 4 pkt 1 u.o.k.i.k. nie są w świetle omawianej ustawy zakazane i na jej podstawie nie mogą podlegać sankcjonowaniu⁴. Tym samym na gruncie polskiego prawa konkurencji zdecydowanie odrzucono możliwość sankcjonowania antykonkurencyjnych praktyk podejmowanych przez podmioty nieobjęte zakresem art. 4 pkt 1 u.o.k.i.k., np. władze publiczne⁵. Inna sprawa, że zdefiniowane w art. 4 pkt 1 u.o.k.i.k. pojęcie przedsiębiorcy zostało ukształtowane na tyle szeroko, iż objęto jego zakresem m.in. jednostki samorządu teryto-

3 M. Szydło, *Nadużywanie pozycji dominującej w prawie konkurencji*, Warszawa 2010, s. 13.

4 K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 49.

5 Zasadniczo do działalności regulacyjnej władz publicznych nie stosuje się także unijnych reguł konkurencji. Niemniej jednak w określonych sytuacjach zakazy zawarte w art. 101 i 102 TFUE mogą wiązać państwa członkowskie wykonujące działalność regulacyjną. Dotyczy to przypadków, w których państwa członkowskie, wykonując władzę publiczną, zobowiązane są respektować wynikające z art. 101 i 102 TFUE zakazy. Mając na względzie art. 106 ust. 1 TFUE, możemy z całą pewnością stwierdzić, że państwo członkowskie, prowadząc działalność regulacyjną, jest zobowiązane przestrzegać unijnych reguł konkurencji (przede wszystkim artykułów 101 i 102 TFUE) w sytuacji, gdy podejmuje konkretne działania w odniesieniu do przedsiębiorstw publicznych oraz przedsiębiorstw, które otrzymały od państwa prawa wyłączne lub specjalne. Oczywiście, nie wszystkie działania podejmowane przez państwo członkowskie wobec wymienionych przedsiębiorstw można uznać za sprzeczne z art. 101 lub 102 TFUE. Mianowicie, aby uznać, iż państwo członkowskie, podejmując działania o charakterze regulacyjnym w stosunku do przedsiębiorstw publicznych lub uprzywilejowanych, naruszyło art. 101 lub 102 TFUE, należy wykazać konkretny związek przyczynowy między tymże działaniem a zachowaniem przedsiębiorstwa sprzecznym z art. 101 lub 102 TFUE. Natomiast w ramach unijnego prawa konkurencji nie istnieją przepisy, które zakazywałyby władzom publicznym ograniczania konkurencji przez działalność regulacyjną, jeżeli działalność taka nie jest związana z naruszającymi art. 101 lub 102 TFUE praktykami przedsiębiorstw. Zob. M. Szydło, *Swobody rynku wewnętrznego a reguły konkurencji. Między konwergencją a dywergencją*, Toruń 2006, s. 321 i n.

rialnego, które działając za pośrednictwem własnych organów (będących organami władzy publicznej), podejmują działania w zakresie „organizowania” świadczenia usług użyteczności publicznej⁶.

Ów szeroki zakres definicji przedsiębiorcy z art. 4 pkt 1 u.o.k.i.k. ukształtował się w dużym stopniu pod wpływem prawodawstwa UE, a właściwie unijnego orzecznictwa. Na gruncie unijnego prawa konkurencji przyjęto bowiem niezwykle szeroki sposób definiowania pojęcia „przedsiębiorstwo”, uznając, że termin ten odnosi się do „każdej jednostki zaangażowanej w działalność gospodarczą (ekonomiczną), bez względu na jej status prawny oraz sposób finansowania”⁷. Podkreślić przy tym należy, że przyjęta na gruncie unijnych reguł konkurencji definicja przedsiębiorstwa nie wymusza na krajowym prawodawcy przyjęcia definicji identycznej. Dlatego też definicja przedsiębiorcy z art. 4 pkt 1 u.o.k.i.k. nie jest tożsama z pojęciem przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 101 i 102 TFUE⁸.

6 O czym będzie mowa w dalszych rozważaniach.

7 Orzeczenia ETS w sprawach: C-41/90 Klaus Höfner i Fritz Elser przeciwko Macrotron GmbH, Zbiór Orzeczeń, 1991, s. I-1979, pkt 21; C-159 i 160/91 Christian Poucet przeciwko Assurances Générales de France i Caisse Mutuelle Régionale du Languedoc-Roussillon, Zbiór Orzeczeń, 1993, s. I-637, pkt 17; C-244/94 Fédération Française des Sociétés d'Assurance, Société Paternelle-Vie, Union des Assurances de Paris-Vie i Caisse d'Assurance et de Prévoyance Mutuelle des Agriculteurs przeciwko Ministère de l'Agriculture et de la Pêche, Zbiór Orzeczeń, 1995, s. I-4013, pkt 14; C-55/96 Job Centre coop. arl., Zbiór Orzeczeń, 1997, s. I-7119, pkt 21; C-67/96, Albany International BV przeciwko Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie, Zbiór Orzeczeń, 1999, s. I-5751, pkt 77; C-115–117/97 Brentjens' Handel-sonderneming BV przeciwko Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de Handel in Bouwmaterialen, Zbiór Orzeczeń, 1999, s. I-6025, pkt 77; C-219/97 Maatschappij Drijvende Bokken BV przeciwko Stichting Pensioenfonds voor de Vervoer-en Havenbedrijven, Zbiór Orzeczeń, 1999, s. I-6121, pkt 67; C-180/98–C-184/98 Pavel Pavlov i inni przeciwko Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten, Zbiór Orzeczeń, 2000, s. I-6451, pkt 74; C-309/99 J.C.J. Wouters, J.W. Savelbergh, Price Waterhouse Belastingadviseurs BV przeciwko Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten, Zbiór Orzeczeń, 2002, s. I-1577, pkt 46; C-217/05 Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio przeciwko Compañía Española de Petróleos SA, Zbiór Orzeczeń, 2006, s. I-11987, pkt 39; M. Stefaniuk, *Publicznoprawne reguły konkurencji. Wprowadzenie do wykładu oraz teksty wybranych aktów prawnych*, Lublin 2005, s. 112; A. Cieśliński (red.), *Wspólnotowe prawo gospodarcze. Tom II*, Warszawa 2007, s. 582.

8 Niemniej jednak nie wydaje się, aby różnice między polskim pojęciem przedsiębiorcy a unijnym przedsiębiorstwem mogły doprowadzić do diametralnie różnych skut-

Warto także zauważyć, że polski system prawa nie zawiera uniwersalnej definicji pojęcia „przedsiębiorca”, która byłaby stosowana w sposób jednolity w ramach wszystkich aktów normatywnych posługujących się tym terminem⁹. W wielu aktach prawnych możemy spotkać różniące się między sobą normatywne definicje pojęcia „przedsiębiorca”¹⁰. W ten sposób ustawodawca, poszerzając bądź też zawężając zakres definicyjny omawianego terminu, dostosowuje go konstrukcyjnie do specyfiki uregulowanych danym aktem normatywnym stosunków¹¹. Podobnie rzecz ma się na gruncie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Zawartą w art. 4 pkt 1 u.o.k.i.k. definicję przedsiębiorcy ustawodawca skonstruował w taki sposób, by zagwarantować jak najlepszy rozwój relacji konkurencyjnych na rynku. Przyjęcie tak zarysowanego celu skutkowało koniecznością normatywnego określenia na tyle szerokiej definicji pojęcia „przedsiębiorca”, aby swoim zakresem objęła nie tylko podmioty bezpośrednio wykonujące działalność gospodarczą, ale również i takie, które nie wykonują działalności gospodarczej w sensie prawnym, a których zachowania (zwłaszcza zawieranie porozumień ograniczających konkurencję lub nadużywanie pozycji dominującej) mogą wpływać na relacje konkurencyjne na rynku.

Przedsiębiorca w rozumieniu ustawy o swobodzie działalności gospodarczej

Omawiany art. 4 pkt 1 u.o.k.i.k. wymienia kilka grup podmiotów, które można uznać za przedsiębiorcę w rozumieniu wspomnianego przepisu. I tak, zgodnie z art. 4 pkt 1 *in principio* u.o.k.i.k. status przedsiębiorcy antymonopolowego przysługuje przede wszystkim przedsiębiorcy „w ro-

ków prawnych – G. Materna, *Pojęcie przedsiębiorcy w polskim i europejskim prawie ochrony konkurencji*, Warszawa 2009, s. 227.

⁹ Takie rozwiązanie legislacyjne stało się przedmiotem krytyki ze strony niektórych przedstawicieli doktryny. Zob. E. Bieniek-Koroniewicz, T. Mróz, *Kontrowersje wokół pojęcia „przedsiębiorca”*, Prawo Spółek, 2003, nr 6, s. 45.

¹⁰ Zob. M. Szydło, *Swoboda działalności gospodarczej*, Warszawa 2005, s. 66–69; C. Kosikowski, *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*, Warszawa 2005, s. 30–31.

¹¹ M. Szydło, *Nadużywanie pozycji dominującej...*, s. 13.

zumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej”. W obecnym stanie prawnym tymi przepisami są przepisy Ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (u.s.d.g.)¹², której art. 4 ust. 1 stanowi, że przedsiębiorcą w rozumieniu ustawy jest „osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną – wykonująca we własnym imieniu działalność gospodarczą”. Aby wyznaczyć zakres podmiotów spełniających konstytutywne przesłanki uznania ich za przedsiębiorców w rozumieniu art. 4 ust. 1 u.s.d.g., należy dokonać analizy zarówno aspektu podmiotowego (tj. statusu prawnego podmiotu występującego na rynku), jak i przedmiotowego (tj. rodzaju działalności prowadzonej przez ów podmiot) przytoczonej definicji¹³.

Biorąc pod uwagę element podmiotowy pojęcia „przedsiębiorca”, należy zwrócić uwagę przede wszystkim na fakt, iż definicja przedsiębiorcy z art. 4 ust. 1 u.s.d.g. obejmuje jedynie takie osoby i jednostki, którym przysługuje odrębna podmiotowość prawna (z racji posiadania osobowości prawnej bądź przynajmniej zdolności prawnej), tj. osoby fizyczne, osoby prawne oraz jednostki organizacyjne niebędące osobami prawnymi, którym odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną¹⁴. Niemniej jednak możemy uznać, iż zakres podmiotowy antymonopolowej definicji przedsiębiorcy, zdeterminowany treścią art. 4 ust. 1 u.s.d.g., jest na tyle szeroki, by objąć większość podmiotów biorących udział w obrocie gospodarczym¹⁵.

¹² Tekst jednolity: Dz.U. z 2007 r., nr 155, poz. 1095 ze zm.

¹³ S. Dudzik, *Pomoc państwa dla przedsiębiorstw publicznych w prawie Wspólnoty Europejskiej. Między neutralnością a zaangażowaniem*, Kraków 2002, s. 144. Por. M. Stefaniuk, *op. cit.*, s. 113; M. Pawelczyk, *Przedsiębiorca w świetle ustawy o swobodzie działalności gospodarczej*, Radca Prawny, 2005, z. 6, s. 35.

¹⁴ M. Szydło, *Nadużywanie pozycji dominującej...*, s. 16.

¹⁵ Na gruncie orzecznictwa antymonopolowego za przedsiębiorców spełniających owo kryterium podmiotowe uznano m.in.: spółki kapitałowe (spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i spółka akcyjna), zakłady ubezpieczeń, banki, spółdzielnie, stowarzyszenia (z wyjątkiem stowarzyszeń zwykłych), fundacje, przedsiębiorstwa państwowe, jednostki badawczo-rozwojowe, Bibliotekę Narodową, osoby prowadzące działalność gospodarczą samodzielnie oraz w charakterze wspólników spółki cywilnej, spółki osobowe (spółka jawna, partnerska, komandytowa, komandytowo-akcyjna) oraz spółki kapitałowe; zob. G. Materna, *Pojęcie przedsiębiorcy w polskim i europejskim...*, s. 70–71. W oparciu o kryterium podmiotowe statusu przedsiębiorcy z art. 4 ust. 1 u.s.d.g. odmawia się spółce cywilnej – G. Materna, [w:] T. Skoczny (red.),

Nie ulega wątpliwości, iż w przypadku pojęcia przedsiębiorcy element podmiotowy schodzi na plan dalszy co sprawia, iż najistotniejszym (konstytutywnym) elementem pojęcia przedsiębiorcy z art. 4 ust. 1 u.s.d.g. (a więc i z art. 4 pkt 1 *in principio* u.o.k.i.k.) jest sam fakt pr owadzenia przez dany podmiot we własnym imieniu działalności gospodarczej w rozumieniu art. 2 u.s.d.g. Polski ustawodawca zdefiniował działalność gospodarczą, wskazując konkretne dziedziny (rodzaje) tej działalności (wymieniając w tym zakresie działalność wytwórczą, budowlaną, handlową, usługową, poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie kopaliny ze złóż i działalność zawodową) oraz cechy (właściwości), którymi musi się charakteryzować działalność wykonywana w e wspomnianych dziedzinach, aby mogła być uznana za działalność gospodarczą (zarobkowy charakter, zorganizowany sposób jej wykonywania oraz ciągłość)¹⁶.

Interpretując cechę zarobkowości działalności gospodarczej, przyjmuje się, iż decydujące znaczenie ma w tym zakresie cel (zamiar) działania danego podmiotu, tj. cel (zamiar) osiągnięcia zysku, przy czym ów zarobkowy cel działania danego podmiotu powinien być ujawniony na zewnątrz i widoczny dla otoczenia¹⁷. *A contrario* nie jest działalnością gospodarczą aktywność motywowana celem innym niż zarobkowy, zwłaszcza celem określany jako idealistyczny (np. celem o charakterze społecznym czy dobroczynnym). W konsekwencji podmiotom prowadzącym taką działalność (*non profit*) nie przysługuje status przedsiębiorcy w rozumieniu art. 4 ust. 1 u.s.d.g.¹⁸

Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, Warszawa 2009, s. 107. Art. 4 ust. 2 u.s.d.g. za przedsiębiorców każe uznawać wspólników spółki cywilnej w zakresie wykonywanej przez nich działalności gospodarczej. Natomiast w sytuacji, gdy celem albo skutkiem zawarcia umowy spółki cywilnej jest „wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym” (art. 6 ust. 1 u.o.k.i.k.), wówczas nic nie stoi na przeszkodzie, by uznać taką umowę spółki cywilnej za porozumienie ograniczające konkurencję – M. Szydło, *Nadużywanie pozycji dominującej...*, s. 24.

¹⁶ *Idem*, *Swoboda działalności...*, s. 24 i n.

¹⁷ *Ibidem*, s. 38–41. Por. G. Materna, *Pojęcie przedsiębiorcy w polskim i europejskim...*, s. 74–77.

¹⁸ Od działalności *non profit* należy odróżnić tzw. działalność *not for profit*, która jest prowadzona w celu uzyskania zysku, z tym że wygenerowane w jej ramach dochody nie ulegają podziałowi między członków danego przedsięwzięcia gospodarczego, lecz przeznaczane są na realizację pewnych konkretnych celów, które nie mają charakteru gospodarczego – M. Szydło, *Swoboda działalności...*, s. 45.

Sytuacja podmiotów prowadzących działalność *non profit* wygląda inaczej na gruncie unijnego prawa konkurencji, gdzie działalność gospodarcza definiowana na użytek tych regulacji nie musi być podejmowana w celu generowania zysków czy też faktycznie takich zysków przynosić¹⁹. W związku z tym sam fakt prowadzenia przez dany podmiot działalności *non profit* nie pozbawia go statusu przedsiębiorstwa w świetle unijnego prawa konkurencji. Jeżeli bowiem ustalimy, iż prowadzona przez dany podmiot działalność o charakterze niezarobkowym może być równie dobrze wykonywana przez jednostkę z tzw. komercyjnego sektora gospodarki (może podlegać normalnym regułom gry rynkowej), podmiot ów uznamy za przedsiębiorstwo w rozumieniu art. 101 i 102 TFUE²⁰.

Z kolei zorganizowany sposób wykonywania działalności gospodarczej (będącej konstytutywną przesłanką działalności gospodarczej w rozumieniu art. 2 u.s.d.g.) interpretuje się w dwojnasób. Po pierwsze, w doktrynie przyjmuje się, że dla zachowania tejże przesłanki konieczne jest, aby dany podmiot prowadzący określoną działalność dochował szeregu ciężących na nim obo wiązków o charakterze formalnym, które porządkują i formalizują ową aktywność, nadając jej zorganizowany charakter²¹. Po drugie, coraz częściej jednak podnosi się, iż o zorganizowanym sposobie wykonywania wchodzącej w grę działalności powinien raczej przesądzać fakt jej prowadzenia przy wykorzystaniu przedsiębiorstwa w znaczeniu przedmiotowym z art. 55 Ustawy z 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny²², definiowanego jako „zorganizowany zespół składni-

19 Orzeczenia ETS w sprawach: 209–215 i 218/78 Heintz van Landewyck S.A.R.L. i inni przeciwko Komisji, Zbiór Orzeczeń, 1980, s. 3125, pkt 88; C-382/92 Komisja przeciwko Wielkiej Brytanii, Zbiór Orzeczeń, 1994, s. I-2435, pkt 44; M. Stefaniuk, *op. cit.*, s. 114; A. Brzezińska-Rawa, *Zakaz nadużycia pozycji dominującej we wspólnotowym i polskim prawie antymonopolowym*, Toruń 2009, s. 38.

20 Orzeczenia ETS w sprawach: C-244/94..., pkt 21; C-67/96..., pkt 85; C-115–117/97..., pkt 85; C-219/97..., pkt 75; C-180–184/98..., pkt 117; S. D. udzik, *op. cit.*, 148–150.

21 Wskazuje się w tym zakresie następujące obowiązki: dokonanie zgłoszenia do rejestru przedsiębiorców lub do ewidencji działalności gospodarczej, dokonanie zgłoszenia dla celów statystycznych, podatkowych i związanych z ubezpieczeniem społecznym, założenie rachunku bankowego, zastosowanie przez przedsiębiorcę nakazanej przepisami prawa formy organizacyjnoprawnej wykonywanej działalności, uzyskanie wymaganej koncesji, zezwolenia, licencji na działalność gospodarczą lub też wpisu do rejestru działalności regulowanej itp. – M. Szydło, *Swoboda działalności...*, s. 48.

22 Dz.U. nr 16, poz. 93 ze zm.

ków materialnych i niematerialnych przeznaczony do prowadzenia działalności gospodarczej”²³. Natomiast kwestia zorganizowania w przypadku pojęcia działalności gospodarczej nie odgrywa większej roli na gruncie unijnego prawa konkurencji, z co za tym idzie – jej występowanie bądź też brak nie przysądza o przyznaniu (bądź nie) statusu przedsiębiorcy z art. 101 i 102 TFUE.

Wreszcie ostatnią cechą działalności gospodarczej jest jej ciągłość, rozumiana jako wymóg dokonywania czynności w sposób regularny i powtarzalny, co sprawia, iż oceniana aktywność nabiera charakteru względnie trwałego i stabilnego. Tym samym wyklucza ono z zakresu pojęcia działalności gospodarczej jednorazowe, okazjonalne czy też sporadyczne przedsięwzięcia gospodarcze²⁴. Podmiotom podejmującym takie działania gospodarcze nie będzie przysługiwał status przedsiębiorcy z art. 4 ust. 1 u.s.d.g. Inaczej niż w polskim prawie konkurencji, na gruncie unijnych regulacji nie wymaga się, by działalność gospodarcza wykonywana była w sposób ciągły (trwały)²⁵.

Reasumując, można postawić tezę, iż większa część podmiotów, którym przysługuje status przedsiębiorcy z art. 4 ust. 1 u.o.k.i.k., jest również przedsiębiorcami w rozumieniu art. 4 ust. 1 u.s.d.g., a więc są odrębnymi podmiotami prawa (mającymi osobowość prawną bądź przynajmniej zdolność prawną), które w we własnym imieniu prowadzą działalność w jednej z dziedzin wskazanych w art. 2 u.s.d.g. w sposób zarobkowy, zorganizowany i ciągły. Jednakże na gruncie unijnego prawa konkurencji dla uznania danej działalności za działalność gospodarczą nie wymaga się, by aktywność ta była nastawiona na osiągnięcie zysku, zorganizowana czy regularna.

Przedsiębiorca działający w sferze użyteczności publicznej

Zgodnie z art. 4 pkt 1 lit. a) u.o.k.i.k. za przedsiębiorcę uznaje się „osobę fizyczną, osobę prawną, a także jednostkę organizacyjną niemającą osobowości prawnej, której ustawa przyznaje zdolność prawną, organizującą

23 *Idem*, *Nadużywanie pozycji dominującej...*, s. 19.

24 W.J. Katner, *Prawo działalności gospodarczej. Komentarz. Orzecznictwo. Piśmiennictwo*, Warszawa 2003, s. 23.

25 S. Dudzik, *op. cit.*, s. 151.

lub świadcząca usługi o charakterze użyteczności publicznej, które nie są działalnością gospodarczą w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej”. Na tym etapie r ozważań należy przede wszystkim zdefiniować pojęcie „usługi użyteczności publicznej”. Jest to trudne o tyle, że w żadnym z polskich aktów normatywnych nie znajdziemy legalnej definicji tego pojęcia. Niemniej jednak opierając się na zdefiniowanym przez ustawodawcę terminie „zadań o charakterze użyteczności publicznej”, jakimi są te zadania własne jednostek samorządu terytorialnego, „których celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych”²⁶, można przyjąć, że usługami o charakterze użyteczności publicznej są tego r odzaju usługi, które: 1) zaspokajają podstawowe i elementarne potrzeby członków społeczeństwa, bez których nie jest możliwe codzienne normalne funkcjonowanie w życiu społecznym, zawodowym, gospodarczym i kulturalnym; 2) są świadczone w sposób bieżący i nieprzerwany (permanentny); 3) są powszechnie dostępne dla każdego, kto chce z nich skorzystać, przy czym owa powszechna dostępność wynika z faktu, że dana usługa ma ze swej istoty charakter niewykluczany (w praktyce nie można pozbawić poszczególnych podmiotów możliwości skorzystania z danej usługi), albo z przyznania zainteresowanym podmiotom prawnie skutecznego r oszczenia o uzyskanie dostępu do danej usługi²⁷. Warto w tym miejscu wspomnieć, że tak rozumiane usługi użyteczności publicznej mogą być świadczone w sferze szeroko pojmowanej infrastruktury technicznej²⁸ bądź też w zakresie infrastruktury społecznej²⁹.

26 Zob. art. 1 ust. 2 Ustawy z 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (Dz.U. z 1997 r., nr 9, poz. 43 ze zm.).

27 K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze publiczne*, Warszawa 2009, s. 318. Szerzej zob. M. Szydło, *Ustawa o gospodarce komunalnej. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 137 i n.

28 Np. dostarczanie wody i odprowadzanie ścieków (art. 6 ust. 2 Ustawy z 7 czerwca 2001 r. o zbiorowym zaopatrzeniu i zbiorowym odprowadzaniu ścieków; tekst jednolity: Dz.U. z 2006 r., nr 123, poz. 858 ze zm.), przesyłanie, dystrybucja i sprzedaż energii elektrycznej, paliw gazowych i ciepła gospodarstwom domowym (art. 5a Ustawy z 10 kwietnia 1997 r. Prawo energetyczne; tekst jednolity: Dz.U. z 2006 r., Nn 89, poz. 625 ze zm.), czy też usługi przewozu osób (zbiorowego transportu ludności) świadczone przez przewoźników (art. 3 ust. 1 Ustawy z 15 listopada 1984 r. Prawo przewozowe; tekst jednolity: Dz.U. z 2000 r., nr 50, poz. 601 ze zm.).

29 Np. określone ustawowo świadczenia opieki zdrowotnej ze środków publicznych (art. 2 oraz art. 15 i nast. Ustawy z 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych; Dz.U. nr 210, poz. 2135 ze zm.), świadczenia

W art. 4 pkt 1 lit. a) u.o.k.i.k. ustawodawca przyjął, że przedsiębiorcami na potrzeby omawianej ustawy są te osoby lub jednostki, które organizują lub świadczą usługi użyteczności publicznej, niebędące działalnością w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej (tj. ustawy o swobodzie działalności gospodarczej). Nie wydaje się, aby w ten sposób ustawodawca dążył do wyłączenia *a priori* usług użyteczności publicznej z zakresu pojęcia „działalność gospodarcza”. W komentowanym artykule zastrzeżono jedynie, że w przypadku, gdy dana osoba lub jednostka świadczy (lub organizuje) takie usługi użyteczności publicznej, które nie stanowią przejawu wykonywania działalności gospodarczej w rozumieniu art. 2 u.s.d.g., nie wyklucza to tej osoby lub jednostki świadczącej (lub organizującej) tego rodzaju usługi z kręgu przedsiębiorców na potrzeby ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów³⁰.

Na gruncie art. 4 pkt 1 lit. a) u.o.k.i.k. (oraz art. 1 ust. 2 u.g.k.) można przyjąć, że wykonywanie zadań o charakterze użyteczności publicznej może polegać na bezpośrednim świadczeniu (dostarczaniu) usług powszechnie dostępnych bądź ich organizowaniu, tj. kreowaniu stosownych warunków (ekonomicznych, finansowych, technicznych, organizacyjnych) umożliwiających świadczenie omawianych usług (przez same jednostki samorządu terytorialnego bądź przez inne podmioty). O ile przy tym bezpośrednie świadczenie (dostarczanie) usług użyteczności publicznej polega zasadniczo na podejmowaniu działań i czynności o charakterze cywilnoprawnym, będących przejawem uczestniczenia przez podmioty świadczące usługi w obrocie gospodarczym, o tyle organizowanie usług użyteczności publicznej najczęściej sprowadza się do zawierania stosownych umów cywilnoprawnych powierzających odrębnym podmiotom świadczenie tych usług (np. na podstawie art. 3 ustawy o gospodarce komunalnej) bądź dokonywania czynności o charakterze administracyjnym w celu określenia w sposób władczy warunków, na których omawiane usługi będą świadczone (z reguły przez inne niż dana jednostka samorządu terytorialnego podmioty), np. ustalenie cen tychże usług, określenie elementów wypo-

z zakresu pomocy społecznej (art. 7 i 8 oraz art. 36 i nast. Ustawy z 12 marca 2004 r. o pomocy społecznej; Dz.U. nr 64, poz. 593 ze zm.), określone świadczenia edukacyjno-oświatowe realizowane przez szkoły publiczne i inne instytucje oświatowo-wychowawcze (art. 2 oraz art. 14 i n. Ustawy z 7 września 1991 r. o systemie oświaty; tekst jednolity: Dz.U. z 2004 r., nr 256, poz. 2572 ze zm.) czy też usługi biblioteczne (art. 14 ust. 1 Ustawy z 27 czerwca 1997 r. o bibliotekach; Dz.U. nr 85, poz. 539 ze zm.).

30 M. Szydło, *Nadużywanie pozycji dominującej...*, s. 31–35.

sażenia technicznego niezbędnych do świadczenia usług itd.³¹ Podmioty organizujące usługi użyteczności dzięki sw ej specjalnej pozycji nadanej im przez prawo lub wskutek uprawnień korporacyjnych mogą kształtować zachowania innych uczestników rynku, ingerując tym samym w stan konkurencji³². Organizowanie usług o charakterze użyteczności publicznej nie polega więc na uczestniczeniu przez dany podmiot w wymianie dóbr i usług, ale jest działalnością podmiotu z zewnątrz na ten rynek³³.

Tak rozumiana działalność organizatorska w sferze użyteczności publicznej jest najcz ęściej domeną jednostek samor ządu terytorialnego w zakresie wykonywania przez nie spoczywających na nich zadań publicznych³⁴. Niemniej jednak na gr uncie orzecznictwa antymonopolowego status podmiotu organizującego usługi o charakterze użyteczności publicznej przyznano również innym osobom i jednostkom. I tak uznano, że usługi użyteczności publicznej organizują także kościelne jednostki organizacyjne (np. parafie Kościoła rzymskokatolickiego) w zakresie zarządzania cmentarzami wyznaniowymi i określania zasad świadczenia na nich usług pogrzebowych³⁵. Usługi użyteczności publicznej organizują także korporacje osób wykonujących wolne zawody, np. izby aptekarskie realizują uprawnienia związane z organizowaniem usług użyteczności publicznej z zakresu sprzedaży i produkcji środków farmaceutycznych³⁶.

Wreszcie do podmiotów organizujących usługi o charakterze użyteczności publicznej zalicza się publiczne instytucje organizujące po wszechny system opieki z zdrowotnej (obecnie Narodowy Fundusz Zdrowia³⁷), a to

31 M. Szydło, *Ustawa o gospodarce komunalnej...*, s. 135–136.

32 E. Modzelewska-Wąchal, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2002, s. 34.

33 M. Szydło, *Nadużywanie pozycji dominującej...*, s. 36.

34 Na gruncie orzecznictwa antymonopolowego za przejaw działalności organizatorskiej uznano szereg działań, zwłaszcza podejmowanych przez gminy. Por. G. Materna, *Pojęcie przedsiębiorcy w polskim i europejskim...*, s. 99; M. Szydło, *Nadużywanie pozycji dominującej...*, s. 37–38.

35 Wyrok SOKiK z 12 stycznia 2006 r., XVII Ama 105/04, Dziennik Urzędowy UOKiK nr 2, poz. 28.

36 Wyrok SAM z 22 października 2001 r., XVII Ama 123/00, Dziennik Urzędowy UOKiK nr 3, poz. 128.

37 Narodowy Fundusz Zdrowia to państwowa jednostka organizacyjna, która na podstawie Ustawy z 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (Dz.U. 2008 r., nr 164, poz. 1027 ze zm.) organizuje powszechny system ubezpieczenia zdrowotnego w Polsce.

z uwagi na uznanie usług zdrowotnych świadczonych w owym powszechnym systemie opieki z drowotnej, finansowanych w oparciu o przepisy o powszechnym ubezpieczeniu zdrowotnym, za usługi o charakterze użyteczności publicznej³⁸. Na gruncie unijnego prawa konkurencji Trybunał Sprawiedliwości nie uznał za przedsiębiorstwa z art. 101 i 102 TFUE tych instytucji zarządzających systemem ubezpieczeń emerytalnych lub z drowotnych, jakie funkcjonują w oparciu o niniejsze zasady: realizują ważne społecznie cele w oparciu o zasadę solidarności, która wyraża się w braku proporcjonalności między wysokością składek wpłacanych przez ubezpieczonych a wysokością kwot wypłacanych konkretnemu ubezpieczonemu; są podporządkowane nadzorowi państwa, które ustawowo określa wysokość składek i kwoty wypłacanych korzyści; równowagę finansową całego systemu zapewnia ustawowy obowiązek przynależności do niego³⁹. Mianowicie uznaje się, iż tak opisana aktywność nie ma charakter u działalności gospodarczej, a jest jedynie realizacją redystrybucyjnej funkcji państwa⁴⁰. Jeżeli jednak system ubezpieczeń (emerytalnych lub zdrowotnych) ma jedynie charakter uzupełniający, a zasada solidarności stosowana jest w ograniczonym stopniu, nie ma przeszkód, by instytucję nim zarządzającą uznać za przedsiębiorstwo w rozumieniu art. 101 i 102 TFUE⁴¹.

Przedsiębiorca działający w sferze wolnych zawodów

Zgodnie z art. 4 pkt 1 lit. b) u.o.k.i.k. za przedsiębiorcę uznaje się również „osoby fizyczne wykonujące zawód we własnym imieniu i na własny rachunek lub pr owadzące działalność w ramach takiego zawodu”.

38 Wyrok SOKiK z 17 grudnia 2007 r. w sprawie XVII Ama 62/07, niepubl. Sz erzej zob. G. Materna, *Publiczne instytucje ubezpieczenia zdrowotnego w świetle prawa antymonopolowego*, Państwo i Prawo, 2005, z. 6, s. 65–80.

39 Orzeczenia ETS w sprawach: C-159 i 160/91..., pkt 7–20; C-218/00 Cisol di Battistello Venanzio & C. Sas przeciwko Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (INAIL), Zbiór O rzeceń, 2002, s. I-2493, pkt. 38–45; C-264/01, C-306/01, C-354/01 i C-355/01 AOK Bundesverband i inni, Zbiór Orzeceń, 2004, s. I-2493, pkt. 47–57.

40 M. Szydło, *Swobody rynku wewnętrznego...*, s. 306.

41 Orzeczenia w ETS w sprawach: C-244/94..., pkt 17–22; C-67/96..., pkt. 80–87; C-115–117/97..., pkt. 80–87; C-219/97..., pkt. 70–77; C-180–184/98..., pkt. 114–119.

Rozważania w tym zakresie należy niewątpliwie rozpocząć od wyjaśnienia terminu „zawód”. Otóż zawód rozumiany jest jako „wyszkolony w ramach społecznego podziału pracy – z espół określonych zakresowo działań, prac lub czynności, które podejmowane są w celu uzyskania konkretnego dochodu (zarobku, zysku)”⁴². Ponadto definiując zawód, podkreśla się, że jest on wykonywany w sposób ciągły, trwały i regularny (systematyczny), a do jego wykonywania najczęściej niezbędne jest wcześniejsze zdobycie odpowiednich kwalifikacji opartych na wiedzy teoretycznej i praktycznych umiejętnościach⁴³.

Zauważyć należy, że art. 4 pkt 1 lit b) u.o.k.i.k. wyznaczył dwie subkategorie przedsiębiorców, tj. osoby fizyczne wykonujące zawód we własnym imieniu i na własny rachunek oraz osoby fizyczne prowadzące działalność w ramach wykonywania takiego zawodu. Jeżeli chodzi o pierwszą z tych grup, wydaje się, że chodzi tu przede wszystkim o tzw. wolne zawody⁴⁴, które na tle wykonywania innych zawodów charakteryzują się szeregiem cech szczególnych⁴⁵. Trzeba stwierdzić, że art. 2 u.s.d.g. przesądza o tym, iż działalność prowadzona w ramach wolnego zawodu jest działalnością gospodarczą, jeżeli zaistnieje jeszcze cecha zarobkowości, ciągłości i zorganizowania. Skoro – jak przyjęto powyżej – każdy zawód ma ze swej istoty charakter zarobkowy i ciągły, przyznanie działalności w ramach wolnego zawodu statusu z art. 2 u.s.d.g. uzależnione jest jedynie od wystąpienia przesłanki zorganizowania⁴⁶. Stąd niezwykle trudno wskazać podmiot, który wykonu-

42 M. Szydło, *Swoboda działalności...*, s. 48.

43 Warto przy tym zauważyć, że tak rozumiany zawód spełnia dwie przesłanki, które są konstytutywne dla działalności gospodarczej – *ibidem*, s. 48.

44 W doktrynie zakres podmiotowy działalności polegającej na wykonywaniu wolnego zawodu wiąże się przede wszystkim z podmiotami z art. 88 Ustawy z 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych (Dz.U. nr 94, poz. 1037 ze zm.) – K. Kohutek, M. Sieradzka, *op. cit.*, s. 109.

45 Można w tym zakresie wskazać np. konieczność uzyskania wysokich kwalifikacji, które najczęściej zdobywa się w ramach długiego procesu kształcenia, intelektualny charakter podejmowanych czynności, zapewnienie osobom wykonującym wolny zawód niezależności intelektualnej (wykluczenie możliwości ingerowania prawodawcy bądź klientów w sposób wykonywania czynności zawodowych), samodzielność ekonomiczna osób wykonujących zawód (możliwość wykonywania zawodu we własnym imieniu i na własny rachunek), oparcie więzi z klientem na zaufaniu i dyskrecji, posiadanie własnej korporacji – M. Szydło, *Nadużywanie pozycji dominującej...*, s. 40.

46 Przesłankę tę najczęściej – jak już wspomniano – definiuje się jako wykonywanie działalności w oparciu o przedsiębiorstwo w znaczeniu przedmiotowym z art. 55 Kodeksu cywilnego.

jąc działalność zawodową (działalność w ramach wolnego zawodu) we własnym imieniu, nie mieściłby się w pojęciu przedsiębiorcy z art. 4 u.s.d.g.

Drugą kategorię podmiotów w ramach komentowanego przepisu stanowią „osoby fizyczne, które prowadzą działalność w ramach takiego zawodu”. Zdefiniowanie tak określonej grupy podmiotowej (wskazanie podmiotów, które na tej podstawie mogą uzyskać status antymonopolowego przedsiębiorcy) nie jest proste. Trudno bowiem zgodzić się z poglądem, że tak określona kategoria podmiotów obejmuje osoby, które nie wykonują działalności zawodowej osobiście, a zatrudniają do tego inne osoby⁴⁷. Jest bowiem oczywiste, że osoba wykonująca zawód we własnym imieniu i na własny rachunek nie traci statusu przedsiębiorcy ani w rozumieniu ustawy o swobodzie działalności, ani też w rozumieniu art. 4 pkt 1 lit. b) *in principio* u.o.k.i.k. tylko dlatego, że powierza jej wykonywanie (w całości lub w części) innej osobie. Z drugiej strony przyznawanie statusu odrębnych przedsiębiorców na gruncie art. 4 pkt 1 lit. b) u.o.k.i.k. *in fine* takim osobom fizycznym, które nie wykonują określonego zawodu we własnym imieniu, lecz są w tym celu zatrudnieni przez osoby, wykonujące ów zawód we własnym imieniu, byłoby zabiegiem pozbawionym sensu. Bieżące jest przecież przyznawanie statusu odrębnego przedsiębiorcy podmiotom, które nie posiadają dostatecznej samodzielności ekonomicznej, rozumianej jako „możliwość swobodnego i autonomicznego decydowania o zakresie, sposobie, czasie prowadzonej działalności gospodarczej, jak też o innych tego typu elementach związanych z podejmowanymi przedsięwzięciami”⁴⁸. Wobec podniesionych wątpliwości interpretacyjnych, kwestią dyskusyjną wydaje się sens dalszego utrzymywania art. 4 pkt 1 lit. b) u.o.k.i.k. w przestrzeni normatywnej.

Związek przedsiębiorców

Zgodnie z art. 4 pkt 1 lit. d) u.o.k.i.k. na potrzeby praktyk ograniczających konkurencję za przedsiębiorcę należy także uznawać „związek przed-

47 Takie stanowisko wyraża E. Modzelewska-Wąchal, *op. cit.*, s. 36.

48 Podobnie na gruncie unijnego prawa konkurencji, brak tak rozumianej samodzielności uniemożliwia zakwalifikowanie danej jednostki organizacyjnej lub osob y fizycznej do kategorii przedsiębiorstw). Szerzej zob.: M. Szydło, *Nadużywanie pozycji dominującej...*, s. 49–50.

siębiorców”. Obecne regulacje dotyczące konkurencji definiują to pojęcie, jako „izby, zrzeszenia i inne organizacje zrzeszające przedsiębiorców w rozumieniu art. 4 pkt 1 u.o.k.i.k., jak również związki tych organizacji”⁴⁹.

Uogólniając, można dokonać podziału związków w przedsiębiorców w rozumieniu art. 4 pkt 1 lit. d) u.o.k.i.k. (w zw. z art. 4 pkt 2 u.o.k.i.k.) na dwie grupy⁵⁰. Pierwsza z nich obejmuje takie „izby, zrzeszenia i inne organizacje zrzeszające przedsiębiorców”, które posiadają osobowość prawną i wykonują działalność gospodarczą w rozumieniu art. 2 u.s.d.g.⁵¹. Z kolei druga zawiera takie „izby, zrzeszenia i inne organizacje zrzeszające przedsiębiorców”, jakie nie są przedsiębiorcami w rozumieniu pozostałych przepisów zawartych w art. 4 pkt 1 u.o.k.i.k., więc zawdzięczają art. 4 pkt 1 lit. d) u.o.k.i.k. swój status, bez którego co do zasady nie mogłyby zostać uznane za przedsiębiorcę antymonopolowego.

Wynika z tego sam związek nie musi ani wykonywać działalności gospodarczej w rozumieniu art. 2 u.s.d.g., ani też funkcjonować jako odrębny podmiot prawa, by uzyskać status przedsiębiorcy na gruncie art. 4 pkt 1 lit. d) u.o.k.i.k. Tym samym w świetle komentowanego artykułu przedsiębiorcami będą nawet niesformalizowane organizacje przedsiębiorców, bez znaczenia, w jakim celu powstały⁵². Podkreślić należy, iż taka koncepcja jest w pełni zgodna z prawem unijnym, na którego gruncie przedsiębiorstwami są wszelkie, nawet niesformalizowane, związki współpracy samodzielnych przedsiębiorstw, konstruowane do realizacji celów prawnie dopuszczonych, a także związki związków przedsiębiorstw⁵³.

Wnioski

Niewątpliwie pojęcie „przedsiębiorcy” skonstruowane na potrzeby stosowania przepisów sankcjonujących przypadki antykonkurencyjnych praktyk,

49 Art. 4 pkt 2 u.o.k.i.k.

50 *Ibidem*, s. 58.

51 W tym związki jednostek samorządu terytorialnego, które wykonują działalność gospodarczą w rozumieniu art. 2 u.s.d.g. bądź organizują usługi o charakterze użyteczności publicznej – *ibidem*, s. 58.

52 G. Materna, *Pojęcie przedsiębiorcy w polskim i europejskim prawie ochrony konkurencji*, Warszawa 2009, s. 109–111.

53 *Ibidem*, s. 143.

tj. porozumień ograniczających konkurencję oraz nadużywania pozycji dominującej (ale, co za tym idzie także na potrzeby całej ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów), jest skonstruowane na tyle szeroko, by swym zakresem objąć obszerny katalog podmiotów, które potencjalnie mogłyby dopuszczać się antykonkurencyjnych praktyk.

Duża część desygnatów pojęcia przedsiębiorcy z art. 4 pkt 1 u.o.k.i.k. to przedsiębiorcy w rozumieniu art. 4 ust. 1 u.s.d.g., tj. osoby fizyczne, osoby prawne i jednostki organizacyjne niebędące osobami prawnymi, którym odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną – wykonujące we własnym imieniu działalność gospodarczą w rozumieniu art. 2 u.s.d.g. W tej grupie przedsiębiorców antymonopolowych znajdują się więc te osoby lub jednostki, które w ramach wskazanej w art. 2 u.s.d.g. dziedziny wykonują działalność zarobkową (prowadzoną z zamiarem osiągnięcia zysku), zorganizowaną (czyli w dużym uproszczeniu – działalność opartą na przedsiębiorstwie w sensie przedmiotowym z art. 55 k.c.) oraz ciągłą (prowadzoną z zachowaniem pewnej regularności cykliczności). Natomiast poza zakresem art. 4 u.s.d.g. pozostawać będą podmioty prowadzące działalność *non profit*, podmioty, które podejmują jednorazowe bądź pozbawione cechy zorganizowania przedsięwzięcia gospodarcze.

Nadmienić należy, iż na gruncie unijnych reguł konkurencyjnych status przedsiębiorstwa z art. 101 i 102 TFUE nie jest z determinowany koniecznością prowadzenia działalności w celu osiągnięcia zysku, ciągłej i zorganizowanej. W związku z tym przedsiębiorstwem z art. 101 i 102 TFUE może być np. podmiot prowadzący działalność *non profit*.

Zaznaczyć jednak trzeba, że zakres podmiotowy pojęcia przedsiębiorcy z art. 4 pkt 1 u.o.k.i.k. jest szerszy od zakresu pojęcia przedsiębiorcy z art. 4 ust. 1 u.s.d.g. Na podstawie art. 4 pkt 1 lit. b) status przedsiębiorcy antymonopolowego można przypisać osobom lub jednostką organizującym usługi o charakterze użyteczności publicznej, nie prowadzące przy tym działalności gospodarczej. Natomiast na gruncie art. 4 pkt 1 lit. d) za przedsiębiorcę można uznać związek przedsiębiorców, nawet jeżeli nie ma on zinstytucjonalizowanej formy ani nie prowadzi działalności gospodarczej.