

AGNIESZKA ANUSZ*

CHIŃSKIE I UNIJNE PRAWO ANTYMONOPOLOWE: STUDIUM PRAWNOPORÓWNAWCZE

CHINESE AND EUROPEAN UNION ANTITRUST LAW: A COMPARATIVE STUDY

The aim of the article is to compare Chinese and European Union antitrust law systems, including an analysis of their main differences. The analysis focuses on the example of the *Qihoo 360 v. Tencent QQ* case, which was judged by the Supreme People's Court is one of the most recognized antitrust cases in China. The analysis is based on Chinese and EU acts of generally applicable law in the field of antitrust law, and the judgment of the Supreme People's Court in the case of *Qihoo 360 v. Tencent QQ*. The presented analysis leads to the conclusion that both legal systems are in general similar, however their application may be differentiated by the scope of discretion granted to the competition authorities, and by the aims of the antitrust law.

Keywords: antitrust law; Chinese law; Chinese antitrust law; European Union antitrust law; *Qihoo 360 v. Tencent QQ*; comparative law analysis

Celem artykułu jest porównanie unijnego i chińskiego prawa antymonopolowego wraz z omówieniem najważniejszych różnic obu wskazanych systemów publicznego prawa ochrony konkurencji na przykładzie wyroku Najwyższego Sądu Ludowego w sprawie antymonopolowej *Qihoo 360 v. Tencent QQ*. Za podstawę analizy zostały przyjęte chińskie i unijne akty prawa powszechnie obowiązującego w dziedzinie prawa antymonopolowego oraz wyrok Najwyższego Sądu Ludowego w sprawie *Qihoo 360 v. Tencent QQ*. Analiza regulacji prowadzi do wniosku, że oba omawiane systemy prawne w dziedzinie prawa antymonopolowego nie różnią się między sobą w sposób istotny, niemniej czynnikiem determinującym to, jak prawo antymonopolowe jest wykonywane w obu tych porządkach prawnych, jest stopień przyznanej organom ochrony konkurencji dyskrecjonalności i sposób realizacji celów prawa antymonopolowego.

Słowa kluczowe: prawo ochrony konkurencji; prawo antymonopolowe; prawo chińskie; chińskie prawo antymonopolowe; unijne prawo antymonopolowe; *Qihoo 360 v. Tencent QQ*; analiza prawnoporównawcza

* Agnieszka Anusz

University of Warsaw, Poland / Uniwersytet Warszawski, Polska
agnieszkaanusz@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0002-4069-4049>

I. WSTĘP

Wraz z rosnącym znaczeniem politycznym i ekonomicznym Chińskiej Republiki Ludowej, w szczególności w obszarze nowych technologii, wzrasta zainteresowanie chińskim porządkiem prawnym i ustrojem gospodarczym. Obecność na rynkach zagranicznych przedsiębiorców z Chin, w tym tzw. gigantów technologicznych, których pozycja ekonomiczna na nich systematycznie rośnie, sprawia, że chińscy przedsiębiorcy stają się coraz silniejszymi i istotniejszymi konkurentami na rynkach.

Okoliczności, w których przedsiębiorcy budują swoją pozycję rynkową, aby następnie konkurować na rynkach zagranicznych, stają się coraz istotniejszym czynnikiem, który przemawiać ma za koniecznością odrębnego traktowania chińskich przedsiębiorców na przykład na rynku unijnym¹. Zjawisko to jest szczególnie widoczne na przykładzie przedsiębiorców działających w obrębie szeroko pojętych nowych technologii, w których decydujące o sile rynkowej znaczenie odgrywają prawa własności intelektualnej, dostęp do danych i możliwości ich przetwarzania lub wykorzystanie sztucznej inteligencji.

Co więcej, należy podkreślić, że możliwość budowania siły rynkowej opierającej się na niematerialnych składnikach przedsiębiorstwa jest możliwa również w sytuacji, w której przedsiębiorca jest obecny na jednym rynku geograficznym – szczególnie jeżeli jest to rynek, który, tak jak rynek chiński, jest najliczniejszym (rozumianym jako kraj o największej obecnie liczbie ludności na świecie) rynkiem w skali globalnej.

Wskazaną wyżej, swoistą wyjściową przewagą konkurencyjną chińskich przedsiębiorców względem ich konkurentów z innych regionów geograficznych potęguje problematyka dostępności rynków. Chińscy przedsiębiorcy zasadniczo bez większych ograniczeń mogą konkurować na pozostałych rynkach krajowych lub regionalnych, tego samego nie można jednak powiedzieć o przedsiębiorcach unijnych lub amerykańskich w zakresie prowadzenia przez nich działalności gospodarczej na terytorium Chińskiej Republiki Ludowej. Bardzo dobrym przykładem takiego rozróżnienia jest sytuacja rynkowa przedsiębiorców działających w obszarze nowych technologii – w związku z istnieniem tzw. wielkiego firewalla² (ang. *Great Firewall of China*), który jest odzwierciedleniem daleko idących państwowych restrykcji w zakresie swobody Internetu i stanowi oficjalny element polityki państwa chińskiego – większość przedsiębiorców zagranicznych (w tym największe podmioty gospodarcze działające w sektorze nowych technologii ze Stanów Zjednoczonych i Europy) nie może swobodnie funkcjonować na obszarze ChRL. Efektem tych ograniczeń jest zablokowanie zdecydowanej większości największych przedsiębiorców technologicznych przed wejściem na rynek chiński.

¹ Przykładowo wiceprzewodnicząca Komisji Margrethe Vestager wskazała, że Komisja powinna opracować wspólne podejście w stosunku do chińskich przedsiębiorców bezpośrednio lub pośrednio wspieranych przez chińskie władze. W podobnym tonie wypowiadały się poszczególne państwa członkowskie, w szczególności Niemcy, Francja, Włochy i Polska – Chee (2020).

² <<https://www.bloomberg.com/quicktake/great-firewall-of-china>> [dostęp: 2.05.2021].

Wydaje się zatem, że pozycję rynkową chińskich przedsiębiorców działających w obszarze nowych technologii można określić jako geograficznie jednostronną, tzn. chińscy przedsiębiorcy mogą działać – zasadniczo – bez istotnych systemowych ograniczeń na całym świecie, natomiast dostęp do rynku chińskiego przedsiębiorców unijnych, amerykańskich lub z pozostałych regionów świata jest istotnie ograniczony.

Zasygnalizowane wyżej okoliczności z pewnością nie stanowią wyczerpującego katalogu zjawisk ekonomicznych i politycznych, które wskazują na istotne różnice w warunkach konkutowania przedsiębiorców na rynku chińskim i chińskich przedsiębiorców na rynkach krajowych i regionalnych. Niemniej, w mojej ocenie, wystarczająco uzasadniają omówienie chińskiego ustawodawstwa antymonopolowego w odniesieniu do unijnego publicznego prawa ochrony konkurencji.

Celem artykułu jest omówienie chińskiej ustawy antymonopolowej przez odniesienie jej do unijnych regulacji antymonopolowych. Następnie na przykładzie orzeczeń w sprawie *Qihoo 360 v. Tencent QQ* przedstawione zostanie podejście chińskiego sądownictwa w przedmiocie zastosowania prawa antymonopolowego w stosunku do przedsiębiorców działających w sektorze nowych technologii. Na końcu wskazane zostanie pojęcie polityki antymonopolowej jako czynnika różnicującego w praktyce wybrane na potrzeby artykułu jurysdykcje w zakresie publicznego prawa ochrony konkurencji.

II. CHIŃSKIE A UNIJNE PRAWO ANTYMONOPOLOWE: PODOBIENSTWA I RÓŻNICE

1. Chińskie prawo antymonopolowe – wprowadzenie

Podstawowym aktem prawnym w przedmiocie chińskiego publicznego prawa ochrony konkurencji jest ustawa antymonopolowa z 2008 r.³ (dalej: ustawa). W art. 1 ustawy wskazano, że celem tego aktu prawnego jest powstrzymanie praktyk monopolistycznych oraz ochrona uczciwej konkurencji; jednocześnie celem chińskiego ustawodawstwa antymonopolowego jest rozwój gospodarki socjalistycznej. Takie założenie może wskazywać na konieczność odmiennego od zachodniego podejścia do definiowania samego pojęcia konkurencji jako zjawiska rynkowego⁴, ściśle związanego z wolnym rynkiem⁵. Co więcej, w art. 4 ustawy wskazano, że państwo jest zobowiązane do wprowadzania takich przepisów prawa antymonopolowego, które kompatybilne będą z gospodarką socjalistyczną, a jednocześnie gospodarka ta ma być konkurencyjna, otwarta oraz zintegrowana i uporządkowana.

³ Ustawa antymonopolowa z 1 sierpnia 2008 r., <<http://english.mofcom.gov.cn/article/policy-release/Businessregulations/201303/20130300045909.shtml>> [dostęp: 18.02.2022].

⁴ Whish, Bailey (2015): 1.

⁵ Maziarz (2019): 3.

Praktyki i działania przedsiębiorców znajdujące się w zakresie zastosowania ustawy są zbieżne z zakresem Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej⁶ (TFUE), a w efekcie poszczególnych państw członkowskich, tzn. dotyczą porozumień o antykonkurencyjnym celu bądź skutku, nadużywania pozycji dominującej oraz koncentracji przedsiębiorców.

Należy wskazać, że art. 8 ustawy wprost stanowi, że organy administracji publicznej nie mogą swoimi działaniami szkodzić konkurencyjności gospodarki. Jednocześnie należy podkreślić, że organy administracji publicznej nie są objęte zakresem podmiotowym ustawy, niemniej wyróżnienie zdefiniowane w art. 8 ustawy może prowadzić do ogólnych rozbieżności interpretacyjnych związanych z celem ustawy, jakim jest rozwój gospodarki socjalistycznej. Zestawienie art. 1 i art. 8 ustawy sprawia, że trudno jest jednoznacznie rozgraniczyć, do którego momentu dozwolona jest ochrona konkurencji kosztem rozwoju gospodarki socjalistycznej, a na którym etapie niewątpliwa nadrzędność gospodarki socjalistycznej powinna przeważać.

Organem właściwym w dziedzinie ochrony konkurencji jest Państwowa Komisja do spraw Regulacji Rynku (SAMR) powoływana przez Radę Państwową (art. 9 ustawy). Do podstawowych kompetencji SAMR należy, w szczególności: przygotowywanie i opiniowanie polityk państwa w zakresie ochrony konkurencji, badanie rynku i ocena praktyk przedsiębiorców z perspektywy prawa ochrony konkurencji oraz formułowanie wytycznych precyzujących stosowanie prawa antymonopolowego. Przedstawione w art. 9 ustawy kompetencje SAMR sugerują, że jest to organ administracji o zbliżonych uprawnieniach do Komisji lub krajowych organów antymonopolowych państw unijnych.

Natomiast tym, co odróżnia chińskie prawo antymonopolowe od jego unijnego odpowiednika, jest zakres podmiotowy zastosowania publicznego prawa ochrony konkurencji. Zgodnie z art. 12 ustawy chińskie prawo antymonopolowe znajduje zastosowanie względem osób fizycznych, osób prawnych i wszelkich innych organizacji, które zajmują się produkcją, sprzedażą lub świadczeniem usług. Możliwość zastosowania względem osób fizycznych, nieprowadzących formalnie działalności gospodarczej⁷, ustawy antymonopolowej jest niewątpliwym *novum* z perspektywy zachodniego prawa ochrony konkurencji.

Co więcej, rzeczywiste znaczenie możliwości zastosowania ustawy antymonopolowej w stosunku do osób fizycznych wzrasta w odniesieniu do przedsiębiorców działających w obszarze nowych technologii. Przedsiębiorcy działający w obszarze *e-commerce*, w tym tacy, jak Alibaba lub Tencent, umożliwiają sprzedaż towarów również osobom fizycznym – zarówno prowadzącym jednoosobową działalność gospodarczą, jak i osobom fizycznym nieprowadzącym działalności gospodarczej, a sprzedającym np. rzeczy używane w skali detalicznej. Zgodnie z art. 12 ustawy ta ostatnia grupa podmiotów również znajduje się w zakresie zastosowania chińskiego prawa antymonopolowego.

⁶ Traktat z Lizbony zmieniający Traktat o Unii Europejskiej i Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską, sporządzony w Lizbonie dnia 13 grudnia 2007 r., tekst ogłoszony: Dz. U. 2009, Nr 203, poz. 1569.

⁷ Tuo (2019): 1122–1123.

Artykuł 12 ustawy definiuje również pojęcie rynku właściwego, wskazując, że składa się on z substytucyjnych dóbr lub usług, na którym to rynku, na tym samym obszarze geograficznym i w tym samym czasie konkurują ze sobą przedsiębiorcy. Zarówno wyznaczenie trzech aspektów rynku właściwego – tj. produktowego, geograficznego i czasowego – jak i sama definicja rynku właściwego wskazują, że jest to pojęcie rozumiane w sposób zbieżny z definicją rynku właściwego przyjętą przez Komisję w obwieszczeniu Komisji w sprawie definicji rynku właściwego do celów wspólnotowego prawa konkurencji⁸.

2. Porozumienia monopolistyczne

Ustawa wymienia nazwane formy niedozwolonych porozumień monopolistycznych, jednocześnie zastrzegając, że zakazane są wszelkie porozumienia pomiędzy przedsiębiorcami mające na celu eliminację lub ograniczenie konkurencji. W efekcie chiński ustawodawca przyjął otwarty katalog niedozwolonych porozumień monopolistycznych, a w ramach ustawowego, przykładowego katalogu porozumień wyróżnił w szczególności: ustalanie i zmianę cen dóbr i usług, ograniczanie produkcji, ograniczanie zakupu lub produkcji nowych technologii lub uzgodniony bojkot konkurentów. Zasadniczo definicja niedozwolonych porozumień zbieżna jest z regulacją art. 101 TFUE, z zastrzeżeniem, że chiński ustawodawca dopuścił możliwość arbitralnego uznania przez SAMR danego rodzaju porozumienia za porozumienie monopolistyczne, w związku z czym jest ono również zakazane (art. 14 pkt 3 ustawy). Wydaje się jednak, że ta ostatnia przesłanka uznania porozumienia za formę naruszenia prawa antymonopolowego stanowi formę realizacji kompetencji SAMR do uznania porozumienia za niedozwolone, co wskazuje na katalog otwarty tychże porozumień, w związku z czym regulacje wynikające z art. 13 i 14 ustawy uznaję za zasadniczo spójne z art. 101 TFUE.

Artykuł 15 ustawy określa wyłączenia spod zakazu porozumień monopolistycznych porozumienia zawarte w celach wskazanych w ustawie. Dozwolone są zatem porozumienia, których zadaniem jest ulepszenie technologii lub przeprowadzanych badań, zwiększenie efektywności i konkurencyjności małych i średnich przedsiębiorców, ochrona interesów państwa w relacjach z obcymi państwami i przedsiębiorcami zagranicznymi. Katalog wyłączeń spod zakazu określonego w art. 13 ustawy jest otwarty, ponieważ istnieje możliwość jego dowolnego poszerzenia na mocy obowiązującego prawa lub decyzji Rady Państwowej.

Samą konstrukcję wyłączeń od zakazu niedozwolonych porozumień należy uznać za spójną, z wyjątkami od zakazu porozumień określonymi w art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień w formie czasowych rozporządzeń⁹. Natomiast katalog wyłączeń od

⁸ Obwieszczenie Komisji w sprawie definicji rynku właściwego do celów wspólnotowego prawa konkurencji (97/C 372/03), t.jedn.: Dz. Urz. UE 1997, C 372/5.

⁹ Przykładowo: rozporządzenie Komisji (UE) nr 316/2014 z 21 marca 2014 r. w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień o transferze technologii, t.jedn.: Dz. Urz. UE 2014, L 93/17.

zakazu porozumień monopolistycznych określony w ustawie wydaje się zestawieniem bardzo daleko idącym z perspektywy unijnej, w szczególności w zakresie dotyczącym możliwości wyłączenia dowolnego porozumienia monopolistycznego, jeżeli w ocenie SAMR lub Rady Państwowej nie powinno ono podlegać ogólnemu zakazowi zawierania porozumień monopolistycznych (art. 15 pkt 7 ustawy).

Ponadto możliwość *de facto* dowolnego i uznaniowego stosowania wyłączeń od zakazu zawierania porozumień monopolistycznych stwarza ryzyko, że zakaz określony w art. 13 ustawy może podlegać dowolnemu kształtowaniu na drodze praktyki decyzyjnej SAMR. Wskazane w zdaniu poprzednim ryzyko potęguje fakt, że w chińskim systemie prawa decyzje administracyjne zajmują wysokie miejsce w hierarchii źródeł prawa, wyższe niż np. umowy międzynarodowe¹⁰.

Warto również zaznaczyć, że za zawarcie niedozwolonego porozumienia przedsiębiorcy grozi grzywna w wysokości do 10% obrotów osiągniętych w poprzednim roku kalendarzowym, a jeżeli porozumienie nie zostało wcielone w życie, przedsiębiorcy grozi grzywna w wysokości do 500 000 juanów (art. 46 ustawy).

3. Nadużywanie pozycji dominującej

Artykuł 17 ustawy definiuje nadużywanie pozycji dominującej jako kolejny rodzaj praktyk antykonkurencyjnych sankcjonowanych w ramach chińskiego ustawodawstwa antymonopolowego. Sama pozycja dominująca przedsiębiorcy została zdefiniowana jako sytuacja, w której przedsiębiorca zdolny jest do kontrolowania cen lub ilości wytwarzanych dóbr lub świadczonych usług na rynku właściwym albo jest w stanie ograniczać lub uniemożliwiać dostęp do rynków konkurentom. W procesie wyznaczania pozycji rynkowej przedsiębiorcy i oceny, czy jest to pozycja dominująca czy też nie, należy – zgodnie z ustawą – wziąć w szczególności pod uwagę takie czynniki, jak: procentowy udział w rynku przedsiębiorcy, siłę finansową i możliwości techniczne oraz bariery wejścia na rynek (art. 18 ustawy). W ustawie wskazano również czynniki, których wystąpienie powinno determinować uznanie pozycji rynkowej przedsiębiorcy za pozycję dominującą (art. 19 ustawy). Jest to: co najmniej 50-procentowy udział w rynku właściwym, łączny udział dwóch przedsiębiorców w rynku właściwym ukształtowany na poziomie 2/3 lub łączny udział trzech przedsiębiorców w rynku właściwym kształtuje się na poziomie 3/4.

Ustawa wskazuje również, że przedsiębiorca, którego udział w rynku właściwym wynosi 10% lub mniej, nie powinien być w ogóle brany pod uwagę w kontekście ewentualnego uznania go za przedsiębiorcę posiadającego pozycję dominującą – ten swoisty próg minimalny jest rozwiązaniem nieznanym prawu unijnemu.

¹⁰ Kopania, Szpotakowski (2020): 26–29.

Sam katalog praktyk określający formy nadużywania pozycji dominującej jest katalogiem otwartym w wyniku przyznania SAMR dyskrecjonalnej¹¹ kompetencji do uznawania za nadużywanie pozycji dominującej każdej praktyki przedsiębiorcy, niemniej w ustawie został wskazany katalog praktyk uznawanych za nadużywanie pozycji dominującej – w szczególności jest to: sprzedaż dóbr po cenie zbyt wysokiej lub ich kupno po cenie zbyt niskiej, sprzedaż dóbr po cenie poniżej kosztów ich wytworzenia lub dyskryminacja kontrahentów.

Model karania przedsiębiorcy za nadużywanie pozycji dominującej jest zbliżony do sankcjonowania porozumień monopolistycznych, tj. grzywna do 10% wysokości obrotów za poprzedni rok kalendarzowy (art. 47 ustawy).

4. Kontrola koncentracji

Artykuł 20 ustawy wskazuje, że koncentracja przedsiębiorców podlegająca kontroli antymonopolowej może odbyć się na trzy sposoby: (1) połączenie dwóch lub więcej przedsiębiorców; (2) zakup akcji lub udziałów innego przedsiębiorcy lub (3) przez takie przejęcie kontroli nad innym przedsiębiorcą, które prowadzi do osiągnięcia w obrębie jego struktur decydującego wpływu na podejmowane decyzje i aktywności biznesowe. Jest to podejście zbliżone do unijnego prawa antymonopolowego, podobnie jak obowiązek uprzedniego zgłoszenia przez przedsiębiorcę zamiaru dokonania koncentracji. Progi lub przesłanki implikujące konieczność notyfikacji zamiaru koncentracji są kształtowane na mocy decyzji SAMR lub Rady Państwowej (art. 21 ustawy), co również można uznać za formę daleko idącej uznaniowości i dowolności, którą posiadają organy państwowe w dziedzinie prawa ochrony konkurencji.

Co istotne, od wskazanego wyżej obowiązku i konieczności uzyskania zgody na dokonanie koncentracji istnieje odstępstwo – zachodzi ono w sytuacji, w której przedsiębiorca nabywający udziały lub akcje innego przedsiębiorcy jest już posiadaczem co najmniej 50% dotychczasowych akcji lub udziałów; wskazany wyjątek jest regulacją nieznaną unijnemu prawu antymonopolowemu.

Czynnikami, które należy wziąć pod uwagę, oceniając zgłoszoną koncentrację, są przede wszystkim udziały w rynkach właściwych przedsiębiorców, którzy podlegają kontroli, ogólny stopień koncentracji na rynku lub rynkach podlegających ocenie, wpływ koncentracji na rynek, konkurentów, konsumentów oraz rynek krajowy. Ponadto należy wziąć pod uwagę czynniki wskazane w decyzjach, wytycznych i innych dokumentach SAMR lub Rady Państwowej. Ta ostatnia przesłanka znów z jednej strony wskazuje na istotne znaczenie decyzji organów państwowych w procesie stosowania prawa, a z drugiej – stanowi przykład przyznający kompetencję do daleko idącej uznaniowości pozostawionej SAMR i Radzie Państwowej w zakresie zastosowania prawa antymonopolowego w obszarze kontroli koncentracji.

¹¹ Banasiński (2015): 98 n.

5. Naruszenie prawa antymonopolowego w wyniku działalności pracowników organu administracji państwowej

Konstrukcją zupełnie nieznaną unijnemu prawu antymonopolowemu jest możliwość sankcjonowania przedstawicieli lub pracowników organów administracji państwowej, którzy w ramach wykonywania swoich obowiązków mogli dopuścić się naruszenia zasad uczciwej konkurencji (art. 32 ustawy). W efekcie ustawa zakazuje oczekiwania lub wymagania przez urzędnika państwowego od obywateli zakupu wskazanych towarów lub korzystania z określonych usług, ustalania lub egzekwowania dyskryminujących cen, w szczególności w stosunku do towarów lub usług pochodzących z zagranicy, utrudniania swobodnego przepływu dóbr i usług pomiędzy regionami, uniemożliwiania wejście na rynek chiński podmiotom zagranicznym (art. 33–35 ustawy). Warto zaznaczyć, że wszystkie formy naruszania prawa antymonopolowego w wyniku działalności pracowników organów administracji państwowej dotyczą przedsiębiorców zagranicznych. Takie podejście mogłoby wskazywać na szczególne traktowanie naruszeń prawa ochrony konkurencji względem przedsiębiorców zagranicznych w porównaniu z przedsiębiorcami krajowymi, niemniej znając ogólny kontekst podejścia władz chińskich do przedsiębiorców zagranicznych działających na terytorium ChRL, powyższe założenie należy uznać za błędne.

Artykuł 51 ustawy przewiduje sankcje dyscyplinarne dla urzędnika, który dopuścił się naruszenia prawa antymonopolowego w sposób opisany w art. 33–35 ustawy. Natomiast w sytuacji, w której urzędnik dopuścił się utrudniania postępowania antymonopolowego, niszczenia dowodów w postępowaniu antymonopolowym lub dostarczania fałszywych informacji lub materiałów w trakcie takiego postępowania, może dodatkowo zostać ukarany grzywną.

6. Uwagi końcowe

Przeprowadzona powyżej analiza prowadzi do wniosku, że struktura chińskiej ustawy antymonopolowej zasadniczo odzwierciedla strukturę unijnego prawa ochrony konkurencji. Niewątpliwą odmiennością jest fakt, że chińska ustawa określa odpowiedzialność urzędników i pracowników organów administracji publicznej za decyzje dotyczące dostępu do rynku na równych zasadach przedsiębiorców zagranicznych. Warto w tym miejscu podkreślić, że wspomniana we wstępie niemożność wejścia na rynek chiński amerykańskich lub europejskich przedsiębiorców działających w obszarze nowych technologii nie jest blokowana przez prawo antymonopolowe, a jest argumentowana cenzurą treści obecnych w Internecie, co należy do kompetencji chińskich organów państwowych.

Natomiast w odniesieniu do zakresu zastosowania prawa antymonopolowego oraz praktyk sankcjonowanych na podstawie ustawy należy jednoznacznie stwierdzić, że regulacje ich dotyczące są istotnie zbliżone do analogicznych zagadnień uregulowanych w unijnym prawie antymonopolowym. Niemniej tym, co przede wszystkim różni oba te porządki prawne, jest przyznanie SAMR lub Radzie Państwowej zdecydowanie szerszej dyskrecjonalności w podejmowaniu decyzji i interweniowaniu na rynku niż ta, którą przyznano Komisji.

Niewątpliwie wynika to z odmiennego ustroju politycznego Unii Europejskiej i Chińskiej Republiki Ludowej, w której to szeroko pojęta władza publiczna ma zdecydowanie szersze kompetencje.

Co więcej, wspomniana wyżej daleko idąca dyskrecjonalność przyznana SAMR i Radzie Państwowej sprawia, że prawo antymonopolowe w Chinach może stanowić formę kształtowania gospodarki krajowej – w szczególności w formie administracyjnego przyzwalania wybranym przedsiębiorcom na omijanie reguł prawa antymonopolowego przez jednostkowe decyzje i zezwolenia.

III. CELE PRAWA OCHRONY KONKURENCJI JAKO CZYNNIK RÓŻNICUJĄCY PORÓWNYWANE JURYSDYKCJE

Jak wynika z przeprowadzonej powyżej analizy prawoporównawczej, przepisy unijnego i chińskiego prawa antymonopolowego są w dużej mierze do siebie zbliżone. Z pewnością istotnym czynnikiem różnicującym oba te systemy prawne jest istotny stopień dyskrecjonalności przyznany SAMR i Radzie Państwowej względem kompetencji Komisji w tym zakresie.

Czynnikiem precyzującym zakres dyskrecjonalności organu ochrony konkurencji są cele prawa ochrony konkurencji oraz ogólne cele systemu prawa, wynikające w szczególności z konstytucji¹². Natomiast to, jak te cele zostaną zrealizowane, zależy od przepisów publicznego prawa ochrony konkurencji w poszczególnych jurysdykcjach, systemu społeczno-gospodarczego oraz ustroju politycznego. Wpływ na wyznaczanie i realizację celów prawa antymonopolowego, zgodnych z przepisami prawa, ma również polityka antymonopolowa rozumiana jako część polityki gospodarczej państwa mającej na celu między innymi przeciwdziałanie monopolom. W przypadku prawa unijnego należy wskazać na cel budowy i utrzymania wspólnego rynku na terytorium Unii Europejskiej¹³ jako jednego z założeń unijnego prawa ochrony konkurencji. Czynnikiem ten nie jest poruszany w przypadku chińskiego prawa antymonopolowego i nie pozostaje obojętny dla stosunku władz chińskich względem przedsiębiorców krajowych i zagranicznych.

Wydaje się zatem, że właśnie praktyczna realizacja celów prawa antymonopolowego może w sposób istotny różnicować unijne prawo antymonopolowe od chińskiego publicznego prawa ochrony konkurencji. W efekcie dopuszczalne jest, że chińskie prawo antymonopolowe umożliwi faworyzowanie przedsiębiorców krajowych kosztem przedsiębiorców zagranicznych (mimo regulacji prawnych, które mają na celu zapewnienie uczciwej konkurencji pomiędzy tymi dwoma grupami podmiotów) lub stosowanie tzw. polityki zachęt i kar¹⁴ względem przedsiębiorców krajowych, mającej na celu z jednej strony ich wzmocnienie, a z drugiej – uniemożliwienie osiągnięcia istotnej pozycji rynkowej.

¹² Banasiński (2015): 98.

¹³ Krasnodębska-Tomkiel (2006): 33–34.

¹⁴ Oxford Analytica Expert Briefs, China's Communist Party will adapt as economy develops (November 11, 2019), za: Gal, Petit (2021): 25.

IV. CASE STUDY – QIHOO 360 V. TENCENT QQ

Niewątpliwym mankamentem dostępu do praktyki decyzyjnej SAMR i orzecznictwa sądów chińskich jest brak tłumaczeń decyzji lub wyroków z języka mandaryńskiego, nawet w wersji niewiążącej, tak jak się dzieje w wypadku wybranych aktów prawnych ChRL. Niemniej możliwe jest znalezienie wybranych, często jednych z ważniejszych orzeczeń sądów chińskich, w wiarygodnej wersji anglojęzycznej. Tak stało się w przypadku orzeczeń w sprawie *Qihoo 360 v. Tencent* (2017)¹⁵, która jest pierwszym przypadkiem z dziedziny prawa antymonopolowego rozstrzygniętym przed Najwyższym Sądem Ludowym. Rozstrzygnięcie to nie może rzecz jasna przesądzać o całokształcie chińskiego podejścia do przedsiębiorców działających w sektorze nowych technologii, niemniej może wskazywać pewne tendencje w tym obszarze.

Na wstępie należałoby krótko scharakteryzować strukturę chińskiego sądownictwa, z uwzględnieniem właściwości rzeczowej z zakresu prawa antymonopolowego. Zasadniczo w chińskim systemie prawnym można wyróżnić: Sady Ludowe, które dzielą się na sądy: niższego, średniego i najwyższego szczebla, oraz Najwyższy Sąd Ludowy¹⁶. W przypadku spraw obejmujących prawo antymonopolowe zwykle sądem pierwszej instancji jest Sąd Ludowy średniego szczebla¹⁷. Za zgodą Najwyższego Sądu Ludowego również Sąd Ludowy niższego szczebla może być sądem pierwszej instancji w sprawach antymonopolowych, natomiast w przypadku, gdy rozstrzygana jest kwestia z zakresu prawa antymonopolowego o istotnym znaczeniu dla danego regionu, sądem właściwym jest właściwy miejscowo Sąd Ludowy najwyższego szczebla¹⁸. W sytuacjach wyjątkowych o szczególnym znaczeniu dla ChRL sądem właściwym w pierwszej instancji może być Najwyższy Sąd Ludowy¹⁹. Od wyroku sądu pierwszej instancji stronom przysługuje możliwość odwołania do sądu

¹⁵ Stanford Law School (2021) <<https://cgc.law.stanford.edu/guiding-cases/guiding-case-78/>> [dostęp: 27.04.2021].

¹⁶ Wang, Biddulph, Godwin (2017): 5–14.

¹⁷ Art. 3 wytycznych Najwyższego Sądu Ludowego z 3 maja 2012 r. dotyczących zastosowania prawa w procesach cywilnych wynikających z naruszenia ustawy antymonopolowej; wytyczne w wersji anglojęzycznej opublikowane na: <[https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-008-5342?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-008-5342?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true)> [dostęp: 20.02.2022].

¹⁸ Art. 3 wytycznych Najwyższego Sądu Ludowego z 3 maja 2012 r. dotyczących zastosowania prawa w procesach cywilnych wynikających z naruszenia ustawy antymonopolowej; wytyczne w wersji anglojęzycznej dostępne na: <[https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-008-5342?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-008-5342?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true)> [dostęp: 20.02.2022].

¹⁹ Art. 19 ustawy o postępowaniu cywilnym z 27 czerwca 2017 r., ustawa w wersji anglojęzycznej opublikowana przez China International Commercial Court, <<http://cicc.court.gov.cn/html/1/219/199/200/644.html>>, [dostęp: 19.02.2022]. Na marginesie warto zaznaczyć, że wskazana wyżej ustawa o postępowaniu cywilnym została znowelizowana z dniem 1 stycznia 2022 r., niemniej art. 19 oraz przywoływany niżej art. 20 tej ustawy nie uległy zmianie. Z uwagi na fakt, że nowelizacja nie została jeszcze przetłumaczona na język angielski (<<https://npcobserver.com/legislation/civil-procedure-law/>>, [dostęp: 29.05.2022]), dla celów referencyjnych została przywołana ostatnia aktualna wersja aktu prawnego w języku angielskim.

nadrzędnego nad sądem, który wydał wyrok²⁰ (w przypadku Sądów Ludowych najwyższego szczebla jest to Najwyższy Sąd Ludowy²¹).

Tencent jest jednym z największych chińskich przedsiębiorców świadczących usługi cyfrowe i działającym na wielu rynkach, niemniej we wskazanej sprawie rynek właściwy należałoby produktowo zdefiniować jako rynek oprogramowań antywirusowych. Oprogramowanie antywirusowe Tencent (Tencent QQ) posiadało 40% udział w rynku chińskim w latach 2016–2017. We wrześniu 2017 r. Qihoo – producent konkurencyjnego oprogramowania antywirusowego – wprowadził na rynek program komputerowy pozwalający wykazywać działalność szpiegującą użytkowników w trakcie korzystania przez nich z różnych oprogramowań, w tym programów komputerowych dostarczanych przez konkurentów. Raporty generowane przez oprogramowanie wprowadzone na rynek przez przedsiębiorcę Qihoo wskazało, że oprogramowanie antywirusowe Tencent QQ szpiegowało swoich użytkowników. Tencent zareagował serią działań wymierzonych w renomę przedsiębiorcy Qihoo, który to w odpowiedzi m.in. rozpoczęło blokowanie reklam Tencent QQ, a następnie zablokowała swoim użytkownikom możliwości korzystania z oprogramowania Tencent QQ. W odpowiedzi przedsiębiorca Tencent zablokował możliwość korzystania ze swojego oprogramowania użytkownikom, którzy jednocześnie mieli zainstalowane programy komputerowe stworzone przez przedsiębiorcę Qihoo, który to wniósł przeciwko przedsiębiorcy Tencent pozew w przedmiocie nadużywania pozycji dominującej. Na marginesie warto zaznaczyć, że sprawa antymonopolowa została w tym przypadku wniesiona z powództwa prywatnego, co chociażby z perspektywy prawa polskiego nie zdarza się często.

Sądem pierwszej instancji w omawianej sprawie był Sąd Ludowy wyższego szczebla z siedzibą w Guandong. Sąd uznał, że nie doszło w tym przypadku do nadużycia pozycji dominującej przez przedsiębiorcę Tencent. Tym, co spotkało się z najszerzą krytyką w przedmiotowej sprawie, było wyznaczenie rynku właściwego na potrzeby postępowania: rynek właściwy w ujęciu produktowym został wyznaczony bardzo szeroko i objął również media społecznościowe, usługi poczty elektronicznej i inne usługi cyfrowe. Podobnie szeroko określony został rynek w ujęciu terytorialnym – jako rynek światowy. Skutkiem takiego zdefiniowania rynku właściwego jest w efekcie uznanie, że konkurentem przedsiębiorcy Tencent są chociażby Facebook, Twitter lub Instagram – amerykańskie media społecznościowe, które skutecznie nie mogą działać na terytorium Chin.

Przedsiębiorca Qihoo odwołał się od wyroku do Sądu Najwyższego, którego orzeczenie uznawane jest w Chinach za jedno z najważniejszych w dziedzinie prawa antymonopolowego²². Najwyższy Sąd Ludowy podtrzymał, że przedsiębiorca Tencent nie dopuścił się nadużywania pozycji dominującej, a przede wszystkim dodatkowo wskazał, jak powinien być wyznaczany rynek właściwy,

²⁰ Art. 19 ustawy o postępowaniu cywilnym z 27 czerwca 2017 r. (przyp. 19).

²¹ Art. 20 ustawy o postępowaniu cywilnym z 27 czerwca 2017 r. (przyp. 19).

²² <<https://cgc.law.stanford.edu/commentaries/1-insights-2017-john-walker/>> [dostęp: 27.04.2021].

kiedy można mówić o nadużywaniu pozycji dominującej w postaci transakcji związanej oraz jakie czynniki powinny być uwzględniane w trakcie wyznaczania pozycji dominującej.

Najwyższy Sąd Ludowy przede wszystkim uznał, że podmiot, który twierdzi, że doszło do nadużycia pozycji dominującej, musi ten fakt wykazać. W przedmiocie prawidłowego wyznaczania rynku właściwego stwierdzono, że rynek właściwy i jego zdefiniowanie to nie cel samym w sobie, a jedynie narzędzie służące do adekwatnego rozstrzygnięcia sprawy antymonopolowej. Z kolei tzw. test hipotetycznego monopolisty (SSNIP, Small but Significant and Non-transitory Increase in Price) może być stosowany, ale z dużą dozą ostrożności. Należy zgodzić się z tym stwierdzeniem wskazując, że w przypadku przedsiębiorców cyfrowych może on nie być wystarczający, ponieważ w kontekście tego typu usług, do jakich należy oprogramowanie antywirusowe, na substytucyjność mogą wpływać czynniki inne niż cena, np.: funkcjonalność oprogramowania, jego kompatybilność z innym oprogramowaniem (np. oprogramowaniem systemowym) lub poziom gwarantowanej przez nie ochrony.

Najwyższy Sąd Ludowy wskazał ponadto, że sam udział w rynku nie może być jedynym elementem determinującym pozycję dominującą przedsiębiorcy i że należy uwzględnić w szczególności zdolność do kontrolowania rynku przez przedsiębiorcę, jego stan finansowy, bariery wejścia na rynek lub prognozowany rozwój technologiczny. Sąd określił również kryteria transakcji związanych, które mogą zostać uznane za nadużywanie pozycji dominującej: produkt bazowy oraz dodatkowy muszą być ze sobą przedmiotowo powiązane, przedsiębiorca musi posiadać pozycję dominującą w rozumieniu ustawy, kupujący nie ma zbyt dużego pola manewru na rynku, aby wybrać inny produkt bazowy, transakcja związana musi mieć negatywny wpływ na konkurencję na rynku.

Wydaje się, że powyższe orzeczenie stanowi przykład wyroku konstytuującego podstawy stosowania chińskiego prawa antymonopolowego w ogóle, nie tylko w odniesieniu do przedsiębiorców działających na rynkach nowych technologii. Wyszczególnione powyżej zasady oraz wskazówki stosowania publicznego prawa ochrony konkurencji należy uznać za zbliżone do analogicznych wytycznych obowiązujących na terenie Unii Europejskiej²³. Konsekwentnie tym, co w rzeczywistości odróżnia chińskie prawo monopolowe od unijnego, są cele tegoż ustawodawstwa i realizacja polityk antymonopolowych przez właściwe do tego organy.

V. PODSUMOWANIE

Przedstawiona powyżej problematyka prawnoporównawcza dotycząca unijnego i chińskiego prawa antymonopolowego wskazała, że dziedzina ta w obu porządkach prawnych nie różni się w sposób istotny w obszarze konstrukcji

²³ W szczególności w odniesieniu do wyznaczania rynku właściwego, jego celu i zasad – wspomniane już obwieszczenie Komisji w sprawie definicji rynku właściwego do celów wspólnotowego prawa konkurencji (97/C 372/03).

i zakresu regulacji publicznego prawa ochrony konkurencji. Tym, co rzeczywiście odróżnia oba te porządki prawne w dziedzinie prawa antymonopolowego, jest stopień dyskrecjonalności przyznanej organom ochrony konkurencji oraz czynniki wpływające na charakter jej wykonywania, co w rezultacie skutkuje istotnym zróżnicowaniem obu tych jurysdykcji antymonopolowych. W efekcie szczególnie istotna staje się kompetencja do realizacji celów prawa ochrony konkurencji, które mogą zmieniać się w zależności od wskazanych w artykule czynników niezwiązanych bezpośrednio z prawem antymonopolowym.

Należy zatem uznać, że wskazany powyżej mechanizm dyskrecjonalności przyznanej organom ochrony konkurencji jest czynnikiem różnicującym obie omówione jurysdykcje. W rezultacie należy uznać, że zasygnalizowana we wstępie artykułu możliwość preferencyjnego traktowania określonych grup przedsiębiorców, niepozostająca obojętna dla rynków nowych technologii w poszczególnych ujęciach geograficznych, nie wynika ściśle z przepisów prawa, a ze stopnia uznaniowości przyznanej organowi antymonopolowemu oraz swobody w kształtowaniu polityki antymonopolowej.

Banasinski, C. (2015). *Dyskrecjonalność w prawie antymonopolowym*. Warszawa.

Chee, F.Y. (2020). EU's Vestager to set out plans to tackle China's state-backed firms. <<https://www.reuters.com/article/us-eu-antitrust-idUSKBN20P2RFF>>.

Gal, M.S., Petit, N. (2021). Radical restorative remedies for digital markets. *Berkeley Technological Review* 37(1): 617–674. <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3687604>.

Kopania, Z., Szpotakowski, I. (2020). *Chinese Law: Research Guide*. Łódź–Kraków.

Krasnodębska-Tomkiel, M. (2006). *Wspólnotowe prawo konkurencji. Skutki dla Polski*. Warszawa.

Maziarz, A. (2019). *Reguły konkurencji Unii Europejskiej*. Warszawa.

Stanford Law School (2021). *Beijing Qihu Technology Co., Ltd. v. Tencent Technology (Shenzhen) Company Limited and Shenzhen Tencent Computer Systems Company Limited. A dispute over abusing dominant market positions*. Stanford Law School. China Guiding Cases Project. <<https://cgc.law.stanford.edu/guiding-cases/guiding-case-78>> [dostęp: 27.04.2021].

Tuo, Y. (2019). Approaches for dealing with the “natural person” in the Chinese Legal System: a statutory way and a principled way. *German Law Journal* 18(5): 1121–1144. doi:10.1017/S2071832200022276

Wang, Y., Biddulph, S., Godwin, A. (2017). A Brief introduction to the Chinese judicial system and court hierarchy. <https://law.unimelb.edu.au/_data/assets/pdf_file/0004/2380684/ALC-Briefing-Paper-6-Wang,-Biddulph,-Godwin_5.pdf>.

Whish, R., Bailey, D. (2015). *Competition Law*. Oxford.

