internetowy
# KWARTALNIK ANTYMONOPOLOWY I REGULACYJNY
1(1)
2012

- Porozumienia zakazane ze względu na cel a porozumienia zakazane ze względu na skutek
- Porozumienia zakazane ze względu na cel lub skutek w polskiej praktyce orzeczniczej
- Stosowanie zakazu porozumień ograniczających konkurencję zorientowane na ocenę skutków ekonomicznych
- Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów a prawo własności intelektualnej
- Ostatnie pięciolecie stosowania polskiego zakazu nadużywania pozycji dominującej
- Polityka kontroli koncentracji w Polsce
- Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów z perspektywy sprawiedliwości proceduralnej
- Naruszenie zbiorowych interesów konsumentów (decyzja zobowiązująca)

ISSN 2299-5749

CARS
Centre for Antitrust and Regulatory Studies
Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych
UNIWERSYTET WARSZAWSKI WYDZIAŁ ZARZĄDZANIA

internetowy KWARTALNIK ANTYMONOPOLOWY I REGULACYJNY

1(1)
2012

17. publikacja Programu Wydawniczego CARS;

2. publikacja Programu Wydawnictw Elektronicznych CARS

Redaktor naczelny: Prof. UW dr hab. Tadeusz Skoczny

Redaktor statystyczny: Prof. dr hab. Jerzy Wierzbiński

Redaktor językowy: Elżbieta Michniewicz

Projekt okładki: Darek Kondefer

ISSN: 2299-5749

Licencja: Creative Commons 3.0 Polska

Redakcja: Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych (CARS); PL – 02-678 Warszawa, ul. Szturmowa 3; tel. (+48-22) 55-34-126; www.ikar.wz.uw.edu.pl; e-mail: ikar@wz.uw.edu.pl

Wydawca: Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego; PL – 02-678 Warszawa, ul. Szturmowa 3; tel. (+48-22) 55-34-164; www.wz.uw.edu.pl; e-mail: jjagodzinski@mail.wz.uw.edu.pl

Skład i łamanie: Zakład Graficzny Uniwersytetu Warszawskiego; PL – 02-927 Warszawa, ul. Krakowskie Przedmieście 26/28; tel.: (+48-22) 55-20-888; faks (+48-22) 55-22515; e-mail: zakład.graficzny@uw.edu.pl

CARS
Centre for Antitrust and Regulatory Studies
Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych

UNIWERSYTET WARSZAWSKI
WYDZIAŁ ZARZĄDZANIA

Rada Naukowa

Prof. dr hab. **Andrzej Wróbel** (kierownik Zakładu Prawa Europejskiego INP PAN; sędzia Trybunału Konstytucyjnego) – przewodniczący.

Prof. UW dr hab. **Zbigniew Hockuba** (Katedra Ekonomii Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego) – wiceprzewodniczący.

Prof. dr hab. **Cezary Kosikowski** (kierownik Katedry Prawa Gospodarczego Publicznego Wydziału Prawa Uniwersytetu w Białymstoku) – wiceprzewodniczący.

Doc. dr hab. **Cezary Banasiński** (Zakład Administracyjnego Prawa Gospodarczego i Bankowego Instytutu Nauk Prawno-Administracyjnych Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego) – członek.

Prof. dr hab. **Jan Barcz** (kierownik Katedry Prawa Międzynarodowego i Prawa Unii Europejskiego Akademii Leona Koźmińskiego w Warszawie) – członek.

Prof. dr hab. **Sławomir Dudzik** (Katedra Prawa Europejskiego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego) – członek.

Prof. dr hab. **Marian Gorynia** (Rektor Uniwersytetu Ekonomicznego w Poznaniu) – członek.

Prof. dr hab. **Jan Grabowski** (kierownik Katedry Publicznego Prawa Gospodarczego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach) – członek.

Prof. UW dr hab. **Hanna Gronkiewicz-Waltz** (kierownik Zakładu Administracyjnego Prawa Gospodarczego i Bankowego Instytutu Nauk Prawno-Administracyjnych Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego) członek.

Prof. ALK dr hab. **Waldemar Hoff** (kierownik Katedry Prawa Administracyjnego i Prawa Administracyjnego Gospodarczego Akademii Leona Koźmińskiego w Warszawie) – członek.

Prof. dr hab. **Marian Kępiński** (kierownik Katedry Prawa Europejskiego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Adama Mickiewicza) – członek.

Prof. dr hab. **Leon Kieres** (kierownik Zakładu Prawa Administracyjnego Gospodarczego Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego) – członek.

Prof. dr hab. **Bożena Klimczak** (kierownik Katedry Mikroekonomii i Ekonomii Instytucjonalnej Instytutu Ekonomii Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu) – członek.

Prof. UW i INP PAN) dr hab. **Małgorzata Król-Bogomilska** (kierownik Zakładu Prawa Konkurencji INP PAN) – członek.

Prof. dr hab. **Maria Królikowska-Olczak** (Zakład Europejskiego Prawa Gospodarczego Wydziału Prawa i Administracji UŁ) – członek.

Prof. SGH dr hab. **Anna Mokrysz-Olszyńska** (kierownik Zakładu Prawa Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Katedrze Prawa Międzynarodowego Kolegium Gospodarki Światowej SGH) – członek.

Prof. dr hab. **Adam Noga** (Katedra Analizy Rynków i Konkurencji w Kolegium Nauk o Przedsiębiorstwie Szkoły Głównej Handlowej) – członek.

Prof. UAM dr hab. **Bożena Popowska** (kierownik Zakładu Publicznego Prawa Gospodarczego WPiA UAM) - członek

Prof. URz dr hab. **Maciej Rogalski** (Wyższa Szkoła Handlu i Prawa w Warszawie [Łazarski]; członek Zarządu T-Mobile) – członek.

Prof. UŁ dr hab. **Kazimierz Strzyczkowski** (kierownik Katedry Prawa Publicznego Gospodarczego Wydziału Prawa i Administracji UŁ) – członek.

Prof. PŁ dr hab. **Andrzej T. Szablewski** (kierownik Zakładu Ekonomii na Wydziale Organizacji i Zarządzania Politechniki Łódzkiej oraz docent w Instytucje Nauk Ekonomicznych PAN) – członek.

Prof. dr hab. **Włodzimierz Szpringer** (Katedra Prawa Administracyjnego i Finansowego Przedsiębiorstw w Szkole Głównej Handlowej oraz Zakład Publicznego Prawa Gospodarczego Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego) – członek.

Prof. dr hab. **Jerzy Wilkin** (kierownik Katedry Ekonomii Politycznej Wydziału Nauk Ekonomicznych Uniwersytetu Warszawskiego) – członek.

Prof. dr hab. **Jerzy Żyżyński** (kierownik Zakładu Gospodarki Publicznej w Katedrze Gospodarki Narodowej Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego) – członek

Kolegium Redakcyjne

Prof. UW dr hab. **Tadeusz Skoczny** (kierownik CARS i Samodzielnego Zakładu Europejskiego Prawa Gospodarczego Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego) – redaktor naczelny i nadzór na publikacjami z zakresu prawa ochrony konkurencji; adresy mailowe: tadeuszskoczny@gmail.com; tel. kom.: 604.759.706.

Prof. PŁ dr hab. **Anna Fornalczyk** (Katedra Integracji Europejskiej i Marketingu Międzynarodowego Wydziału Organizacji i Zarządzania Politechniki Łódzkiej) – zastępca redaktora naczelnego i nadzór nad publikacjami z ekonomii konkurencji i regulacji; adres mailowy: afornalczyk@comper.com.pl; tel. kom.: 601.293.922.

Prof. UW dr hab. **Stanisław Piątek** (kierownik Katedry Prawnych Problemów Administracji i Zarządzania Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego – zastępca redaktora naczelnego i nadzór na publikacjami z zakresu prawa i regulacji w sektorach infrastrukturalnych; adres mailowy: piatek@supermedia.pl; tel. kom. 601.214.611.

Prof. UW dr hab. **Jerzy Wierzbiński** (Samodzielny Zakład Metod Matematycznych i Statystycznych Zarządzania Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego) – redaktor statystyczny; adres mailowy: wierzbiński@mail.wz.uw.edu.pl; tel. kom. 602.245.591.

Dr **Maciej Bernatt** (adiunkt w Samodzielnym Zakładzie Europejskiego Prawa Gospodarczego Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego) – red. tematyczny ds. reguł wdrażania prawa ochrony konkurencji; adres mailowy: maciej.bernatt@gmail.com; tel. kom.: 603.608.432.

Dr **Ewa Galewska** (adiunkt w Centrum Badań Problemów Prawnych i Ekonomicznych Komunikacji Elektronicznej Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego) – redaktor tematyczny ds. prawa i regulacji w telekomunikacji; adres mailowy: egalewska@prawo.uni.wroc.pl; tel. kom.: 606.736.895.

Dr **Agata Jurkowska-Gomułka** (adiunkt w Samodzielnym Zakładzie Europejskiego Prawa Gospodarczego Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego) – redaktor tematyczny ds. porozumień ograniczających konkurencję; adres mailowy: agathajur@o2.pl; tel. Kom.: 501.060.776.

Dr **Konrad Kohutek** (adiunkt na Wydziale Prawa i Administracji Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego) – redaktor tematyczny ds. nadużywania pozycji dominującej; adres mailowy: kohutek@gmx.net; tel. kom.: 600.346.215.

Dr **Bartłomiej Nowak** (adiunkt w Katedrze Prawa Międzynarodowego i Prawa UE Akademii Leona Koźmińskiego) – redaktor tematyczny ds. prawa i regulacji w energetyce; adres mailowy: bnowak@kozminski.edu.pl; tel. kom.: 605.235.801.

Dr **Magdalena Olender-Skorek** (adiunkt w Katedrze Gospodarki Narodowej Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego) – redaktor tematyczny ds. ekonomii konkurencji i regulacji; adresy mailowe: magdalenao@poczta.fm; tel. kom.: 505.118.860.

Dr **Dawid Miąsik** (adiunkt w Zakładzie Prawa Konkurencji INP PAN) – redaktor tematyczny w zakresie relacji między prawem ochrony konkurencji a PWI; adres mailowy: astadm@sn.pl; tel. kom.: 608.132.156.

Prof. USz dr hab. **Rajmund Molski** (Katedra Prawa Gospodarczego Publicznego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Szczecińskiego) – redaktor tematyczny ds. prawa ochrony konkurencją zagranicą; adres mailowy: rmolski@mec.univ.szczecin.pl; tel. kom.: 603.133.472.

Spis treści

iKAR – założenia i zamiary (od redaktora naczelnego) 5
Małgorzata Krasnodębska-Tomkiel, Czas na zmiany w polskim prawie antymonopolowym 7

Artykuły

Aleksander Stawicki, Porozumienia zakazane z uwagi na cel a porozumienia zakazane z uwagi na skutek: próba rozgraniczenia 10
Antoni Bolecki, Porozumienia zakazane ze względu na cel lub skutek w aktualnej polskiej praktyce orzeczniczej 16
Agata Jurkowska-Gomułka, Stosowanie zakazu porozumień ograniczających konkurencję zorientowane na ocenę skutków ekonomicznych? Uwagi na tle praktyki decyzyjnej Prezesa UOKiK w odniesieniu do ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z 2007 r. 33
Dawid Miąsik, Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów a prawo własności intelektualnej – czy art. 2 ustawy jest w ogóle potrzebny? 50
Konrad Kohutek, Pięciolecie stosowania zakazu nadużywania pozycji dominującej w świetle uokik z 2007: kształtowanie się wykładni kluczowych pojęć 60
Marcin Kolasiński, Polityka kontroli koncentracji w Polsce – stan obecny i możliwe zmiany 74
Maciej Bernatt, Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów – potrzeba nowelizacji. Perspektywa sprawiedliwości proceduralnej 85
Jarosław Sroczyński, Naruszenie zbiorowych interesów konsumentów: decyzja zobowiązująca (uwagi praktyczne oraz *de lege ferenda*) 97

Przeglądy prawa i orzecznictwa

Anna Piszcz, Zmiany w polskim prawie antymonopolowym w latach 2010-2011 (cz. 1) 113
Anna Piszcz, Przegląd polskiego orzecznictwa antymonopolowego za lata 2010-2011 (cz. 1) . . 124

Glosy

Czy wciąż potrzebne jest nam krajowe prawo konkurencji?
Glosa do wyr. TSUE z 14.02.2012 r. w sprawie C-17/10 *Toshiba v Úřad pro ochranu hospodářské soutěže* (Katarzyna Bożekowska-Zawisza) 139
Niech się stanie dywersyfikacja.
Decyzja KE z 5.10.2011 r. o niewnoszeniu zastrzeżeń do projektu pomocy publicznej na budowę gazoportu w Świnoujściu (Kamil Ciupak) 149

Recenzje

Rec. książki M. Bernatta, Sprawiedliwość proceduralna w postępowaniu przed organem ochrony konkurencji prof. zw. dr hab. Janusz Borkowski 159

Sprawozdania

Wybrane zagadnienia kontroli koncentracji
Konferencja Koła Naukowego Ochrony Konkurencji i Konsumentów WPiA UW (Warszawa, 27.03.2012) (Elżbieta Krajewska) 161
Jak skutecznie chronić rynek – czas na zmiany w prawie?
Konferencja UOKiK i Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego (Wrocław, 28.03.2012) we Wrocławiu (Elżbieta Krajewska) 165
Informacja o działalności SPK (A. Stefanowicz-Barańska, Magdalena Pawlak) 172

Contents, Abstracts and Key words 175

iKAR – założenia i zamierzenia
Od redaktora naczelnego

Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych (CARS, www.cars.wz.uw.edu.pl) WZ UW ma już w swojej ofercie publikacji periodycznych angielskojęzyczny rocznik (Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies, YARS, www.yars.wz.uw.edu.pl). Od 2008 r. polscy autorzy prezentują w nim czytelnikom zagranicznym standardy oraz dorobek naszego kraju w zakresie ekonomicznych i prawnych uwarunkowań ochrony konkurencji i regulacji sektorowych. Od numeru 2012 vol. 5(7) YARS staje się czasopismem w pełni międzynarodowym, otwierając się wszakże przede wszystkim na autorów i artykuły z państw Europy Środkowej i Wschodniej.

Pomysł powołania do życia także polskojęzycznego periodyku naukowo-profesjonalnego poświęconego ekonomii i prawu ochrony konkurencji i regulacji sektorowych powstał w CARS już kilka lat temu. Dzisiaj przystępujemy do jego realizacji. Będzie to pierwsze w Polsce tego typu specjalistyczne czasopismo o wyraźnie zdefiniowanym profilu tematycznym oraz kręgu autorów i odbiorców (ekonomistów i prawników, teoretyków i praktyków). Jego atutem jest także unikalne połączenie aspektów ekonomicznych i prawnych, ułatwiające dotarcie do istoty analizowanych problemów. Gwarantuje to skład Rady Naukowej i Kolegium Redakcyjnego.

Stały rozwój i rosnące znaczenie piśmiennictwa *on-line* skłoniły CARS do publikacji internetowego Kwartalnika Antymonopolowego i Regulacyjnego **(iKAR**) wyłącznie w wersji elektronicznej, dostępnego ze specjalnej strony internetowej (www.ikar.wz.uw.edu.pl).

Czy „iKAR" winien być traktowany tylko jako przypadkowy akronim. Niekoniecznie. Akceptujemy także jego skojarzenie z mitycznym Ikarem, symbolem odwiecznego marzenia człowieka, żeby wzlecieć ponad poziom, który wyznaczają prawa natury. Niech więc „iKAR" będzie także wyzwaniem. Będziemy więc usilnie dążyć do tego, aby nasz iKAR wzniósł się (docelowo) **wysoko… ale nie za wysoko**. Mamy bowiem ambicję publikowania jak najwięcej artykułów **na** możliwie **wysokim poziomie naukowym**; realizacji tego założenia służy przyjęty model recenzowania *double blind peer review*. Chcemy jednak także być **mocno użyteczni praktycznie**. iKAR jest bowiem zasadniczo otwarty na autorów i czytelników, którzy z uwarunkowaniami ekonomicznymi i prawnymi ochrony konkurencji i regulacji sektorowych mają do czynienia w praktyce legislacyjnej, decyzyjnej, orzeczniczej czy konsultacyjnej. Będziemy więc publikowali nie tylko artykuły, które wnoszą wkład w rozwój ekonomicznej teorii konkurencji czy nauki publicznego prawa gospodarczego, ale także artykuły i inne teksty (przeglądy, projekty, glosy, recenzje, zbiory, statystyki, tabele itp.), których wartość dodana wyraża się w umożliwieniu lub ułatwieniu wymiany poglądów, doświadczeń i informacji między uczestnikami środowisk profesjonalnych ochrony konkurencji i regulacji sektorowych (sędziami, urzędnikami, doradcami prawnymi oraz konsultantami i analitykami ekonomicznymi). Sprawi nam ogromną satysfakcję, jeżeli iKAR stanie się platformą pożytecznej interakcji między wszystkimi zainteresowanymi tą problematyką.

Dzisiaj, dokładnie w 5. rocznicę wejścia w życie ustawy z 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, prezentujemy Czytelnikom inauguracyjny numert iKAR. I od razu tym numerem staramy się wpisać w rozpoczętą niedawno dyskusję środowiskową wokół potrzeby i zamiarów nowelizacji tej ustawy. Zeszyt otwiera Prezes UOKiK, dr Małgorzata Krasnodębska-Tomkiel, przedstawiając zmiany, jakie zamierza zaproponować Urząd – przede wszystkim w celu podwyższenia skuteczności ochrony konkurencji. Autorzy artykułów, w oparciu o naukową analizę dorobku wybranych obszarów ochrony konkurencji i konsumentów lub własne doświadczenia praktyczne, wskazują na zmiany pożądane z innych powodów, np. dla podwyższenia poziomu pewności prawnej lub realizacji podstawowych wymogów sprawiedliwości proceduralnej. To jednak dopiero początek. Z całą pewnością przynajmniej w dwóch następnych zeszytach iKAR pojawią się artykuły i inne teksty związane z dorobkiem i pożądanymi zmianami uokik z 2007 r., których autorzy będą zarówno odnosić się do zmian proponowanych wstępnie przez UOKiK, jak też wskazywać i uzasadniać inne pożądane zmiany ustawy – tak w sferze norm materialnoprawnych, jak i reguł ich stosowania.

Prezentowany numer zawiera również inne teksty – niezwiązane bezpośrednio z planowaną nowelizacją uokik z 2007 r. Dotyczą one różnych kwestii i mają różny charakter. Także w przyszłości będziemy m.in. publikowali opracowania powstałe we współpracy z sądami i władzami administracyjnymi polskimi i unijnymi. Poświęcimy wiele miejsca doświadczeniom innych krajów. Jesteśmy otwarci na inne propozycje – tak autorów, jak i Czytelników. Zachęcamy do współpracy.

Prof. UW dr hab. Tadeusz Skoczny

Warszawa, 21.04.2012 r.

Dr Małgorzata Krasnodębska-Tomkiel
Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

Czas na zmiany w polskim prawie antymonopolowym

Historia polskiego ustawodawstwa antymonopolowego

Nowoczesne ustawodawstwo antymonopolowe w Polsce związane jest z przemianami politycznymi i gospodarczymi, zapoczątkowanymi w 1989 roku. Kamieniem węgielnym w tym procesie było uchwalenie ustawy z 1990 roku o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym oraz utworzenie Urzędu Antymonopolowego, któremu powierzono kompetencje egzekwowania przepisów ustawy. W 1996 roku rozszerzono zakres kompetencji Urzędu o ochronę interesów konsumentów. Wówczas przyjął on także swoją obecną nazwę. 1 maja 2004 roku stanowił przełom w kształtowaniu kompetencji Prezesa UOKiK. Akcesja do Unii Europejskiej oznaczała przyjęcie wielu uprawnień i obowiązków. Polska ustawa antymonopolowa w zakresie ochrony konkurencji z 2000 roku została znowelizowana przez Sejm i dostosowana do prawa unijnego z odpowiednim wyprzedzeniem. Jednolity standard miał ułatwiać prowadzenie działalności gospodarczej polskim przedsiębiorcom po przystąpieniu do UE.

Obecnie obowiązująca ustawa z 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów jest kompleksową regulacją polskiego prawa antymonopolowego. Na jej gruncie postępowania w sprawach praktyk ograniczających konkurencję wszczynane są wyłącznie z urzędu. Zniesiono możliwość składania sformalizowanych wniosków o podjęcie interwencji. Tym samym zmienił się charakter prowadzonych postępowań. Obecnie wszelkie napływające do UOKiK informacje czy zawiadomienia o podejrzeniu naruszeń prawa antymonopolowego nie skutkują automatycznie podjęciem dochodzenia przez Urząd. Traktowane są one raczej jako sygnały wymagające analizy zarówno pod kątem możliwości rozwiązania zgłaszanych problemów przy wykorzystaniu instrumentów, którymi dysponuje organ antymonopolowy, jak i priorytetów orzeczniczych.

23 kwietnia br. minie 5 lat obowiązywania obecnej ustawy. To długi okres, biorąc pod uwagę zmiany zachodzące w gospodarce. Naszym zdaniem, w ślad za nimi powinny iść adekwatne modyfikacje prawa. Przepisy, które wyznaczają granice swobody działalności gospodarczej, muszą bowiem umożliwiać przedsiębiorcom rozwój w oparciu o określone w nich kryteria. Konkurencyjna struktura rynku daje podstawy do wcielenia w życie tych postulatów. Wsłuchując się w głos przedsiębiorców, a także czerpiąc inspirację z doświadczeń europejskich i światowych organów ochrony konkurencji, UOKiK rozpoczął w ubiegłym roku prace koncepcyjne nad zmianami w polskim prawie antymonopolowym. Za kilka tygodni planujemy przedstawić opinii publicznej projekt założeń. Liczę na to, że zostaną one pozytywnie przyjęte przez uczestników rynku.

O naszych wstępnych propozycjach rozmawialiśmy już z przedsiębiorcami podczas konferencji zorganizowanej przez UOKiK w marcu br. na Uniwersytecie Wrocławskim. Zaprezentowaliśmy postulaty zmian i skonfrontowaliśmy je z opinią publiczną. Jestem bardzo zadowolona z rozpoczętego dialogu, który choć mniej formalny niż konsultacje społeczne, pozwolił nam doprecyzować założenia planowanych modyfikacji.

Jakie zmiany proponujemy?

Najistotniejsze zmiany przepisów mają na celu zwiększenie efektywności zwalczania porozumień ograniczających konkurencję oraz usprawnienie procedury koncentracyjnej. Planujemy wprowadzenie m.in. **dwuetapowego postępowania dotyczącego kontroli fuzji i przejęć**. Rozwiązanie to ma przyczynić się do przyspieszenia procedowania Urzędu i zwiększenia przewidywalności działań organu wśród przedsiębiorców zainteresowanych fuzjami i przejęciami. Od kilku lat, czyli od kiedy napływa do UOKiK coraz więcej spraw wymagających dogłębnej analizy ekonomicznej, zaczęły pojawiać się postulaty skrócenia czasu potrzebnego na wydanie decyzji. I choć w rzeczywistości nigdy nie przekroczyliśmy ustawowego terminu na rozpatrzenie zgłoszenia, zgadzam się, że niektóre sprawy mogłyby trwać krócej. Aby zmienić tę sytuację zdecydowaliśmy się wprowadzić dwufazową procedurę kontroli koncentracji. Zakładamy, że na pierwszym etapie będzie finalizowana większość transakcji, które nie będą wymagały dogłębnej analizy rynków i budziły wątpliwości Urzędu, odnośnie do ich wpływu na konkurencję. Prezes Urzędu miałby 30 dni na zakończenie takich spraw. Natomiast bardziej skomplikowane przypadki, wymagające badań czy budzące wątpliwości interpretacyjne, przechodziłyby do drugiej fazy. O tym fakcie Urząd informowałby strony postępowania. Przedsiębiorcy mieliby wówczas pełną świadomość tego, że ich sprawa nie zakończy się szybko i wymaga dalszego procedowania.

Jednocześnie proponujemy wprowadzenie tzw. ***competition concern***, czyli procedury informowania przedsiębiorcy o zastrzeżeniach dotyczących transakcji. Miałaby ona zastosowanie do przypadków, w których istnieje uzasadnione prawdopodobieństwo, że na skutek koncentracji konkurencja na rynku zostanie istotnie ograniczona. Wówczas przed wydaniem decyzji przekazywalibyśmy stronom postępowania zawiadomienie o naszych zastrzeżeniach, do których mogliby się odnieść, a dzięki temu mieliby pełną świadomość tego, że ich sprawa może spotkać się z zakazem lub wydaniem tzw. zgody warunkowej.

Efektywniejsze eliminowanie niedozwolonych porozumień

UOKiK proponuje **zmiany w programie łagodzenia kar**, tak aby czynić go bardziej atrakcyjnym dla przedsiębiorców. Miałoby temu służyć wprowadzenie tzw. ***leniency plus***, którego różne formy funkcjonują już w kilku krajach Europy m.in. Portugalii, Szwajcarii i Wielkiej Brytanii, a także na świecie np. w Stanach Zjednoczonych. Jego zastosowanie umożliwia uzyskanie przez przedsiębiorców dodatkowego obniżenia kary, gdy z uwagi na kolejność zgłoszenia lub rolę w porozumieniu, nie mogą liczyć na całkowite zwolnienie z sankcji. Nie odbywa się to jednak bezwarunkowo. Przedsiębiorca jest zobowiązany dostarczyć organowi informacje o innej — jeszcze nie wykrytej zmowie. Korzyści z takiej współpracy są zatem obopólne. My proponujemy, aby w zamian za dostarczenie dowodów o innym porozumieniu przedsiębiorca otrzymywał dodatkowe obniżenie kary o 30 proc. w badanej sprawie i status pierwszego wnioskodawcy *leniency* w drugiej, jeśli spełni wszystkie wymagane prawem warunki. Przyglądając się praktyce orzeczniczej organów w krajach, gdzie narzędzie to cieszy się ogromnym powodzeniem, wierzę, że mogłoby ono zwiększyć wykrywalność i efektywność zwalczania niedozwolonych porozumień na naszym rynku. I nie chodzi tu z pewnością o podnoszenie statystyk. UOKiK działa i podejmuje interwencje w interesie publicznym.

Ponadto, proponujemy wprowadzenie instytucji **dobrowolnego poddania się karze, tzw. *settlements***. Jest to instrument znany praktykom, którzy śledzą orzecznictwo innych krajowych organów

antymonopolowych oraz Komisji Europejskiej. Przykładowo w Bundeskartellamt przez kilka ostatnich lat nie było sprawy, która zakończyłaby się bez zastosowania tego mechanizmu. W naszej propozycji dobrowolnie poddać się karze mógłby przedsiębiorca, wobec którego toczy się postępowanie antymonopolowe w sprawie porozumienia ograniczającego konkurencję. Inicjatywa leżałaby po stronie Urzędu, który występowałby z propozycją „ugodowego" zakończenia sprawy. Po wyrażeniu zgody na rozpoczęcie procedury, przedsiębiorcy byliby informowani o szczegółach rozstrzygnięcia i przewidywanej sankcji. W momencie akceptacji warunków decyzji przedsiębiorcy przyznawaliby się do zarzutów, w skutek czego zyskiwaliby obniżenie pierwotnej kary o 10 proc. Jednak w przypadku wniesienia odwołania do sądu traciliby tę redukcję.

Planujemy również wprowadzić katalog tzw. środków zaradczych, służących szybkiemu i skutecznemu przywróceniu konkurencji na rynku. Ich zastosowanie polegałoby na wskazaniu w decyzji stwierdzającej praktykę konkretnych działań, do których wykonania przedsiębiorca byłby zobligowany. Przykładem takiego rozwiązania może być udzielenie licencji praw wyłącznych konkurentom albo zmiana lub usunięcie określonych warunków z kontraktów. Jest to kolejny krok w stronę zwiększenia przejrzystości przepisów antymonopolowych. Do tej pory bowiem decyzja nakazująca zaniechanie praktyki nie wskazywała przedsiębiorcom, na czym miałoby polegać zaprzestanie jej stosowania. Dlatego liczę na to, że nasza propozycja zostanie pozytywnie oceniona i znajdzie odzwierciedlenie w znowelizowanej ustawie.

Podsumowanie

Wymieniłam najważniejsze, choć nie wszystkie zmiany w przepisach antymonopolowych, które planujemy wprowadzić. Na tym etapie są to propozycje, a przed nami długa ścieżka legislacyjna. Trudno zatem powiedzieć jaki kształt ostatecznie przyjmie znowelizowana ustawa. Liczę jednak, że proponowane zmiany utrzymają się, dzięki czemu przedsiębiorcy będą mogli funkcjonować w oparciu o przepisy, których kształt odzwierciedla ich postulaty, a także pozwala na zwiększenie skuteczności i przewidywalności działań organu antymonopolowego.

Aleksander Stawicki*

Porozumienia zakazane z uwagi na cel a porozumienia zakazane z uwagi na skutek

Spis treści:

I. Wprowadzenie
II. Cel porozumienia
III. Skutek porozumienia
IV. Między „celem" a „skutkiem" porozumienia
V. Praktyczne konsekwencje proponowanego podziału
VI. Porozumienia zakazane *per se* – próba określenia katalogu

Streszczenie:

Artykuł omawia znaczenie pojęć „cel" oraz „skutek" porozumienia ograniczającego konkurencję. Jest także próbą odpowiedzi na pytanie, czy w każdym wypadku dla stwierdzenia bezprawności porozumienia wystarczające jest wykazanie, że miało ono antykonkurencyjny cel lub skutek (alternatywa łączna), czy też bardziej zasadny jest pogląd (bliski autorowi), zgodnie z którym tylko w części wypadków – najcięższych naruszeń prawa konkurencji – możliwe jest odwołanie się do „celu" porozumienia. We wszystkich pozostałych wypadkach na organie ochrony konkurencji spoczywa obowiązek wykazania, że skutkiem porozumienia było lub mogło być ograniczenie konkurencji.

Słowa kluczowe:

porozumienie; cel porozumienia; skutek porozumienia.

I. Wprowadzenie

Przepis art. 6 uokik z 2007 r.[1] stanowi, że zakazane są porozumienia, które mają antykonkurencyjny *cel* lub *skutek*. Taka redakcja tego przepisu zdaje się sugerować (z uwagi na użycie alternatywy łącznej („lub"), że w przypadku każdego porozumienia wystarczające jest stwierdzenie albo jego antykonkurencyjnego celu albo jego antykonkurencyjnego skutku. W takim kierunku zdaje się również zmierzać orzecznictwo zarówno Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (UOKiK), jak i sądów powszechnych[2]. Głosy takie pojawiają się także w doktrynie[3].

* Radca prawny; partner w WKB Wierciński, Kwieciński, Baehr Sp. K.

[1] Ustawa z 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr, 50, poz. 50 ze zm.).

[2] Przykładowo, w wyroku z 24.03.2004 r., Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (SOKIK) stwierdził, iż: „Stosownie do treści [art. 5] ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zakazane jest samo porozumienie, którego celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym. Nie jest więc koniecznym, aby wystąpił zamierzony skutek w całości lub w części" (XVII Ama 40/02, Dz.Urz.UOKiK z 2004 r. Nr 3, poz. 310). Z kolei w wyroku z 10.09.2003 r. wskazano, że: „Przepis ten nie wymaga zatem wystąpienia skutku, gdyż zakazane jest działanie w celu ograniczenia lub naruszenia konkurencji. Nie ma więc znaczenia, czy strony przystąpiły do wykonywania tego porozumienia lub jego egzekwowania" (XVII Ama 136/02, Wokanda z 2004 r. Nr 7-8, poz. 95).

[3] Taką tezę wprost formułują autorzy komentarza pod redakcją C. Banasińskiego oraz E. Piontka (*Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2009) pisząc: „Cel lub skutek wskazane są jako przesłanki alternatywne. Oznacza to, że dla podjęcia przez organ antymonopolowy decyzji stwierdzającej praktykę ograniczającą konkurencję w postaci porozumienia między przedsiębiorcami wystarczy udowodnić jedną z nich. Analogicznie A. Jurkowska [w:] T. Skoczny, A. Jurkowska, D. Miąsik, (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 378.

Tendencja taka może budzić pewne zaniepokojenie. Niewątpliwie bowiem znacznie łatwiej jest stwierdzić, że porozumienie miało sprzeczny z prawem cel, niż wykazywać, że rzeczywiście wywołało ono negatywne skutki na rynku (albo że przynajmniej miało ono potencjał do wywołania takich skutków). Rodzi to pokusę uczynienia z celu porozumienia (wywodzonego zazwyczaj z analizy jego postanowień lub z zakładanych intencji stron) dość wygodnego „wytrycha", pozwalającego bez większych trudności stwierdzić naruszenie przepisów uokik z 2007 r. Tymczasem niezależnie od sposobu zredagowania przepisu art. 6 uokik, tylko w przypadku części porozumień – tych które zaliczyć można do najcięższych naruszeń konkurencji (tzw. *hard-core restrictions*) – możliwe jest stwierdzenie, że mają one antykonkurencyjny cel. We wszystkich pozostałych przypadkach ocena porozumienia przez pryzmat jego domniemanego celu nie jest ani zasadna, ani – co jest ważniejsze – możliwa. Nie można bowiem, bez pogłębionych analiz, przyjąć przykładowo, że porozumienie standaryzacyjne[4] ma antykonkurecyjny cel i z tego tylko względu jest ono zakazane. W takich wypadkach dopiero analiza skutków porozumienia (w zależności od stanu faktycznego – skutków rzeczywistych lub skutków potencjalnych) pozwala przesądzić, czy jest ono zgodne z przepisami uokik. Nie ma zatem obiektywnej możliwości „pójścia na skróty" i poczynienia takich ustaleń poprzez odwołanie się wyłącznie do celu działania stron.

Zadaniem niniejszego artykułu jest uzasadnienie tak postawionej tezy. W konsekwencji w niniejszym tekście po pierwsze podjęta zostaje próba przybliżenia pojęć „cel" i „skutek" porozumienia, w dalszej zaś kolejności przeprowadzone zostanie rozgraniczenie pomiędzy tymi przypadkami, w których odwołanie się do celu porozumienia jest uzasadnione (i wystarczające) dla stwierdzenia jego bezprawności, a tymi przypadkami, w których konkluzja taka może zostać osiągnięta wyłącznie po zbadaniu skutków porozumienia.

II. Cel porozumienia

Użycie przez ustawodawcę – niezbyt fortunnego – terminu „cel" zdaje się sugerować, że przedmiotem oceny winien być subiektywnie pojmowany zamiar stron porozumienia. Zgodnie bowiem ze słownikową definicją tego pojęcia „cel", to coś, do czego się dąży, do czego się zmierza. Przyjęcie, że przedmiotem oceny miałby być tak rozumiany subiektywny cel stron porozumienia nie byłoby jednak zasadne z co najmniej kilku powodów. Po pierwsze, ustalenie (wykazanie) jaki był subiektywny cel działania stron mogłoby okazać się dla organu ochrony konkurencji niezwykle trudne, jeżeli nie niemożliwe. Co więcej, w części wypadków zapewne okazałoby się, że wyobrażenia stron porozumienia o subiektywnie pojmowanym celu działania znacząco odbiegają od siebie, a w konsekwencji, że nie można określić jednolitego „celu" tych działań. Wreszcie może być tak, że subiektywny, wyobrażony cel działania stron porozumienia nie jest sprzeczny z prawem (albo przynajmniej nie daje się tak jednoznacznie ocenić), ale w rzeczywistości zawarte porozumienie zmierza do ograniczenia konkurencji. Przykładowo, producent towaru może zawierać porozumienie ze swoimi dystrybutorami wprowadzające ustalenia dotyczące cen odsprzedaży produktów nie tyle w celu ograniczenia konkurencji cenowej i ustalenia ceny z określonym, „bezpiecznym" i zyskownym poziomie, co raczej w celu zapobieżenia – w jego wyobrażeniu niepożądanym i nieuczciwym praktykom poszczególnych dystrybutorów („wojna cenowa" prowadząca do sprzedaży produktów poniżej kosztów, a w konsekwencji do

[4] Zakładamy oczywiście, że porozumieniu nie towarzyszą np. wymiana poufnych informacji czy ustalenia co do poziomu cen, podziałów rynków itp. – innymi słowy mamy do czynienia z „czystą" standaryzacją.

eliminacji części dystrybutorów z rynku, z negatywnym skutkiem dla budowanej od lat sieci sprzedaży produktu). Nie zmienia to jednak oceny samego porozumienia, które pozostaje sprzeczne z prawem. Nawet bowiem jeżeli strony porozumienia nie mają świadomości bezprawności swoich działań czy wręcz działają w dobrej wierze, ale analiza treści porozumienia pozwala na przyjęcie, iż celem jego zawarcia było naruszenie konkurencji, porozumienie takie kwalifikowane być musi jako sprzeczne z prawem[5].

Ze względów wskazanych powyżej „cel" porozumienia należy odnosić nie tyle do subiektywnej motywacji stron porozumienia (celu podjętych przez nie działań), **ale do zamiaru osiągnięcia przez nie określonych skutków mających antykonkurencyjny wymiar**. Tym samym organ antymonopolowy musi ustalić w toku postępowania nie tyle jaka była subiektywna motywacja stron, co raczej jakie skutki miało owo porozumienie obiektywnie wywołać na rynku. Innymi słowy „cel" porozumienia należy odnosić raczej do jego „przedmiotu" (tego, co jest obiektywnym przedmiotem ustaleń między stronami) [6].

Tak rozumiany p r z e d m i o t porozumienia powinien przy tym zostać ustalony w sposób nie budzący wątpliwości, w szczególności nie może być on dorozumiany. Oczywiście w części wypadków może on zostać odczytany wprost z treści porozumienia (np. kiedy strony ustalają w umowie dystrybucyjnej ceny odsprzedaży produktów). W pozostałych sytuacjach można odwołać się przykładowo do okoliczności towarzyszących zawarciu porozumienia czy też do sposobu jego realizacji[7].

Warto przy tym zauważyć, że dla bezprawności zawartego porozumienia wystarczające jest, by choćby jeden z celów jego zawarcia (pojmowanych w sposób wskazany powyżej) był sprzeczny z przepisami uokik z 2007 r.[8]. Legalność pozostałych celów działania stron nie zmienia ostatecznej negatywnej oceny całego porozumienia**, choć oczywiście pozostałe cele porozumienia mogą zostać uwzględnione na etapie oceny, czy może ono zostać wyłączone spod zakazu w oparciu o przepis art. 8 uokik z 2007 r.**

III. Skutek porozumienia

Wykazanie, że porozumienie może negatywnie oddziaływać na konkurencję na rynku (tj. prowadzić do antykonkurencyjnych skutków) wymaga przeprowadzania analiz opartych o kryteria obiektywne (najczęściej ekonomiczne)[9]. Nie jest przy tym istotne, czy skutek ten już wystąpił na rynku (a więc ma on charakter aktualny) czy też dopiero może wystąpić (skutek potencjalny)[10].

[5] Por. M. Bychowska, *Zakaz praktyk ograniczających konkurencję. Kompetencje Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów oraz Komisji Europejskiej od 1 maja 2004 r.*, Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, Warszawa 2004, s. 9. Analogiczne podejście prezentuje polski organ antymonopolowy – por. przykładowo decyzja nr RKT-107/2008 z 31.12.2008 r, w której wprost stwierdza się, że „dla określenia celu porozumienia podstawowe znaczenie ma obiektywny cel umowy, a nie subiektywne wyobrażenia jej stron o celach czy motywach działania" oraz decyzja Nr RWR 42/2008 z 15.09.2008 r., w której stwierdzono, iż „dla określenia celu porozumienia podstawowe znaczenie ma obiektywny cel, a nie subiektywne wyobrażenia jego stron o zamiarach czy motywach działania. Cel porozumienia wynika zatem wprost z całokształtu albo przynajmniej z części postanowień umowy, przy czym dla jego oceny należy także uwzględnić okoliczności jego realizacji".

[6] Por. przykładowo C. Banasiński, E. Piontek (red.), *Ustawa…*, s. 188, gdzie wskazuje się, że oceniając cel porozumienia, należy to czynić obiektywnie, w kontekście warunków konkurencji na danym rynku, a nie biorąc pod uwagę subiektywne wyobrażenia stron porozumienia co do jego celu. Analogiczny pogląd prezentuje A. Jurkowska [w:] T. Skoczny, A. Jurkowska, D. Miąsik (red.), *Ustawa…*, s. 379. Takie rozumienie polskich przepisów niewątpliwie zbliżałoby je do analogicznych rozwiązań funkcjonujących w prawie UE, tj. do art. 101 TFUE. Przepisy Traktatu posługują się bowiem w tym zakresie angielskim terminem ***object***, któremu bliższy znaczeniowo zdaje się być termin **przedmiot** porozumienia. Termin ten nie ma subiektywnego zabarwienia. Przedmiot porozumienia odrywa się bowiem całkowicie od subiektywnych zamiarów stron, od **celu** ich działania. Kluczowe znaczenie ma treść porozumienia, to co wynika z jego postanowień.

[7] Tak również A. Jurkowska [w:] T. Skoczny, A. Jurkowska, D. Miąsik, (red.), *Ustawa…*, s. 378. Odmiennie C. Banasiński, E. Piontek (red.), *Ustawa…*, s. 190.

[8] Rozumowanie takie przyjęte jest w prawie UE. Por. sprawa 26/75 *General Motors przeciwko Komisji* (Zb. Orz. 1975, s. 1367).

[9] Brak wystąpienia antykonkurencyjnych skutków porozumienia był podstawą do niestwierdzenia naruszenia przepisów uokik z 2007 r. w decyzji Prezesa Urzędu Nr DOK 163/2005.

[10] Por. decyzja Prezesa Urzędu Nr RWA 19/2004.

Różny będzie jednak w tych dwóch wypadkach charakter prowadzonej analizy. W pierwszym wypadku konieczne jest zbadanie sytuacji, jaka istniała na rynku przed zawarciem porozumienia oraz jej porównanie z tym, co wydarzyło się po jego zawarciu i wdrożeniu w życie. W drugim wypadku niezbędne staje się przeprowadzenie analizy potencjalnych, przewidywanych zachowań przedsiębiorców na rynku po zawarciu porozumienia. Analiza ta musi obejmować zarówno strony porozumienia, jak też przedsiębiorców niebiorących w nim udziału. Zabieg taki musi zmierzać do ustalenia, czy może ono realnie oddziaływać na konkurencję w negatywny sposób[11].

Niezależnie od zakresu prowadzonej analizy, istotne jest uchwycenie naturalnych i realistycznych skutków zawarcia porozumienia[12]. Nie muszą to być skutki, które ujawnią się niezwłocznie po zawarciu porozumienia. Ich wystąpienie może być odsunięte w czasie[13].

Negatywne skutki porozumienia mogą ujawniać się zarówno przy tym zarówno w relacji między jego stronami (ang. *restriction of inter-party competition*), **jak i pomiędzy stronami i osobami trzecimi** (ang. *restriction of third-party competition).* Pierwsza sytuacja dotyczy przede wszystkim porozumień o charakterze horyzontalnym, kiedy to strony porozumienia w sposób w pełni świadomy zastępują konkurencję między sobą koordynacją swoich działań[14]. Druga z sytuacji właściwa jest dla porozumień wertykalnych. Porozumienia te nie prowadzą bowiem do ograniczenia konkurencji między stronami, mogą one natomiast prowadzić do negatywnych skutków w zakresie konkurencji ze strony osób trzecich (np. porozumienia o wyłącznej dystrybucji, jeżeli angażują większość dystrybutorów obecnych na danym rynku mogą poważnie utrudnić wejście na ten rynek nowym producentom)[15].

Należy także pamiętać, że porozumienie może wywierać negatywny wpływ nie tylko na konkurencję rzeczywistą (ang. *actual competition*)**, ale także na konkurencję potencjalną (ang. *potential competition).*** Konkurencja potencjalna podlega ochronie, bowiem możliwość wejścia na rynek nowych graczy wywiera istotny wpływ na zachowania podmiotów funkcjonujących już na tym rynku. Jeżeli zatem nastąpi ograniczenie potencjalnej konkurencji, to ucierpi także na tym konkurencja rzeczywista w tym sensie, że firmy już istniejące na rynku działać będą pod mniejszą presją[16].

Należy wreszcie podkreślić, że nie jest dopuszczalne przyjęcie domniemania antykonkurencyjnego skutku porozumienia[17]. Porozumienie musi oddziaływać na aktualną lub potencjalną konkurencję w takim stopniu, że prawdopodobny jest jego negatywny wpływ na takie zjawiska jak poziom cen, wielkość produkcji czy poziom innowacyjności na danym rynku właściwym. Co więcej, ów negatywny wpływ musi być odczuwalny (nie może być bagatelny). Wystąpienie negatywnego wpływu na konkurencję jest prawdopodobne, jeżeli strony porozumienia dysponują pewną siłą rynkową (lub też porozumienie stwarza im możliwość uzyskania takiej siły względnie jej wykorzystania w większym zakresie bez jego zawarcia). Siła rynkowa daje bowiem możliwość utrzymywania cen

[11] Ibidem. Por. także M. Bychowska, *Zakaz praktyk*…, s. 9.

[12] Pogląd taki prezentuje SN w orzeczeniu z 24.07.2003 r., I CKN 496/01. Tak również A. Jurkowska [w:] T. Skoczny, A. Jurkowska, D. Miąsik, (red.), *Ustawa*…, s. 381. Na gruncie przepisów prawa UE por. decyzja w sprawie *IFTRA Aluminium*, 1975 OJ L 228/3, s. 8.

[13] Połączone sprawy 142 i 156/84 *British American Tobacco Company Limited oraz R.J. Reynolds Industries Inc. przeciwko Komisji* (Zb. Orz. 1987, s. 4487), pkt. 37-59. Tak również T. Skoczny, W. Szpringer [w:] T. Skoczny, W. Springer, *Zakaz porozumień ograniczających konkurencję (Wprowadzenie),* Warszawa 1995 s. 35-36.

[14] Sprawy połączone 40-48/73 *Suiker Unie UA przeciwko Komisji* (Zb. Orz. 1975, s. 1663), pkt. 173-174.

[15] Sprawa T-9/93 *Scholler Lebensmittel GmbH & Co. przeciwko Komisji* (Zb. Orz. 1995, s. II-1611), pkt. 75.

[16] Połączone sprawy T-374/94, T-375/94, T-384/94, T-388/94 *European Night Services (ENS), Eurostar (UK) Ltd., Union internationale des chemins de fer (UIC), NV Nederlandse Spoorwegen (NS) oraz Societe nationale des chemins de fer francais (SNCF) przeciwko Komisji* (Zb. Orz. 1998, s. II-3141).

[17] Por. Por. Obwieszczenie Komisji dot. wytycznych stosowania art. 81 ust. 3 TWE (Dz.Urz. UE 2004 C 101/97), s. 21.

na zawyżonym poziomie przed dłuższy okres czasu, umożliwia także kontrolę podaży, ograniczanie innowacyjności czy wzrostu jakości produktów i usług.

IV. Między „celem" a „skutkiem" porozumienia

Zdefiniowanie pojęć „skutek" oraz „cel" porozumienia pozwala przejść do kolejnego etapu analizy, to jest do rozważań na temat relacji tych dwóch terminów. Jak już wspomniano, użycie przez ustawodawcę alternatywy rozłącznej („lub") zdaje się sugerować, że mogą one występować zamiennie, tzn. że w każdym wypadku wystarczające jest stwierdzenie albo, że porozumienie ma antykonkurencyjny cel, albo, że ma ono antykonkurencyjny skutek (względnie, że zarówno cel, jak i skutek porozumienia są sprzeczne z prawem). Rozumowanie takie nie jest jednak właściwe. Jak już wspomniano, jedynie w części przypadków – najcięższych naruszeń prawa konkurencji (takich jak np. ustalanie przez konkurentów cen produktów) – możliwe jest stwierdzenie, że sam cel (przedmiot) porozumienia jest sprzeczny z prawem, a tym samym, że porozumienie to narusza przepisy uokik z 2007 r. W pozostałych przypadkach przyjęcie takiej konkluzji nie jest możliwe nie tyle z prawnego punktu widzenia ile z obiektywnych względów praktycznych – zdecydowana większość porozumień nie poddaje się prostej i jednoznacznej kwalifikacji „przez cel". Dotyczyć to może przykładowo porozumień specjalizacyjnych, porozumień standaryzacyjnych czy porozumień o transferze technologii, nie zawierających klauzul o jednoznacznie antykonkurencyjnym wymiarze. We wszystkich tych wypadkach dopiero ustalenie skutków porozumienia (rzeczywistych lub potencjalnych) pozwala na określenie, czy jest ono sprzeczne z prawem.

V. Praktyczne konsekwencje proponowanego podziału

Prezentowane do tej pory rozważania pozwalają **wyróżnić kategorię porozumień zakazanych ze względu na cel ich zawarcia (a ściślej rzecz biorąc z uwagi na ich przedmiot)[18] oraz kategorię porozumień zakazanych z uwagi na ich rynkowe skutki (rzeczywiste lub potencjalne)** [19].

Podział ten ma z kolei istotny wpływ na zakres postępowania dowodowego, jakie musi przeprowadzić organ antymonopolowy, by wykazać naruszenie przepisów uokik z 2007 r.

- **Porozumienia zakazane z uwagi na swój cel (przedmiot) to jest porozumienia zawierające *hard core restrictions* są zakazane w każdych okolicznościach,** Innymi słowy, porozumienia te są w tak jaskrawy sposób sprzeczne z celami polityki konkurencji i mają tak istotny (choćby potencjalny tylko) negatywny wpływ na konkurencję, że nie jest w ich przypadku konieczne badanie, czy rzeczywiście prowadzą lub mogłyby prowadzić do jej naruszenia wywołując jakiekolwiek negatywne skutki na rynku[20]. W pewnym sensie to doświadczenie życiowe pozwala przyjąć, że takie negatywne skutki albo już wystąpiły albo wystąpią. W konsekwencji analiza przeprowadzona przez organ antymonopolowy może być znacząco uproszczona – zasadniczo Prezes UOKiK musi jedynie dowieść, że przedmiot porozumienia pozwala zakwalifikować je do kategorii najcięższych naruszeń prawa konkurencji.

[18] Porozumienia takie określane są także mianem porozumień zakazanych *per se* bądź porozumień zawierających tzw. *hard core restrictions.*

[19] Odmiennie problem ten postrzegany jest w komentarzu pod red. C. Banasińskiego i E. Piontka (*Ustawa*…, s. 187 i nast.); tezy tam zawarte zdają się zmierzać w kierunku uznania, że skutek porozumienia winien być badany tylko wtedy, gdy *cel* porozumienia nie jest wystarczająco jasny. Teza ta oparta jest jednak na znacznym uproszczeniu i w związku z tym nie można jej podzielić.

[20] Por. Obwieszczenie Komisji…, s. 22.

- W pozostałych przypadkach, kiedy cel (przedmiot) porozumienia nie daje się zakwalifikować jako jednoznacznie antykonkurencyjny**, dopiero zbadanie wpływu porozumienia na rynek (rzeczywistych lub potencjalnych skutków zawarcia porozumienia) pozwala przesądzić, czy porozumienie jest sprzeczne z prawem**[21].

VI. Porozumienia zakazane *per se* – próba określenia katalogu

Analiza przepisów uokik z 2007 r. pozwala wreszcie również na podjęcie próby skonstruowania katalogu porozumień zakazanych z uwagi na cel. Kluczowe znaczenie ma w tym zakresie przepis art. 7 ust. 2 tego aktu prawnego. Wynika z niego, że do pewnych rodzajów porozumień (wskazanych w art. 6 ust. 1 pkt. 1-3 oraz 7) nie stosuje się tzw. wyłączenia *de minimis*. Oznacza to, że porozumienia te są sprzeczne z uokik z 2007 r. nawet wtedy, gdy udziały rynkowe ich stron kształtują się na bardzo niskim poziomie (niższym niż 5% w przypadku porozumień horyzontalnych oraz 10% w pozostałych przypadkach). **Takie stanowisko ustawodawcy, szczególnie piętnujące pewne rodzaje porozumień z uwagi na – jak należy przyjąć – ich szczególną szkodliwość dla konkurencji, pozwala założyć, że w ten właśnie sposób ustawodawca zdefiniował katalog najcięższych naruszeń uokik**. **Tym samym to właśnie porozumienia wskazane w art. 6 ust. 1 pkt. 1-3 oraz 7 zaliczyć należy do *hard-core restrictions* (innymi słowy stanowią one polski „object box").**

Do tak skonstruowanego katalogu zaliczyć należy w pierwszej kolejności porozumienia poziome (między konkurentami), których przedmiotem jest ustalanie cen i innych warunków sprzedaży towarów i usług. Podobnie kwalifikować należy porozumienia między konkurentami, których celem jest podział rynków bądź klientów albo ograniczenie produkcji. Wreszcie, przepisy uokik z 2007 r. pozwalają przyjąć, iż w warunkach polskich zawsze zakazane są również wszelkiego rodzaju zmowy przetargowe. W przypadku porozumień pionowych, do najcięższych naruszeń prawa konkurencji należy zaliczyć narzucanie sztywnych lub minimalnych cen odsprzedaży oraz postanowienia przewidujące absolutną ochronę terytorialną, w tym zakaz aktywnej sprzedaży.

W pozostałych przypadkach porozumienie kwalifikować się będzie raczej do kategorii porozumień zakazanych z uwagi na skutek, tym samym dopiero zbadanie jego wpływu na konkurencję pozwala rozstrzygnąć, czy jest ono sprzeczne z uokik[22].

[21] Rozróżnienie takie wypracowane zostało w prawie wspólnotowym w orzeczeniu w sprawie *Societe Technique Miniere*. W orzeczeniu tym ETS wskazał, iż „rozważając, czy celem określonego porozumienia jest zniekształcenie konkurencji w ramach Wspólnego Rynku, należy najpierw zastanowić się nad dokładnym celem porozumienia w kontekście ekonomicznym, w którym ma być ono wykonywane. Zniekształcenie konkurencji musi wynikać ze wszystkich bądź niektórych klauzul samego porozumienia. Jeżeli analiza wspomnianych klauzul nie wykaże, że zakłócenie konkurencji jest wystarczające szkodliwe, należy następnie rozważyć skutki porozumienia".

[22] Odmiennie kwestię tę postrzega K. Kohutek, który pisze: „Wspomniany cel zasadniczo przypisywać należy porozumieniom zawierającym postanowienia wymienione w art. 6 ust. 1 u.o.k.k. czy też porozumieniem skonstruowanym na podobieństwo tychże postanowień" (K. Kohutek, [w:], K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 253). Analogiczna teza prezentowana jest również w: C. Banasiński, E. Piontek (red.), *Ustawa*…, s. 195. Jest to jednak rozumienie zbyt szerokie. Część z porozumień wskazanych w art. 6 ust. 1 uokik nie jest zaliczana do *hard core restrictions* ani w prawie amerykańskim ani w prawie unijnym, brak jest także podstaw do takiej ich kwalifikacji na gruncie przepisów prawa polskiego. Ciekawą koncepcję prezentuje w tym zakresie D. Miąsk, który zalicza do tej kategorii wszelkie porozumienia sprzeczne z celami uokik (D. Miąsik, *Reguła rozsądku w prawie antymonopolowym*, Kraków 2004, s. 216). Także i to rozumienie wydaje się być zbyt szerokie. Należy bowiem uznać, że każde porozumienie antykonkurencyjne jest w jakimś stopniu sprzeczne z celami uokik z 2007 r.

Antoni Bolecki*

Porozumienia zakazane ze względu na cel lub skutek w aktualnej polskiej praktyce orzeczniczej

Spis treści:

I. Wstęp
II. Ramy prawne – prawo unijne a prawo polskie
III. Antykonkurencyjny skutek porozumień w praktyce orzeczniczej Prezesa UOKiK
1. Tendencja UOKiK do dowodzenia istnienia antykonkurencyjnego skutku porozumień
2. Istnienie antykonkurencyjnego skutku jako dowód istnienia praktyki zakazanej co do celu
IV. Kontekst ekonomiczny porozumień zakazanych co do celu oraz ich racjonalizacja w praktyce orzeczniczej Prezesa UOKiK
1. Uwzględnianie kontekstu ekonomicznego na etapie badania porozumień zakazanych co do celu
2. Koncepcja obiektywnego uzasadnienia ograniczeń konkurencji w praktyce orzeczniczej Prezesa UOKiK
V. Wnioski końcowe

Streszczenie:

Przedmiotem artykułu jest zbadanie aktualnej praktyki orzeczniczej Prezesa UOKiK dotyczącej porozumień zakazanych ze względu na cel lub skutek. W artykule wyszczególniono trzy obszary badawcze: a) dotyczący sposobu pojmowania i wykorzystywania przez Prezesa UOKiK instytucji antykonkurencyjnego skutku porozumienia; b) dotyczący zakresu uwzględniania przez Prezesa UOKiK szeroko pojętego otoczenia gospodarczego, w którym funkcjonuje kwestionowane przez niego porozumienie; c) dotyczący stosowania przez Prezesa UOKiK metod mających na celu racjonalizację zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję (ancillary restraints; obiektywne uzasadnienie dla ograniczeń konkurencji).

Przeprowadzona analiza orzecznictwa doprowadziła do następujących wniosków: a) organ antymonopolowy wykazuje tendencję do dowodzenia zaistnienia antykonkurencyjnych skutków, mimo że z uwagi na dostateczne wykazanie antykonkurencyjnego celu nie jest to formalnie wymagane. Antykonkurencyjny skutek postrzegany jest przez Prezesa UOKiK często w sposób uproszczony; bardziej zbliżony do punktowego zdeformowania wąskiego wycinka działalności gospodarczej, niż do realnego ograniczenia mechanizmów konkurencji; b) szeroko pojęte otoczenie gospodarcze, w którym funkcjonują badane przez Prezesa UOKiK porozumienia, jest uwzględniane tylko w części spraw, dominuje raczej podejście formalistyczne; c) nie widać prób poszukiwania nowych sposobów racjonalizacji oceny porozumień na wzór ancillary restraints, czy obiektywnego uzasadnienia dla ograniczeń konkurencji.

* Autor jest radcą prawnym w kancelarii Wardyński i Wspólnicy.

Słowa kluczowe:
porozumienia ograniczające konkurencję; cel porozumienia; skutek porozumienia; podejście formalistyczne; podejście ekonomiczne; ancillary restraints; obiektywne uzasadnienie.

I. Wstęp

Instytucja porozumień, których celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji, stanowi fundament stosowania przepisów o ochronie konkurencji w zakresie oceny kolektywnych praktyk przedsiębiorców. Niniejszy artykuł skupia się na praktyce orzeczniczej Prezesa UOKiK z ostatnich lat w tym zakresie[1]; pomocniczo odwołuje się do orzecznictwa sądowego.

W ramach analizy praktyki orzeczniczej dotyczącej porozumień zakazanych ze względu na cel lub skutek zostały wyodrębnione trzy obszary badawcze. Pierwszy dotyczy sposobu pojmowania i wykorzystywania przez Prezesa UOKiK instytucji antykonkurencyjnych skutków porozumienia. Drugi obszar obejmuje kwestie uwzględniania przez Prezesa UOKiK w decyzjach uznających porozumienia za zakazane co do celu szeroko pojętego otoczenia gospodarczego, w którym funkcjonuje dane porozumienie. W ramach trzeciego obszaru badawczego poszukiwana jest odpowiedź na pytanie, czy w analizowanej praktyce orzeczniczej Prezesa UOKiK stosowane są metody mające na celu racjonalizację zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję, głownie w postaci instytucji *ancillary restraints* lub obiektywnego uzasadnienia dla ograniczeń konkurencji spowodowanych realizacją takich porozumień.

II. Ramy prawne – prawo unijne a prawo polskie

Mimo że przepisy ustawy z 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (uokik z 2007 r.)[2] stanowią odzwierciedlenie rozwiązań unijnych, a orzecznictwo zarówno Prezesa UOKiK, jak i sądów polskich obszernie czerpie z doświadczeń Unii Europejskiej (UE), to w podejściu polskim i europejskim można dostrzec pewne rozbieżności. Nie zmienia to jednak faktu, że polska praktyka antymonopolowa wywodzi się z prawa i orzecznictwa unijnego i bez niego w zasadzie nie istnieje. Przejawia się to przede wszystkim w tym, że zdecydowana większość decyzji Prezesa UOKiK i orzeczeń sądów polskich odwołuje się do orzecznictwa Sądu oraz Trybunału Sprawiedliwości UE.

Aktualne tendencje orzecznicze w UE w omawianym zakresie wyznaczane są przede wszystkim wyrokami Trybunału w sprawach *BIDS*[3], *T-Mobile*[4] oraz *Glaxo*[5]. Idą one w kierunku konkluzji, zgodnie z którą kategoria porozumień zakazanych ze względu na cel nie jest jednolita. Zaliczają się do niej a) zarówno tradycyjne hardcore restrictions, które prima facie są nielegalne i dla których trudno znaleźć inne wytłumaczenie niż oczywista chęć ograniczenia konkurencji, jak i b) porozumienia, których

[1] Niniejszy artykuł opiera się na analizie decyzji Prezesa UOKiK dotyczących porozumień między przedsiębiorcami z lat 2007-2011, publikowanych na stronie www.uokik.gov.pl. Część z nich wydana została na podstawie art. 5 nieobowiązującej już ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z 15.12.2000 r. (Dz. U. z 2005 roku, Nr 244, poz. 2080), która ustanawiała te same zasady w interesującym nas zakresie, co obowiązujące od 2007 roku. Wyjątkowo odwołuję się do decyzji Prezesa UOKiK sprzed 2007 r.

[2] Dz. U. Nr 50, poz. 331, ze zm.

[3] Wyrok Trybunału z 20.11.2008 r. w sprawie C-209/07 *BIDS* (Zb. Orz. 2008, s. I-08637). Wyrok wydany w trybie odpowiedzi na zagadnienie prawne przedstawione przez sąd irlandzki.

[4] Wyrok Trybunału z 4.06.2009 r. w sprawie C-8/08 *T-Mobile* (Zb. Orz. 2009, s. I- 04529). Wyrok wydany w trybie odpowiedzi na zagadnienie prawne przedstawione przez sąd holenderski.

[5] Zob. wyrok Sądu z 27.09.2006 r. w sprawie T-168/01 *Glaxo* (Zb. Orz. 2006, s. II-02969). Wyrok Sądu został utrzymany co do meritum w całości wyrokiem Trybunału z 6.10.2009 r. w sprawach połączonych C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P i C-519/06 P (Zb. Orz. 2009, s. I - 09291). Trybunał zmienił treść uzasadnienia Sądu w zakresie interpretacji porozumień zakazanych ze względu na cel, nie zmieniając jednak sentencji wyroku Sądu.

cel nie jest oczywisty na pierwszy rzut oka i które mogą realizować jednocześnie inne cele niż tylko ograniczenie konkurencji. W tym drugim przypadku organ antymonopolowy winien zastosować bardziej wnikliwą analizę z uwzględnieniem występujących w danej sprawie okoliczności ekonomicznych, prawnych, technicznych, biznesowych itp. Niemniej nie musi badać skutków takiej praktyki, skoro traktuje ją jako zakazaną co do celu. W przypadku pierwszej kategorii porozumień zakazanych ze względu na cel analiza taka może być bardziej ograniczona, ale nie może zostać pominięta[6]. W aktualnym orzecznictwie UOKiK tendencje te nie są jeszcze widoczne.

Na gruncie prawa polskiego zakaz zawierania porozumień, których celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji, zawarty jest w art. 6 ust. 1 uokik z 2007 r., zgodnie z którym: „Zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na: […]". Treść ww. przepisu bazuje na art. 101 ust. 1 TFUE. Jak wskazuje UOKiK, „w polskim prawie antymonopolowym przesłanka celu lub skutku interpretowana jest analogicznie jak w prawie wspólnotowym"[7].

Należy jednak zauważyć, że w prawie polskim, odmiennie niż w unijnym, naruszenie konkurencji musi zostać stwierdzone na konkretnym rynku właściwym. Oznacza to konieczność zdefiniowania i wyznaczenia przez Prezesa UOKiK stosownego rynku właściwego. Należy pamiętać, że w sprawach antymonopolowych często mamy do czynienia z dwoma rynkami właściwymi; najprostszy przykład stanowi sytuacja, w której na jednym rynku zawiązano porozumienie, a na drugim doszło do ograniczenia konkurencji[8]. W takiej sytuacji Prezes UOKiK winien zdefiniować obydwa takie rynki. Co do zasady nie ma on jednak obowiązku wskazania udziałów stron na określonym przez siebie rynku właściwym[9]. W okolicznościach konkretnej sprawy badanie przez Prezesa UOKiK udziałów rynkowych stron może być jednak niezbędne, w szczególności jeśli rozważa on, czy znajduje zastosowanie wyłączenie grupowe. Jak podkreśla A. Jurkowska-Gomułka, samo zdefiniowanie rynku właściwego nie jest jednak wystarczające dla oceny porozumienia w świetle art. 6 ustawy. Konieczne jest także określenie stosunków gospodarczych na danym rynku (w tym ewolucji rynku); jak podkreślił SOKiK w wyroku XVII Ama 83/07 może to wpływać na kwalifikowanie porozumienia jako zakazanego lub dozwolonego[10].

Kolejna różnica między prawem polskim a unijnym polega na tym, że na gruncie prawa unijnego, aby organ antymonopolowy mógł uznać, że porozumienie jest zakazane co do celu lub skutku, musi udowodnić, że ma ono wystarczający potencjał, aby „wpływać na handel między państwami

[6] Oprócz wyroków w ww. sprawach zob. także stanowisko Komisji Europejskiej, które zostało streszczone w opinii Rzecznik Generalnej Trybunału Vericy Trstenjak z 4.09.2008 r. wyrażonej w sprawie C-209/07 BIDS (zob. pkt. 25 oraz 33 opinii). Zob. także pkt. 62-95 ww. opinii, jak również pkt 27 opinii Rzecznika Generalnego z 3.03.2011 r. w sprawie C-439/09 *Pierre Fabre* (wyrok dotychczas nieopublikowany w Zbiorze Orzeczeń) oraz powołane w ww. dokumentach dotychczasowe orzecznictwo. Zob. Także: E. Loozen, *The application of a more economic approach to restrictions by object: no revolution after all T-Mobile Netherlands C-8/08*, *European Competition Law Review* 2010, 31(4), s. 149; A. Jones, *Left Behind by modernisation? Restrictions by object under art. 101 (1),* European Competition Journal, December 2010. W świetle powyższego należy uznać, że zdezaktualizował się pogląd prezentowany przez R. Poździka (*Dystrybucja produktów na zasadzie wyłączności w Polsce i w Unii Europejskiej*, Lublin 2006, s. 77) oraz D. Miąsika (*Reguła rozsądku w prawie antymonopolowym. Studium Prawnoporównawcze*, Kraków 2004, s. 157), zgodnie z którym porozumienie zakazane ze względu na cel to takie porozumienie, gdzie ograniczenie konkurencji jest oczywiste *prima facie,* co pozwala na redukcję oceny antymonopolowej tylko do jego elementów formalnych.

[7] Zob. opracowanie UOKiK, przygotowane przez M. Bychowską, *Zakaz praktyk ograniczających konkurencję. Kompetencje Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów oraz Komisji Europejskiej od 1 maja 2004 r.*, Warszawa, 2004, s. 9.

[8] Bliżej na ten temat C. Banasiński i E. Piontek (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 191.

[9] Przykładowo w decyzji z 18.09.2006 r., DOK-107/2006 *Polifarb Cieszyn Wrocław* Prezes UOKiK nie określił udziałów stron na rynku właściwym, co było kwestionowane przez część stron. Niemniej ani SOKiK, ani Sąd Apelacyjny nie przychylił się do tych zarzutów. Jednocześnie kontrowersyjny wydaje się pogląd, wg którego „w przypadku *hardcore restrictions* kwestia rynku właściwego może zostać otwarta (w szczególności w jego aspekcie geograficznym), ponieważ udział w rynku właściwym uczestników porozumienia pozostaje irrelewantny z punktu widzenia orzekania" – tak C. Banasiński i E. Piontek (red.), *Ustawa*…, s. 192. Należy wskazać, że obowiązek określenia rynku właściwego wynika wprost z art. 6 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy. Natomiast czym innym jest określenie na takim rynku udziałów stron; co do zasady nie trzeba ich określać, chyba że wymagają tego konkretne okoliczności danej sprawy, w szczególności jeśli prawidłowe określenie znaczenia porozumienia wymaga ustalenia siły rynkowej zaangażowanych przedsiębiorców.

[10] Tak A. Jurkowska [w:] T. Skoczny, A. Jurkowska, D. Miąsik (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 383.

członkowskimi". Co istotne, porozumienie musi mieć także potencjał nie do jakiegokolwiek ograniczenia konkurencji, ale do ograniczenia w sposób „odczuwalny"[11].

Na gruncie prawa polskiego nie istnieje natomiast przesłanka, aby porozumienie zakazane wpływało na handel między państwami członkowskimi. Nie obowiązuje także wymóg, aby ograniczenie konkurencji było odczuwalne; choć *de facto* jest on w znacznej mierze rozpatrywany na etapie badania, czy w sprawie mamy do czynienia z naruszeniem interesu publicznego[12]. Niemniej wymóg naruszenia interesu publicznego funkcjonujący w prawie polskim nie jest tożsamy z unijną przesłanką, aby ograniczenie konkurencji było odczuwalne.

Powyższe różnice powodują, że odmienny jest ciężar gatunkowy spraw rozpatrywanych przez Komisję Europejską i UOKiK. Przynajmniej od początku lat dziewięćdziesiątych unijna praktyka orzecznicza koncentruje się przede wszystkim na ciężkich przypadkach naruszenia konkurencji, w tym wielkich zmowach kartelowych[13]. Siłą rzeczy natomiast praktyka UOKiK obejmuje także drobniejsze sprawy, w których faktyczny stopień zagrożenia, a tym bardziej naruszenia konkurencji może być dyskusyjny i bywa bardziej zbliżony do punktowego zdeformowania wąskiego wycinka działalności gospodarczej, niż do faktycznego ograniczenia mechanizmów konkurencji odczuwalnego przez przeciętnego konsumenta czy przedsiębiorcę[14].

Z punktu widzenia przedmiotu niniejszego artykułu, praktyczną konsekwencją takiego stanu rzeczy jest sytuacja, w której znaczna część decyzji Prezesa UOKiK dotyczy antykonkurencyjnego skutku, nawet jeśli Prezes UOKiK bada określoną praktykę jako zakazaną co do celu. Takie podejście odróżnia polską praktykę orzeczniczą od praktyki unijnej, albowiem Komisja Europejska (KE, Komisja) dość niechętnie podejmuje się badania antykonkurencyjnych skutków, jeśli jest w stanie wykazać antykonkurencyjny cel[15]. Trudno się temu dziwić. Przykładowo w sytuacji, gdy UOKiK bada zmowę przetargową między dwoma małymi przedsiębiorcami obejmującą udział w kilku przetargach o bardzo ograniczonym zakresie i wartości, to wykazanie skutków takiej działalności jest proste i nie angażuje dodatkowych zasobów Urzędu. Jeśli natomiast postępowanie antymonopolowe dotyczące analogicznych zmów przetargowych toczy się – tak jak np. w przypadku zmów na rynku holenderskim – przeciwko 1540 przedsiębiorcom, to wykazanie konkretnych antykonkurencyjnych skutków jest ogromnym przedsięwzięciem i wymagałoby nie tylko wykazania konkretnych przypadków „zawyżania"

[11] Ang. *„restriction of competition to an appreciable extent"*. Ze starszego orzecznictwa zob. wyrok Trybunału z dnia 30.06.1966 r. w sprawie 56/65 *Société technique minière* (Zb. Orz.1966, s. 249); z nowszego – zob. wyrok Sądu z 26.10.2000 r. w sprawie T-41/96 *Bayer przeciwko Komisji* (Zb. Orz. 2000, s. II- 03383) pkt 174.

[12] Rozważając, czy zachodzą podstawy do wszczęcia postępowania, a następnie – po jego przeprowadzeniu – wydając odpowiednią decyzję, organ antymonopolowy musi wskazać, na czym polegało naruszenie interesu publicznego w podjęciu interwencji w odniesieniu do konkretnej praktyki, której postępowanie dotyczyło; tak SN w uzasadnieniu wyroku z 5.06.2008 r., III SK 40/07 (LexPolonica nr 2081607).

[13] Zob. A. Jurkowska, T. Skoczny (red.), *Orzecznictwo sądów wspólnotowych w sprawach konkurencji w latach 1964-2004*, Warszawa, s. 37.

[14] Jako przykład zob. zmowę przetargową między dwoma małymi przedsiębiorcami dotyczącą udziału w kilku nieznacznych przetargach organizowanych przez Zakład Usług Leśnych w Niemczu (decyzja Prezesa UOKiK z 21.12.2011 r. – omówiona w dalszej części niniejszego artykułu) czy zmowę cenową między trzema przedsiębiorcami na ustalanie cen za usługi cumownicze w Porcie Morskim w Szczecinie (decyzja Prezesa UOKiK z 30.12.2010 r. – wspomniana w dalszej części niniejszego artykułu). Skutkiem takich praktyk mogło być co najwyżej śladowe zwiększenie kosztów ponoszonych przez Zakład Usług Leśnych czy przewoźników morskich. W mojej ocenie skala ww. praktyk jest na tyle mikroskopijna, że nie ma żadnego wpływu na mechanizmy rynkowe odczuwalne przez szerszy krąg odbiorców. Z drugiej strony, jeśli weźmiemy pod uwagę, że takich porozumień na rynkach lokalnych mogą funkcjonować setki, to ze względów prewencyjnych warto zająć się przynajmniej ich wycinkiem.

[15] Widzę trzy przyczyny takiego stanu rzeczy: a) Komisja rozumie antykonkurencyjny skutek nieco szerzej niż UOKiK, wychodząc z założenia, że zdarzenie gospodarcze, które można określić jako antykonkurencyjny skutek, musi mieć charakter „znaczący" (zob. pkt 27 Komunikatu Komisji – Wytyczne w sprawie stosowania art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych, Dz. Urz. UE 2011 C/1); b) analiza antykonkurencyjnych skutków porozumienia, aby była rzetelna, winna uwzględniać tzw. skumulowany efekt sieci porozumień, tj. badanie natężenia występowania określonej praktyki na danym rynku właściwym, co jest zadaniem bardzo pracochłonnym wymagającym zbadania działań rynkowych szeregu przedsiębiorców (zob. Van Bael & Bellis, *Competition Law of The European Community*. Fifth Edition, 2010, s. 57-60; c) stwierdzenie, że porozumienie wywierało antykonkurencyjny skutek i uwzględnienie tej okoliczności jako obciążającej przy wymiarze kary otwiera pole do wykazania przez strony, że faktyczny skutek nie nastąpił, wobec czego kara winna zostać obniżona. Statystyki wskazują zaś, że w znacznej części decyzje Komisji są zmieniane z uwagi na błędne ustalenia co do wysokości kary (zob. A. Jurkowska, T. Skoczny, *Orzecznictwo sądów wspólnotowych w sprawach konkurencji w latach 1964-2004*, s. 31-32).

cen i innych warunków ofert przetargowych, ale także zobrazowania zmiany struktury na co najmniej kilku rynkach właściwych[16].

Mając na uwadze powyższe, w punkcie III zobrazuję tendencje UOKiK w postrzeganiu porozumień zakazanych ze względu na cel, które jednocześnie są analizowane pod kątem wywoływania antykonkurencyjnych skutków. Z kolei punkt IV poświęcony będzie kwestii uwzględniania w ostatnich latach przez UOKiK aspektów ekonomicznych porozumień zakazanych co do celu oraz ewentualnym próbom racjonalizacji oceny takich porozumień. Często spotykanym poglądem jest stwierdzenie, że organy antymonopolowe są przywiązane do formalistycznego podejścia i niechętnie uwzględniają szeroko pojęty kontekst ekonomiczny spraw antymonopolowych[17]. Na przykładzie wybranych spraw pokażę, że w aktualnej polskiej praktyce orzeczniczej pojawiają się nie tylko sprawy, które tą tezę częściowo potwierdzają, ale też takie, które wskazują, że nie zawsze jest ona usprawiedliwiona. Natomiast nie odnotowano prób racjonalizacji oceny porozumień na wzór *ancillary restraints* lub obiektywnego uzasadnienia.

III. Antykonkurencyjny skutek porozumień w praktyce orzeczniczej Prezesa UOKiK

1. Tendencja UOKiK do dowodzenia istnienia antykonkurencyjnego skutku porozumień

Charakterystycznym elementem polskiej praktyki antymonopolowej jest wykazywanie, jeśli tylko to możliwe, w decyzjach zakazowych powstania antykonkurencyjnego skutku w wyniku realizacji praktyki ograniczającej konkurencję. W orzecznictwie unijnym zabieg taki jest zdecydowanie rzadziej stosowany, mimo że wymogi formalne są takie same jak w Polsce; wykazanie antykonkurencyjnego celu zwalnia bowiem organ z dowodzenia jego skutków, a Sąd Apelacyjny wskazuje, że odróżnienie antykonkurencyjnego celu od skutku może okazać się niemożliwe[18].

Jak się wydaje, przyczyną takiego stanu rzeczy jest możliwość uwzględnienia przez UOKiK faktu, iż porozumienie wywarło skutek, jako okoliczności obciążającej przy wymiarze kary[19]. Ponadto wykazanie, że porozumienie wywarło skutek, stanowi zabezpieczenie dla UOKiK na wypadek, gdyby sądy uznały, że nie było ono zakazane co do celu. Podkreślmy, że takie podejście prowadzi do sytuacji, w której antykonkurencyjny skutek jest pojmowany w sposób dość uproszczony, co zostanie zobrazowane poniżej.

W decyzji z 19.04.2010 r.[20] Prezes UOKiK stwierdził, że Krajowa Rada Notarialna realizowała porozumienie mające na celu ograniczenie konkurencjia polegające na zakazaniu notariuszom – bez zgody Rady – prowadzenia działalności w tym samym budynku, w którym funkcjonuje już kancelaria notarialna. Prezes UOKiK przeanalizował skutek takiej praktyki, tj. zbadał, w ilu przypadkach notariusze bezskutecznie usiłowali rozpocząć działalność w jednym budynku. Ponieważ sytuacje takie się

[16] Na temat zmów przetargowych w Holandii zob. R. Jansen i A. Budd, *NMA's Baptism of Fire: Bid-Rigging in the Dutch Construction Sector,* Changes in Competition Policy over the Last Two Decades, UOKiK 2010, s. 49-65.

[17] Zob. w szczególności: A. Jurkowska-Gomułka (red.), *Orzecznictwo sądów wspólnotowych w sprawach konkurencji w latach 2004-2009*, s. 28-32; M. Modzelewska de Raad, *More economic approach to exclusivity agreements: how does it work in practice? Case comment to the judgment of the Court of Appeals in Warsaw of 25 February 2010 – Lesaffre Polska (Ref. No. VI Aca 61/09)*, Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies 2011, vol. 4(5) s. 267.

[18] Zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 4.12.2007 r., VI ACa 848/07, w którym Sąd ten uznał, że: „Cel i skutek zakazanego porozumienia mogą się bowiem przenikać do tego stopnia, że nie dają się jasno wyodrębnić".

[19] M. Modzelewska de Raad (*More economic approach to exclusivity agreements*, s. 269) wskazuje, że jest to tendencja także innych organów antymonopolowych, przy czym, w mojej ocenie, w przypadku praktyki Komisji Europejskiej jest ona zdecydowanie mniej widoczna.

[20] Decyzja Prezesa UOKiK – Delegatura w Warszawie – z 19.04.2010 r., RWA-3/2010.

zdarzały, Prezes UOKiK uznał, że porozumienie wywierało faktyczny antykonkurencyjny skutek. Jak widać koncepcja „antykonkurencyjnego skutku" zastosowana w decyzji utożsamia z takim skutkiem sytuacje, w których faktyczny wpływ na konkurencję jest prawdopodobnie nieodczuwalny, tzn. jest bardziej teoretyczny, niż faktyczny – w szczególności wobec faktu, że nie wykazano, aby taka praktyka miała wpływ na ceny. Nie zbadano także, czy notariusze, którym odmawiano prawa do prowadzenia kancelarii w określonej lokalizacji, otwierali biura w pobliskich budynkach. Jeśli tak, to praktycznie całkowicie niwelowało to potencjalne antykonkurencyjne skutki zakazanej praktyki.

Przykładem na dość „rozmyte" pojmowanie antykonkurencyjnego skutku jest decyzja z 31.12.2008 r.[21] dotycząca wertykalnego ustalania cen odsprzedaży farb i lakierów produkowanych przez Hajduki S.A. W decyzji tej organ antymonopolowy wyraził pogląd, iż nawet jeśli ceny odsprzedaży ustalone z producentem nie były stosowane przez część dystrybutorów, to porozumienie i tak wywierało antykonkurencyjny skutek. Dzięki klauzuli umownej nakazującej przestrzegać cen odsprzedaży dystrybutorzy mogli bowiem – nawet jeśli nie była ona stosowana – przewidzieć wysokość stosowanych cen przez swoich konkurentów, wskutek czego doszło do ograniczenia rywalizacji cenowej i ograniczenia konkurencji wewnątrzmarkowej. Analogiczny pogląd został wyrażony w decyzji z 30.12.2008 r.[22] oraz w decyzji z 19.12.2008 r. [23].W tym samym duchu utrzymane są decyzje Prezesa UOKiK z 29.04.2011 r. (stowarzyszenie przewodników tatrzańskich) oraz z 19 grudnia 2011 roku (stowarzyszenie przewodników beskidzkich)[24]. W tej ostatniej decyzji Prezes UOKiK stwierdził, że antykonkurencyjny skutek opublikowania przez stowarzyszenie branżowe cen rekomendowanych przejawiał się „w zmniejszeniu niepewności przewodników co do przebiegu procesów rynkowych w zakresie ustalania cen za usługi przewodnickie, oraz co do ich wzajemnego zachowania na rynku w tym zakresie. W efekcie zawartego porozumienia przewodnikom łatwiej było przewidzieć wysokość cen stosowanych przez konkurentów"[25]. Z powyższego fragmentu decyzji wynika, że skutek utożsamiany jest nie z podniesieniem cen o konkretne wysokości, ale z ryzykiem zmniejszenia niepewności cenowej między konkurentami. Takie rozumienie antykonkurencyjnego skutku, kojarzone bardziej z abstrakcyjnym i hipotetycznym ryzykiem ziszczenia się zagrożenia w postaci zawyżenia cen, niż z faktycznym (albo co najmniej graniczącym z pewnością) ziszczeniem się tego zagrożenia, jest dość „rozmyte" i nie wydaje się poprawne. W mojej ocenie winno ono być stosowane bardziej w ramach analizy porozumienia jako zakazanego co celu, niż w kontekście jego skutków rynkowych. Widać to na przykładzie decyzji Prezesa UOKiK z 29.11.2011 r. (stowarzyszenie przewodników sudeckich)[26]. Sprawę tę odróżniało od sprawy stowarzyszeń przewodników tatrzańskich i beskidzkich w szczególności to, że opublikowanie przez stowarzyszenie cennika nastąpiło na prośby jego klientów, a nie członków. W efekcie Prezes UOKiK uznał, że praktyka ta nie miała antykonkurencyjnego celu, albowiem była odpowiedzią na zapotrzebowanie popytowej strony rynku. Badając jej skutki, Prezes UOKiK odniósł się natomiast jedynie do skutku rozumianego jako faktyczny wzrost cen. Ponieważ po opublikowaniu cennika ceny na usługi przewodnickie w Sudetach nie uległy zmianie, postępowanie zostało umorzone

[21] Decyzja Prezesa UOKiK – Delegatura w Katowicach – z 31.12.2008 r., RKT 114/2008.

[22] Decyzja Prezesa UOKiK – Delegatura w Poznaniu – z 30.12.2008 r., RPZ-50/2008 *krajowy rynek hurtowej sprzedaży chemii budowlanej*.

[23] Decyzja Prezesa UOKiK – Delegatura w Katowicach – z 19.12.2008 r., RKT 88/2008.

[24] Decyzja Prezesa UOKiK – Delegatura w Katowicach – z 19.12.2011 r., nr RKT-50/2011 oraz decyzja Prezesa UOKiK – Delegatura w Krakowie z 29.04.2011, RKR – 12/2011.

[25] Zob. s. 16-17 ww. decyzji Prezesa UOKiK z 19.12.2011 r., RKT-50/2011.

[26] Decyzja Prezesa UOKiK – Delegatura w Katowicach – z 29.12.2011 r., RKT-37/2011. Decyzja ta zostanie omówiona w pkt. IV poniżej.

jako bezprzedmiotowe. Tymczasem przyjmując rozumienie skutku zastosowane w decyzjach dot. przewodników tatrzańskich i beskidzkich, należałoby uznać, że opublikowanie przez stowarzyszenie branżowe wykazu cen sugerowanych zawsze przynosi antykonkurencyjny skutek w postaci „zmniejszenia niepewności cenowej konkurentów", nawet jeśli nie nastąpił faktyczny wzrost cen.

Stosunkowo prosta metodologia wykazania antykonkurencyjnego skutku była zastosowana w decyzji z 19.10.2009 r.[27]. W sprawie tej zarzutem objęta została praktyka stosowana przez Organizację Firm Badania Opinii i Rynku polegająca na odmowie przyznawania Certyfikatu Programu Kontroli Jakości Pracy Ankieterów firmom badania rynku, które nie były członkiem tej organizacji. Prezes UOKiK ustalił, że ww. Certyfikat miał istotne znaczenie dla klientów – tj. firm, które zlecały usługi firmom ankieterskim. Zdarzało się, że jego posiadanie było wymogiem przystąpienia do przetargów na usługi ankieterskie. W konsekwencji Prezes UOKiK uznał, że skutkiem porozumienia było ograniczenie agencjom badawczym, które nie były jego stronami, możliwości pozyskiwania zleceń na prowadzenie badań ankieterskich.

Antykonkurencyjny skutek łatwo jest także wykazać w przypadku wąskich karteli działających na lokalnych rynkach. Jako przykład można podać decyzję z 30.12.2010 r.[28]. W tej sprawie postępowanie obejmowało zmowę cenową między trzema firmami oferującymi usługi cumowania w Porcie Morskim w Szczecinie. Skutkiem porozumienia było wspólne ustalanie cen i ich stosowanie. Prezes UOKiK w formie tabelarycznej przedstawił zestawienia cen na konkretne usługi, które w jego ocenie były zawyżone w wyniku zmowy. W konsekwencji Prezes UOKiK przyjął, że porozumienie skutkowało ograniczeniem konkurencji cenowej na rynku usług cumowniczych w Szczecinie.

Z kolei przykładem na bardziej złożoną analizę antykonkurencyjnych skutków porozumienia zakazanego co do celu jest decyzja z 23.11.2011 r.[29] w sprawie projektu telewizji mobilnej. Prezes UOKiK uznał w niej, że czterech polskich operatorów komórkowych zmówiło się m.in. celem ograniczenia wzajemnej presji konkurencyjnej co do wprowadzenia w Polsce telewizji mobilnej oraz utrudnienia dostępu do rynku podmiotowi, który wygrał przetarg na hurtową obsługę częstotliwości, na których taka telewizja mogłaby być nadawana (m.in. za pośrednictwem telefonów komórkowych). Zdaniem Prezesa UOKiK cel ten został osiągnięty. Jak się wydaje, w omawianej decyzji Prezes UOKiK utożsamia antykonkurencyjny skutek ze zmianą struktury rynku usług telefonii komórkowej na taką, która skutecznie utrudnia powstanie nowego rynku powiązanego – tj. świadczenia usługi telewizji mobilnej za pośrednictwem telefonu komórkowego.

Analiza aktualnego orzecznictwa Prezesa UOKiK skłania do stwierdzenia, że specyfika znacznej części spraw rozpoznawanych przez UOKiK powoduje, że antykonkurencyjny skutek postrzegany jest w sposób dość uproszczony. Takie uproszczone podejście polega na tym, że jako skutek ograniczający konkurencję przeważnie postrzegane są zdarzenia rynkowe o dość ograniczonym zasięgu, oddziałujące na wąski krąg uczestników rynku. Sytuacje, w których Prezes UOKiK utożsamia antykonkurencyjny skutek z istotną i odczuwalną zmianą struktury rynku właściwego, są rzadkie. Przeważają sytuacje, w których stwierdzenie antykonkurencyjnego skutku porozumienia nie jest wynikiem szerokiej analizy ekonomicznej rynku właściwego, w tym porównania natężenia konkurencji przed zawarciem i po zawarciu porozumienia, ale konsekwencją wyprowadzania formalnych wniosków logicznych ze

[27] Decyzja Prezesa UOKiK – Delegatura w Warszawie – z 19.10.2009 r., RWA-33/2009.

[28] Decyzja Prezesa UOKiK – delegatura w Gdańsku – z 30.12.2010 r., RGD 32/2010.

[29] Decyzja Prezesa UOKiK z 23.11.2011 r., DOK- 8/2011.

stanu faktycznego ustalonego w ramach badania porozumienia jako zakazanego co do celu. Takie wnioski logiczne nie zawsze są weryfikowane o dane empiryczne – a jeśli są, to w wąskim zakresie.

2. Istnienie antykonkurencyjnego skutku jako dowód istnienia praktyki zakazanej co do celu

Charakterystyczną cechą polskiego orzecznictwa antymonopolowego jest szeroki zakres stosowania instytucji domniemań faktycznych[30]. W istocie chodzi tutaj o prawo UOKiK do skutecznego zakwestionowania działań przedsiębiorców, które uwidaczniają się poprzez swoje antykonkurencyjne skutki, mimo że brak bezpośrednich dowodów co do tego, że skutki takie są wynikiem zmowy. To właśnie istnienie takiego skutku pozwala na skuteczne postawienie zarzutów antymonopolowych[31]. W Komentarzu pod red. C. Banasińskiego i E. Piontka wskazuje się, że w takich sytuacjach wykazanie antykonkurencyjnego skutku zwalnia organ z obowiązku ustalenia, jaki był cel porozumienia[32]. Co ważne, nie chodzi tutaj o skutek potencjalny, ale o konkretne następstwa rynkowe. Zatem w omawianych kategoriach spraw nie będzie miał zastosowania pogląd wyrażony przez Sąd Antymonopolowy, iż dla stwierdzenia naruszenia „wystarczająca jest już bowiem sama możliwość wystąpienia na rynku negatywnych skutków będących przejawem ograniczenia konkurencji[33], ani pogląd SOKiK, iż „wystarczy, aby porozumienie zaledwie mogłoby wywołać zakazany skutek”[34].

Instytucja domniemania faktycznego znajduje oparcie prawne w art. 231 k.p.c. w zw. z art. 84 uokik z 2007 r. Zgodnie z tym przepisem można uznać za ustalone fakty mające istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, jeżeli wniosek taki można wyprowadzić z innych ustalonych faktów. Fakt zawarcia zakazanego prawem porozumienia w przypadku braku wystarczających dowodów bezpośrednich może być udowodniony w sposób pośredni, jeżeli jedynym logicznym i spójnym sposobem wytłumaczenia postępowania przedsiębiorców jest zmowa. Dopuszczenie stosowania w sprawach z zakresu ochrony konkurencji domniemań faktycznych w celu ustalenia istotnych elementów stanu faktycznego budziło pewne wątpliwości z uwagi na uproszczenie wymogów dowodowych i tym samym zwiększone ryzyko karania przedsiębiorców za skutki rynkowe, które w rzeczywistości nie są wynikiem ich działań. Niemniej stosowanie przez Prezesa UOKiK domniemań faktycznych jest akceptowane w orzecznictwie sądowym[35].

W praktyce domniemania faktyczne są stosowane w przypadkach najcięższych ograniczeń konkurencji zakazanych co do celu, w których ze względów dowodowych przeważnie nie jest możliwe bezpośrednie udowodnienie zawarcia takiego porozumienia. Wówczas Prezes UOKiK musi wskazać na bezpośredni antykonkurencyjny skutek, a następnie udowodnić, że jedynym racjonalnym wytłumaczeniem tego skutku było zawarcie porozumienia zakazanego co do celu. Jest to odwrotny sposób rozumowania niż w przypadku bezpośredniego dowodzenia porozumienia zakazanego ze względu na cel, gdzie wystarczy udowodnić antykonkurencyjny cel (uwzględniając otoczenie gospodarcze porozumienia) i na tym zakończyć postępowanie dowodowe. Aby zobrazować stosowanie

[30] Dotychczas Prezes UOKiK wydał, według moich szacunków, znacznie ponad dwadzieścia decyzji wykorzystujących instytucję domniemania faktycznego. Z ostatniego orzecznictwa zob.: decyzja Prezesa UOKiK – Delegatura we Wrocławiu – z 16.03.2012 r. RWR-7/2012; decyzja Prezesa UOKiK – delegatura w Warszawie – z 30.12.2011 r., RWA-34/2011; decyzja Prezesa UOKiK – Delegatura w Katowicach z 6.09.2011 r., RKT – 25/2011; decyzja Prezesa UOKiK – Delegatura w Krakowie – z 27.07.2011 r., RKR-24/2011.

[31] W kwestii problemów natury dowodowej zob. K. Róziewicz-Ładoń, *Postępowanie przed Prezesem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w zakresie przeciwdziałania praktykom ograniczającym konkurencję*, Warszawa 2011, s. 125-130.

[32] C. Banasiński i E. Piontek (red.), *Ustawa*…, s. 192.

[33] Wyrok Sądu Antymonopolowego z 15.07.1998 r., XVII Ama 32/98.

[34] Wyrok SOKiK z 21.03.2005 r., XVII Ama 95/04; zob. także wyrok SOKiK z 7.07.2004 r., XVII Ama 65/03.

[35] Zob. w szczególności: wyrok Sądu Antymonopolowego z 1.03.1993 r., XVII Amr 37/92; wyrok Sądu Antymonopolowego z 20.09.1995 r., XVII Amr 15/95; wyrok Sądu Najwyższego z 24.04.1996 r., I CRN 49/96; wyrok SN z 9.09.2006 r., III SK 6/06.

domniemań faktycznych na przykładzie konkretnych orzeczeń Prezesa UOKiK, odwołajmy się do trzech przykładów.

W decyzji Prezesa UOKiK – Delegatura w Bydgoszczy – z 21.12.2011 r., RBG-27/2011 zakwestionowano sposób kształtowania warunków ofert składanych w przetargach związanych z leśnictwem i pozyskaniem drewna na lokalnym rynku wykonywania usług leśnych. Prezes UOKiK zarzucił dwóm przedsiębiorcom zmowę, twierdząc, że koordynowali oni swoje działania w ramach przetargu w taki sposób, aby organizator przetargu zmuszony był wybrać ofertę z zawyżoną ceną. Wobec braku dowodów bezpośrednich udowodnienie istnienia zmowy możliwe było tylko dzięki wykazaniu konkretnych skutków zmowy. Skutki te polegały na składaniu przez jednego przedsiębiorcę oferty z zawyżoną ceną, a przez drugiego z ceną rynkową. W przypadku wyboru oferty z ceną rynkową oferent uchylał się od zawarcia umowy, zmuszając tym samym organizatora przetargu do wyboru oferty z ceną zawyżoną. Analiza postępowań członków ww. zmowy w szeregu przetargów oraz okoliczności im towarzyszących pozwoliła zastosować domniemanie faktyczne, iż ich działań rynkowych nie można rozsądnie wytłumaczyć w inny sposób niż przy założeniu istnienia między nimi zmowy.

Z kolei w decyzji z 8.07.2011 r.[36] zakwestionowana została zmowa cenowa na bydgoskim rynku przewozu osób. Sprawa ta dotyczyła zmowy cenowej między korporacjami taksówkarskimi. W ocenie UOKiK „[p]omiędzy przedsiębiorcami doszło do porozumienia cenowego, które przybrało formę działań uzgodnionych, na skutek wymiany informacji o wysokości i terminie wprowadzenia cen za przewóz osób taksówką w Bydgoszczy i wykorzystania tych informacji do podniesienia cen do tego samego poziomu i w tym samym czasie, co pozostałe związki przedsiębiorców objęte zakazaną praktyką”[37]. Zarzucana przez Prezesa UOKiK wymiana informacji była w przeważającej mierze domniemana, tzn. w bardzo ograniczonym zakresie wynikała z przyznania się stron. Przede wszystkim wynikała z domniemania, że bez wymiany informacji o planach podwyższenia cen konkurenci nie byliby w stanie podnieść ich w taki sposób, jaki ostatecznie miał miejsce.

Prezes UOKiK dokładnie przeanalizował działania poszczególnych przedsiębiorców, którym zarzucał zmowę cenową. W szczególności chodziło o ceny stosowane przed wdrożeniem i po wdrożeniu zarzucanej zmowy oraz kontekst prawny zmiany cen – tj. konieczność wcześniejszego przestawienia taksometrów w Okręgowym Urzędzie Miar. Ww. urząd był w stanie w ciągu dnia przestawić jedynie ograniczoną liczbę taksometrów i na takie przestawienie trzeba było się wcześniej – tj. przed podniesieniem cen – umówić. A zatem sytuacja, w której konkurenci podwyższają ceny w bardzo zbliżonych okresach czasu, mogła być zdaniem UOKiK wytłumaczona tylko tym, że wcześniej poinformowali się nawzajem o podwyżce. Podwyżka nie mogła być wynikiem działań równoległych, albowiem od momentu podjęcia o niej decyzji do faktycznego publicznego wprowadzenia nowych cen musiał minąć ok. jeden miesiąc. Powyższa sprawa jest ciekawa z punktu widzenia konstrukcji prawnych w niej zastosowanych. Po pierwsze, zarzucana zmowa była zakazana co do celu. Niemniej z uwagi na brak wystarczających dowodów Prezes UOKiK mógł wykazać istnienie zmowy tylko poprzez przedstawienie antykonkurencyjnych skutków i wiarygodne wyjaśnienie, że osiągnięcie takich skutków nie da się wytłumaczyć inaczej niż poprzez zmowę. Po drugie, Prezes UOKiK poszedł o krok dalej niż nakazuje model przyjęty przez Trybunał w sprawie T-*Mobile*, zgodnie z którym: „Wymiana informacji pomiędzy konkurentami realizuje cel antykonkurencyjny, jeżeli może wyeliminować niepewność co

[36] Decyzja Prezesa UOKiK – Delegatura w Bydgoszczy – z 8.07.2011 r., Nr RBG-9/2011.

[37] Tamże, s. 22.

do zachowania planowanego przez przedmiotowe przedsiębiorstwa”[38]. Prezes UOKiK uznał, że informacje o planowanych przez konkurentów podwyżkach musiały być na tyle precyzyjne i wiarygodne, że nie zakwalifikował zarzucanej praktyki jako wymiany informacji, ale jako horyzontalne uzgodnienia co do podniesienia cen sprzedaży.

Klasyczny przykład na stosowanie domniemań faktycznych – zaakceptowany przez SN – zawiera decyzja Prezesa UOKiK z 14.03.2003 r.[39]. W sprawie tej Prezes Urzędu uznał, że nie mogło być kwestią przypadku wspólne wprowadzenie przez producentów drożdży podwyżki w tym samym czasie o bardzo zbliżone wartości. UOKiK przyjął założenie, że podwyżka będąca wynikiem mechanizmów rynkowych powinna odzwierciedlać dynamikę zmiany kosztów i ich struktury. Tymczasem w tym zakresie między poszczególnymi przedsiębiorcami istniały istotne różnice, a mimo to wysokość i czas wprowadzenia podwyżek były zbliżone. Ponadto Urząd wykazał, że na miesiąc przed podwyżką odbywały się liczne spotkania między producentami drożdży (przy czym ich uczestnicy zgodnie zaprzeczali, aby w ich trakcie poruszany był temat podwyżek cen). W konsekwencji należało przyjąć, że w sprawie mieliśmy do czynienia z uzgodnieniem konkurentów co do podwyżki cen sprzedaży drożdży, albowiem było to jedyne racjonalne uzasadnienie dla podejrzanych skutków rynkowych.

IV. Kontekst ekonomiczny porozumień zakazanych co do celu oraz ich racjonalizacja w praktyce orzeczniczej Prezesa UOKiK

1. Uwzględnianie kontekstu ekonomicznego na etapie badania porozumień zakazanych co do celu

Poniżej zaprezentowane zostaną dwa rozstrzygnięcia, w których UOKiK zajął mniej formalne, a bardziej elastyczne podejście oraz trzy sprawy, w których zwyciężył formalizm.

W pierwszej kolejności warto zwrócić uwagę na niedawną decyzję Prezesa UOKiK z 29.11.2011 r.[40] w sprawie Zarządu Koła Przewodników Sudeckich. Zarząd ten opublikował uchwałę w sprawie rekomendowanych cen, jakie mogą być pobierane za usługi przewodnickie przez przewodników górskich na konkretnych trasach.

Z dotychczasowego orzecznictwa Prezesa UOKiK wynikało w sposób jednolity, że opracowywanie przez stowarzyszenia branżowe rekomendacji cenowych dla uczestników danej branży jest praktyką zakazaną co do celu. Jako przykłady można wymienić zakwestionowanie przez Prezesa UOKiK praktyki: Stowarzyszenia Dziennikarzy Polskich co do rekomendowanych cen za przeniesienie praw autorskich do zdjęć[41]; związku skupiającego warsztaty samochodowe co do rekomendowania cen, na podstawie których warsztaty powinny rozliczać godzinę pracy w przypadku napraw bezgotówkowych (tzn. kiedy rozliczenie następuje bezpośrednio między warsztatem a ubezpieczycielem)[42]; Izby Lekarsko-weterynaryjnej co do rekomendowania swoim członkom cen minimalnych na usługi weterynaryjne[43] oraz analogicznej praktyki stwierdzonej w przypadku Polskiego Związku Solaryjnego[44]. Co

[38] Zob. pkt 43 wyroku Trybunału z 4.06.2009 r. w sprawie C-8/08 T-Mobile (Zb. Orz. 2009, s. I-4529).

[39] Decyzja Prezesa UOKiK z 14.03.2003 r., DDF-13/2003, utrzymana w mocy wyrokiem SN z 9.08.2006 r., III SK 6/06.

[40] Decyzja Prezesa UOKiK – Delegatura w Katowicach – z 29.11.2011 r., RKT 37/2011.

[41] Decyzja Prezesa UOKiK z 2.11.2010 r., RPZ-26/10.

[42] Decyzja Prezesa UOKiK z 17.08.2009 r., RKT-22/09.

[43] Wyrok SOKiK z 9.11.2006 r., XVII Ama 68/05 (niepublikowny).

[44] Decyzja Prezesa UOKiK – Delegatura w Poznaniu – z 14.12.2009 r., RPZ-26/09.

więcej, w 2011 roku Prezes UOKiK wydał w sumie trzy decyzje dotyczące publikowania wykazów cen sugerowanych przez stowarzyszenia branżowe przewodników górskich, w tym dwie decyzje zakazujące takiej praktyki[45]. Ww. praktyka orzecznicza Prezesa UOKiK pozostawała w zgodzie z bogatym orzecznictwem unijnym. Przykładowo w sprawie *Fedetab*[46] Trybunał uznał, że szczegółowe, choćby niewiążące wytyczne stowarzyszenia branżowego, kierowane do producentów tytoniu, dotyczące m.in. ograniczeń w akceptacji dystrybutorów, ich klasyfikacji oraz standardowych warunków płatności, miały na celu ograniczenie konkurencji. Ponadto w decyzjach Komisji za antykonkurencyjne uznawano także niewiążące rekomendacje stowarzyszeń branżowych, choćby pośrednio związane z polityką cenową ich członków[47].

Tymczasem w decyzji z 29.11.2011 r. Prezes UOKiK zmienił dotychczasowe podejście, uwzględniając – na korzyść stron – okoliczności towarzyszące danej praktyce i przesądzające o tym, że nie była ona zakazana co do celu, a jednocześnie nie powodowała antykonkurencyjnych skutków. Do owych okoliczności należał przede wszystkim fakt, że przedmiotowy cennik został przygotowany i opublikowany przez Zarząd Koła Przewodników Sudeckich w związku z licznymi zapytaniami ze strony biur podróży i innych kontrahentów. A zatem przygotowanie i opublikowanie cennika zostało niejako wymuszone przez stronę popytową rynku i w jej interesie, co pozwalało „konsumentom lepiej zorientować się w sytuacji rynkowej". Ponadto treść cennika wskazywała, że podane w nim ceny nie są w żaden sposób wiążące dla przewodników. Powyższe okoliczności doprowadziły Prezesa UOKiK do wniosku, że decyzja związku przedsiębiorców nie miała na celu ograniczenia konkurencji. Wobec powyższego przeprowadzono analizę ewentualnych skutków w postaci podwyższenia cen po publikacji cennika, która przyniosła wynik negatywny. W konsekwencji Prezes UOKiK umorzył postępowanie antymonopolowe jako bezprzedmiotowe.

Warto dodać, że w sprawie *Woodpulp*[48] fakt, iż to klienci wymusili na producentach pulpy drzewnej podawanie do publicznej wiadomości planowanych cen sprzedaży tego surowca, został potraktowany przez Trybunał jako jedna z okoliczności świadczących o tym, że celem porozumienia nie było – wbrew temu, co przyjęła Komisja – ograniczenie konkurencji.

Kolejną ciekawą sprawą, którą można przytoczyć w powyższym kontekście, było postępowanie UOKiK przeciwko Stowarzyszeniu Flisaków Pienińskich[49]. Jest to – o ile mi wiadomo – pierwsza decyzja, w której Prezes UOKiK zastosował indywidualne zwolnienie dla horyzontalnego ustalania cen sprzedaży[50]. W sprawie tej Prezes UOKiK uznał porozumienie za zakazane co do celu, ale jednocześnie po rozważeniu okoliczności mu towarzyszących umorzył postępowanie antymonopolowe jako bezprzedmiotowe. Podstawą do wszczęcia postępowania antymonopolowego był cennik zatwierdzony uchwałą Stowarzyszenia (reprezentującego interesy ok. pięciuset flisaków), a następnie opublikowany na jego stronie internetowej i wdrożony w życie.

[45] Decyzja Prezesa UOKiK – Delegatura w Katowicach – z 19.12.2011 r., RKT-50/2011 oraz decyzja Prezesa UOKiK – Delegatura w Krakowie – z 29.04.2011 r., RKT-12/2011.

[46] Wyrok Trybunału z 29.10.1980 r. w połączonych sprawach 209 do 215 i 218/78 *Fedetab* (Zb. Orz. 1980, s. 3125) .

[47] Decyzja KE z 15.05.1974 r. w sprawie *Agreements between manufacturers of glass containers* (Dz. Urz. UE 1974 L 160/1 – rekomendacje co do ujawniania określonych informacji o polityce cenowej). Decyzja KE z 9.12.1998 r. w sprawie *Greek Ferries* (Dz.Urz. UE 1999 L 109/24 – rekomendacja co do cen stosowanych w żegludze morskiej). Decyzja KE z 15.07.1975 r. w sprawie *IFTRA* (Dz. Urz. UE 1975 L 228/3 – rekomendacje dotyczące zakazu sprzedaży poniżej kosztów).

[48] Zob. decyzję KE z 19.12.1984 r. (Dz. Urz. UE 1985 L 85/1), uchyloną w całości wyrokiem Trybunału z 31.03.1993 r. w połączonych sprawach C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 oraz C-125/85 do C-129/85 *Woodpulp* (Zb. Orz. 1994 I-99).

[49] Zakończone decyzją Prezesa UOKiK – delegatura w Katowicach – z 4.11.2011 r., RKT-33/2011.

[50] Na gruncie unijnym wyłączenie takie nigdy nie zostało udzielone; zob. A. Zawłocka-Turno i B. Turno, *Ustalanie sztywnych lub minimalnych cen odsprzedaży jako porozumienie ograniczające konkurencję ze względu na cel (przedmiot) w prawie unijnym*, Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny, Rok LXXIII – zeszyt 4 – 2011, s. 75.

Prezes UOKiK w ramach analizy dotyczącej wyłączenia spod zakazu zawierania porozumień mogących ograniczać konkurencję wziął pod uwagę następujące okoliczności:

1. Stosowanie jednolitych cen na usługi flisackie zapewniało lepszą dystrybucję polegającą na umożliwieniu szybkiej obsługi klientów oraz usprawnienie sprzedaży biletów. Indywidualne ustalanie cen doprowadziłoby do pogorszenia jakości organizacji usług spływu. Dzięki zbiorowej sprzedaży usług istnieje możliwość wcześniejszej rezerwacji. Wyjaśnijmy, że w kontaktach między flisakami a turystami pośredniczy biuro stowarzyszenia, które zajmuje się sprzedażą biletów, nadzorem nad właściwym wykonywaniem obowiązków przez flisaków, regulacją ruchu oraz odpowiednim utrzymaniem przystani pasażerskich. W praktyce wygląda to w ten sposób, że flisak, który w danym dniu zamierza brać udział w spływie, zgłasza swoją gotowość u dyspozytora spływu. Turyści zaś dokonują zakupu w kasie na nadbrzeżu na konkretną łódź, a dopiero po zebraniu się co najmniej dziesięciu osób flisak otrzymuje z kasy bilet zbiorczy, który jednocześnie stanowi dokument rozliczeniowy ze stowarzyszeniem. Dyspozytor dba o to, aby łodzie były ustawione w odpowiedniej kolejności, sprawnie cumowały przy przystani oraz zabierały pasażerów. Indywidualne negocjowanie cen z flisakami jest bardzo utrudnione, albowiem nie ma na to czasu ani warunków (łódź musi szybko odpłynąć i zwolnić miejsce dla kolejnej). Z kolei stosowanie w kasie biura stowarzyszenia kilkudziesięciu cenników spowodowałoby chaos, przy jednoczesnym braku gwarancji, że flisacy, którzy oferują najniższe ceny, są akurat dostępni.

2. Porozumienie przynosi korzyści konsumentom, gdyż dzięki usługom świadczonym przez biuro stowarzyszenia mają oni zapewnione miejsca parkingowe, pomoc osobom niepełnosprawnym w organizacji spływu, powrót do przystani początkowej oraz odpowiedzialność w przypadku złej obsługi.

3. Ustalanie cen przez Stowarzyszenie nie nakłada na flisaków żadnych zobowiązań ani nie wprowadza zbędnych ograniczeń. Flisacy mają zapewnione właściwe wynagrodzenie. Przynależność do Stowarzyszenia jest dobrowolna, jednak przynosi flisakom wymierne korzyści.

4. Działania Stowarzyszenia nie są ukierunkowane ani przeciwko aktualnym, ani potencjalnym konkurentom i nie ma możliwości wyeliminowania konkurencji na rynku.

Jak widać w powyższych dwóch sprawach okoliczności, które wystarczyło wziąć pod uwagę, aby uznać, że nie ma ryzyka ograniczenia konkurencji, nie były zbyt rozbudowane. Z pewnością nie była to analiza ekonomiczna rynku właściwego, a co najwyżej uwzględnienie kontekstu ekonomiczno-biznesowego i technicznego. Natomiast kolejna sprawa stanowi przykład sytuacji, w której stosowne analizy ekonomiczne powinny zostać wykonane, na co zwrócił uwagę dopiero SOKiK, a następnie Sąd Apelacyjny w Warszawie.

Decyzją z 29.12.2006 r.[51] Prezes UOKiK uznał za praktykę ograniczającą konkurencję porozumienie zawierające klauzulę wyłącznych zakupów zawarte przez producenta drożdży Lesaffre Polska S.A. z jego 45 dystrybutorami. Zdaniem Prezesa UOKiK celem i skutkiem tego porozumienia było ograniczenie dostępu do rynku sprzedaży drożdży piekarskich przedsiębiorcom nieobjętym tym porozumieniem. Podstawą do takiej konkluzji był fakt, że udział Lesaffre w polskim rynku obrotu drożdżami piekarskimi przekraczał 30% (tj. wynosił ok. 50%)[52]. W ocenie Prezesa UOKiK – wobec

[51] Decyzja Prezesa UOKiK z 29.12.2006 r., DOK-164/2006.

[52] W decyzji dane te zostały utajnione; udział rynkowy Lesaffre w okresie, kiedy funkcjonowała klauzula wyłącznych zakupów, można natomiast ustalić z zestawienia brzmienia decyzji oraz wyroków SOKiK i Sądu Apelacyjnego w Warszawie.

przekroczenia progu udziałów rynkowych przewidzianych w zwolnieniu grupowym[53] – tak znaczny udział rynkowy producenta niejako automatycznie powoduje, że wyłączność zakupów jest zakazana jako porozumienie mające na celu ograniczenie konkurencji. W konsekwencji Prezes UOKiK nie miał wątpliwości, że już z samego literalnego brzmienia klauzuli jednoznacznie wynika antykonkurencyjny cel porozumienia. Nadto, zdaniem Prezesa, klauzula wyłącznych zakupów prowadziła także do skutku w postaci ograniczenia konkurencji na rynku właściwym, albowiem dotykała konkurentów Lesaffre, którzy mieli ograniczony dostęp do istniejących na polskim rynku dystrybutorów drożdży. Zdaniem Prezesa UOKiK praktyka ta musiała mieć także negatywny wpływ na działalność samych dystrybutorów, którzy zostali ograniczeni w należnej im swobodzie prowadzenia działalności gospodarczej i możliwości skutecznej konkurencji z podmiotami, które miały w swej ofercie drożdże kilku producentów. Zatem w ocenie Prezesa treść kwestionowanych klauzul chroniła jedynie interesy ekonomiczne Lesaffre, stanowiąc jednocześnie nieprzekraczalną barierę dla innych producentów i importerów drożdży[54].

Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów uchylił w całości decyzję Prezesa UOKiK[55]. Poglądy SOKiK znalazły pełne poparcie w wyroku SA w Warszawie[56]. W uzasadnieniu wyroku Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Po pierwsze, Sąd Apelacyjny w Warszawie nie przychylił się do wywodu Lesaffre, jakoby klauzula wyłącznego zakupu należała do kategorii porozumień, które nie mogą być kwalifikowane jako ograniczające konkurencję ze względu na cel, a jedynie ze względu na antykonkurencyjny skutek. Fakt, iż porozumienia o wyłączność winny być analizowane jako potencjalnie zakazane co do celu, nie oznacza jednak uprawnienia Prezesa UOKiK do stwierdzenia – w oderwaniu od kontekstu ekonomicznego takiego porozumienia – że samo zamieszczenie w umowie klauzuli wyłącznego zakupu oznacza, że cel porozumienia był antykonkurencyjny.

Po drugie, Sąd podkreślił, że jeśli Prezes UOKIK zarzuca przedsiębiorcy praktykę ograniczającą konkurencję, a przedsiębiorca zaprzecza stosowaniu takiej praktyki, przywołując okoliczności uzasadniające inną ocenę celu i skutku zawarcia porozumienia oraz przytaczając dane liczbowe dotyczące sytuacji na rynku właściwym, wskazujące na to, iż nie było celem stron umowy i nie miało miejsca ograniczenie przedsiębiorcom nieobjętym porozumieniem dostępu do rynku, to na Prezesie spoczywał ciężar udowodnienia, że faktycznym celem porozumienia było – wbrew twierdzeniom przedsiębiorcy – ograniczenie konkurencji.

Po trzecie, w ocenie SA w Warszawie, wbrew temu co przyjął Prezes UOKiK udział Lesaffre w rynku produkcji i sprzedaży drożdży nie miał w sprawie decydującego znaczenia. Nie jest to bowiem rynek właściwy, a udział ten nie przekłada się wprost na udział w krajowym rynku hurtowego obrotu drożdżami i nie decyduje bezpośrednio o sytuacji na tym właśnie rynku. Istotną lecz niewyjaśnioną przez Prezesa kwestią była natomiast sytuacja faktyczna i ekonomiczna na tym właśnie rynku. W szczególności ważna była liczba i siła rynkowa dystrybutorów oraz konkurentów Lesaffre, a także istnienie i łatwość dostępu do rynku właściwego w sytuacji zawarcia spornych porozumień. Zdaniem Sądu fakt, iż producent 50% drożdży dostępnych na rynku dąży do sprzedawania ich głównie za

[53] Obecnie wyłączenie grupowe zawarte jest w rozporządzeniu Rady Ministrów z 30.03.2011 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (Dz. U. Nr 81, poz. 441).

[54] Na temat rozkładu ciężaru dowodu w tej sprawie zob. M. Modzelewska de Raad, *More economic approach to exclusivity agreements*…, s. 273-275.

[55] Zob. wyrok SOKiK z 18.08.2008 r., XVII AmA 83/07 (niepublikowany).

[56] Zob. wyrok SA w Warszawie z 25.02.2010 r., VI ACa 61/09 (niepublikowany).

pośrednictwem stworzonej przez siebie sieci dystrybutorów, których liczba stanowi jednak jedynie ułamek (ok. 23%) wszystkich podmiotów zajmujących się dystrybucją, nie przesądza o antykonkurencyjnym celu jego działań. Inne możliwe i logicznie uzasadnione cele zostały określone w odwołaniu.

Po czwarte, Sąd uznał, że nie bez znaczenia był także fakt, że każdy z dystrybutorów miał swobodę decydowania o zawarciu spornego porozumienia i stosunkowo łatwo i bez dolegliwych konsekwencji mógł od niego odstąpić. Same więc zapisy umów w tym względzie nie uprawniały Prezesa UOKiK do stwierdzenia istnienia ograniczenia konkurencji międzymarkowej.

Po piąte, Sąd Apelacyjny w Warszawie uznał ponadto, że Prezes UOKiK nie dokonał w toku postępowania administracyjnego poważnej analizy liczby i siły rynkowej producentów i ich dostępności do rynku właściwego, co uniemożliwiło mu skuteczne zarzucenie antykonkurencyjnego celu i skutku porozumienia.

Orzeczenia sądów w sprawie *Lesaffre* doskonale współgrają z decyzją Prezesa UOKiK z 14.06.2007 r.[57], która była efektem wyroku SA w Warszawie z 13.02.2007 r.[58] dotyczącego odsprzedaży rekombinowanej erytropoetyny. W decyzji tej (wydanej w sprawie po raz drugi) Prezes UOKiK zaakceptował pogląd SA w Warszawie, zgodnie z którym dla oceny, czy porozumienie ma antykonkurencyjny cel, nie wystarczy analiza samej klauzuli umownej. Wymagane jest także uwzględnienie okoliczności gospodarczych, w jakich klauzula ta jest realizowana. Jeśli zatem w umowie wpisana została klauzula dotycząca cen odsprzedaży w przetargach centralnych, ale nie mogła ona zostać wprowadzona w życie z uwagi na fakt, że Rząd RP wycofał się z koncepcji takich przetargów, to taki zapis nie miał potencjału do ograniczenia konkurencji. W ocenie SA w Warszawie nie jest dopuszczalna taka interpretacja prawa antymonopolowego, która pozwalałaby na przyjęcie, iż jakiekolwiek potencjalne zagrożenie konkurencji wynikające z łączącego strony porozumienia jest naruszeniem prawa, niezależnie od tego, czy zagrożenie to miałoby jakąkolwiek szansę się ziścić. Zagrożenie dla zasad swobodnej konkurencji musi być realne, żeby uznać je za naruszenie konkurencji[59]. To, na ile takie zagrożenie jest realne, wymaga właśnie uwzględnienia szeroko pojętego kontekstu gospodarczego, w jakim realizowane jest porozumienie.

Tym samym należy uznać za wątpliwy pogląd wyrażony przez Prezesa UOKiK w innych dwóch sprawach (tj. w decyzji z 15.09.2008 r.[60] oraz w decyzji z 3.08.2009 r.[61]), według którego: „[f]akt istnienia w danym dokumencie klauzuli ograniczającej bezpośrednio lub pośrednio swobodę dystrybutora do ustalania cen odsprzedaży już sam w sobie jest naruszeniem konkurencji".

Ostatnim przykładem decyzji Prezesa UOKiK, w której kontekst ekonomiczny mógł być, ale nie został uwzględniony, jest decyzja z 24.05.2010 r., w której Prezes UOKiK wyraził pogląd, zgodnie z którym wertykalne porozumienie co do ustalania cen odsprzedaży trwa tak długo, jak długo dystrybutor stosuje cenę odsprzedaży ustaloną z producentem na konkretny produkt[62]. Analogiczny pogląd został wyrażony w decyzji z 7.04.2008 r.[63]. W tej ostatniej sprawie Prezes UOKiK uznał, że fakt, iż cena odsprzedaży farby ustalona między producentem i jej dystrybutorem we wrześniu 2005 r.

[57] Decyzja Prezesa UOKiK – Delegatura w Warszawie – z 14.06.2007 r., RWA-18/2007.

[58] Wyrok SA w Warszawie z 13.02.2007 r., VI ACa 819/2006; LexPolonica nr 1455907.

[59] Zob. także wyrok SN z 24.07.2003 r., I CKN 496/2001; Lex Polonica nr 362381.

[60] Decyzja Prezesa UOKiK – Delegatura we Wrocławiu – z 15.09.2008 r., RWR 42/2008.

[61] Decyzja Prezesa UOKiK – Delegatura we Wrocławiu – z 3.08.2009 r., RWR 18/2009.

[62] Zob. pkt 316 decyzji Prezesa UOKiK z 24.05.2010 r., DOK-4/2010.

[63] Zob. s. 31 decyzji Prezesa UOKiK z 7.04.2008 r., DOK-1/08.

nadal obowiązywała w kwietniu 2008 roku, świadczył o tym, że porozumienie dotyczące ustalania cen odsprzedaży nadal funkcjonowało w 2008 r. i wywoływało antykonkurencyjny skutek. Abstrahując od tego, czy taka wykładnia jest prawidłowa, warto zwrócić uwagę, że w ww. decyzjach Prezes UOKiK nie dokonał analizy ekonomicznej tego, jak długo określona cena odsprzedaży przy uwzględnieniu określonych warunków rynkowych pozostaje nadal tą samą ceną, uzgodnioną pierwotnie przez strony. Moim zdaniem dla oceny, czy wertykalnie uzgodniona cena odsprzedaży po dłuższym okresie jej stosowania nadal jest tą samą ceną, niezbędne jest podejście ekonomiczne. Prezes UOKiK zrezygnował z takiego podejścia na rzecz podejścia formalnego. Tymczasem w sprawie pod uwagę należałoby wziąć elementy takie jak: inflacja, zmiany cen zakupu, zmiany kursów walut, zmiany popytu i podaży, wejście na rynek nowych produktów (w tym substytucyjnych), zmiana struktury rynku i otoczenia konkurencyjnego etc. Dopiero analiza tych zmiennych pozwoliłaby na ocenę, czy cena odsprzedaży ustalona w 2005 roku i stosowana w tej samej wysokości np. w 2008 roku jest nadal tą samą ceną, czy może ceną niższą i od kiedy. Z ekonomicznego punktu widzenia być może można było przyjąć, że dystrybutor stosował cenę niższą od ustalonej trzy lata wcześniej z producentem, mimo że nominalnie miała ona taką samą wartość.

2. Koncepcja obiektywnego uzasadnienia ograniczeń konkurencji w praktyce orzeczniczej Prezesa UOKiK

Tytułem wstępu wyjaśnijmy, że w prawie unijnym od lat sześćdziesiątych kształtuje się koncepcja tzw. niezbędnych ograniczeń konkurencji (*ancillary restraints* – literalne tłumaczenie nakazywałoby stosować terminologię „pomocnicze ograniczenie konkurencji")[64]. Koncepcja ta zakłada, że niektóre ograniczenia konkurencji – które normalnie traktowane byłyby jako niedozwolone – winny zostać uznane za legalne (na gruncie art. 101 ust. 1 TFUE), albowiem są częścią szerszej – pozytywnie ocenianej – działalności gospodarczej i są niezbędne dla jej realizacji[65]. Celem omawianej konstrukcji prawnej jest uelastycznienie oceny porozumień, które mogą ograniczać konkurencję[66]. Powyższe następuje w uproszczonej formie, tj. bez konieczności odwoływania się do instytucji indywidualnego wyłączenia i związanej z tym konieczności ekonomicznego uzasadnienia spełnienia czterech przesłanek prokonkurencyjności.

Ponadto zdarzają się sytuacje, w których ograniczenie konkurencji będące podstawą (a nie jedynie elementem ubocznym) porozumienia formalnie winno być zakazane ze względu na antykonkurencyjny cel lub skutek, niemniej z uwagi na pewne zewnętrzne okoliczności traktowane jest jako obiektywnie uzasadnione, tj. dozwolone bez odwoływania się do instytucji indywidualnego zwolnienia. Przykładem na powyższe rozumowanie jest wyrok Trybunału w sprawie *Wouters*[67]. W sprawie tej chodziło o zasadę ustanowioną przez holenderską radę adwokacką zabraniającą adwokatom zakładania

[64] W UE znalazła ona po raz pierwszy odzwierciedlenie w wyroku Trybunału z 30.06.1966 r. w sprawie C-56/65 *STM v. Maschinenbau Ulm* (Zb. Orz. 1966, s. 235) oraz w wyroku Trybunału z 13.07.1966 r. w połączonych sprawach C-56/64 i C-58/64 *Consten v. Grundig* (Zb. Orz. 1966, s. 299), a następnie w wyroku Trybunału z 25.10.1977 r. w sprawie 26/76 *Metro I* (Zb. Orz. 1977, s. 1875; zob. w szczególności pkt. 20-21). Z aktualniejszego orzecznictwa zob. wyrok Trybunału z 15.12.1994 r. w sprawie C-250/92 *Göttrup-Klim e.o. Grovvareforeninger v Dansk Landbrugs Grovvareselskab AMBA* (Zb. Orz. 1994, s. I- 05641) oraz wyrok Sądu z 18.09.2001 r. w sprawie T-112/99 *Métropole Télévision* (Zb. Orz. 2001, s. II-2459).

[65] Glossary of terms used in EU competition policy http://ec.europa.eu/competition/pulications/glossary_en.pdf. Zob. także pkt. 28-31 Wytycznych Komisji w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 (obecnego art. 101 ust. 3) Traktatu (Dz.Urz. UE 2004 C 101/8), w szczególności w zakresie rozróżnienia między instytucjami niezbędnych ograniczeń a indywidualnego zwolnienia spod zakazu karteli.

[66] Kwestię tę szczegółowo omawia: A. Jurkowska, *Doktryna niezbędnych ograniczeń we wspólnotowym orzecznictwie antymonopolowym w sprawach porozumień ograniczających konkurencję*, Problemy Zarządzania 2004, nr 3 (5), s. 48-58; zob. także omówione w tym artykule orzecznictwo i literaturę. Zob. także A. Stawicki [w:] A. Stawicki i E. Stawicki (red.), *Ustawa…*, s. 242-244.

[67] Wyrok Trybunału z 19.02.2002 r. w sprawie C-309/99, *Wouters*, (Zb.Orz. 2002, s. I-01577).

spółek z nie-adwokatami (a konkretnie z biegłymi rewidentami, wspólnikami holenderskiego oddziału istniejącego jeszcze wówczas Arthura Andresena). W ocenie Trybunału zakaz taki wprawdzie ogranicza konkurencję, jednak jest obiektywnie uzasadniony koniecznością zapewnienia, aby adwokat działał w pełni niezależnie, lojalnie, przy zachowaniu tajemnicy zawodowej i poszanowaniu reguł tyczących się unikania konfliktu interesów, a więc względami, które R. Whish określa jako *regulatory ancillarity*[68].

W analizowanych orzeczeniach Prezesa UOKiK nie znalazłem prób stosowania instytucji *ancillary restraints*, czy też instytucji obiektywnego uzasadnienia. Konkluzja ta może jednak nie być w pełni ścisła z uwagi na możliwość uwzględnienia przez Prezesa UOKiK na etapie postępowania wyjaśniającego argumentacji stron odwołującej się do ww. instytucji. W takim przypadku Prezes UOKiK kończy postępowanie wyjaśniające na podstawie art. 48 ust. 3 Ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, wydając postanowienie, które nie jest publikowane i zwyczajowo jedynie skrótowo uzasadniane.

Niemniej warto wskazać na niedawną decyzję prezesa UOKiK w sprawie Naczelnej Izby Lekarskiej, w której Prezes UOKiK nie rozważał zastosowania tej instytucji (lub instytucji obiektywnego uzasadnienia), mimo że w mojej ocenie były ku temu uzasadnione podstawy. Na mocy decyzji z 25.07.2011 r.[69] Prezes UOKiK zakazał Naczelnej Izbie Lekarskiej stosowania porozumienia ograniczającego lekarzom możliwość wypisywania leków homeopatycznych. Prezes UOKiK zarzucił, że taka praktyka ogranicza przedsiębiorcom prowadzącym sprzedaż leków homeopatycznych dostęp do krajowych rynków sprzedaży homeopatycznych produktów leczniczych wydawanych z przepisu lekarza.

Podstawą do zarzutu UOKiK było stanowisko Naczelnej Izby Lekarskiej podjęte w formie uchwały, zgodnie z którym stosowanie środków homeopatycznych jest sprzeczne z zasadami etyki lekarskiej. Uchwała pozostawała w zakresie ustawowych obowiązków Izby, do których należy m.in. piecza nad prawidłowym wykonywaniem zawodu oraz wypowiadanie się w sprawach polityki zdrowotnej państwa i ochrony zdrowia. Powodem wydania takiej negatywnej opinii wobec homeopatii był brak obowiązku przeprowadzenia odpowiednich badań leków homeopatycznych, analogicznych do badań klinicznych, jakim podlegają pozostałe leki przed formalnym dopuszczeniem do obrotu. Zdaniem Naczelnej Izby Lekarskiej lekarze wykonujący zawód mieli obowiązek odmówić zastosowania tej metody, ponieważ nie została ona naukowo zweryfikowana i może szkodzić zdrowiu pacjentów.

Urząd nie podzielił argumentacji przedstawionej przez Izbę. Uznał bowiem, że organem właściwym do monitorowania działań niepożądanych jest Urząd Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych, a nie samorząd zawodowy, który *de facto* przypisał sobie takie kompetencje. Ponadto, wbrew stanowisku Naczelnej Izby Lekarskiej, opinia dotycząca stosowania homeopatii nie ma charakteru niewiążącego stanowiska w sprawie, gdyż Izba wymusza jej respektowanie przez swoich członków na drodze dyscyplinarnej. W konsekwencji, zdaniem

[68] Zob. R. Whish, *Competition Law*, Fifth Edition, s. 119-124. Warto wskazać, że nie jest w pełni jasne, do jakiej kategorii zaklasyfikować zaakceptowane przez Trybunał w sprawie *Wouters* wyłączenie spod zakazu z art. 101 ust. 1 TFUE. Czy do klasycznej konstrukcji *ancillary restraints,* czy też można uznać, że mamy tu do czynienia z nową instytucją wyłączenia spod zakazu z art. 101 ust. 1 TFUE (za czym przemawia fakt, że ograniczenie konkurencji w sprawie *Wouters* miało charakter samoistny, a nie dodatkowy, pomocniczy względem porozumienia głównego, jak ma to miejsce w przypadku klasycznego *ancillary restraints*). A. Jurkowska-Gomułka odczytuje ww. wyroki jako przykład *ancillary restraints*. Podobnie cytowany powyżej R. Whish. W odmiennym kierunku idzie natomiast Rzecznik Generalny Trybunału Ján Mazák, który w opinii w sprawie *Pierre Fabre* umieszcza wyrok w sprawie *Wouters* w kontekście instytucji *„obiektywnego uzasadnienia"* naruszenia konkurencji (zob. pkt. 31-141 opinii z 3.03.2011 r. w sprawie C-439/09 *Pierre Fabre*). W podobnym duchu wypowiada się E. Loozen (*Proffessional Ethics nad Restraints of Competition,* European Law Review 2006 nr 31(1)), która wskazuje, że wyrok w sprawie *Wouters* stanowi podstawę do stosowania testu obiektywnej konieczności, który zakłada, że ograniczenia konkurencji, które są obiektywnie niezbędne, nie wchodzą w zakres zastosowania art. 101 ust. 1 TFUE. Nie brak też głosów, które widzą w wyroku *Wouters* przejaw zastosowania przez Trybunał reguły rozsądku na gruncie art. 101 ust. 1 TFUE. Zob. P. Andrews, *Self-regulation by Professions – The Approach Under EU and US Competition Rules*, European Competition Law Review 2002, nr 23(6). Zob. także wyczerpująco na ten temat M. Grzelak, *Glosa do wyroku w sprawie Wouters,* [w:] A. Jurkowska, T. Skoczny (red.), *Orzecznictwo sądów wspólnotowych w sprawach konkurencji w latach 1964-2004*, s. 727-738.

[69] Decyzja Prezesa UOKiK z 25.07.2011 r., DOK-6/2011.

UOKiK, obiektywnym celem opublikowanego stanowiska było ograniczenie dostępu do krajowego rynku sprzedaży leków przedsiębiorcom prowadzących sprzedaż środków homeopatycznych wydawanych na receptę.

Przy tej sprawie warto się zastanowić, czy Urząd nie nazbyt pochopnie odrzucił możliwość obiektywnego uzasadnienia stanowiska Naczelnej Izby Lekarskiej. Stosując model ze sprawy *Wouters*, należałoby rozpatrzyć, czy działania Izby nie są usprawiedliwione w świetle funkcji gwarancyjnej samorządu zawodowego w zakresie świadczenia odpowiedniego poziomu usług lekarskich oraz zasady ochrony zdrowia pacjentów będących odbiorcami końcowymi. Należałoby także ponownie zastanowić się, czy rzeczywiście obiektywnym celem komentowanej praktyki było ograniczenie dostępu do rynku firmom produkującym leki homeopatyczne. Wydaje się raczej, że głównym celem tej praktyki było zagwarantowanie pacjentom leczenia w oparciu o zweryfikowane naukowo metody, a jedynie jej ubocznym – niezamierzonym – skutkiem było ryzyko ograniczenia takiego dostępu.

V. Wnioski końcowe

1. Praktyka orzecznicza Prezesa UOKiK wyróżnia się tendencją do dowodzenia zaistnienia antykonkurencyjnych skutków, mimo że nie jest to formalnie wymagane w sprawach, w których jednocześnie organ antymonopolowy wykazał antykonkurencyjny cel. W wielu sprawach antykonkurencyjny skutek postrzegany jest w sposób mocno uproszczony. W konsekwencji bywa on bardziej zbliżony do punktowego zdeformowania wąskiego wycinka działalności gospodarczej, niż do realnego ograniczenia mechanizmów konkurencji odczuwalnych przez przeciętnego konsumenta, czy też do negatywnej zmiany struktury rynku właściwego. Sprawy, w których organ antymonopolowy stara się wykazać antykonkurencyjny skutek w tym drugim rozumieniu, są zdecydowanie rzadsze. Przeważają sytuacje, w których stwierdzenie antykonkurencyjnego skutku porozumienia nie jest wynikiem szerokiej analizy ekonomicznej rynku właściwego, ale konsekwencją wyprowadzania formalnych wniosków logicznych ze stanu faktycznego ustalonego w ramach badania porozumienia jako zakazanego co do celu.

2. Zauważalna jest także znaczna liczba spraw, w których organ antymonopolowy stosuje domniemania faktyczne (art. 231 k.p.c. w zw. z art. 84 uokik z 2007 r.). Domniemania takie de facto kształtują prawo Prezesa UOKiK do skutecznego zakwestionowania działań przedsiębiorców, które uwidaczniają się poprzez swoje rzeczywiste i namacalne antykonkurencyjne skutki, mimo że brak bezpośrednich dowodów co do tego, że skutki takie są wynikiem zmowy. Co istotne, są one stosowane w przypadkach porozumień zakazanych co do celu, ale wówczas, kiedy nie ma bezpośrednich dowodów na to, że taki cel istniał.

3. Polskie orzecznictwo antymonopolowe jest świadome potrzeby stosowania podejścia ekonomicznego, uwzględniającego nie tylko „goły" zapis w umowie, lecz także szeroko pojęte okoliczności gospodarczo-biznesowe towarzyszących danej praktyce. Takie podejście pojawia się w części spraw; niemniej nadal silnie obecne jest także podejście formalistyczne. Pojawiają się jednak pewne symptomy zmian, jak np. pierwsza decyzja Prezes UOKiK przyznająca indywidualne zwolnienie od horyzontalnej zmowy cenowej, która jest nowością nie tylko w Polsce, ale i w Unii Europejskiej.

4. Na chwilę obecną w polskiej praktyce orzeczniczej nie widać prób poszukiwania nowych sposobów „legalizacji" porozumień, które formalnie mogą ograniczać konkurencję, ale ich sankcjonowanie nie jest racjonalne, na wzór instytucji ancillary restraints, czy obiektywnego uzasadnienia praktyk ograniczających konkurencję (które jednocześnie spełniają pożądane funkcje społeczne).

Agata Jurkowska-Gomułka*

Stosowanie zakazu porozumień ograniczających konkurencję zorientowane na ocenę skutków ekonomicznych? Uwagi na tle praktyki decyzyjnej Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w odniesieniu do ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z 2007 roku

Spis treści:

I. Wprowadzenie
II. W stronę podejścia zorientowanego na ocenę skutków ekonomicznych
   1. Doktryna dobrobytu konsumentów
   2. Uwzględnianie kontekstu zawarcia i/lub funkcjonowania porozumienia jako ostatecznej determinanty oceny antymonopolowej
   3. Odwołania (bezpośrednie lub pośrednie) do ugruntowanych ekonomicznie doktryn antymonopolowych
   4. Umarzanie postępowań ze względu na spełnienie przesłanek z art. 8 ust. 1 uokik
   5. Zastosowanie decyzji zobowiązujących na podstawie art. 12 uokik
III. Podejście ekonomiczne w odwrocie?
IV. Uwagi końcowe

Streszczenie:

Artykuł analizuje sposób oceny porozumień ograniczających konkurencję z perspektywy podejścia zorientowanego na skutki gospodarcze. Wśród przejawów tego podejścia zidentyfikowano m.in.: 1) przyjęcie dobrobytu konsumentów jako zasadniczej przesłanki interwencji antymonopolowej; 2) uwzględnianie kontekstu zawarcia i/lub funkcjonowania porozumienia jako ostatecznego determinantu oceny antymonopolowej; 3) odwołania (bezpośrednie lub pośrednie) do ugruntowanych ekonomicznie doktryn antymonopolowych, takich jak doktryna jednego przedsiębiorcy, czy doktryna niezbędnych ograniczeń; 4) umarzanie postępowań antymonopolowych ze względu na spełnienie przez porozumienie przesłanek określonych w art. 8 ust. 1 uokik (wyjątek legalny); 5) skalę zastosowania tzw. decyzji zobowiązujących, wydawanych na podstawie art. 12 uokik.

Słowa kluczowe:

dobrobyt konsumentów; podejście ekonomiczne; podejście zorientowane na skutki ekonomiczne; ocena antymonopolowa; porozumienia; wyjątek legalny; wyłączenie.

* Dr nauk prawnych; adiunkt w Zakładzie Europejskiego Prawa Gospodarczego Wydziału Zarządzania UW; sekretarz naukowy Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych WZ UW.

I. Wprowadzenie

Przyjęte w prawie ochrony konkurencji podejście zorientowane na ocenę skutków ekonomicznych (*effects-based approach*) oznacza skoncentrowanie antymonopolowej oceny praktyk ograniczających konkurencję na badaniu gospodarczych skutków zachowań przedsiębiorców, nie zaś na formach ich działań. Podejście takie uzależnia oceny zachowań przedsiębiorców nie tylko od treści klauzul prawnych, ale także od warunków rynkowych, w jakich te zachowania miały miejsce, i innych kryteriów gospodarczych, w tym korzyści ekonomicznych generowanych na rzecz konsumentów[1]. Proces ekonomizacji stosowania prawa konkurencji przeciwstawiany jest tzw. podejściu formalnemu lub formalistycznemu (*formalistic approach*), charakteryzującemu się brakiem pogłębionej refleksji nad efektami gospodarczymi praktyk uznawanych potencjalnie za antykonkurencyjne. Przejawy podejścia zorientowanego na ocenę skutków ekonomicznych są widoczne zarówno na etapie stanowienia, jak i stosowania prawa ochrony konkurencji. Do jego podstawowych instrumentów należą m.in.: racjonalizacja zakazu porozumień ograniczających konkurencję (poprzez ustanowienie wyjątku legalnego opartego na samoocenie przedsiębiorców), relatywizacja tego zakazu poprzez ukształtowanie wyłączeń grupowych dla określonych kategorii porozumień[2], czy stosowanie doktryny niezbędnych ograniczeń.

Podejście zorientowane na ocenę skutków ekonomicznych już od ponad dekady deklarowane jest przez Komisję Europejską (Komisja, KE) jako priorytetowa wytyczna polityki konkurencji, także w zakresie wdrażania zakazów praktyk ograniczających konkurencję. Warto jednak odnotować pewną zmianę terminologiczną, jaka zafunkcjonowała w wypowiedziach KE – początkowo dokumenty Komisji posługiwały się pojęciem „podejście ekonomiczne" (*economic approach*), z czasem jednak fraza ta została zastąpiona określeniem „podejście zorientowane na ocenę skutków ekonomicznych" lub „podejście skutkowe" (*effects-based approach*).

Podejście ekonomiczne (skutkowe) do stosowania zakazów praktyk ograniczających konkurencję spotkało się co prawda ze sporym zainteresowaniem w polskim piśmiennictwie z zakresu prawa konkurencji[3], jednak w dokumentach planistycznych z zakresu polityki konkurencji wyraźne odniesienia do podejścia ekonomicznego, czy podejścia skutkowego występują stosunkowo rzadko i odnoszą się głównie do legislacyjnego wymiaru ekonomizacji ocen praktyk ograniczających konkurencję (w tym antykonkurencyjnych porozumień). W dokumencie „Polityka konkurencji na lata 2011-2013"[4] w ramach poziomu pierwszego oddziaływania polityki konkurencji na lata 2011-2013 („Oddziaływanie bezpośrednio na proces konkurencji w gospodarce czyli na działających na poszczególnych rynkach przedsiębiorców. Obszar A. Ochrona i wspieranie konkurencji w gospodarce") jeden z priorytetów stanowi „Weryfikacja i uaktualnienie systemowego podejścia do oceny porozumień między przedsiębiorcami"

[1] Problem podejścia ekonomicznego i jego instrumentów w polityce konkurencji w UE prezentujemy szerzej wraz z T. Skocznym w artykule: *Ekonomizacja wspólnotowej polityki konkurencji – założenia a realizacja*, [w:] A. Stępniak, S. Umiński, A. Zabłocka (red.), *Wybrane problemy integracji europejskiej*, Sopot 2009, ss. 185-193.

[2] Na temat koncepcji racjonalizacji i relatywizacji zakazu antykonkurencyjnych porozumień zob. T. Skoczny, *Instrumenty relatywizacji i racjonalizacji zakazów praktyk ograniczających konkurencję*, [w:] *Granice wolności gospodarczej w systemie społecznej gospodarki rynkowej. Księga jubileuszowa z okazji 40-lecia pracy naukowej prof. dr. hab. Jana Grabowskiego*, Katowice 2004, s. 249 i nast.

[3] Por. m.in. M. Modzelewska de Raad, *More economic approach to exclusivity agreements: how does it work in practice?Case comment to the judgment of the Court of Appeals in Warsaw of 25 February 2010 Lesaffre Polska (Ref. No. VI Aca 61/09)*, Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies 2011, vol. 4(5); K. Kohutek, *Zarzut nadużycia pozycji dominującej na rynku usług weterynaryjnych*, Glosa nr 4/2009; M. Kolasiński, *Ekonomiczne spojrzenie na prawo konkurencji*, Rzeczpospolita z 23-24.08.2008 r., s. C8. Niektórzy autorzy, choć generalnie opowiadają się za ekonomizacją, zgłaszają również swoje krytyczne zastrzeżenia por. np. A. Piszcz, *Ekonomizacja prawa antymonopolowego*, [w:] P. Chmielnicki, A. Dybała (red.), *Nowe kierunki działań administracji publicznej w Polsce i Unii Europejskiej*, Warszawa 2010, ss. 215-216; M. Stefaniuk, M. Swora, *Richarda Allena Posnera ekonomiczna analiza prawa i poglądy na gospodarkę*, [w:] C. Banasiński, E. Stawicki (red.), *Konkurencja w gospodarce współczesnej*, Warszawa 2007, ss. 39-56.

[4] Jest to dokument rządowy, opublikowany przez Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w 2011 r. Jest on dostępny także w formie elektronicznej pod adresem: http://www.uokik.gov.pl/publikacje.php?tag=2#f1517.

(Priorytet 3), na którą składa się m.in. działanie zatytułowane „Weryfikacja i uaktualnienie systemu wyłączeń grupowych w polskim prawie antymonopolowym" (Działanie 1). Plan i realizacja tego działania mogą być postrzegane jako przejaw podejścia skutkowego wobec zakazu porozumień ograniczających konkurencję wyrażonego w art. 6 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów[5], zwłaszcza w świetle deklaracji, że „Właściwie funkcjonujący system ochrony konkurencji winien brać pod uwagę możliwe pozytywne skutki porozumień między przedsiębiorcami. Wiele z nich przynosi bowiem szereg korzyści gospodarczych, pozwalając na korzystną dla konsumentów koordynację zachowań lub podział zadań między ich uczestnikami"[6] oraz że „(…) zachowania, które dotychczas był oceniane jednoznacznie negatywnie, mogą, w wyniku rozwoju wiedzy ekonomicznej zostać uznane, za co najmniej, w niektórych wypadkach nieszkodliwe dla konkurencji i vice versa"[7]. Niewątpliwie jednak znacznie wyraźniej podejście ekonomiczne zaznaczone zostało na drugim poziomie oddziaływania polityki („Oddziaływanie na rozwój systemu instytucjonalnego państwa odpowiedzialnego za realizację polityki konkurencji") w ramach działania drugiego („Zwiększenie nacisku na inne, niż powstanie lub wzmocnienie pozycji dominującej, skutki koncentracji, przy jednoczesnym szerszym wykorzystaniu metod analizy ekonomicznej, w praktyce oceny połączeń") w priorytecie pierwszym („Usprawnienie funkcjonowania systemu kontroli koncentracji")[8].

Brak bezpośrednich deklaracji co do zorientowanego gospodarczego podejścia do oceny porozumień między przedsiębiorcami nie może być jednak traktowane równoznacznie z brakiem akceptacji takiego podejścia na poziomie praktyki decyzyjnej. Celem prezentowanego artykułu jest identyfikacja oznak (lub ich braku) podejścia zorientowanego na ocenę skutków ekonomicznych (podejścia skutkowego) do porozumień ograniczających konkurencję w praktyce decyzyjnej Prezesa UOKiK pod rządami ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z 2007 r. Poza zakresem przedmiotowym artykułu pozostaje natomiast działalność prawodawcza związana z ustawą, przede wszystkim wydawanie nowych rozporządzeń wyłączających grupowo niektóre kategorie porozumień. Należy przy tym zaznaczyć, że obowiązująca od dnia 21.04.2007 r. ustawa nie wprowadziła żadnych zmian w zakresie materialnego prawa porozumień ograniczających konkurencję (art. 6-8). Wyznaczenie zatem zakresu prezentowanej analizy dorobku decyzyjnego Prezesa UOKiK ma jedynie wymiar symboliczny, podyktowany okolicznościowym charakterem niniejszego numeru iKAR. Analizie poddane zostały wszystkie decyzje Prezesa UOKiK dotyczące porozumień ograniczających konkurencję, a wydane na podstawie ustawy z 2007 r.[9], jedynie wyjątkowo w tekście wzmiankowane są również decyzje, dla których podstawą prawną były co prawda przepisy ustawy z 2000 r.[10], jednak rozstrzygnięcia te wydane zostały stosunkowo niedawno (w latach 2010-2011), więc należy przyjąć, że odzwierciedlają one aktualne tendencje polskiej polityki konkurencji[11].

[5] Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331, ze zm.) (uokik z 2007 r.).

[6] Polityka konkurencji na lata 2011-2013, s. 13.

[7] Ibidem.

[8] Por. Polityka konkurencji na lata 2011-2013, ss. 33-34.

[9] Analizie poddane zostały wszystkie decyzje Prezesa UOKiK udostępnione on-line pod adresem: http://www.uokik.gov.pl/decyzje_prezesa_uokik3.php. W sumie zanalizowano 87 decyzji.

[10] Ustawa z dnia 15.12.2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jednolity Dz. U. 2005 Nr 244, poz. 2080 ze zmianami).

[11] Chodzi o następujące decyzje: z dnia 30.12.2011 r., RWA-34/2011 z dnia 29.12.2011 r., RWA-27/2011; z dnia 31.12.2010 r., DOK-12/2010; z dnia 9.09.2010 r., RLU-17/2010; z dnia 24.05.2010 r., DOK-4/2010; z dnia 26.03.2010 r., RGD-5/2010.

II. W stronę podejścia zorientowanego na ocenę skutków ekonomicznych

Analiza decyzji Prezesa UOKiK w przyjętym okresie pozwala stwierdzić, że podejście skutkowe do porozumień ograniczających konkurencję realizowane jest poprzez: 1) przyjęcie dobrobytu konsumentów jako zasadniczej przesłanki interwencji antymonopolowej, 2) uwzględnianie kontekstu zawarcia i/lub funkcjonowania porozumienia jako ostatecznej determinanty oceny antymonopolowej, 3) odwołania (bezpośrednie lub pośrednie) do ugruntowanych ekonomicznie doktryn antymonopolowych, takich jak doktryna jednego przedsiębiorcy, czy doktryna niezbędnych ograniczeń, 4) umarzanie postępowań antymonopolowych ze względu na spełnienie przez porozumienie przesłanek określonych w art. 8 ust. 1 uokik (wyjątek legalny), 5) skalę zastosowania tzw. decyzji zobowiązujących, wydawanych na podstawie art. 12 uokik. Powyższa lista nie ma charakteru wyczerpującego i takiego mieć nie może ze względu na złożoność definicji zjawiska podejścia skutkowego, stanowi ona raczej subiektywny, choć oparty na rzetelnej analizie dorobku decyzyjnego, wybór elementów uznanych za przejaw ekonomizacji stosowania zakazu porozumień ograniczających konkurencję.

1. Doktryna dobrobytu konsumentów

Jednym z wyznaczników zaawansowanej ekonomizacji polityki konkurencji (w tym również stosowania zakazów praktyk ograniczających konkurencję) jest koncentrowanie się na dobrobycie konsumenta (*consumer welfare*) jako ostatecznym jej celu. W decyzjach Prezesa UOKiK w ostatnich latach coraz częściej pojawiają się bezpośrednie odniesienia do kategorii dobrobytu konsumenta[12]. W decyzji DOK-3/2010 pojawiła się bezpośrednia deklaracja, że „(…) ostatecznym celem ochrony konkurencji, o którym mowa w art. 1 uokik, jest maksymalizacja dobrobytu konsumentów (tzw. *consumer welfare*)”[13]. W decyzji w sprawie kartelu cementowego (DOK-7/2009) nawiązania do dobrobytu konsumentów pojawiły się natomiast jedynie poprzez cytaty z wytycznych Komisji w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 TWE. W niektórych decyzjach Prezes UOKiK powtarza – wprost lub pośrednio – zaczerpniętą z wyroku Sądu Najwyższego (SN)[14] – deklarację, że „ochrona konkurencji jako mechanizmu funkcjonowania gospodarki dokonywana jest ze względu na fakt, iż praktyki naruszające poszczególne przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, w szczególności zakaz porozumień ograniczających konkurencję, godzą w dobrobyt konsumenta (*consumer welfare*) i jako sprzeczne z naczelną funkcją ustawy powinny być surowo karane”[15]. W doktrynie (zarówno polskiej, jak i zagranicznej) o dobrobycie konsumentów jako ultymatywnym celu prawa konkurencji mówi się zwykle w ujęciu dynamicznym [prawo konkurencji ma służyć maksymalizacji nadwyżki (*maximization of surplus*)[16]], podczas gdy w jednej z decyzji Prezesa UOKiK wydanych w 2011 r. dobrobyt konsumentów ujmowany jest raczej statycznie jako przedmiot ochrony [„Praktyki ograniczające konkurencją

[12] Por. m.in. decyzje Prezesa UOKiK: z dnia 2.11. 2010 r., RPZ-26/2010; z dnia 15.06.2011 r., RPZ-7/2011; z dnia 25.07.2011 r., DOK-6/2011. Szerzej na temat doktryny dobrobytu konsumenta w polskim prawie antymonopolowym pod rządami poprzednich ustaw – por. D. Miąsik, *Controlled chaos with consumer welfare as the winner – a study of the goals of Polish antitrust law*, Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies 2008, vol. 1(1).

[13] Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 26.04.2010 r., DOK-3/2010, s. 27. W wydanej na podstawie przepisów ustawy z 2010 r. decyzji w sprawie kartelu cementowego (DOK-7/2009) nawiązania do dobrobytu konsumentów pojawiły się jedynie poprzez cytaty z wytycznych Komisji w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 TWE (Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 8.12.2009 r., DOK-7/2009, pkt 454, 476, 523).

[14] Wyrok SN z 19.10.2006 r., sygn. akt III SK 15/06.

[15] Por. m.in. decyzje Prezesa UOKiK: z 30.12.2011 r., RWA-53/2011; z dnia 25.07.2011 r., DOK-6/2011; z 29.04.2011 r., RKR-12/2011; z 24.12.2010 r., RPZ-31/2010, s. 7.

[16] Por. m.in.: K.J. Cseres, *The Controversies of the Consumer Welfare Standard*, Competition Law Review 2006 vol. 3(2), s. 124 i d.; W. Kovacic, *Competion policy, consumer protection and economic disadvantage*, (2007) 25 Jurnalof Law and Policy; M. Hutchings, P. Whealan, *Consumer interest in competition law cases*, Consumer Law Review 2006, vol. 16, s. 182.

godzą w ostatecznym wymiarze w interes odbiorców, a tym samym w dobrobyt konsumenta, którego ochrona jest ostatecznym celem prawa konkurencji (…)"[17], podkr. aut.]. Równocześnie jednak organ antymonopolowy dookreśla, że godzenie w dobrobyt konsumentów oznacza pozbawianie ich „końcowych korzyści wynikających z konkurencji takich jak: większy wybór, lepsza jakość, niższe ceny oraz większa innowacyjność produktów i usług oferowanych na rynku" (*ibidem*), co z kolei świadczy o tym, że dobrobyt konsumenta nie jest jednak postrzegany przez organ jako swoiste *status quo,* zespół stałych, „zastanych" elementów konstytuujących sytuację ekonomiczną i społeczną konsumentów. Incydentalnie w praktyce decyzyjnej organu pojawia się odwołanie do pojęcia „nadwyżki konsumentów" (*consumer surplus*)[18]. Dobrobyt konsumenta utożsamiany jest przy tym przez Prezesa UOKiK z interesem odbiorców[19], zaś nawiązania do doktryny dobrobytu konsumenta pojawiają się przede wszystkim w tych częściach decyzji, które analizują kategorię interesu publicznego jako przesłankę stosowania ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów[20]. Nawet jeśli nawiązania do kategorii pojęciowej dobrobytu konsumentów są dość lakoniczne i jedynie bardzo ogólnikowo wyznaczają standard dowodowy (lub choćby *benchmark*[21]) w sprawach antymonopolowych, to ich obecność w decyzjach organu ochrony konkurencji należy w moim przekonaniu odczytywać jako opowiedzenie się – przynajmniej w sferze deklaratywnej – za podejściem zorientowanym na skutki gospodarcze. Wniosek ten jest tym bardziej uprawniony, że nawet jeśli w niektórych decyzjach antymonopolowych brak jest bezpośredniego powołania się na dobrobyt konsumentów jako ultymatywnego celu ochrony konkurencji, to organ wydaje się realizować doktrynę *consumer welfare* wskazując, że „Jej (konkurencji – przyp. aut.) istotą jest współzawodnictwo niezależnych podmiotów w celu uzyskania przewagi pozwalającej na osiągnięcie maksymalnych korzyści ekonomicznych ze sprzedaży towarów i usług oraz maksymalne zaspokojenie potrzeb konsumentów na możliwie najkorzystniejszych warunkach"[22] lub „maksymalne zaspokojenie potrzeb konsumentów przy jak najniższych cenach"[23] (podkr. aut.). Warto zaznaczyć, że takie ujęcie koncepcji dobrobytu konsumentów uwypukla jej dynamiczny charakter.

2. Uwzględnianie kontekstu zawarcia i/lub funkcjonowania porozumienia jako ostatecznej determinanty oceny antymonopolowej

Ekonomizacja stosowania prawa konkurencji przejawia się między innymi w braku automatyzmu w ocenie porozumień między przedsiębiorcami i uwzględnianiu szerokiego kontekstu gospodarczego, w jakim porozumienie funkcjonuje. Za pozytywny przykład podejścia zorientowanego na skutki gospodarcze posłużyć może w tym kontekście decyzja w sprawie domniemanego ustalania cen na

[17] Decyzja Prezesa UOKiK z 30.12.2011 r., RPZ-39/2011. Por. także decyzje Prezesa UOKiK, w których ochrona interesów konsumentów wskazywana jest jako kolejny, „oprócz optymalizacji efektywności działań gospodarczych", cel zakazu porozumień ograniczających konkurencję (por. decyzje: z 28.04.2010 r., RKT-04/2010, s. 10; z 30.12.2009 r., RKT-49/2009, s. 39; z 28.12.2009 r., RKT-43/2009, s. 31; z 8.12.2009 r., RKT-35/2009, s. 16; z 15.09.2009 r., RKT-27/2009, s. 20; z 17.08.2009 r., RKT-22/2009, s. 13; z 31.12.2008 r., RKT-114/2008, s. 13; z 31.12.2008 r., RKT-107/2008, s. 11).

[18] Decyzja Prezesa UOKiK z 16.07.2010 r., DOK-6/2010, pkt 70.

[19] Por. decyzja Prezesa UOKiK z 30.12.2011 r., RPZ-39/2011.

[20] W niektórych decyzjach odniesienie do dobrobytu konsumentów pojawiło się w związku z nakładaniem sankcji za naruszenie zakazu porozumień ograniczających konkurencję (np. decyzja RWA-34/2011, DOK-6/2011).

[21] Tak K.J. Cseres, *The Controversies*…, s. 123.

[22] Por. decyzje Prezesa UOKiK: z 29.11.2011 r., RKT-37/2011, s. 8; z 12.08.2011 r., RKT-22/2011, s. 14; z 30.12.2010 r., RGD-32/2010, s. 22; z 17.12.2010 r., RKT-42/2010, s. 20; z 4.10.2010 r., RWR-24/2010, s. 10; z 28.04.2010 r., RKT-04/2010, s. 9; z 30.12.2009 r., RKT-49/2009, s. 34; z 8.12.2009 r., RKT-35/2009, s. 11; z 15.09.2009 r., RKT-27/2009, s. 18; z 17.08.2009 r., RKT-22/2009, s. 12; z 31.12.2008 r., RKT-110/2008, s. 32; z 31.12.2008 r., RKT-109/2008, s. 64; z 19.12.2008 r., RKT-88/2008, s. 41.

[23] Por. decyzje Prezesa UOKiK: z 28.11.2011 r., DOK-10/2011, pkt 60; z 4.11.2011 r., RKT-33/2011, s. 8; z 11.07.2011 r., RKT-16/2011, s. 10; z 31.12.2010 r., DOK-12/2010, s. 82; z 31.12.2010 r., DOK-11/2010, ss. 45-46; z 27.12.2010 r., RKT-47/2010, s. 8; z 30.12.2010 r., RKT-48/2010, s. 8; z 20.12.2010 r., RKT-43/2010, s. 9; z 24.05.2010 r., DOK-4/2010, pkt 262; z 26.04.2010 r., DOK-3/2010, s. 15; z 19.04.2010 r., RWA-3/2010, s. 10; z 30.12.2009 r., RKT-47/2009, s. 5; z 28.12.2009 r., RKT-44/2009, s. 21; z 28.12.2009 r., RKT-43/2009, s. 26; z 31.12.2008 r., RKT-114/2008, s. 9; z 31.12.2008 r., RKT-107/2008, s. 6; z 4.07.2008 r., DOK-3/2008, s. 11.

rynku usług przewodnickich w Sudetach Zachodnich (RKT-37/2011)[24]. Ocenie w świetle art. 6 ust. 1 uokik poddane zostały uchwały Zarządu Koła Przewodników Sudeckich w sprawie cenników i stawek za usługi przewodnickie. W toku postępowania antymonopolowego ustalono, że kwestionowane uchwały „zawierały jasne wskazanie, że informacja o cenach jest następstwem licznych zapytań ze strony biur podróży i innych kontrahentów, i to oni, a nie przewodnicy, są adresatem tej informacji"[25]. Z tego powodu, jak również ze względu na sugerowany charakter wskazanych cen[26], Prezes UOKiK nie dopatrzył się w analizowanych uchwałach anykonkurencyjnego celu, a dalsze badanie oddziaływania uchwał nie potwierdziło również ich antykonkurencyjnego skutku. Brak automatyzmu w ocenie praktyki w przywołanej decyzji jest szczególnie wartościowy również dlatego, że decyzję tę można postawić w jednym szeregu z innymi decyzjami dotyczącymi rynków usług przewodnickich, wydanymi w 2011 r. i uznającymi związane z cenami uchwały organizacji zrzeszających przewodników za praktyki ograniczające konkurencję (por. decyzja dotycząca przewodników beskidzkich[27] i decyzja dotycząca przewodników tatrzańskich[28]). Pogłębiona analiza rzeczywistego kontekstu porozumienia przewodników sudeckich doprowadziła jednak organ do odmiennych niż w innych decyzjach wniosków.

Kontekst gospodarczy przesądził także o uznaniu przez Prezesa UOKiK za porozumienie franchisingowe umów o współpracy zawartych między dystrybutorem masażerów a gabinetami partnerskimi (RPZ-31/2009[29]). Wstępna analiza doprowadziła do wniosku, że porozumienie to nie spełnia przesłanek definicji dystrybucji franchisingowej w rozumieniu § 2 pkt 6 rozporządzenia wyłączającego dla porozumień wertykalnych[30], ponieważ aparaty do masażu pozyskiwane od dystrybutora przez gabinety nie stanowiły przedmiotu dalszego obrotu. Ostatecznie jednak, analizując sens gospodarczy umowy, organ uznał, że mieści się ona w szerszej definicji franchisingu wypracowanej przez Sąd Antymonopolowy[31], a także w propozycji takiej definicji pochodzącej od OECD – obydwie te definicje opierały się na założeniu, że istotą franchisingu może być korzystanie przez franchisobiorcę z renomy i innych przejawów własności przemysłowej franchisodawcy. Kwalifikacja porozumienia jako dystrybucji franchisingowej skłaniała organ do liberalniejszej oceny antymonopolowej (ze względu na korzyści gospodarcze takiego systemu dystrybucji), jednak ostatecznie – ze względu na ustalanie sztywnych cen usług przez gabinety partnerskie i akceptowaniu ich przez dystrybutora – oceniana umowa nie mogła skorzystać z łagodniejszej oceny. Organ zaznaczył przy tym, że w umowie dopuszczalne byłoby jedynie sugerowanie cen „w formie wyliczeń opłacalności cen przy korzystaniu z danego urządzenia".

W duchu podejścia skutkowego wydana została decyzja uznająca za porozumienie ograniczające dostęp do rynku lub eliminującego z tego rynku przedsiębiorcę nieobjętego porozumieniem (art. 6 ust. 1 pkt 6) praktykę Organizacji Firm Badania Opinii i Rynku polegającą na uzależnieniu możliwości uzyskania certyfikatu jakości badań od członkostwa w tej organizacji, w sytuacji, gdy ograniczenie

[24] Decyzja Prezesa UOKiK z 29.11.2011 r., RKT-37/2011.

[25] Decyzja Prezesa UOKiK z 29.11.2011 r., RKT-37/2011, s. 15. Jako zakazane porozumienie antykonkurencyjne Prezes UOKiK uznał natomiast cennik usług fotograficznych, zawierający „sugerowane minimalne ceny", opracowany przez Stowarzyszenie Dziennikarzy Polskich. Inaczej niż w decyzji dotyczącej przewodników sudeckich organ antymonopolowy stwierdził, że cennik ten został przygotowany dla samych świadczeniodawców (fotografów) i w następstwie ich zapytań – por. decyzja z 2.11.2010 r., RPZ-26/2010.

[26] Z reguły rekomendacje cenowe w relacjach horyzontalnych uznawane są zakazane praktyki antykonkurencyjne – decyzja Prezesa UOKiK z 28.04.2010 r., RKT-04/2010.

[27] Decyzja Prezesa UOKiK z 19.12.2011 r., RKT-50/2011.

[28] Decyzja Prezesa UOKiK z 29.04.2011 r., RKR-12/2011.

[29] Decyzja Prezesa UOKiK z 31.12.2009 r., RPZ-31/2009.

[30] Rozporządzenie Rady Ministrów z 19.11.2007 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (Dz. U. nr 230, poz. 1691).

[31] Por. wyrok Sądu Antymonopolowego z 21.07.1992 r., XVII Amr 12/92, Orzecznictwo Gospodarcze 1992, z. 4, poz. 83.

to nie mogło zostać usprawiedliwione dbałością o jakość certyfikatów[32]. Tego rodzaju porozumienia, zbliżone w swojej istocie do porozumień standaryzacyjnych, rzeczywiście ograniczają konkurencję w ważnym dla rynku właściwego (krajowy rynek badania opinii i rynku) aspekcie jakościowym.

Podejście skutkowe widoczne jest, moim zdaniem, również we wzbudzającej wiele kontrowersji decyzji Prezesa UOKiK uznającej za zakazane antykonkurencyjne porozumienie stanowisko Naczelnej Rady Lekarskiej (NRL) rekomendujące lekarzom nie przepisywanie pacjentom leków homeopatycznych, w tym preparatów wydawanych wyłącznie na receptę (DOK-6/2011)[33]. Dowodząc spełnienia przez stanowisko NRL przesłanek antykonkurencyjnego celu i skutku porozumienia, organ antymonopolowy słusznie wskazał, że „przynajmniej potencjalnie" wdrażanie stanowiska Rady przyczynia się do ograniczenia dostępności środków homeopatycznych, potencjalność ta łatwo przekształca się zaś w rzeczywisty skutek, jeśli wziąć pod uwagę, że niestosowanie się do wytycznych NRL może być źródłem odpowiedzialności zawodowej, a praktyka odnotowała przypadki wszczynania postępowań dyscyplinarnych w tym przedmiocie. Na gruncie omawianej decyzji na uwagę zasługuje również fakt, że organ antymonopolowy wielokrotnie podkreśla w uzasadnieniu decyzji, że kwestionowana praktyka miała szeroki zakres oddziaływania, obejmujący nie tylko producentów leków homeopatycznych i podmioty zaangażowane w ich dystrybucję i sprzedaż, ale również – jeśli nie przede wszystkim – pacjentów, godząc w ich interes poprzez ograniczenie możliwości korzystania z określonych metod leczenia. Stanowisko Prezesa UOKiK w tym względzie wydaje się realizować doktrynę dobrobytu konsumentów. Nawet jeśli stanowisko NRL nie wypływało z pobudek „rynkowych", ale stanowiło – według Rady – realizację jej kompetencji „co do wypowiadania się w sprawach ochrony zdrowia i zasad wykonywania zawodu"[34], to organ ochrony konkurencji słusznie uznał, że wykonywanie tych kompetencji mogło co najmniej potencjalnie wpłynąć na określony rynek właściwy (krajowy rynek sprzedaży leków homeopatycznych wydawanych z przepisu lekarza) i stanowiło *de facto* 'próbę „regulacji" rynku'. Z perspektywy rekomendowanego we współczesnej polityce konkurencji podejścia skutkowego na aprobatę zasługuje reakcja organu antymonopolowego na takie „przejawy aktywności samorządu zawodowego, które formalnie mieszcząc się w przyznanych mu kompetencjach, godzą jednak w interes publicznoprawny wyrażający się w konieczności zapewnienia, aby na rynku istniała niezakłócona konkurencja"[35].

Za widoczny znak stosowania zakazu porozumień ograniczających konkurencję można uznać również okoliczność, że organ antymonopolowy skutecznie reaguje na coraz bardziej wysublimowane praktyki przedsiębiorców, w tym m.in. porozumienia typu *hub-and-spoke* (DOK-12/2010; DOK-4/2010[36]), które „formalnie zakwalifikowane jako wertykalne w rzeczywistości miało skutki typowe dla porozumienia horyzontalnego i nosiło cechy typowe dla kartelu detalistów, nadzorowanego i stabilizowanego przez producenta"[37].

Analiza decyzji Prezesa UOKiK z omawianego okresu wskazuje, że większość interwencji antymonopolowych organu zakończonych decyzją uznającą praktykę za ograniczającą konkurencję

[32] Decyzja Prezesa UOKiK z 19.10.2009 r., RWA-33/2009.

[33] Decyzja Prezesa UOKiK z 25.07.2011 r., DOK-6/2011.

[34] Prezes UOKiK był również świadomy pozagospodarczej motywacji działalności NRL („W ocenie Prezesa Urzędu intencją samorządu lekarzy (…) nie było ograniczenie konkurencji na rynku właściwym, lecz inne względy związane z realizacją zadań samorządu lekarskiego" – s. 43 omawianej decyzji).

[35] Decyzja Prezesa UOKiK z 31.12.2009 r., RPZ-31/2009, s. 27.

[36] Por. decyzja Prezesa UOKiK z 31.12.2010 r., DOK-12/2010; z 24.05.2010 r., DOK-4/2010. Decyzje te są przedmiotem głębszych analiz w: A. Bolecki, *Polish Antitrust Experience with Hub-and-Spoke Conspiracies*, Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies 2011, vol. 4(5).

[37] Decyzja Prezesa UOKiK z 31.12.2010 r., DOK-12/2010, s. 107; z 24.05.2010 r., DOK-4/2010, pkt 342.

dotyczyła karteli cenowych występujących bądź to w formie „klasycznej" (tj. jako porozumienie *sensu stricte*) bądź w formie uzgodnień. Za zakazane uzgodnienie uznana została m.in. wymiana informacji o cenach między związkami przedsiębiorców świadczących usługi taksówkarskie w Płocku – w decyzji RWA-34/2011[38] Prezes UOKiK podkreślił, że uzgodnienie w rozumieniu art. 4 pkt 5 lit. b uokik może nastąpić także w przypadku wzajemnej informacji przedsiębiorców o przyszłych zachowaniach rynkowych, „w oczekiwaniu na osiągnięcie efektu koordynacyjnego". Na uwagę zasługuje okoliczność, że dowiedzenie istnienia kartelu cenowego w przywołanej sprawie miało charakter pośredni i wymagało zastosowania domniemania faktycznego. Korzystanie z dowodów pośrednich w celu uznania porozumienia za ograniczające konkurencję zostało co prawda dopuszczone przez SN w wyroku z 9.08.2006 r., sygn. III SK 6/06, jest ono akceptowane także w orzecznictwie unijnym, niemniej jednak kwestia ta może budzić pewne kontrowersje. W moim przekonaniu odwoływanie się do dowodów pośrednich jest niezbędne dla prowadzenia skutecznej polityki antykartelowej i jako takie nie tylko nie pozostaje w sprzeczności z podejściem ekonomicznym do stosowania zakazu antykonkurencyjnych porozumień, ale nawet wspiera ekonomizację stosowania tego zakazu, jeśli przyjąć, że celem ekonomizacji jest m.in. koncentracja na wykrywaniu najpoważniejszych ograniczeń konkurencji (*hardcore cartels*)[39]. Wykrywanie karteli, zwłaszcza tych w formie uzgodnień, w wielu przypadkach wydaje się niemożliwe w inny sposób niż właśnie poprzez zastosowanie dowodów pośrednich, ważne jednak, aby korzystanie z takich dowodów nie prowadziło do całkowitej dowolności ocen w postępowaniu antymonopolowym. Wydaje się, że test domniemania faktycznego, zastosowany przez Prezesa UOKiK w postępowaniu w sprawie RWA-53/2010, jest na tyle rzetelny, by ryzyko takie wykluczyć[40]. Test ten oparty został na trzech elementach: 1) zbieg działań lub zaniechań uczestników porozumienia, 2) brak lub nieprawdziwe uzasadnienie tych zachowań, 3) prawdopodobieństwo kontaktu przedsiębiorców uczestniczących w porozumieniu. Z perspektywy ekonomizacji ocen antymonopolowych istotne jest również właściwe przeprowadzenie punktu drugiego wskazanego testu, sprowadzające się do wyznaczenia granicy między sprzecznym z prawem działaniem a dozwolonymi działaniami równoległymi – wyniki tego badania w omawianej decyzji są co prawda przekonujące, jednak podejście ekonomiczne wymagałoby odwołania się nie tylko – jak ma to miejsce w decyzji – do wspólnotowego wzorca orzeczniczego[41], ale także do teorii ekonomicznych. Słusznie jednak organ podkreśla, że „Najszerszą kategorią dowodów pośrednich są dowody ekonomiczne", a „Zachowania rynkowe są dowodami ekonomicznymi, które należą do najważniejszych"[42].

3. Odwołania (bezpośrednie lub pośrednie) do ugruntowanych ekonomicznie doktryn antymonopolowych

Niewątpliwie przejawem podejścia zorientowanego na skutki gospodarcze było rozważenie przez organ antymonopolowy możliwości zastosowania doktryny jednego podmiotu gospodarczego (*single economic unit*)[43] w sprawie porozumienia między producentem roślin a jego dystrybutorami

[38] Decyzja Prezesa UOKiK z 30 grudnia 2011 r., RWA-34/2011.

[39] Por. np. decyzja Prezesa UOKiK z 8.12.2009 r., DOK-7/2009, pkt VI.1.2.

[40] W innych decyzjach Prezesa UOKiK test domniemania faktycznego, nawet jeśli w rzeczywistości zawierał wskazane elementy, nie były one tak dobitnie wyszczególnione, co może stwarzać wrażenie nadmiernej uznaniowości organu w przyjmowaniu określonych faktów za udowodnione – por. decyzja z 26.03.2010 r., RGD-5/2010.

[41] *Dyestuffs*, 1969 OJ L 195/11.

[42] Decyzja Prezesa UOKiK z 24.03.2010 r., RWR-5/2010, s. 21.

[43] Szerzej na temat koncepcji jednego organizmu gospodarczego por. G. Materna, *Pojęcie przedsiębiorcy w polskim i europejskim prawie ochrony konkurencji*, Warszawa 2009, ss. 130 i nast.

(DOK-11/2010[44]). Przeprowadzona przez Prezesa UOKiK analiza przesłanek dla zastosowania tej doktryny oparta została na orzecznictwie ETS, jednak – mimo istniejących powiązań o charakterze kapitałowym i osobowym – ostatecznie nie stwierdzono możliwości uznania producenta i dystrybutorów za jednolity organizm gospodarczy. Negatywny wniosek analizy nie przekreśla jednak gospodarczego aspektu tego rozstrzygnięcia – na aprobatę zasługuje nie tylko kwestia podjęcia tego problemu w sprawie, lecz także fakt, że decyzja w sprawie *Ogrody Polskie* zawiera bodaj najbardziej rozwiniętą analizę *single economic unit* w dotychczasowym dorobku polskiego prawa antymonopolowego.

Z kolei echo doktryny niezbędnych ograniczeń[45] pobrzmiewa w decyzji Prezesa UOKiK w decyzji DOK-11/2010, w której, oceniając postanowienia cenowe w porozumieniach wertykalnych, organ ochrony konkurencji stwierdził, że „Kwestionowane ustalenia nie były niezbędne dla realizacji przez producenta sprzedaży wytwarzanych przez niego wyrobów ogrodniczych”[46]. Pośrednio organ antymonopolowy wskazał zatem, że działań przedsiębiorcy nie da się usprawiedliwić poprzez doktrynę niezbędnych ograniczeń. Podobne zastrzeżenie („postanowienie dotyczące zasad ustalania cen za usługi świadczone w Gabinetach Partnerskich nie było niezbędne dla ich prawidłowego funkcjonowania”[47]) znalazło się zresztą w decyzji RPZ-31/2009, dotyczącej porozumienia cenowego, przy czym zostało ono sformułowane w kontekście przesłanki proporcjonalności z art. 8 ust. 1 pkt 3 uokik, nie może być zatem traktowane jako przejaw doktryny koniecznych ograniczeń[48].

4. Umarzanie postępowań ze względu na spełnienie przesłanek z art. 8 ust. 1 uokik

Ekonomizację prawa konkurencji można postrzegać również jako możliwie najszersze (choć uzasadnione) stosowanie wyłączeń (wyjątków) spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję. W praktyce podejście takie oznacza m.in. to, że niemożność zastosowania wobec określonego porozumienia wyłączenia grupowego (czy to ze względu na niespełnienie przesłanek ilościowych wyłączenia, czy też ze względu na brak wyłączenia dla danej kategorii porozumień) nie wyklucza poddania tego porozumienia analizie z punktu widzenia spełnienia przesłanek z art. 8 ust. 1 uokik, a tym samym – objęcia porozumienia wyjątkiem legalnym. W przeszłości organ antymonopolowy stał na stanowisku, zgodnie z którym brak możliwości wyłączenia porozumienia na podstawie rozporządzenia Rady Ministrów, wydanego na podstawie (obecnego) art. 8 ust. 3 uokik, stanowił równocześnie o braku możliwości zastosowania wyjątku legalnego[49]. Praktyka decyzyjna Prezesa UOKiK w analizowanym okresie pozwala stwierdzić, że nieobowiązywanie rozporządzenia wyłączającego dla określonej kategorii porozumień nie wyklucza możliwości poddania tego porozumienia wyjątkowi legalnemu (który w decyzjach organu ochrony konkurencji nadal zazwyczaj określany jest jako „wyłączenie indywidualne”[50]; także jako „wyłączenie indywidualne jakościowe”[51]); incydentalnie w decyzjach

[44] Decyzja Prezesa UOKiK z 31.12.2010 r., DOK-11/2010, pkt 156-167 (ss. 58-60).

[45] Szerzej na temat tej doktryny por. A. Jurkowska, *Doktryna niezbędnych ograniczeń we wspólnotowym orzecznictwie antymonopolowym w sprawach porozumień ograniczających konkurencję*, Problemy Zarządzania nr 3(5)/2004.

[46] Decyzja Prezesa UOKiK z 31.12.2010 r., DOK-11/2010, pkt 188 (s. 68).

[47] Decyzja Prezesa UOKiK z 31.12.2009 r., RPZ-31/2009, s. 24.

[48] Por. także decyzja Prezesa UOKiK z 19.10.2009 r., RWA-33/2009, s. 25.

[49] Por. decyzja Prezesa UOKiK z 29.12.2007 r., DOK-164/2007.

[50] Por. decyzje Prezesa UOKiK: z 25 lipca 2011 r., DOK-6/2011 (s. 41), z 23.11.2011 r., RPZ-33/2011, s. 16; z 12.08.2011 r., RKT-22/2011, s. 28; z 17.12.2010 r., RKT-42/2010, ss. 29-30; z 30.12.2009 r., RKT-49/2009, ss. 48-49; z 8.12.2009 r., DOK-7/2009, pkt 537 i nast.; z 31.12.2008 r., RKT-107/2008, s. 15; z 19.12.2008 r., RKT-88/2008, s. 53. Na temat stosowania pojęć: „wyjątek legalny” i „wyłączenie indywidualne” zob. A. Jurkowska, T. Skoczny, *Wyłączenia grupowe spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję we wspólnotowym i polskim prawie ochrony konkurencji*, [w:] A. Jurkowska, T. Skoczny (red.), *Wyłączenia grupowe spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję we Wspólnocie Europejskiej i w Polsce*, Warszawa 2008, ss. 27-74.

[51] Decyzja Prezesa UOKiK z 26.04.2010 r., DOK-3/2010, s. 38.

Prezesa UOKiK odnaleźć można pojęcie wyjątku legalnego[52], reguły rozsądku[53] czy wyłączenia racjonalizującego[54]. Istnieją również podstawy do uznania, że w sytuacji, gdy np. określone porozumienie wertykalne nie spełniało przesłanek wyłączenia grupowego dla porozumień wertykalnych, Prezes UOKiK dopuściłby do zastosowania wyjątku legalnego (oczywiście o ile strony udowodniłyby spełnienie przesłanek z art. 8 ust. 1 uokik), co pozostaje w duchu podejścia ekonomicznego[55].

W analizowanym okresie wydana została pierwsza (nie tylko pod rządami uokik z 2007 r., ale w ogóle pod rządami ustaw o ochronie konkurencji i konsumentów) decyzja o niestosowaniu zakazu z art. 6 ust. 1 ze względu na spełnienie przesłanek efektywnościowych wskazanych w art. 8 ust. 1 uokik (RKT-33/2011[56]); w sensie formalnym decyzja umorzyła postępowanie jako bezprzedmiotowe na mocy art. 105 § 1 KPA. Przedmiotem oceny organu antymonopolowego była uchwała Polskiego Stowarzyszenia Flisaków Pienińskich na Rzece Dunajec w Sromowcach Niżnych przyjmująca cennik za usługi spływu rzeką świadczonej przez indywidualnych flisaków-członków organizacji. Postępowanie antymonopolowe potwierdziło antykonkurencyjny charakter praktyki, ale jednocześnie Prezes UOKiK uznał argumenty Stowarzyszenia Flisaków wskazujące na spełnienie przesłanek z art. 8 ust. 1 uokik. Po pierwsze, organ antymonopolowy uznał, że „wspólne ustalanie cen przez Stowarzyszenie przyczynia się do świadczenia usług spływu Dunajcem w sposób bardziej efektywny i tym samym powoduje polepszenie dystrybucji tych usług". Po drugie, „przyjęta forma działalności zapewnia turystom właściwą obsługę i bezpieczeństwo, co byłoby niemożliwe przy świadczeniu tych usług indywidualnie przez flisaków". Po trzecie, korzyści z porozumienia „nie wystąpiłyby w przypadku indywidualnego ustalania cen przez flisaków lub też ich osiągnięcie byłoby niezwykle trudne". Po czwarte, „nie można uznać, że porozumienie to wymierzone jest przeciwko aktualnym i potencjalnym konkurentom Stowarzyszenia". Umorzenie postępowania antymonopolowego w tej sprawie oceniam pozytywnie, jest to zresztą tym ważniejszy przejaw podejścia skutkowego, że umorzenie dotyczy horyzontalnego porozumienia cenowego, powszechnie uznawanego za najgroźniejszy „delikt antymonopolowy". Do rozważenia pozostaje jednak okoliczność czy ten sam efekt (tj. brak zastosowania wobec porozumienia zakazu porozumień ograniczających konkurencję) nie mógłby zostać osiągnięty poprzez oparcie oceny antymonopolowej na doktrynie niezbędnych ograniczeń. Uzgodnienia cenowe z powodzeniem mogłyby zostać uznane za konieczne dla realizacji współpracy (a w tym wypadku nawet szerzej – konieczne dla funkcjonowania rynku i świadczenia usług spływu), skoro nawet Prezes UOKiK przyznał, że „ustalanie cen za spływ indywidualnie przez każdego flisaka, aczkolwiek jest możliwe z teoretycznego punktu widzenia, to jednakże jeśli nie uniemożliwiłoby, to co najmniej utrudniłoby wspólną sprzedaż biletów, co byłoby niekorzystne dla konsumentów"[57]. Również inne argumenty wskazane przez Prezesa UOKiK jako uzasadnienie dla zastosowania wyjątku legalnego dowodzą, że przyjęty przez stowarzyszenie flisaków cennik nie tyle prowadzi do sytuacji, w której korzyści wynikające z ograniczenia konkurencji przeważają nad kosztami dla konkurencji, ile jest on niezbędny dla racjonalnego gospodarczo świadczenia usług (bez wspólnego cennika nie byłoby możliwe funkcjonowanie

[52] Pojęcie „wyjątek legalny" użyte zostało poprzez nawiązanie do piśmiennictwa – por. decyzja Prezesa UOKiK z 8.07.2011 r., RLU-9/2011, s. 13.

[53] Decyzje Prezesa UOKiK: z 17.12.2010 r., RKT-42/2010, ss. 29-30; z 28.04.2010 r., RKT-04/2010, s. 20; z 26.04.2010 r., DOK-3/2010, s. 35; z 14.12.2009 r., RPZ-26/2009, s. 10; z 15.09.2009 r., RKT-27/2009, s. 30; z 31.12.2008 r., RKT-110/2008, s. 35; z 31.12.2008 r., RKT-109/2008, s. 75.

[54] Decyzja Prezesa UOKiK z 16.07.2010 r., DOK-6/2010, pkt 201 (8.3.2.).

[55] Por. np. decyzje Prezesa UOKiK: z 28.12.2011 r., DOK-12/2011, pkt 120-123; z 23.11.2011 r., RPZ-33/2011, s. 16; z 31.12.2010 r., DOK-12/2010, s. 109; z 21.07.2009 r., RWA-10/2009, s. 24. Inaczej jednak: decyzja Prezesa UOKiK z 31.12.2008 r., RKT-109/2008, s. 75.

[56] Decyzja Prezesa UOKiK z 4.11.2011 r., RKT-33/2011.

[57] Decyzja Prezesa UOKiK z 4.11.2011 r., RKT-33/2011, s. 17.

wspólnej kasy biletowej, z kolei brak takiej kasy wpływałby na pogorszenie jakości organizacji usług i np. uniemożliwiał konsumentom dokonywanie transakcji kartami płatniczymi)[58].

Należy również zaznaczyć, że dla zastosowania wyjątku legalnego z tytułu spełnienia przesłanek z art. 8 ust. 1 uokik Prezes UOKiK wymaga dowodów empirycznych[59], a także wykazania związku przyczynowego między porozumieniem a deklarowanymi korzyściami[60], co również można uznać za zorientowane na skutki gospodarcze podejście do oceny porozumień między przedsiębiorcami.

Dla pełnego obrazu praktyki decyzyjnej na gruncie uokik z 2007 r. należy dodać, że wśród analizowanych decyzji znalazła się decyzja, w której Prezes UOKiK umorzył postępowanie ze względu na fakt, że porozumienie o wyłącznych dostawach[61] kwalifikowało się do wyłączenia grupowego na podstawie rozporządzeń wyłączających porozumienia wertykalne z 2002 r. i z 2007 r., a także decyzja umarzająca postępowanie ze względu na spełnienie przesłanek reguły *de minimis* (art. 7)[62].

5. Zastosowanie decyzji zobowiązujących na podstawie art. 12 uokik

Za przejaw podejścia skutkowego do oceny antymonopolowej porozumień między przedsiębiorcami można uznać również wykorzystywanie decyzji zobowiązujących, wydawanych na podstawie art. 12 uokik, jako sposobu zakończenia postępowania antymonopolowego. Przyjmowanie takich decyzji może świadczyć o tym, że priorytetem dla organu ochrony konkurencji jest likwidacja istniejącego stanu naruszania zakazu antykonkurencyjnych porozumień i ewentualnie odwrócenie skutków tego naruszenia w sferze gospodarczej („nałożenie zobowiązań pozwoli wyeliminować kwestionowane klauzule w sposób szybszy niż miałoby to miejsce w przypadku wydania decyzji stwierdzającej praktykę ograniczającą konkurencję, a jednocześnie pozwoli osiągnąć stan rynku zgodny z prawem konkurencji znacznie wcześniej”[63] – podkr. aut.).

Decyzje zobowiązując racjonalizują także politykę konkurencji, m.in. poprzez zmniejszenie kosztów prowadzenia postępowania antymonopolowego, które kończy się już w momencie uprawdopodobnienia naruszenia zakazu z art. 6 ust. 1 uokik i nie wymaga przeprowadzenia pełnego postępowania dowodowego, co stanowi kolejny aspekt ekonomizacji polityki konkurencji. Co ważne, organ ochrony konkurencji słusznie dba o to, aby decyzje zobowiązujące realizowały ten aspekt ekonomizacji i odmawia wydawania decyzji na podstawie art. 12 uokik, jeśli naruszenie zostało już udowodnione (tj. po zebraniu kompletnego materiału dowodowego)[64].

W analizowanym okresie wydane zostały cztery decyzje zobowiązujące odnoszące się do porozumień[65], wszystkie one dotyczyły porozumień wertykalnych, w tym porozumień cenowych, co może świadczyć o tym, że wbrew deklaracjom w licznych decyzjach, a także wbrew stanowisku wyrażonemu w wytycznych o karach, wertykalne ograniczenia cenowe nie we wszystkich przypadkach oceniane są przez Prezesa UOKiK jako poważne ograniczenia konkurencji. W obliczu niewielkiej liczby decyzji zobowiązujących na pozytywną ocenę zasługuje jednak okoliczność, że w decyzjach zobowiązujących organ ochrony konkurencji wyczerpująco przedstawia argumenty, jakie skłoniły go do podjęcia

[58] Ibidem, s. 18.

[59] Tak decyzja Prezesa UOKiK z 29.12.200 r., DAR-15/2006. Por. także decyzje: z 26.04.2011 r., DOK-3/2011, s. 31; z 16.06.2010 r., RBG-6/2010, s. 19.

[60] Tak decyzje Prezesa UOKiK: z 3.08.2009 r., RWR-18/2009, s. 32; z 19.12.2008 r., RKT-88/2008, ss. 53-54.

[61] Decyzja Prezesa UOKiK z 30.12.2009 r., RKT-47/2009.

[62] Decyzja Prezesa UOKiK z 28.08.2008 r., RLU-30/2008.

[63] Decyzja Prezesa UOKiK z 13.11.2009 r., DOK-6/2009, s. 17. Por. także decyzja z 4.07.2008 r., DOK-3/2008, s. 24.

[64] Por. decyzja Prezesa UOKiK z 16.07.2010 r., DOK-6/2010, pkt 219; z 31.12.2008 r., RKT-109/2008, s. 80; z 31.12.2008 r., RKT-107/2008, s. 17.

[65] Decyzje Prezesa UOKiK: z 23.11.2011 r., RPZ-33/2011; z 26.04.2011 r., DOK-3/2011; z 13.11.2009 r., DOK-6/2009; z 4.07.2008 r., DOK-3/2008.

określonego rozstrzygnięcia. Wśród argumentów tych należy odnotować te o ściśle gospodarczych konotacjach takie jak np. fakt, że „praktyka stosowana jest przez przedsiębiorcę, który dysponuje relatywnie niskimi udziałami rynkowymi" lub że „nie znaleziono dowodów, żeby długotrwałość praktyki prowadziła do zwielokrotnienia negatywnych skutków praktyki"[66]. Podobnie, jeśli Prezes UOKiK odmawia przychylenia się do wniosku przedsiębiorcy o wydanie decyzji na podstawie art. 12 uokik, w uzasadnieniu decyzji wydanej ostatecznie na podstawie art. 10 lub 11 uokik organ dokładnie wyjaśnia przyczyny odmowy[67].

III. Podejście ekonomiczne w odwrocie?

W praktyce decyzyjnej organu ochrony konkurencji w analizowanym okresie można zidentyfikować również takie decyzje, w których podejście formalne nadal wydaje się przeważać nad podejściem skutkowym. I tak, jeśli uznać, że widocznym przejawem podejścia zorientowanego na skutki gospodarcze byłoby bardziej liberalne traktowanie porozumień wertykalnych dotyczących ustalania sztywnych lub minimalnych cen odsprzedaży, to należy stwierdzić, że praktyka decyzyjna polskiego organu antymonopolowego w tym zakresie w zasadzie pozbawiona jest cech charakterystycznych dla ekonomizacji. Zorientowana na efekty gospodarcze ocena antymonopolowa porozumień wertykalnych oznacza w praktyce postrzeganie tych porozumień jako zakazanych ze względu na skutek, a nie zakazanych ze względu na cel. Trzeba przy tym zaznaczyć, że kwalifikowanie cenowych porozumień pionowych jako ograniczeń ze względu na skutek nie doczekało się dotąd pełnej akceptacji w doktrynie[68], a przełomowe amerykańskie orzeczenie w sprawie *Leegin*[69], poddające takie porozumienia regule rozsądku (zamiast zakazu *per se*) nie ma wielu następców. Okoliczności te sprawiają, że wokół wertykalnych porozumień cenowych dotyczących cen minimalnych lub sztywnych nie ma atmosfery „podejścia ekonomicznego".

We wszystkich pochodzących z analizowanego okresu decyzjach w sprawie cenowych porozumień wertykalnych wertykalne uzgadnianie (narzucanie) cen sztywnych lub minimalnych traktowane jest jako ograniczenie zakazane ze względu na cel, w konsekwencji czego dla porozumień tych obowiązuje obniżony standard dowodowy, polegający na braku konieczności badania rzeczywistych skutków porozumienia (okoliczność, że w niektórych decyzjach Prezes UOKiK dowodzi również antykonkurencyjnych skutków wynika nie tyle z przyjętego dla oceny porozumień wertykalnych standardu, ile z potrzeby dowiedzenia skutków ze względu na formę porozumienia, jaką stanowi uzgodnienie w rozumieniu art. 4 pkt 5 lit. b uokik[70]). Zgoda na taki obniżony standard dowodowy jest powszechna zarówno w obcej, jak i polskiej doktrynie[71], jednak należy ją traktować w moim przekonaniu jako

[66] Decyzja Prezesa UOKiK z 26.04.2011 r., DOK-3/2011, ss. 34-35.

[67] Por. decyzja Prezesa UOKiK z 30.12.2011 r., RPZ-39/2011, ss. 28-29.

[68] Zagadnienie podejścia do ustalania cen odsprzedaży w świetle obowiązujących norm prawa unijnego kompleksowo analizują A. Zawłocka-Turno, B. Turno, *Ustalanie sztywnych lub minimalnych cen odsprzedaży jako porozumienie ograniczające konkurencję ze względu na cel (przedmiot) w prawie unijnym*, RPEiS nr 4/2011 (por. także cytowana tam literatura obca). Zwolennikiem liberalnego traktowania wertykalnych porozumień cenowych wydaje się w polskim piśmiennictwie Ł. Grzejdziak – por. *Zakaz ustalania cen odsprzedaży towarów. Warunek sine qua non efektywnej konkurencji czy nieproporcjonalne ograniczenie wolności gospodarczej* [w:] W. Szwajdler, H. Nowicki (red.), *Konstytucyjna zasada wolności gospodarczej*, Toruń 2009, s. 122-130; na korzyści z narzucania cen odsprzedaży wskazuje również E. Misiejuk, *Narzucanie cen odsprzedaży a ochrona konkurencji*, Problemy Zarządzania nr 3(5)/2004.

[69] Wyrok z 28.06.2007 r. *Leegin Creative Letaher Products, Inc. v. PSKS INC*, *dba Kay's Kloset… Kay's Shoes*, 551 U.S. 877, 127 S.Ct. 2705.

[70] Tak np. decyzja Prezesa UOKiK z 31.12.2010 r., DOK-12/2010, dotycząca porozumienia na rynku wprowadzania do obrotu farb i lakierów (ss. 105-106).

[71] W komentarzu do art. 6 uokik również wskazałam na obniżenie standardu dowodowego wobec porozumień typu *hardcore cartels*, zastrzegłam przy tym, że „Obniżenie standardów dowodowych nie powinno oznaczać jednak absolutnego porzucenia kontekstu ekonomicznego, w jakim funkcjonuje oceniane porozumienie – postawa taka byłaby sprzeczna ze współczesną aksjologią prawa ochrony konkurencji, wyrażającą się w tzw. podejściu ekonomicznym. Ponadto, ograniczenie ocen porozumienia do jego elementów formalnych jest bardziej uprawnione w odniesieniu do porozumień horyzontalnych, niż wertykalnych" (podkr. aut.) – por. A. Jurkowska, [w:] T. Skoczny, A. Jurkowska, D. Miąsik, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 380 (Nb 27).

przejaw racjonalizacji prowadzenia postępowania antymonopolowego, nie zaś bezwzględnie obowiązującą wytyczną proceduralną. Krytycznie oceniam zatem występujące w wielu decyzjach dotyczących cenowych porozumień wertykalnych zastrzeżenie, że „w związku z faktem, iż porozumienie cenowe jest zakazane bez względu na udział w rynku poszczególnych stron porozumienia, nawet ewentualne uchybienia w zakresie określenia rynku i błędne przyjęcie udziału rynkowego nie mają znaczenia dla treści rozstrzygnięcia”[72] (jedynie incydentalnie organ antymonopolowy zastrzega, że „Nie zmienia to jednak okoliczności, że rynek powinien być wyznaczony prawidłowo”[73]). Teza taka została rzeczywiście wyrażona w orzecznictwie antymonopolowym[74], przede wszystkim w celu utrzymania legalności decyzji Prezesa UOKiK, jednak nie powinna ona być wykorzystywana jako trwałe i automatyczne uzasadnienie postrzegania wyznaczania rynku właściwego jako „zagadnienia ubocznego”[75]. Takie zdecydowane zamknięcie organu antymonopolowego na choćby rozważenie antykonkurencyjnych skutków porozumień wyklucza możliwość zastosowania podejścia zorientowanego na efekty gospodarcze.

Wiele decyzji uznających wertykalne uzgodnienia cenowe za zakazane wydaje się jak najbardziej uzasadnionych: przykładowo, producent pieców konwekcyjno-parowych, ustanawiając w stosunkach ze swoimi dystrybutorami maksymalną wielkość rabatu w ofertach publicznych (a tym samym – minimalną cenę odsprzedaży), sam przyznawał się w korespondencji wewnętrznej z uczestnikami sieci dystrybucyjnej do niezgodności swoich działań z regułami konkurencji, a nałożony na dystrybutorów obowiązek zmiany wysokości rabatów do rekomendowanego przez producenta określał jako „porządkowanie rynku” (decyzja RPZ-39/2011[76]); „uporządkowanie cen na rynku” i związana z tym eliminacja wojen cenowych stanowiły również motywację zakwestionowanej przez Prezesa UOKiK współpracy producentów farb i lakierów z sieciami hipermarketów budowlanych (decyzja DOK-12/2010[77]). Przekonujące wydaje się również uzasadnienie Prezesa UOKiK dla uznania za ograniczającą konkurencję praktyki ustalania minimalnych cen odsprzedaży sprzętu i akcesoriów muzycznych przez Roland Polska dla dystrybutorów tej spółki[78]. W duchu podejścia ekonomicznego pozostaje również generalnie decyzja, gdzie Prezes UOKiK uznaje za zakazane porozumienie ustanawiające co prawda jedynie sugerowane ceny odsprzedaży detalicznej odzieży i sprzętu sportowego, ale równocześnie te rekomendacje cenowe opatrzone są postanowieniami czyniącymi je *de facto* minimalnymi obowiązującymi cenami (np. postanowienie o rozwiązaniu umowy w sytuacji, gdy dystrybutor nie stosuje się do jej postanowień, również cenowych – por. decyzja RKT-22/2011[79]).

Za bardziej kontrowersyjne uznaję natomiast rozstrzygnięcie podjęte przez Prezesa UOKiK w sprawie porozumienia cenowego na krajowym rynku wprowadzania do obrotu mięsa i wyrobów

[72] Por. m.in. decyzje Prezesa UOKiK: z 31.12.2010 r., RBG-24/2010, s. 12; z 30.12.2010 r., RGD-31/2010, pkt 25; z 17.12.2010 r., RKT-42/2010, s. 23; z 31.08.2010 r., RPZ-20/2010, s. 13; z 31.08.2010 r., RKR-13/2010, s. 15; z 31.12.2009 r., RPZ-31/2009, s. 15; z 30.12.2009 r., RKT-49/2009, s. 37; z 28.12.2009 r., RKT-44/2009, s. 25; z 15.12.2009 r., RPZ-27/2009, s. 16; z 14.12.2009 r., RPZ-26/2009, s. 6; z 30.12.2008 r., RPZ-50/2008, s. 20. Również w doktrynie spotyka się pogląd, że „w przypadku porozumień ograniczających konkurencję, szczególnie tzw. *hard core restrictions*, kwestia rynku właściwego może pozostać otwarta (w szczególności w jego aspekcie geograficznym) (…)” – por. C. Banasiński, E. Piontek (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 192.

[73] Decyzja Prezesa UOKiK z 26.04.2010 r., DOK-3/2010, s. 35.

[74] Por. m.in. wyrok SOKiK z 14.02.2007 r., XVII Ama 98/06; wyrok SOKiK z 29.05.2008 r., XVII Ama 53/07.

[75] Decyzja Prezesa UOKiK z 31.12.2010 r., DOK-11/2010, s. 51.

[76] Decyzja Prezesa UOKiK z 30 grudnia 2011 r., RPZ-39/2011.

[77] Por. decyzja Prezesa UOKiK z 31.12.2010 r., DOK-12/2010, ss. 103-104.

[78] Decyzja Prezesa UOKiK z 29.12.2011 r., DOK-13/2011, s. 72, s. 21 (pkt IV.4.).

[79] Decyzja Prezesa UOKiK z 12.08.2011 r., RKT-22/2011. Por. także inne decyzje, w których rekomendacje cenowe obwarowane są postanowieniami czyniącymi je cenami sztywnymi lub minimalnymi – decyzje Prezesa UOKiK: z 27.09.2010 r., RLU-16/2010; z 16.06.2010 r., RPZ-8/2010.

mięsnych. Porozumienie to zostało „formalnie zakwalifikowane" przez organ ochrony konkurencji jako wertykalne, choć „nacechowane elementami typowymi dla porozumień horyzontalnych"[80], jego istotą było zaś ustalanie przez producenta sztywnych cen hurtowej odsprzedaży mięsa i jego wyrobów. Nawet jeśli Prezes UOKiK ostatecznie zdecydował o wertykalnym charakterze porozumienia, to ocena jego wpływu na konkurencję dokonana została zgodnie ze standardami właściwymi przede wszystkim dla klasycznych karteli i zamknęła się w zasadzie w stwierdzeniu, że jest to porozumienie ograniczające konkurencję „ze względu na samą swoją istotę (ze względu na cel)"[81]. Choć taka skrótowa ocena porozumień może być uznawana za charakterystyczną dla podejścia ekonomicznego, to jednak jest to stanowisko właściwe dla porozumień horyzontalnych, w przypadku – przynajmniej niektórych – porozumień wertykalnych ocena nie powinna jednak abstrahować od warunków panujących na rynku oddziaływania danego porozumienia – w przypadku rynku mięsnego jest to o tyle uzasadnione, że rynek ten w Polsce oceniany jest jako nisko skoncentrowany, rozdrobniony, silnie zróżnicowany[82], co zgodnie z duchem ekonomizacji ocen antymonopolowych powinno wpływać na ostateczny wynik postępowania (choć nie twierdzę, że wynik ten byłby inny niż w wydanej decyzji). Tymczasem w licznych decyzjach Prezes UOKiK wskazuje, że skoro „co do zasady porozumienia w zakresie ustalania cen sztywnych lub minimalnych nie korzystają z żadnych wyłączeń spod zakazu, gdyż są one traktowane bardzo restrykcyjnie i są niedozwolone niezależnie od wielkości udziału w rynku przedsiębiorców uczestniczących w porozumieniu zarówno w krajowym, jak i wspólnotowym prawie konkurencji", to „bardziej szczegółowa analiza rynku właściwego w tej sprawie oraz pozycji zajmowanej na nim przez uczestników tego porozumienia, dla oceny tego porozumienia nie ma zasadniczego znaczenia"[83]. Takie stanowisko organu antymonopolowego nadmiernie w moim przekonaniu koncentruje się na ilościowym aspekcie konkurencji, deprecjonując jej jakościowy aspekt. Ustalanie minimalnych cen odsprzedaży określane jest z reguły przez Prezesa UOKiK jako poważne naruszenie konkurencji[84], jednak można również zidentyfikować takie decyzje, w których – stwierdzając istnienie porozumienia cenowego dotyczącego cen minimalnych lub sztywnych – organ konkluduje, że „zawarte porozumienie nie wpłynęło w bardzo negatywny sposób na stan konkurencji na rynku"[85] lub że „niezależnie od pewnego ograniczenia współzawodnictwa wewnątrzmarkowego, jakie potencjalnie mogło mieć jednak miejsce wskutek zawarcia prozumienia, brak jest dowodów na to, by ewentualne konsekwencje tego ograniczenia były nieodwracalne lub trudno odwracalne tak dla stanu konkurencji na rynku właściwym (…), jak i dla nabywców finalnych"[86], przy czym wnioski takie pojawiają się dopiero w rozważaniach nad wysokością kar pieniężnych (zgodnie ze stanowiskiem organu, że „wymiar kar nie może abstrahować od specyfiki rynku właściwego oraz działalności przedsiębiorców"[87]). W taki sposób ocenione zostało m.in. porozumienie na rynku hurtowej sprzedaży odzieży sportowej i wspinaczkowej („rynek konkurencyjny, a Konimpex-Plus [producent – przyp. aut.] nie jest znacznym

[80] Decyzja Prezesa UOKiK z 28.12.2011 r., DOK-12/2011, pkt 101 decyzji.

[81] Decyzja Prezesa UOKiK z 28.12.2011 r., DOK-12/2011, pkt 107 decyzji.

[82] Por. m.in. A. Knap-Stefaniuk, *Polska branża mięsna. Cz. 1*, „Zarządzanie Zmianami. Biuletyn POU", maj 2010 (dostępny pod adresem: http://www.wsz-pou.edu.pl/biuletyn/?strona=biul_miesoknap1&nr=15&p).

[83] Decyzja Prezesa UOKiK z 11.07.2011 r., RKT-16/2011, s. 13. Por. także m.in.: decyzja Prezesa UOKiK z 16.12.2011 r., RKT-48/2011, ss. 9-10.

[84] Decyzja Prezesa UOKiK z 29.12.2011 r., DOK-13/2011, s. 77; decyzja Prezesa UOKiK z 29.11.2011 r., DOK-10/2011, pkt 204.

[85] Por. m.in. decyzja Prezesa UOKiK z 27.09.2010 r., RLU-16/2010, s. 25.

[86] Decyzja Prezesa UOKiK z 30.12.2010 r., RGD-31/2010, pkt 37. Por. także decyzje Prezesa UOKiK: z 27.09.2010 r., RLU-16/2010, s. 25, z 9.09.2010 r., RLU-17/2010, s. 26; z 19.12.2008 r., RKT-88/2008, s. 68.

[87] Decyzja Prezesa UOKiK z 24.05.2010 r., DOK-4/2010, pkt 374.

uczestnikiem tego rynku”[88]) czy porozumienie między producentem stolarki okiennej i drzwiowej a jego dystrybutorami (rynek oceniony został przez organ antymonopolowy jako taki, na którym „nie ma barier wejścia, istnieje bardzo wielu producentów oferujących produkty spełniające kryteria substytutywności”[89]). Podejście zorientowane na skutek gospodarczy wymagałoby moim zdaniem uwzględnienia tego typu czynników (w odniesieniu do porozumień wertykalnych) na wcześniejszym niż miarkowanie kary etapie oceny zachowań przedsiębiorców (tj. w ramach oceny poszczególnych przesłanek zakazu z art. 6 ust. 1 uokik)[90]. Porozumienia cenowe uznaje się za zakazane, ponieważ „pozbawiają odbiorców końcowych możliwości nabycia towarów po cenach niższych niż wynikające z porozumienia, a które mogłyby być stosowane w przypadku działania naturalnych mechanizmów rynkowych”[91], jednak na niektórych rynkach, zwłaszcza rozdrobnionych, skutek tego rodzaju niekoniecznie może wystąpić i jest on nawet potencjalnie mało prawdopodobny.

Założeń podejścia skutkowego nie odzwierciedla, moim zdaniem, również decyzja w sprawie porozumienia między operatorami telefonii komórkowej dotycząca telewizji mobilnej (DOK-8/2011[92]). Jednym z wyzwań stojących przed organem ochrony konkurencji było rozgraniczenie dozwolonej współpracy operatorów (podjętej za zgodą Prezesa UOKiK w formie wspólnego przedsiębiorcy Mobile TV świadczącego usługi na hurtowym rynku audiowizualnych usług medialnych, głównie w zakresie rozsiewczej telewizji mobilnej w standardzie DVB-H[93]) oraz współpracy zakazanej, polegającej na dokonywaniu uzgodnień na temat kształtowania relacji z dostawcą telewizji mobilnej oraz na temat publicznego kwestionowania oferty, a także współpracy w dziedzinie wymiany informacji o swojej ocenie oferty hurtowej. Żadna ze stwierdzonych wobec operatorów praktyk nie jest oceniana w polskim prawie antymonopolowym jako zakazana *per se* (zakazana ze względu), co więcej, są to praktyki nienazwane (nieobjęte katalogiem antykonkurencyjnych praktyk z art. 6 ust. 1 uokik i art. 101 ust. 1 TFUE), tym bardziej konieczne wydaje się dokładne zdefiniowanie „antykonkurencyjności” ich celów i/lub skutków. Według Prezesa UOKiK stwierdzone praktyki były zarówno ukierunkowane na wywołanie anykonkurencyjnych skutków, jak i skutki te rzeczywiście wywołały. Zgodnie z podejściem zorientowanym na efekty gospodarcze od organu ochrony konkurencji należałoby w tym miejscu wymagać dogłębnego osadzenia zarzucanych praktyk w kontekście konkretnych rynków (krajowy detaliczny rynek telefonii ruchomej i krajowy hurtowy rynek telefonii mobilnej świadczonej w technologii DVB-H), tymczasem rozważania Prezesa UOKiK odnoszą się przede wszystkim do – jak określono w decyzji – „form ograniczenia konkurencji”[94] (podkreśl. – aut.). W ocenie antykonkurencyjnego charakteru praktyki organ antymonopolowy, nawet jeśli odnosi się do kontekstu gospodarczego zachowań operatorów, odniesienia te wydają się dość zdawkowe, a ich zadanie sprowadza się głównie do obalenia

[88] Decyzja Prezesa UOKiK z 11.07.2011 r., RKT-16/2011, s. 22.

[89] Decyzja Prezesa UOKiK z 8.07.2011 r., RLU-9/2011 ss. 16-17. Por. także inne decyzje Prezesa UOKiK dotyczące rynków stolarki budowlanej: z 30.12.2010 r., RKT-48/2010, s. 21; z 20.12.2010 r., RKT-43/2010, s. 21; z 9.09.2010 r., RLU-17/2010, ss. 25-26; a także dotycząca rynku dystrybucji mebli decyzja Prezesa UOKiK z 31.08.2010 r., RPZ-20/2010, s. 17; intensywna konkurencja na rynku chemii budowlanej nie została jednak uznana za okoliczność sprzyjającą obniżeniu kary w decyzji Prezesa UOKiK z 30.12.2008 r., RPZ-50/2008. Słusznie natomiast Prezes UOKiK uznał za zakazane – ze względu na znaczący udział w rynku dostawcy – porozumienie między producentem lodów Koral a siecią sklepów Żabka (decyzja z 31.12.2008 r., RKT-107/2008).

[90] W odniesieniu do cenowych porozumień horyzontalnych okoliczności tego rodzaju rzeczywiście powinny być uwzględniane dopiero na etapie miarkowania kary – por. m.in. decyzja Prezesa UOKiK z 15.09.2009 r., RKT-27/2009, gdzie oceniając kartel cenowy na rynku usług napraw samochodów organ słusznie stwierdził, że rynek jest silnie konkurencyjny, nie jest reglamentowany, prowadzenie działalności na nim nie wymaga uzyskania żadnego uprawnienia oraz że „istnieją siły przeciwdziałające negatywnym skutkom porozumienia, co przekłada się na jego mniejszą szkodliwość (s. 35 decyzji; por. także decyzja Prezesa UOKiK z 17.08.2009 r., RKT-22/2009, s. 26).

[91] Decyzja Prezesa UOKiK z 31.12.2010 r., RBG-24/2010, s. 9.

[92] Decyzja Prezesa UOKiK z 23.11.2011 r., DOK-8/2011.

[93] Decyzja Prezesa UOKiK z 5.12.2008 r., DKK-94/2008. Każdy z operatorów posiadał we wspólnym przedsiębiorcy 25% udziałów.

[94] Decyzja Prezesa UOKiK z 23.11.2011 r., DOK-8/2011, ss. 74-75.

argumentów obronnych operatorów telefonii komórkowej – przykładowo, odnosząc się do problemu niepowodzenia telewizji mobilnej w innych państwach[95], Prezes UOKiK konstatuje, że „preferencje użytkowników w różnych krajach są różne i nie ma podstaw, aby z góry przesądzać, że usługa ta nie spotka się z ich zainteresowaniem w danym kraju", jednocześnie przyznając, że w niektórych państwach europejskich usługi te miały dobry start komercyjny, ale potem pojawiły się problemy w ich wdrażaniu, w Niemczech – odnotowano „brak powodzenia", zaś jako kraje sukcesu telewizji mobilnej wymienione zostały Korea i Japonia[96]; w sumie zatem w omawianej decyzji zabrakło realnej analizy ekonomicznej rynku krajowego, na jakim usługi te miałyby być świadczone.

Należy zgodzić się co do tego, że sam fakt powołania przez operatorów koncentracyjnego („celowego") wspólnego przedsiębiorcy nie może być równoznaczny ze zgodą na nieograniczoną współpracę i w istocie Prezes UOKiK podjął próbę odróżnienia działań podejmowanych w ramach wspólnego przedsiębiorcy od innych działań. Decyzja nie daje natomiast przekonującego ekonomicznego uzasadnienia dla rozstrzygnięcia, dlaczego współpraca operatorów w formie wspólnego przedsiębiorcy stanowiła dozwoloną kooperację, natomiast inne ich domniemane działania i kontakty odnoszące się bezpośrednio lub pośrednio do usług telewizji mobilnej zostały uznane za niedozwolony kartel.

IV. Uwagi końcowe

Analiza dorobku decyzyjnego Prezesa UOKiK w pięcioleciu obowiązywania ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów pozwala stwierdzić, że podejście zorientowane na skutki gospodarcze jest obecne, choć niekoniecznie dominujące, w rozstrzygnięciach podejmowanych przez organ ochrony konkurencji. Poziom ekonomizacji stosowania art. 6 uokik oceniam jako umiarkowany.

Zasadniczy zarzut, jaki można kierować pod adresem dotychczasowej praktyki decyzyjnej, to „pośredniość" ocen skutków gospodarczych rozmaitych praktyk polegająca na tym, że własne badanie organu zastąpione jest niejednokrotnie odwołaniem do stanowisk wypracowanych w europejskiej praktyce decyzyjnej i sądowej. Choć odwołania te jako takie są cenne, to nie powinny one zastępować oceny porozumienia osadzonej w polskich realiach rynkowych. Jedynie w nielicznych decyzjach znajdują się realne analizy ekonomiczne czy nawiązania do teorii ekonomicznych – wyjątkiem jest np. decyzja DOK-6/2010, w której organ antymonopolowy powołuje się m.in. na chicagowską szkołę teorii ekonomii[97].

Gdyby poziom ekonomizacji stosowania zakazu porozumień ograniczających konkurencję oceniać po liczbie decyzji umarzających postępowanie antymonopolowe ze względu na spełnienie przesłanek z art. 8 ust. 1 uokik, to należałoby przyjąć, że polska praktyka antymonopolowa jest bardzo daleka od podejścia ekonomicznego. Trzeba jednak mieć świadomość, że nikłe zastosowanie narzędzia ekonomizacji w postaci wyjątku legalnego wynika głównie stąd, że niestosowanie zakazu z art. 6 ust. 1 uokik wobec porozumień spełniających przesłanki z art. 8 ust. 1 uokik wiąże się z aktywnością stron postępowania, jako że to na nich spoczywa ciężar dowiedzenia realizacji warunków wyjątku legalnego[98]. W tym sensie odpowiedzialność za ekonomizację spraw antymonopolowych ciąży nie

[95] Por. uwagi Polkomtel dotyczące rozwoju rynku telewizji mobilnej we Włoszech, Austrii, Finlandii, Holandii, Szwajcarii (ss. 26-27 decyzji).

[96] Por. DOK-8/2011, ss. 94-95.

[97] Decyzja Prezesa UOKiK z 16.07.2010 r., DOK-6/2011, pkt 173.

[98] Ze względu na ograniczoną aktywność stron postępowania w zakresie korzystania z wyjątku legalnego w niewielu decyzjach Prezes UOKiK miał możliwość zaprezentowania interpretacji poszczególnych przesłanek z art. 8 ust. 1 uokik. Do nielicznych przykładów należy m.in. decyzja z 26.04.2010 r., DOK-3/2010, ss. 35-38 (Prezes UOKiK uznał za spełnioną tylko jedną z czterech przesłanek).

tylko na samym organie, ale także na stronach postępowania przed Prezesem UOKiK, które powinny zwracać uwagę organu na elementy kontekstu gospodarczego swojej współpracy pozbawiające ją zakazanego antykonkurencyjnego wymiaru.

Zorientowane na skutki gospodarcze podejście do porozumień ograniczających konkurencję z całą pewnością stanowi wyzwanie zarówno dla Prezesa UOKiK, jak i dla sądów zaangażowanych w instytucjonalny system ochrony konkurencji. Należy mieć nadzieję, że w kolejnych latach obowiązywania ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów organ ochrony konkurencji będzie „starać się być coraz bardziej skutecznym rzecznikiem wskazującym w interesie publicznym na korzyści dla konsumentów i całego rynku, jakie wynikają z funkcjonowania uczciwej i niezakłóconej konkurencji”[99].

[99] M. Krasnodębska-Tomkiel, *Perspektywy polityki konkurencji w Polsce – w 20. rocznicę powstania UOKiK*, [w:] M. Krasnodębska-Tomkiel (red.), *Zmiany w polityce konkurencji na przestrzeni ostatnich dwóch dekad*, Warszawa 2010, s. 533.

Dawid Miąsik*

Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów a prawo własności intelektualnej – czy art. 2 ustawy jest w ogóle potrzebny?[1]

Spis treści:

I. Wprowadzenie
II. Zarys ewolucji relacji między ochroną konkurencji a ochroną własności intelektualnej w prawie polskim
III. Próba ustalenia znaczenia art. 2 uokik
IV. Ocena potrzeby zachowania art. 2 uokik
V. Podsumowanie

Streszczenie:

Artykuł poświęcony jest analizie przepisu art. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, który normuje stosunek tej ustawy do prawa własności intelektualnej. Autor prezentuje ewolucję regulacji normatywnej tego zagadnienia w polskim prawie antymonopolowym oraz zgłaszane w doktrynie propozycje interpretacji tego przepisu oraz przedstawia własną koncepcję znaczenia art. 2 ustawy. Opracowanie zawiera również ocenę potrzeby utrzymania dotychczasowego rozwiązania normatywnego. Konkluzje publikacji zawierają sugestię rezygnacji z normatywnej regulacji stosunku prawa ochrony konkurencji do prawa własności intelektualnej i propozycję uchylenia art. 2 ustawy.

Słowa kluczowe:

własność intelektualna; własność przemysłowa; innowacje; stosunek prawa ochrony konkurencji do prawa własności intelektualnej.

I. Wprowadzenie

Niniejszy artykuł dotyczy jednego z aspektów zagadnienia relacji między prawem ochrony konkurencji a prawem własności intelektualnej, a mianowicie potrzeby utrzymania normatywnej regulacji zakresu zastosowania polskiego prawa antymonopolowego w sprawach z zakresu własności intelektualnej, a przynajmniej zasadności zachowania dotychczasowego rozwiązania wynikającego z art. 2 ustawy z 16.2.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (uokik z 2007 r.)[2]. Niniejsze opracowanie jest oparte na następujących założeniach. Po pierwsze, prawo ochrony konkurencji może znaleźć zastosowanie do dowolnego zachowania przedsiębiorcy, którego przedmiotem jest uzyskiwanie lub korzystanie z praw wyłącznych do dóbr niematerialnych. Źródłem ograniczenia konkurencji może

* Dr nauk prawnych; adiunkt w Zakładzie Prawa Konkurencji INP PAN; członek zespołu Biura Studiów i Analiz Sądu Najwyższego w Warszawie.

[1] Niniejszy tekst stanowi rozwinięcie badań przeprowadzonych w ramach grantu Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego N N110 088739, których efekty publikowane są w pracy „Stosunek prawa ochrony konkurencji do prawa własności intelektualnej", Warszawa 2012.

[2] Dz. U. z 2007 r., nr 50, poz. 331, ze zm.

być nabywanie tytułów ochronnych, ich wykonywanie a nawet samo istnienie. Po drugie, zgodność zachowania przedsiębiorcy z literą prawa własności intelektualnej nie wyłącza odpowiedzialności za ewentualne naruszenie reguł konkurencji. Po trzecie, normatywna regulacja zakresu zastosowania ustawodawstwa antymonopolowego w sprawach z zakresu ochrony konkurencji dotyczących praw własności intelektualnej jest uzasadniona jedynie wówczas, gdy zamiarem ustawodawcy jest zawężenie tego zakresu. Motywy takiej decyzji mogą być różnorodne, ale na pewno niezasadne jest upatrywanie potrzeby regulacji omawianego zagadnienia[3] w powszechnej manierze określania praw wyłącznych do dóbr niematerialnych mianem „monopoli"[4]. Prawa własności intelektualnej bazują co prawda na konstrukcji monopolu (uprawniony jest jedynym dysponentem danego dobra niematerialnego, tylko on decyduje o komercjalizacji prawa i jej skali), ale między „monopolem intelektualnym" wynikającym z legitymowania się prawem wyłącznym a „monopolem rynkowym" (czy też jego łagodniejszą wersją w postaci pozycji dominującej) nie należy stawiać znaku równości.

II. Zarys ewolucji relacji między ochroną konkurencji a ochroną własności intelektualnej w prawie polskim

Normatywną regulację relacji między prawem antymonopolowym a prawami własności intelektualnej wprowadziła do polskiego prawa ochrony konkurencji ustawa z 28.01.1987 r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym w gospodarce narodowej[5]. Ramy niniejszej publikacji nie pozwalają na szerszą analizę ewolucji tej relacji, nie mniej dla zrozumienia znaczenia obowiązującego rozwiązania i oceny potrzeby jego utrzymania przydatne będzie zwięzłe przedstawienie wcześniejszego kontekstu normatywnego i sformułowanych na jego podstawie poglądów doktryny. W odniesieniu do ustawy z 1987 r. w piśmiennictwie przyjęło się, że jej art. 3 statuował zasadę nienaruszalności praw własności intelektualnej, rozumianą w sposób bliski założeniom koncepcji zakresu wyłączności[6]. Koncepcja ta przyznaje uprawnionemu z prawa własności intelektualnej ograniczony immunitet antymonopolowy wykluczający ingerencję zakazów prawa ochrony konkurencji w te zachowania uprawnionego, które mieszczą się w zakresie przysługującego mu prawa wyłącznego. Dopiero wyjście poza sferę zastrzeżoną przez ustawę jedynie dla uprawnionego pozwala na ocenę jego zachowania pod kątem zgodności z przepisami prawa antymonopolowego. Źródła pomysłu wprowadzenia rozwiązania normatywnego w tym zakresie należy zaś poszukiwać w utrwalonej w tamtym okresie w zachodnim i unijnym piśmiennictwie oraz orzecznictwie koncepcji traktującej ograniczenie swobody działania uczestników rynku jako ograniczenia konkurencji[7]. Prawa własności intelektualnej ze swej istoty

[3] Tak np. błędnie D. Miąsik [w:] T. Skoczny, A. Jurkowska, D. Miąsik (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 71.

[4] Zamiast wielu zob. A. Wiercińska-Krużewska [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 49 i 51; E. Stępień, *Nakazanie udzielania licencji przymusowej w wyniku nadużywania pozycji dominującej w świetle orzecznictwa wspólnotowego* [w:] E. Piontek (red.), *Nowe tendencje w prawie konkurencji UE*, Warszawa 2008, s. 23 i 32.

[5] Dz. U. z 1987 r., nr 3, poz. 18, dalej jako „ustawa z 1987 r.".

[6] O rozwiązaniu wprowadzonym w tej ustawie zob.: I. Wiszniewska, *Praktyki monopolistyczne w świetle ustawy antymonopolowej*, Państwo i Prawo 1987, nr 7, s. 34; I. Wiszniewska, *The draft of the Law against monopolistic practices (Antimonopoly Law) in Poland*, International Review of Intellectual Property and Competition Law 1985 16(2), s. 185; I. Wiszniewska, *Granice kartelowo-prawne ważności licencji patentowych*, Ossolineum 1991, s. 117; S. Sołtysiński, *The new Polish statute on combating monopolistic practices*, International Review of Intellectual Property and Competition Law 1988 19(1), s. 73.

[7] O tej koncepcji zob. np.: I. Hykawy, E. Wojtaszek, *Regulacja porozumień ograniczających konkurencję w prawie Wspólnoty Europejskiej*, Przegląd Prawa Handlowego 1994, nr 11, s. 5; P. Podrecki, *Porozumienia monopolistyczne i ich cywilnoprawne skutki*, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego 2000, z. 74, s. 30; E. Traple, *Oddziaływanie przepisów gwarantujących wolność konkurencji...*, s. 122; R. Zäch, A. Kuenzler, *Freedom to compete or consumer welfare?: the goal of competition law according to constitutional law* [w:] R. Zäch, A. Heinemann, A. Kellerhals (ed.), *The development of competition law. Global perspectives*, Cheltenham 2010, s. 61–64.

zmniejszają zakres tej swobody, pozwalając działać na danym rynku właściwym tylko z poszanowaniem praw wyłącznych innych jego uczestników.

W ustawie z 1990 r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym[8] również zawarto regulację relacji między prawem ochrony konkurencji a prawem własności intelektualnej[9]. Dotyczący tej kwestii art. 3 ustawy z 1990 r. składał się z dwóch ustępów. Pierwszy z nich powielał zasadniczo treść art. 3 ustawy z 1987 r.[10] Drugi ustęp art. 3 ustawy z 1990 r. stanowił zaś, że „ustawę stosuje się do umów licencyjnych i innych aktów wykonywania praw wyłącznych wymienionych w ust. 1". W piśmiennictwie przyjęło się określać treść unormowania wynikającego z art. 3 ust. 1 mianem „zasady nienaruszalności praw własności intelektualnej"[11]. Konsekwencje owej nienaruszalności postrzegano w zróżnicowany sposób. Przyjmowano, że przepis art. 3 ust. 1 zakłada „legalność monopoli gospodarczych" wynikających z praw własności intelektualnej[12]; przesądza o neutralności istnienia praw własności intelektualnej z punktu widzenia wynikających z ustawy zakazów[13]; przyznaje uprawnionym immunitet antymonopolowy w ramach koncepcji zakresu wyłączności[14]; wprowadza wyłączenie przedmiotowe z zakresu zastosowania ustawy[15]. Wspólne dla tych wszystkich koncepcji jest założenie, zgodnie z którym art. 3 ust. 1 zawężał zakres przedmiotowy zastosowania zakazów ustawy z 1990 r. w sprawach dotyczących praw własności intelektualnej. Można mieć jednak wątpliwości, czy art. 3 ust. 1 ustawy z 1990 r. rzeczywiście wywoływał taki skutek, skoro na podstawie art. 3 ust. 2 ustawy z 1990 r. zakazy ustawy znajdowały zastosowanie do umów licencyjnych oraz wszelkich innych aktów wykonywania praw wyłącznych wymienionych w ust. 1[16]. Wątpliwości te mnożą ówczesne Wyjaśnienia Urzędu Antymonopolowego[17], które nie uwzględniały założeń żadnej z koncepcji formułowanych na bazie art. 3 ust. 1 ustawy z 1990 r. W orzecznictwie sądowym również przyjęto, że ustawa z 1990 r. może znaleźć zastosowanie do każdej postaci korzystania przez uprawnionego z przysługującego mu prawa, jeżeli tylko jego zachowanie stanowi praktykę monopolistyczną[18]. Sugeruje to, że art. 3 ust. 1 ustawy z 1990 r. nie stanowił „zasady", w oparciu o którą należało stosować przepisy ustawy w sprawach z zakresu własności intelektualnej, lecz wyjątek od art. 3 ust. 2 ustawy z 1990 r.

Nowelizacja z 1995 r.[19] zmieniła treść art. 3, zachowując jego dotychczasową strukturę i nie zmieniając istoty zakresu normowania ust. 1 i 2. W art. 3 ust. 2 w większym niż dotychczas stopniu

[8] Tekst pierwotny Dz. U. z 1990 r., Nr 14, poz. 88, dalej jako „ustawa z 1990 r.".

[9] I. Wiszniewska, *Granice...*, s. 118; E. Nowińska, *Nadużycie patentu przez stosowanie niedozwolonych praktyk monopolistycznych* [w:] Z. Ciupiński (red.), *Konkurencja a ochrona własności przemysłowej w gospodarce rynkowej*, Poznań 1993, s. 113-114.

[10] „Ustawa nie narusza praw wyłącznych wynikających z przepisów o wynalazczości, znakach towarowych, wzorach zdobniczych, przepisów ustawy – Prawo autorskie [...]".

[11] S. Gronowski, *Ustawa o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym – komentarz*, Warszawa 1999, s. 142; M. du Vall, J. Szwaja, *Reguły konkurencji a licencje patentowe i know-how*, Warszawa 1996, s. 74; E. Nowińska, *Nadużycie patentu...*, s. 114. Jest ona określana również mianem zasady niepodważania praw własności intelektualnej; zob. C. Kosikowski, T. Ławicki, *Ochrona prawna konkurencji i zwalczanie praktyk monopolistycznych*, Warszawa 1994, s. 79.

[12] S. Sołtysiński [w:] S. Sołtysiński, A. Szajkowski, T. Szymanek, *Komentarz do prawa wynalazczego*, Warszawa 1990, s. 275.

[13] E. Nowińska, *Nadużycie patentu...*, s. 114; M. du Vall, J. Szwaja, *Reguły konkurencji...*, s. 74.

[14] I. Wiszniewska, *Granice...*, s. 116 i 118; I. Wiszniewska, *Licencje patentowe w świetle zmian prawa antymonopolowego*, Studia Prawnicze 1995, nr 1-4, s. 47-48 oraz s. 54; I. Wiszniewska, *Dostosowanie polskiego prawa antymonopolowego do prawa europejskiego*, Studia Prawnicze 1996, nr 1–4, s. 140; M. du Vall, J. Szwaja, *Reguły konkurencji...*, s. 74; M. Szaciński, *Ustawa o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym a prawo autorskie*, Przegląd Sądowy 1996, nr 9, s. 55; C. Kosikowski, T. Ławicki, *Ochrona prawna...,* s. 79.

[15] T. Ławicki, *Ustawa o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym. Komentarz*, Warszawa 1998, s. 27.

[16] C. Kosikowski, T. Ławicki, *Ochrona prawna...,* s. 79; S. Sołtysiński [w:] S. Sołtysiński, A. Szajkowski, T. Szymanek, *Komentarz...*, s. 275; E. Nowińska, *Nadużycie patentu...*, s. 114 i 117.

[17] *Wyjaśnienia Urzędu Antymonopolowego w sprawie stosowania przepisów ustawy o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym do licencji patentowych i know-how*, Biuletyn Urzędu Antymonopolowego, wrzesień 1993.

[18] Wyrok Sądu Antymonopolowego z 21.01.1998 r., XVII Ama 55/97, Wokanda 1999, nr 2, poz. 48; podobnie W. Machała, *Ustawa antymonopolowa a wykonywanie praw autorskich*, Monitor Prawniczy 1997, nr 7, s. 270; P. Podrecki, *Porozumienia*…, s. 153.

[19] Ustawa z dnia 3.02.1995 r. o zmianie ustawy o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym (Dz. U. z 1995 r., nr 41, poz. 208).

zawężono faktyczny zakres zastosowania ustawy z 1990 r. w tych sprawach dotyczących praw własności intelektualnej, w których wpływ przedsiębiorców na konkurencję wynikał z zawarcia umowy[20]. Wprowadzono bowiem wstępny warunek zastosowania ustawy („ustawę stosuje się") do umów z zakresu praw własności intelektualnej w postaci uprzedniego stwierdzenia negatywnego skutku ocenianej umowy w postaci nieuzasadnionego ograniczenia swobody działalności gospodarczej stron umowy oraz istotnego ograniczenia konkurencji[21]. Ustaleń takich nie trzeba było dokonywać w sprawach niedotyczących umów z zakresu własności intelektualnej[22], w szczególności indywidualnych praktyk ograniczających konkurencję mających za przedmiot korzystanie z praw wyłącznych w inny sposób, niż poprzez udzielenie licencji.

Ustawa z 15.12.2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (uokik z 2000 r.)[23] utrzymała dotychczasową tradycję w zakresie regulacji relacji między prawem antymonopolowym a prawem własności intelektualnej. Zagadnienia tego dotyczył art. 2 ustawy[24]. Przepis art. 2 ust. 1 nadal stanowił o nienaruszeniu praw wyłącznych przez ustawę, zaś ust. 2 wskazywał przesłanki zastosowania ustawy. W tej ostatniej kwestii wprowadzono pewną modyfikacją w stosunku do rozwiązania wypracowanego w ustawie z 1990 r., polegającą na zawężeniu wstępnych warunków zastosowania ustawy do umów licencyjnych tylko do licencji know-how[25]. W piśmiennictwie analizującym rozwiązanie normatywne wynikające z art. 2 uokik z 2000 r. można wskazać szerokie spektrum poglądów. Zgodnie z – jak się wydaje – najczęściej artykułowanym założeniem, z art. 2 ustawy wynikało, że zakazy prawa antymonopolowego mogły znaleźć zastosowanie do dowolnego aktu wykonywania prawa wyłącznego, jeżeli tylko naruszał on któryś z zakazów ustawy.[26] Według tej koncepcji art. 2 ust. 1 uokik z 2000 r. nie stanowił żadnej przeszkody dla stosowania ustawowych zakazów do dowolnego zachowania uprawnionego, o ile oczywiście wyczerpywało ono znamiona jednej z nazwanych praktyk ograniczających konkurencję lub podlegało kwalifikacji jako zachowanie antykonkurencyjne na podstawie ogólnych zakazów takich praktyk. Z kolei według przeciwnego stanowiska, potwierdzonego orzeczeniem Sądu Najwyższego[27], uokik z 2000 r. w dalszym ciągu nawiązywała do koncepcji zakresu wyłączności[28], co powinno skutkować przyznaniem uprawnionym z praw wyłącznych ograniczonego immunitetu antymonopolowego.

Reasumując dotychczasowe wywody, normatywne rozwiązanie relacji polskiego prawa ochrony konkurencji do prawa własności intelektualnej stanowiło podstawę do sformułowania wielu różnych, niekiedy wzajemnie wykluczających się, koncepcji interpretacyjnych. Niektóre z nich (w szczególności nawiązujące do koncepcji zakresu wyłączności) przypisywały temu rozwiązaniu znaczenie, które nie wynikało w ogóle z treści kształtujących je przepisów (w oparciu o rozszerzającą wykładnię

[20] I. Wiszniewska, *Licencje*..., s. 54 i 55; M. du Vall, J. Szwaja, *Reguły konkurencji*..., s. 75; P. Podrecki, *Porozumienia*..., s. 153.

[21] I. Wiszniewska, *Dostosowanie*..., s. 141-142; P. Podrecki, *Porozumienia*..., s. 153; R. Poździk, *Dystrybucja produktów na zasadzie wyłączności w Polsce i Unii Europejskiej. Studium z prawa antymonopolowego*, Lublin 2006, s. 243; krytycznie M. du Vall, J. Szwaja, *Reguły konkurencji*..., s. 75.

[22] P. Podrecki, *Porozumienia*..., s. 155.

[23] Dz. U. z 2000 r., nr 122, poz. 1319.

[24] O takiej kwalifikacji art. 2 ustawy z 2000 r. zob. M. du Vall, *Prawo patentowe*, Warszawa 2008, s. 339; K. Metzlaff, S. Schröder, *Das neue polnische Kartellrecht*, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht: Internationaler Teil 2002 Heft 5, s. 400.

[25] T. Skoczny, *Die Angleichung der Wettbewerbsregeln in den neuen und zukünftigen Mitgliedstaaten an das Gemeinschaftsrecht*, Baden-Baden 2006, s. 117; K. Metzlaff, S. Schröder, *Das neue*…, s. 400.

[26] Zob. G. Materna, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów a wykonywanie praw autorskich*, Kwartalnik Prawa Publicznego 2002, nr 4, s. 53 i 56; K. Kohutek, *Komentarz do art. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*, e/Lex 2005; podobnie zdaje się uważać E. Modzelewska-Wąchal, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów – komentarz*, Warszawa 2002, s. 19.

[27] Wyrok SN z 2.04.2009 r., III SK 19/08, OSNP 2010, nr 19-20, poz. 252.

[28] T. Skoczny, *Die Angleichung*..., s. 117; E. Nowińska, U. Promińska, M. Du Vall, *Prawo własności przemysłowej*, Warszawa 2010, s. 68; E. Kosiński, *Rodzaje i zakres sektorowych wyłączeń zastosowania ogólnych reguł ochrony konkurencji*, Warszawa 2007, s. 202.

art. 2. ust. 1 uokik z 2000 r.; art. 3 ust. 1 ustawy z 1990 r. lub art. 3 ustawy z 1987 r.). Inne z kolei (koncepcja wykonywania praw własności intelektualnej) pozbawiały praktycznie jakiegokolwiek znaczenia unormowanie wynikające z art. 2 ust. 1 uokik z 2000 r. (lub art. 3 ust. 1 ustawy z 1990 r.) i także raczej nie miały oparcia w treści wymienionych przepisów (w zakresie traktującym ust. 1 jako wymóg poszanowania przez przepisy prawa ochrony konkurencji samego istnienia praw własności intelektualnej).

III. Próba ustalenia znaczenia art. 2 uokik

Obowiązujący art. 2 uokik z 2007 r. powtarza treść art. 2 uokik z 2000 r., zatem cały dotychczasowy dyskurs doktrynalny zachowuje nadal aktualność. Wielość publikacji poświęconych uokik zaowocowała zaś mnogością propozycji odczytania znaczenia jej art. 2. Regulację zawartą w art. 2 uokik z 2007 r. można w świetle wyrażonych poglądów odczytać następująco. Po pierwsze, że ten sam stan faktyczny może podlegać równoległej ocenie na podstawie przepisów uokik oraz odpowiednich przepisów prawa własności intelektualnej[29]. Mając na względzie, że te ostatnie przepisy dotyczą przesłanek uzyskania prawa wyłącznego, zakresu jego ochrony oraz roszczeń przysługujących uprawnionemu, sytuacja taka może mieć miejsce wyłącznie w przypadku postępowania o udzielenie licencji przymusowej w przypadku nadużycia patentu lub licencji na korzystanie z wynalazku. Po drugie, że uokik nie kwestionuje samego istnienia praw wyłącznych do wymienionych w jej art. 2 dóbr niematerialnych[30], a zatem – jak się wydaje – fakt negatywnego oddziaływania na konkurencję za pomocą samego istnienia prawa wyłącznego (bez jego wykonywania) nie może stanowić podstawy do przypisania uprawnionemu praktyki ograniczającej konkurencję. Po trzecie, że uokik rozróżnia między istnieniem (nie podlegającym zakazom) a wykonywaniem (podlegającym zakazom) praw własności intelektualnej[31]. Po czwarte, że art. 2 uokik wprowadza model pierwszeństwa prawa własności intelektualnej w zakresie regulacji relacji między normami chroniącymi konkurencją a normami dotyczącymi własności intelektualnej[32]. Po piąte, że uokik toleruje działalność dominantów (monopolistów) zawdzięczających swoją pozycję sile rynkowej opartej na prawach własności intelektualnej[33]. Po szóste, że kognicji organu ochrony konkurencji nie podlega występowanie z roszczeniami z tytułu naruszenia prawa wyłącznego[34]. Po siódme, że zakazy uokik nie obejmują zachowań uprawnionego podejmowanych na podstawie przepisów prawa własności intelektualnej w celu ochrony sfery zastrzeżonej na wyłączność dla uprawnionego oraz obrony posiadanej pozycji rynkowej[35]. Po ósme, że zastosowanie uokik jest możliwe tylko w odniesieniu do tych zachowań uprawnionego, które wykraczają poza zakres przysługującego mu prawa[36]. Po dziewiąte, że art. 2 ust. 1 uokik przyznaje immunitet antymonopolowy w zakresie samodzielnego korzystania z prawa wyłącznego oraz udzielania licencji, zaś art. 2 ust. 2 uokik wyłącza z tego immunitetu niektóre działania uprawnionego[37].

[29] C. Banasiński, E. Piontek (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 33.

[30] C. Banasiński, E. Piontek (red.), *Ustawa…*, , s. 33; A. Wiercińska-Krużewska [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa...*, s. 49.

[31] C. Banasiński, E. Piontek (red.), *Ustawa...*, s. 34; P. Podrecki, *Środki ochrony praw własności intelektualnej*, Warszawa 2010, s. 69.

[32] C. Banasiński, E. Piontek (red.), *Ustawa...*, s. 33.

[33] K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów – komentarz*, Warszawa 2008, s. 76.

[34] E. Nowińska, U. Promińska, M. du Vall, *Prawo własności..*, s. 92.

[35] D. Miąsik [w:] T. Skoczny, A. Jurkowska, D. Miąsik (red.), *Ustawa...*, s. 73.

[36] M. Bernatt, A. Jurkowska, T. Skoczny, *Ochrona konkurencji i konsumentów*, Warszawa 2007, s. 78; R. Kostański [w:] R. Kostański (red.), *Prawo własności przemysłowej. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 368.

[37] R. Skubisz, *Własność przemysłowa w systemie prawa* [w:] R. Skubisz (red.), *System Prawa Prywatnego*. Tom 14A – *Prawo własności przemysłowej*, Warszawa 2012, s. 82.

Z powyższego zestawienia wynika bardzo szerokie spektrum różnego rodzaju wzajemnie wykluczających się koncepcji. Źródłem zaprezentowanych wątpliwości interpretacyjnych jest nie tylko nie najlepsza redakcja art. 2 uokik[38], ale przede wszystkim obiektywna trudność z klarownym rozgraniczeniem sfery zastosowania reguł konkurencji w sprawach dotyczących praw własności intelektualnej za pomocą rozwiązań o charakterze normatywnym. Zastosowanie zakazów prawa antymonopolowego w sprawach dotyczących praw własności intelektualnej zawsze wywołuje kontrowersje, nie mniej w tych systemach prawnych, w których obowiązują przepisy dotyczące tej kwestii, pojawiają się dodatkowe spory co do właściwego rozumienia przepisów służących rozgraniczeniu obu dziedzin[39]. Mając na względzie przedstawione powyżej spektrum kontrowersji doktrynalnych w zakresie interpretacji art. 2 uokik także przedstawiona poniżej propozycja odczytania treści tego przepisu nie rozstrzyga definitywnie wątpliwości co do rzeczywistego znaczenia rozwiązania przewidzianego w tym przepisie.

Odwołując się do znaczenia nadawanego zwrotowi „ustawa nie narusza" w piśmiennictwie poświęconym działalności legislacyjnej można przyjąć, że art. 2 ust. 1 uokik ustanawia zasadę, zgodnie z którą zakazy uokik znajdują zastosowanie tak długo, jak długo ich zastosowanie nie będzie naruszało praw, jakie na podstawie prawa własności intelektualnej przysługują uprawnionemu[40]. Ponieważ prawo własności intelektualnej zawsze przyznaje uprawnionemu prawo wyłączne do określonego dobra niematerialnego (z różnymi ustawowymi wyjątkami), zastosowanie uokik nie może prowadzić do naruszenia prawa uprawnionego do wyłącznego, samodzielnego posługiwania się w działalności relewantnej rynkowo. Nie może zatem stanowić podstawy do kwestionowania takich działań uprawnionego, które ukierunkowane są na ochronę możliwości samodzielnego eksploatowania na rynku danego dobra niematerialnego uznawanego za przedmiot prawa własności intelektualnej (np. poprzez bezwarunkową odmowę udzielenia licencji). Przy takiej interpretacji, art. 2 ust. 1 uokik realizowałby założenia koncepcji istoty prawa wyłącznego i przyznawałby uprawnionemu immunitet antymonopolowy w bardzo ograniczonym zakresie.

Z kolei art. 2 ust. 2 uokik można traktować jako przepis, który w węższym stopniu niż wynikający z ogólnego zakresu zastosowania prawa ochrony konkurencji definiuje ten zakres w sprawach dotyczących praw własności intelektualnej. Przepis ten stanowi bowiem o tym, do czego ustawa znajduje zastosowanie („ustawę stosuje się"), co sugeruje, że przy braku tego przepisu zakres zastosowania ustawy wyglądałby inaczej. Z art. 2 ust. 2 uokik wynika, że stosuje się ją do „zawieranych między przedsiębiorcami umów" oraz do „innych niż umowy praktyk wykonywania praw". Ustawa obejmuje swym zakresem przedmiotowym wszelkiego rodzaju umowy mające za przedmiot obrót lub korzystanie z praw własności intelektualnej oraz wszystkie te zachowania uprawnionego z prawa własności intelektualnej, które należy kwalifikować jako wykonywanie praw (z zastrzeżeniem ograniczenia wynikającego z art. 2 ust. 1 uokik). powyższe założenie interpretacyjne ma następujące konsekwencje praktyczne. Po pierwsze, istnienie praw własności intelektualnej nie może zostać uznane za antykonkurencyjne, nawet gdy są to prawa dotknięte wadami skutkującymi ich nieważnością. Wykonywanie takich praw w drodze wystąpienia z odpowiednimi roszczeniami nie będzie zaś mogło

[38] Zob. np. D. Miąsik [w:] T. Skoczny, A. Jurkowska, D. Miąsik (red.), *Ustawa...*, s. 72-73.

[39] Zob. np. w odniesieniu do prawa szwajcarskiego F. Schraner, *Kartellrecht und Immaterialgüterrecht. Ihr Verhältnis und die einseitige Einführung regionaler Erschöpfung im Patenrecht*, Zürich 2010, s. 113–122; kanadyjskiego Ch. Heath, *The interface between competition law and intellectual property in Japan* [w:] *The interface between intellectual property rights and competition policy*, S.D. Anderman (red.), Cambridge 2007, s. 254-259; chińskiego H.S. Harris, R.J. Ganske, *The monopolization and IP abuse provisions of China's anti-monopoly law: concerns and a proposal*, 75 Antitrust Law Journal 213 (2008), s. 218–220.

[40] G. Wierczyński, *Redagowanie i ogłaszanie aktów normatywnych. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 170.

zostać uznane za antykonkurencyjne z uwagi na art. 2 ust. 1 ustawy. Po drugie, nabywanie praw własności intelektualnej w wyniku samodzielnej działalności przedsiębiorcy nie podlega ustawie, ponieważ nie jest wykonywaniem prawa. Nie ma zatem możliwości stosowania ustawy do przypadków tzw. gąszczu patentowego, o ile źródłem takiej przeszkody dla konkurencji nie będzie uzyskiwanie kolejnych tytułów ochronnych na podstawie umów o przeniesienie praw własności intelektualnej lub umów licencyjnych (skoro przepisy ustawy „stosuje się do zawieranych między przedsiębiorcami umów"). Zastosowanie przepisów uokik do oceny zachowania polegającego na uzyskiwaniu przez dominanta praw wyłącznych do jedynej konkurencyjnej lub potencjalnie konkurencyjnej technologii względem technologii używanej przez dominanta będzie natomiast uzależnione od przyjęcia dodatkowego założenia interpretacyjnego. Mianowicie konieczne jest uznanie, że sformułowanie „ustawę stosuje się do zawieranych między przedsiębiorcami umów" należy rozumieć w ten sposób, że zawieranie umów, których przedmiotem jest gospodarcza eksploatacja praw własności intelektualnej nie jest „wykonywaniem" praw własności intelektualnej. Jeżeli bowiem zawieranie takich umów stanowi jeden z przejawów „wykonywania" prawa wyłącznego, wówczas nabycie przez dominanta w drodze umowy prawa do posługiwania się tytułem ochronnym należącym do innego przedsiębiorcy nie będzie wykonywaniem tego prawa przez dominanta (będzie nim zaś zbycie przez dotychczasowego uprawnionego lub udzielenie licencji przez niego, co w sytuacji gdy nie posiada on pozycji dominującej na rynku nie wywołuje – z zasady – wątpliwości co do negatywnego oddziaływania takiego zachowania na konkurencję). Po trzecie, wykonywanie prawa zarówno poza, jak i w zakresie wyłączności przysługującym uprawnionemu podlega rygorom wynikającym z zakazów uokik Dlatego ustawę można stosować do „zasadzki patentowej" (jako aktu wykonywania prawa), ale w zależności od okoliczności stanu faktycznego barierę dla ich zakazania może stanowić art. 2 ust. 1 uokik (np. gdy „zasadzka patentowa" polega na wystąpieniu z roszczeniami zakazowymi, ale już nie gdy przedsiębiorstwo domaga się opłat licencyjnych).

IV. Ocena potrzeby zachowania art. 2 uokik

Jak wynika z powyższego wywodu, wątpliwości co do rzeczywistego znaczenia art. 2 uokik można mnożyć. Przepis ten w ust. 1 obiecuje przedsiębiorcom uprawnionym z praw własności intelektualnej daleko idący immunitet antymonopolowy w ramach „zasady nienaruszalności". Jego bliższa analiza, wsparta treścią ust. 2 wymieniającego sytuacje objęte zakresem przedmiotowym ustawy, odziera wspomnianą zasadę z jej atrakcyjności w postaci dowolności w eksploatacji praw własności intelektualnej. Z kolei art. 2 ust. 2 uokik niby zawęża zakres zastosowania ustawy, wyłączając z niego istnienie praw własności intelektualnej oraz niektóre przypadki nabywania praw własności intelektualnej, pozostawiając wątpliwości co do rzeczywistego zakresu zastosowania uokik w odniesieniu do pozostałych przypadków uzyskiwania uprawnień do komercjalizacji dóbr niematerialnych oraz aktów wykonywania praw wyłącznych (z uwagi na treść ust. 1).

Pojawia się zatem pytanie o celowość utrzymywania dotychczasowego unormowania art. 2 uokik, a szerzej o potrzebę ustawowej regulacji relacji między prawem ochrony konkurencji a prawem własności intelektualnej. Regulacje tego rodzaju służą zawężeniu zakresu zastosowania przepisów prawa ochrony konkurencji w sprawach dotyczących praw własności intelektualnej. Zawężenie to polega na wyłączeniu możliwości badania zgodności z zakazami prawa antymonopolowego zachowań

uprawnionego, niezależnie od ich rzeczywistego wpływu na konkurencję. Skutkuje to przyznaniem mu immunitetu antymonopolowego o różnym zakresie. W zależności od dokonanego przez prawodawcę wyboru może on obejmować wszystkie albo tylko niektóre działania związane z uzyskiwaniem i komercjalizacją praw wyłącznych, bądź ograniczać się tylko do niektórych rynków właściwych.

Ograniczenie zakresu zastosowania reguł konkurencji w sprawach ochrony własności intelektualnej może być podyktowane różnymi względami. Z perspektywy przedmiotu regulacji prawa ochrony konkurencji i polityki konkurencji na bliższe omówienie zasługuje tylko jeden – dążenie do intensyfikacji konkurencji dynamicznej, która opiera się na dobrach niematerialnych chronionych prawami wyłącznymi. Koncepcja konkurencji dynamicznej doczekała się wielu różnych wariantów, uwzględniających znaczenie własności intelektualnej dla procesu konkurencji oraz zawierających postulaty w przedmiocie odpowiedniego ukształtowania relacji między prawem antymonopolowym a prawem własności intelektualnej[41]. Wspólne dla różnych szkół konkurencji dynamicznej jest założenie, zgodnie z którym jest to konkurencja innowacjami. Są to towary lepsze od dotychczas oferowanych produktów (innowacje zwykłe), bądź zaspokajające takie potrzeby klientów, które do tej pory nie były przez rynek „obsługiwane" (innowacja przełomowa, krytyczna)[42]. Innowacje ze swej istoty bazują na pomysłach i informacjach, a zatem na dobrach niematerialnych. Dzięki wyłączności zapewnianej przez prawo własności intelektualnej większość tych dóbr może być przedmiotem obrotu na rynku, a przez to może być wykorzystywana do kreowania wszelkiego rodzaju produktów. Prawo własności intelektualnej umożliwia zatem powstanie rynków właściwych obejmujących same dobra niematerialne oraz rynków rzeczy materialnych lub usług wykorzystujących te dobra. Prawo własności intelektualnej traktowane jest również jako instrument służący zachęcaniu do działalności innowacyjnej[43]. Wysiłek intelektualny spełniający określone w jego unormowaniach wymogi zostanie nagrodzony prawem wyłącznym – wspomnianym na wstępie „monopolem" nad określonym dobrem niematerialnym i jego gospodarczym wykorzystaniem. Jeżeli „monopol" ten zostanie przekuty w dominację na rynku, tym większa nagroda dla uprawnionego za błysk geniuszu i podjęte ryzyko, a przez to tym większa motywacja do angażowania się w działalność innowacyjną w przyszłości. Równocześnie perspektywa uzyskania „monopolistycznych" zysków zachęca do innowacji aktualnych lub potencjalnych konkurentów uprawnionego. Koncepcja konkurencji dynamicznej charakteryzuje się tym, że dopuszcza sytuacje, w których na danym rynku właściwym będzie działał monopolista. Istotne jest jedynie, by pomimo „monopolu" rynek był dynamicznie konkurencyjny, to jest by pojawiały się na nim kolejne innowacje. Źródło tych innowacji (dotychczasowy monopolista lub inne podmioty) nie odgrywa większego znaczenia. W sytuacji, gdy konkurencja dynamiczna to często konkurencja o uzyskanie pozycji dominującej (a nawet monopolistycznej), perspektywa nieograniczonego stosowania reguł ochrony konkurencji do przedsiębiorcy, który w tej dynamicznej rywalizacji zdystansował konkurentów rodzi obawę o możliwość ukarania przedsiębiorcy za prokonkurencyjne zachowanie. Stąd postulaty formalnego zawężenia zakresu zastosowania reguł konkurencji w sprawach dotyczących praw własności intelektualnej[44].

[41] Zbiorczo o różnych koncepcja konkurencji dynamicznej zob. J. Ellig (red.), *Dynamic competition and public policy. Technology, innovation and antitrust issues*, New York 2001; co do podstawowych traktatów ekonomicznych dotyczących konkurencji dynamicznej w tłumaczeniu na język polski zob.: J.A. Schumpeter, *Kapitalizm, socjalizm, demokracja*, Warszawa 2009; I. Kirzner, *Konkurencja i przedsiębiorczość*, Warszawa 2010; J. H. de Soto, *Szkoła austriacka. Ład rynkowy, wolna wymiana i przedsiębiorczość*, Warszawa 2010.

[42] O pojęciu innowacji i ich rodzajach zob.: F. Budziński, *Formy i geneza postępu technicznego*, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego 1974, z. 4, s. 85; W. Świtalski, *Innowacje i konkurencyjność*, Warszawa 2005, zwłaszcza s. 67-74.

[43] Zamiast wielu zob.: R. Skubisz, *Pierwszeństwo do uzyskania patentu*, Warszawa 1982, s. 11; J. Barta, R. Markiewicz, *Prawo autorskie*, Warszawa 2010, s. 18.

[44] Zob. np. argumentację Ch. Ahlborn, D.S. Evans, A.J. Padilla, *The logic and limits of the exceptional circumstances test in Magill and IMS Health*, Fordham International Law Journal 2005, vol. 28, s. 1131; D.S. Evans, *Economics and the design of competition law* [w:] *ABA Issues in competition law and policy*,

Uzasadniane są one potrzebą zapewnienia uprawnionym z praw własności intelektualnej odpowiedniego poziomu pewności prawa oraz możliwości nieskrępowanego przepisami antymonopolowymi czerpania korzyści z prawa wyłącznego, będącego nagrodą za skorzystanie z zachęty do innowacji dostarczanej przez prawo własności intelektualnej.

Nie negując motywacyjnej funkcji praw własności intelektualnej należy stwierdzić, że odwoływanie się do niej celem uzasadnienia wyłączenia w sposób generalny wszystkich lub niektórych spraw z zakresu praw własności intelektualnej spod rygorów prawa ochrony konkurencji nie znajduje uzasadnienia ani w samej koncepcji konkurencji dynamicznej (z uwagi ma możliwość wykorzystywania praw na dobrach niematerialnych do blokowania innowacji), ani w badaniach empirycznych poświęconych relacjom między konkurencją, własnością intelektualną a innowacyjnością[45]. Takie formalne wyłączenie może również prowadzić do wypaczenia całej idei konkurencji dynamicznej, w zakresie w jakim skutkować będzie takim organizowaniem działalności gospodarczej na rynku, by korzystanie z przedmiotów materialnych łączyło się z koniecznością uzyskania zgody uprawnionego na korzystanie z należącego do niego dobra niematerialnego. Może również umożliwiać „legalną" kartelizację (nie mylić z monopolizacją) gospodarki (np. rozgraniczenie sfery zastosowania prawa ochrony konkurencji za pomocą koncepcji zakresu wyłączności pozwala zawierać konkurentom krzyżowe porozumienia licencyjne prowadzące do podziału rynku, wyłączając możliwość ich kwestionowania przez organ antymonopolowy).

Niezależnie od powyższego, wstępnym warunkiem rozważanie propozycji ustawowego zawężenia zakresu zastosowania zakazów prawa ochrony konkurencji w sprawach dotyczących praw własności intelektualnej jest istnienie odpowiedniej gospodarki, opartej na konkurowaniu wiedzą i będącej źródłem konkurencyjnych względem siebie innowacji. W sytuacji, gdy polska gospodarka nie grzeszy innowacyjnością, zbędne jest zawężanie zakresu zastosowania prawa ochrony konkurencji w sprawach, które ze względów strukturalnych nie pojawiają się w praktyce organu ochrony konkurencji. Dodatkowo, w sytuacji gdy polski rynek nie wytwarza, a raczej konsumuje innowacje chronione prawami własności intelektualnej, wyłączenie zastosowania reguł konkurencji bez względu na sytuację rynkową (a do tego prowadzą formalne manipulacje zakresem prawa antymonopolowego) może być trudne do pogodzenia z aksjologią polskiego prawa antymonopolowego (niezależnie od jej merytorycznej oceny). Wreszcie, posługiwanie się koncepcjami formalnymi może blokować interwencję antymonopolową wobec naruszeń konkurencji wynikających ze strategicznego wykorzystywania praw własności intelektualnej w konkurowaniu na rynku[46].

Formalne ograniczenie zakresu zastosowania reguł konkurencji w sprawach dotyczących praw własności intelektualnej nie jest konieczne nawet w przypadku przyjęcia – bardzo wątpliwego zdaniem autora – założenia o potrzebie stymulowania innowacyjności polskiej gospodarki poprzez wyłączenie kompetencji organu ochrony konkurencji do oceny zachowań przedsiębiorców na rynkach innowacji

vol. 1, Chicago 2008, s. 109. Krytycznie o takich koncepcjach zob. w szczególności J. Drexl, *Is there a „more economic approach" to intellectual property and competition law?* [w:] *Research handbook on intellectual property and competition law*, J. Drexl (red.), Cheltenham 2008, s. 44-47; *Comments of the Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law on the Directorate-General Competition discussion paper of December 2005 on the application of Art. 82 of the EC Treaty to exclusionary abuses*, International Review of Intellectual Property and Competition Law 2006, vol. 37(5), s. 561.

[45] Zob. badania powołane przez F.M. Scherer, *Industrial market structure and economic performance*, Chicago 1980, s. 448; tenże, *The political economy of patent policy reform in the United States*, 7 Journal on Telecommunication & High Technology Law 167 (2009), s. 171–176. Krytycznie o kierowaniu się w omawianym obszarze motywacyjną funkcją praw własności intelektualnej wypowiada się J. Drexl, *Real knowledge is to know the extent of one's own ignorance: on the consumer harm approach in innovation related competition cases*, 76 Antitrust Law Journal 677 (2010), s. 706–707.

[46] O takim wykorzystywaniu praw własności intelektualnej zob. np. G. Piesiewicz-Stępniewska, *Oszustwo... bezkonkurencyjne? O stosowaniu unijnego prawa konkurencji do praw własności przemysłowej: wykorzystywanie praw wyłącznych w procesie normalizacji* [w:] *Prawo i ekonomia konkurencji. Wybrane zagadnienia*, B. Kurcz (red.), Warszawa 2010, s. 128–129.

chronionych prawami własności intelektualnej. Wystarczające jest bowiem uwzględnienie wpływu praw własności intelektualnej na konkurencję (negatywne ex definitione oddziaływanie na konkurencję cenową i efektywność statyczną, zróżnicowany wpływ na konkurencję i efektywność dynamiczną); kierowanie się koncepcjami konkurencji dynamicznej oraz wpływem zachowania uprawnionego na zakres wyboru dostępny klientom przy rozstrzyganiu spraw antymonopolowych dotyczących praw własności intelektualnej.

V. Podsumowanie

Przedstawiony w niniejszym opracowaniu wywód zaprezentował zasadnicze trudności interpretacyjne, jakie stwarza treść art. 2 uokik z 2007 r. Mnożone w doktrynie wątpliwości nie znajdują zasadniczo przełożenia na praktykę stosowania tego przepisu z uwagi na brak spraw antymonopolowych z zakresu prawa własności intelektualnej. Jest to konsekwencją struktury polskiej gospodarki. Wskazane w artykule wątpliwości interpretacyjne, wsparte marginalnym znaczeniem praktycznym przepisu oraz analizą wpływu praw własności intelektualnej na konkurencję prowadzą do konkluzji, że przepis art. 2 uokik jest zbędny. Nie rozwiązuje żadnego problemu na styku prawa ochrony konkurencji i prawa własności intelektualnej, którego nie dałoby się rozwikłać w drodze odpowiedniej analizy zakresu zastosowania obu dziedzin prawa oraz znaczenia praw własności intelektualnej w procesie konkurencji na rynku. Faktyczna rola przepisu sprowadza się jedynie do dostarczenia inspiracji intelektualnej przedstawicielom doktryny dla analizowania i tworzenia na jego podstawie różnych koncepcji relacji między prawem ochrony konkurencji a prawem własności intelektualnej. Dlatego przy kolejnej nowelizacji uokik wskazane jest rozważenie uchylenia tego przepisu.

Konrad Kohutek*

Pięciolecie stosowania zakazu nadużywania pozycji dominującej w świetle uokik z 2007: kształtowanie się wykładni kluczowych pojęć

Spis treści:

I. Wprowadzenie
II. Nadużycia wykluczające
  1. Ustawowo nazwane praktyki wykluczające a rzeczywistość rynkowa
  2. Definicja nadużyć wykluczających oraz praktyki lewarujące
  3. Pojęcie wykluczenia z rynku a wykładnia art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik
  4. Przesłanka celu wykluczenia z rynku oraz efektywności: niejednolitość poglądów Sądu Najwyższego
III. Nadużycia eksploatacyjne: nieuczciwość a uciążliwość narzucanych warunków – rozbieżność tylko językowa?
IV. Uwagi podsumowujące oraz wnioski *de lege ferenda*

Streszczenie:

Niniejszy artykuł przedstawia dorobek polskiego orzecznictwa dotyczący zakazu nadużycia pozycji dominującej przewidzianego w art. 9 uokk z 2007 r. W ciągu ostatnich pięciu lat – w szczególności w wyrokach Sądu Najwyższego – ukształtowały się zasady wykładni podstawowych pojęć, ułatwiając stosowanie tego zakazu zwłaszcza w odniesieniu do nadużyć wykluczających (jak np. ogólna definicja tego typu nadużyć, pojęcie wykluczenia z rynku). Ukazano w nim również, iż sądowa interpretacja głównych kryteriów kwalifikacji praktyk dominanta jako eksploatacyjne – tj. „nieuczciwość" oraz „uciążliwość" narzucanych warunków – zmierza w kierunku konwergencji tych koncepcji. Artykuł zawiera także sugestie de lege ferenda w zakresie możliwych zmian dotyczących treści lub konstrukcji art. 9 uokik.

Słowa kluczowe:

nadużywanie pozycji dominującej; wykluczenie z rynku; praktyki/nadużycia wykluczające/eksploatacyjne; praktyki lewarujące; nieuczciwość/uciążliwość narzucanych warunków.

I. Wprowadzenie

21.04.2012 r. mija piąty rok od dnia wejścia w życie aktualnie obowiązującej ustawy o ochronie konkurencji i konsuemntów (uokik z 2007 r.)[1]. Treść przewidzianego w jej art. 9 zakazu nadużywania pozycji dominującej – poza jedną zmianą[2] – jest analogiczna do brzmienia art. 8 ustawy o ochronie

* Dr nauk prawnych, adiunkt na Wydziale Prawa i Administracji w Krakowskiej Akademii im. A. Frycza-Modrzewskiego.

[1] Ustawa z 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. nr 50, poz. 331, ze zm.).

[2] Chodzi o usunięcie z katalogu przykładów praktyk stanowiących przejaw nadużycia pozycji dominującej, zachowania polegającego na „stwarzaniu konsumentom uciążliwych warunków dochodzenia swoich praw" (art. 8 ust. 2 pkt 7 ustawy z 15.12.2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów). Praktyka ta jako godząca przede wszystkim w pozaekonomiczne interesy konsumentów również na gruncie obecnej ustawy podlega interwencji ze strony Prezesa UOKiK, jakkolwiek na podstawie przepisów dotyczących zbiorowych interesów konsumentów (art. 24 i n. uokik). Zakaz nadużywania pozycji dominującej to instytucja przeznaczona przede wszystkim do sprzyjania ekonomicznym interesom konsumentów (zob. dalej, pkt 2.3).

konkurencji i konsumentów z 2000 r. (uokik z 2000 r.)[3]. Ma to istotne znaczenie dla oceny praktycznego funkcjonowania tego pierwszego przepisu, ponieważ czyni uzasadnionym uwzględnianie także tych orzeczeń, które wydane zostały na podstawie tego drugiego. W szczególności Sąd Najwyższy (SN) – którego wyroki stanowić będą główną podstawę ewaluacji pięcioletniego dorobku obecnej ustawy – tylko w nielicznych (dotychczas wydanych[4]) wyrokach miał okazję „formalnego" zastosowana art. 9 uokik[5]. Ewaluacja ta bazować będzie również na decyzjach Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (UOKiK[6]).

Zakaz nadużywania pozycji dominującej jest jedną z mniej, o ile nie najmniej, normatywnie oraz koncepcyjnie ukształtowanych instytucji prawa konkurencji (co odnosi się nie tylko do art. 9 uokik, ale także do art. 102 Traktatu[7]). Wynika to nie tylko z obowiązywania szerokiej oraz legalnie niezdefiniowanej klauzuli generalnej „nadużycia", lecz także z braku materialnego prawa wtórnego (stosowanych rozporządzeń grupowych, które obowiązują w odniesieniu do drugiego rodzaju praktyk zakazanych *ex lege*, tj. porozumień antykonkurencyjnych). Dodatkowo, zakaz nadużywania pozycji dominującej odnosi się do dwóch całkiem różnorodnych kategorii zachowań unilateralnych, tj. praktyk wykluczających oraz eksploatacyjnych[8], co czyni tę instytucję mniej spójną i analitycznie przejrzystą. Tym bardziej więc doniosłe stają się doświadczenia jakie wynikają z jej „praktycznego funkcjonowania", tj. sposobu (metod) jej stosowania przez Prezesa UOKiK oraz przede wszystkim przez sądy w odniesieniu do konkretnych zachowań dominantów.

W ciągu ostatnich pięciu lat orzecznictwo coraz częściej wypowiadało się w sposób pozwalający na podejmowanie pewnych „prawotwórczych" konstatacji i/lub uogólnień, które nadają wspomnianemu zakazowi bardziej skonkretyzowaną treść. Co zaś godne podkreślenia, chodzi o rozstrzygnięcia SN, których do roku 2007/2008 zapadło stosunkowo niedużo. W szczególności w latach 2009-2010 sąd ów wydał sporo orzeczeń, które należy postrzegać jako ważne, z tego względu, iż w dużej mierze kreują zasady interpretacji zakazu nadużycia pozycji dominującej w rozumieniu obecnego art. 9 uokik.

II. Nadużycia wykluczające

1. Ustawowo nazwane praktyki wykluczające a rzeczywistość rynkowa

Ocena dorobku orzeczniczego zgromadzonego w czasie obowiązywania obecnej ustawy antymonopolowej celowo rozpoczęta zostanie od praktyk wykluczających dominantów. W szczególności bowiem w odniesieniu do wskazanych zachowań w okresie tym[9] kształtowane zostały konstrukcje mające doniosłe znaczenie dla stosowania art. 9 uokik (zob. niżej).

[3] Ustawa z 15.12.2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2005 r., nr 244, poz. 2080).

[4] Zob. np. wyrok SN z 3.03.2010 r., III SK 37/09 (OSNP 2011/19-20/264).

[5] Podkreślenia wszak wymaga, iż chodzi o *stricte* „formalne" stosowanie tego przepisu (tj. powoływanie się konkretnie na niego, w tym na aktualną ustawę). W licznych wyrokach (wydanych głównie w latach 2009-2010), SN często rozpatrywał zarzut naruszenia art. 8 ustawy z 2000 r. Ponieważ treść tego przepisu jest – poza jednym wyjątkiem (zob. trzy przypisy wyżej) – analogiczna do brzmienia art. 9 uokik z 2007 r., uprawnionym jest twierdzenie, iż również art. 9 uokik *de facto* był stosowany.

[6] W tym celu dokonano przeglądu przeszło 90 decyzji wydanych głównie w latach 2008-2011, ale także niektórych z wcześniejszego okresu (opublikowanych na www.uokik.gov.pl). W niniejszym artykule powołanych zostało prawie 30 z nich.

[7] Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE). Podpisany w Lizbonie 13.12.2007 r. W wersji skonsolidowanej opublikowany w Dz. Urz. UE 2010 C 83/47.

[8] W tym znaczeniu, iż praktyki te w zupełnie inny sposób oddziałują na rynek oraz na sytuację ekonomiczną przedsiębiorców – klientów i/lub konkurentów dominanta.

[9] W kwestii koncepcji generalnych dotyczących praktyk eksploatacyjnych często wypowiadał się Sąd Antymonopolowy (zwłaszcza w latach 1993-2000 r.); trudno je wszakże postrzegać jako prowadzące do nadania zakazowi nadużyć eksploatacyjnych precyzyjnych ram analitycznych (zob. też pkt 3). Jakkolwiek także w ostatnim pięcioleciu wypracowano (względnie potwierdzano) konstrukcje doniosłe dla wykładni art. 9 uokik w kontekście tego typu zachowań.

Treść art. 9 ust. 2 uokik – czyli przepisu zawierającego przykładowy katalog zachowań[10] mogących stanowić nadużycie pozycji dominującej – okazuje się być rozwiązaniem mało pomocnym w zakresie konkretyzacji oraz konceptualizacji nadużycia wykluczającego. Nieco wbrew temu co stwierdził SN[11], praktyka (w tym zwłaszcza ostatnich 5 lat) pokazała, że **„nazwane"**[12] w tym katalogu unilateralne zachowania wykluczające – czyli dyskryminacja nabywców prowadząca do wykluczania z rynku niższego szczebla (art. 9 ust. 2 pkt 3), wiązanie produktów, w tym zwłaszcza o skutku wykluczającym[13] (art. 9 ust. 2 pkt 4) oraz podział rynku (art. 9 ust. 2 pkt 7) – rzadko były stosowane, a z pewnością rzadko były powoływane jako podstawa prowadzenia postępowania antymonopolowego (mimo tego, że decyzje stwierdzające naruszenie zakazu nadużycia dominacji należały do tych najczęściej wydawanych[14]).

Kreatywność strategii przedsiębiorców, a także specyfika branży i rynków na jakich prowadzą działalność, to główne czynniki determinujące cechy ich zachowań wykluczających, które zarazem nie odpowiadały żadnemu z „nazwanych typów" wymienionych w art. 9 ust. 2 uokik (zob. niżej). Takie zjawisko występuje także na gruncie unijnego zakazu nadużycia pozycji dominującej[15]. Należy jednak podkreślić, iż praktyka unijnego zakazu wykształciła nieco inne „empirycznie typy" zachowań, które najczęściej stanowiły przedmiot interwencji Komisji Europejskiej (jak zwłaszcza określone rodzaje rabatów, szeroko pojmowana odmowa dostaw w tym udzielenia informacji, zaniżanie marży[16]). Tego rodzaju praktyki rzadko lub wcale[17] nie stanowiły – jak dotychczas – przedmiotu zarzutu naruszenia art. 9 uokik.

Polskie rynki oraz praktyka orzecznicza urzędu antymonopolowego ukształtowały „własne typy" zachowań wykluczających dominantów, w które Prezes UOKiK najczęściej ingerował. Podkreślenia zarazem wymaga, iż w praktykach tych chodziło o nadużycia na – **zazwyczaj zmonopolizowanych – rykach lokalnych**, na których źródłem pozycji dominującej był albo monopol prawny albo naturalny[18].

[10] Zob. np. wyrok SN z 23.02.2006 r., III SK 6/05 (OSNP 2007/5-6/86).

[11] Zdaniem SN katalog ów „obejmuje zachowania **najbardziej typowe**, najgroźniejsze z punktu widzenia mechanizmu konkurencji" (wyrok SN z 19.08.2009 r., III SK 5/09, OSNP 2011/9-10/144).

[12] Termin „praktyka nazwana" należy – w moim przekonaniu – ograniczać do takich zachowań, które ustawa konkretnie opisuje, przedstawiając ich konstytutywne cechy, czyniąc to zarazem w taki sposób, iż na podstawie tych cech można dany rodzaj zachowania przyporządkować do określonej (węższej, a zarazem skonkretyzowanej) kategorii. Z tego względu „praktyką nazwaną" tylko formalnie – tj. poprzez jej wyraźnie wyszczególnienie w katalogu art. 9 ust. 2 uokik – należałoby uznawać zachowania wskazane w art. 9 ust. 2 pkt 2 („ograniczenie produkcji, zbytu lub postępu technicznego ze szkodą dla kontrahentów lub konsumentów") oraz w art. 9 ust. 2 pkt 5 („przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji").

[13] „Uzależnianie zawarcia umowy od przyjęcia lub spełnienia przez drugą stronę innego świadczenia, niemającego rzeczowego ani zwyczajowego związku z przedmiotem umowy" to bowiem zachowania, w przypadku których o nadużyciu w praktyce zazwyczaj przesądzał ich eksploatacyjny charakter – tj. wyzyskiwanie kontrahentów (klientów). Takie sprawy były rozpatrywane także w ostatnich 5-6 latach, jak np. uzależnienie sprzedaży drewna od zawarcia umowy cesji wierzytelności (uchwała SN z 23.07.2008 r., III CZP 52/08, OSNC 2009/7-8/107); uzależnianie zawarcia umowy najmu powierzchni handlowej na targowisku od nabycia pakietu akcji dominanta (wyrok SOKiK z 11.10.2006 r. XVII Ama 70/05; Dz.Urz.UOKiK 2007/1/10); uzależnianie zawarcia świadczenia usługi dostępu do Internetu od korzystania z usługi telefonicznej (wyrok SN z 17.03.2010 r. III SK 41/09, OSNP 2011/21-22/285) – jakkolwiek w tej ostatniej sprawie mogły wystąpić także skutki wykluczające konkurentów (zob. też wyrok SN z 2.07.2009 r., III SK 10/09, OSNP 2011/7-8/116).

[14] Zwłaszcza w porównaniu do decyzji w sprawie porozumień antykonkurencyjnych. Począwszy od 2007 r. i skończywszy na 2010 r., Prezes UOKiK wydał następującą ilość decyzji stwierdzających praktykę: w roku 2007: nadużycie – 50, porozumienia – 9 (*Sprawozdanie z działalności UOKiK 2007*, Warszawa 2008, s. 14; w roku 2008: nadużycie – 42, porozumienia – 12 (*Sprawozdanie z działalności UOKiK 2008*, Warszawa 2009, s. 15); w roku 2009: nadużycie – 49, porozumienia – 16 (*Sprawozdanie z działalności UOKiK 2009*, Warszawa 2010, s. 15); w roku 2010 – nadużycie: 46, porozumienia: 23 (*Sprawozdanie z działalności UOKiK 2010*, Warszawa 2011, s. 17). Wszystkie powołane sprawozdania publikowane są na www.uokik.gov.pl.

[15] Katalog przykładów praktyk stanowiących naruszenie tego zakazu jest podobny do tych zawartych w art. 9 ust. 2 uokik. Artykuł 102 zd.2 lit. a-d TFUE wymienia również stosowanie nieuczciwych cen, ograniczenie produkcji, dyskryminacje nabywców oraz sprzedaż wiązaną.

[16] Dowodem potwierdzającym, iż w praktyce egzekwowania zakazu z art. 102 TFUE podstawowe znaczenie miały typy empiryczne praktyk wykluczających (a nie przykłady z art. 102 lit. a-d TFUE) jest klasyfikacja tych praktyk, jaka przyjęta została w wytycznych Komisji („Wytyczne w sprawie priorytetów, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. 82 Traktatu w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wykluczającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące"; dalej. „Wytyczne"). Dokument ów Komisja opublikowała 3.12.2008 r., a w wersji oficjalnej we wszystkich językach państw członkowskich nastąpiło to w dniu 9 lutego 2009 r.; Dz. Urz. UE 2009 C 45/7-20). Dział IV Wytycznych, zatytułowany „szczególne formy nadużyć" (*specific forms of abuse*) wymienia właśnie typy empiryczne, a nie traktatowe, tj. transakcje wyłączne (*exclusive dealing*), w tym praktyki rabatowe, sprzedaż wiązaną i pakietową, drapieżnictwo cenowe, odmowę dostaw oraz zaniżanie marży.

[17] Co można odnieść np. do rabatów lojalnościowych lub wywołujących takie skutki, nożyc cenowych (*margin squeeze*) czy też odmowy udzielenia przez dominanta konkurentom określonych informacji.

[18] Ten pierwszy zazwyczaj wynikał z przepisów prawnych przyznających gminie (dominantowi, a zarazem przedsiębiorcy w rozumieniu art. 4 ust. 1 lit. a uokik) wyłączne prawo do organizowania lub prowadzenia działalności na określonych rynkach lokalnych. Źródłem monopolu naturalnego zazwyczaj były uprawnienia do infrastruktury sieciowej, ale także np. określonych zasobów mieszkaniowych (w tym drugim przypadku dominantem była zazwyczaj spółdzielnia mieszkaniowa).

Dotyczyło to np. nadużyć na rynkach organizacji usług wywozu i składowania odpadów komunalnych[19], rynkach udostępniania zasobów mieszkaniowych dominanta (spółdzielni mieszkaniowe[20]), czy też rynkach usług cmentarnych[21]. Ponadto – obok tego rodzaju zachowań – w praktyce dominanci podejmowali zróżnicowane strategie wykluczające, które przedmiotowo trudno by zaklasyfikować do którejś z praktyk nazwanych w art. 9 uokik[22].

W związku z powyższym, w zakresie ingerowania w praktyki wykluczające dominantów ważną rolę spełniał **art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik** (art. 8 ust. 2 pkt 5 uokik z 2000 r.). Przepis ów był najczęściej powoływany jako ten, którego naruszenie uzasadniało zarzut nadużycia wykluczającego (w tym we wszystkich wyżej wskazanych nadużyciach lokalnych gmin oraz spółdzielni). W odróżnieniu od art. 9 ust. 2 pkt 3-4, 7 uokik w istocie nie definiuje on żadnej konkretnej formy praktyki, za nadużycie uznając „przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji". Z jednej strony jest to więc regulacja „szczególna", jednocześnie – podobnie jednak jak zakaz nadużycia z art. 9 ust. 1 uokik – ma ona charakter klauzuli generalnej[23], z drugiej. Bez wątpienia jest ona przepisem bardziej precyzyjnym niż ten ostatnio wymieniony[24]. Przede wszystkim art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik ustawowo rozstrzyga, iż zakaz nadużycia pozycji dominującej może dotyczyć także unilateralnych praktyk ograniczających dostęp do rynku lub ekspansję na nim przez konkurentów, zatem praktyk stricte antykonkurencyjnych[25]. Dzięki temu w polskim prawie konkurencji (podobnie jak np. w prawie amerykańskim[26]) nie było potrzeby, aby o objęciu ich reżimem antymonopolowym przesądzał sąd (jak to miało miejsce np. w prawie UE[27]).

2. Definicja nadużyć wykluczających oraz praktyki lewarujące

Sprecyzowanie prawidłowych ram koncepcyjno-analitycznych dla identyfikacji nadużyć wykluczających to bez wątpienia jedno z największych wyzwań polityki prawa konkurencji[28]. Doniosłość tego

[19] Zazwyczaj poprzez wskazanie jako wyłącznego miejsca składowania odpadów komunalnych (odbieranych od właścicieli nieruchomości z terenu danej gminy) składowiska administrowanego przez przedsiębiorcę określonego przez dominanta albo przez przyznanie takiemu przedsiębiorcy wyłączności w zakresie świadczenia usług odbierania takich odpadów (zob. np. decyzja Prezesa UOKiK z 3.08.2009 r., RGD-20/2009; decyzja Prezesa UOKIK z 3.08.2009 r., RGD-21/2009; decyzja Prezesa UOKiK z 3.08.2009 r., RGD-22/2009; decyzja Prezesa UOKIK z 3.08.2009 r., RPZ-10/2009; decyzja Prezesa UOKiK z 2.06.2009 r., RWR-08/2009).

[20] Co zazwyczaj następowało przez niewydanie zgody na zainstalowanie na tych zasobach urządzeń telekomunikacyjnych potrzebnych do świadczenia usług telekomunikacyjnych lub dostępu do Internetu albo utrudnianie takich instalacji względnie żądanie za udostępnienie tych zasobów znacznie wygórowanych opłat (zob. np. decyzja Prezesa UOKiK z 4.11.2008 r., RWR-74/08; decyzja Prezesa UOKiK z 24.08.2009 r., RLU-13/09; decyzja Prezesa UOKiK z 2.11.2010 r., RPZ-27/2010; decyzja Prezesa UOKiK z 24.11.2010 r., RŁO-36/2010; decyzja Prezesa UOKiK z 29.06.2011 r., RKR-20/2011; decyzja Prezesa UOKiK z 19.06 2011 r., RKT-17/2011).

[21] Zazwyczaj poprzez uniemożliwianie przedsiębiorcom świadczącym usługi pogrzebowe wykonywania na cmentarzu dominanta usług kopania grobu i/lub innych usług związanych z pochówkiem zmarłych albo obciążanie tych przedsiębiorców opłatą administracyjną niepobieraną od innych przedsiębiorców (zob. np. decyzja Prezesa UOKiK z 31.08.2009 r., RWR-23/2009; decyzja Prezesa UOKiK z 21.04.2009 r., RKT-09/2009; decyzja Prezesa UOKiK z 10.09.2009 r., RWR-24/2009; decyzja Prezesa UOKiK z 8.07.2011 r., RBG-10/2011; decyzja Prezesa UOKiK z 17.06 2011 r., RWR-10/2011).

[22] Np. uniemożliwianie producentom i importerom nasienia buhajów bezpośredniej sprzedaży nasienia inseminatorom działającym na terenie określonych województw (decyzja Prezesa UOKiK z 20.10.2009 r., RBG-16/2009); wypowiedzenie prawa korzystania z przystanku autobusowego (decyzja Prezesa UOKiK z 5.06.2009 r., RGD-10/2009); przyjęcie za kryterium oceny ofert w postępowaniu w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej okoliczności realizowania przez oferenta leczenia świadczeniobiorców w ramach danego zakresu świadczeń na podstawie umowy zawartej z NFZ (decyzja Prezesa UOKiK z 10.07.2009 r., RWA-9/2009).

[23] W tym znaczeniu, iż ani nie określa jakie konkretnie zachowania mogą stanowić przejaw wskazanego w nim ograniczania konkurencji ani także nie określa bliżej ogólnych warunków jego naruszenia (interpretacja zawartych w nim zwrotów pozostawiona została więc orzecznictwu; zob. niżej pkt 3).

[24] Na który wszak Prezes UOKiK bardzo często się powoływał, przytaczając go – oprócz art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik (przy praktykach wykluczających) bądź oprócz art. 9 ust. 2 pkt 6 (przy praktykach eksploatacyjnych) – jako podstawę interwencji.

[25] Czego nie można twierdzić w odniesieniu do praktyk eksploatacyjnych; zob. szerzej K. Kohutek, *Naruszenie interesu publicznego a naruszenie konkurencji (na tle praktyk rynkowych dominantów*, Państwo i Prawo nr 7/2010, s. 55-56.

[26] Artykuł 2 ustawy Shermana wprost zakazuje monopolizacji rynku, zatem praktyk, które godzą w konkurentów. W odróżnieniu od art. 9 uokik (jak i art. 102 TFUE), zakaz ów nie dotyczy praktyk eksploatacyjnych, w tym „stosowania cen wygórowanych/monopolistycznych" (*charging of monopoly prices*); *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko*, LLP, 540 U.S. 398, 407 (2004).

[27] Art. 102 TFUE nie zawiera „odpowiednika" art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik, a fakt, iż zawarty w tym pierwszym przepisie zakaz dotyczy także nadużyć wykluczających – szkodliwych dla konsumentów przez „wpływ na efektywną strukturę konkurencji" (*impact on an effective competition structure*) – przesądzony został w orzecznictwie; zob. pkt 26 wyroku TS z 2.02.1973 r. w sprawie 6/72 *Europemballage/Continental Can v. Komisja* (Zb. Orz. 1973, s. 215).

[28] Nie tylko w Polsce, ale także w UE, poszczególnych państwach członkowskich, jak i za Atlantykiem.

zagadnienia wynika przede wszystkim stąd, iż błędy antymonopolowe w tej materii mogą być bardzo kosztowne w ogólnym wymiarze społeczno-ekonomicznym. Są one prawdopodobne w szczególności w razie kierowania się przy kwalifikacji prawnej wykluczeń wyłącznie lub przede wszystkim ich formą i tym samym możliwością wpływu na strukturę konkurencji. Wprawdzie nie można twierdzić, iż ramy takie zostały w sposób jednoznaczny oraz definitywny wypracowane w czasie obowiązywania uokik z 2007 r., to jednak w okresie tym orzecznictwo kilkakrotnie użyło sformułowań precyzujących zasady interpretacji art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik lub szerzej zakazu nadużyć wykluczających.

W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na konstrukcję, która jest – a z pewnością może pretendować do – statusu **definicji ogólnej nadużyć wykluczających**. Taka przyjęta została w wyroku w sprawie *Marquard Media*[29]. Zdaniem SN, tego rodzaju nadużycie to zachowanie dominanta, „które będąc obiektywnie sprzeczne z wzorcami normalnej konkurencji może wpływać na strukturę rynku pozycji dominującej lub innego rynku i przybiera postać stosowania środków niemających związku z konkurencją merytoryczną o nabywców, bądź polega na stosowaniu środków używanych w toku rywalizacji na konkurencyjnych rynkach, które jednak są nieproporcjonalne na rynku dotkniętym zachowaniem dominującego przedsiębiorcy, utrudniając w ten sposób zachowanie lub rozwój istniejącej jeszcze na nim konkurencji". Ta rozbudowana koncepcja nieco przypomina formułę *Hoffman-La Roche*, czyli orzeczniczą definicję obowiązującą w prawie UE[30]. Podobieństwa uwidaczniają się w szczególności w szeroko ujętym „aspekcie strukturalnym" praktyki, czyli („możliwości wpływu na strukturę rynku"), a także w posługiwaniu się wieloznacznymi zwrotami na określenie tzw. „jakościowych" aspektów praktyki, czyli tych mających różnicować wykluczenia konkurencyjne od antykonkurencyjnych („konkurencja merytoryczna", „wzorce normalnej konkurencji"[31]). Niewątpliwie tego rodzaju sformułowania nie pozwalają na dokonanie wspomnianej dystynkcji.

Zaletą cytowanej konstrukcji jest wyraźne zaakcentowanie, iż wywoływane zachowaniem dominanta wykluczenie może przejawiać się „na **innym rynku**"[32] (niż zdominowany). W praktyce przypadki takiego – „lewarowania" / "transferu" dominacji[33] – bardzo często miały miejsce. Tymczasem sama treść zarówno art. 9 uokik (jak i art. 9 ust. 2 pkt 5) nie wskazuje na istnienie takich strategii wykluczających mogących stanowić naruszenie tego przepisu. Orzecznictwo wypełnia więc tego rodzaju „lukę ustawową"[34]. Co więcej, określono w nim także warunki zasadności zarzutu tego rodzaju „**nadużycia lewarującego**", wskazując po pierwsze, na wymóg stwierdzenia interesu ekonomicznego dominanta „w ograniczeniu zakresu działania lub wykluczeniu innych przedsiębiorców z innego rynku" oraz po drugie, na wymóg prowadzenia działalności przez dominanta na tymże rynku[35] („lewarowanym").

[29] Wyrok SN z 19.08.2009 r., III SK 5/09, OSNP 2011/9-10/144). Do cytowanej definicji nawiązał SN także w późniejszych orzeczeniach; zob. np. wyrok z 18.02.2010 r., III SK 28/09, OSNP z 2011 nr 17 poz. 24.

[30] Zob. pkt 91 wyroku TS z 13.02.1979 r. w sprawie 85/76 *Hoffmann-La Roche & Co. AG v. Komisja* (Zb. Orz. 1979, s. 461).

[31] Szerzej na temat tej definicji nadużyć wykluczających oraz jej oceny zob. K Kohutek, *Stosowanie selektywnych obniżek cenowych powyżej kosztów. Generalny koncept nadużycia wykluczającego. Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 19 sierpnia 2009 r.*, Glosa nr 4/2010, s. 108-111.

[32] Zwany rynkiem powiązanym (zob. wyrok SN z 14.11.2008 r., III SK 9/08; LEX nr 479321; wyrok SOKiK z 4.03.2008 r., XVII Ama 70/07; wyrok SOKiK z 4.01.2008 r., XVII Ama 72/07), sąsiednim (wyrok Sądu Antymonopolowego z 11.12.2000 r., XVII Ama 45/00, niepubl.), współzależnym (wyrok SOKiK z 4.08.2008 r., XVII Ama 4/08) lub połączonego (wyrok SOKiK z 9.11.2006 r., XVII Ama 114/05). Treść formuły *Hoffmann-La Roche* zbyt wąsko zakreśla możliwy „zakres terytorialny" antykonkurencyjnego wykluczenia, sprowadzając go tylko do rynku zdominowanego.

[33] Terminem takim („transfer pozycji dominującej") posługuje się także orzecznictwo; zob. np. wyrok SN z 19.02.2009 r. (III SK 31/08, LEX nr 503413).

[34] Oczywiście nie jest to klasyczna luka prawna, a jedynie dowód na to, iż sama treść art. 9 uokik w ograniczonym zakresie odpowiada zachowaniom jakie w praktyce często stanowią przejaw antykonkurencyjnego wykluczenia na skutek unilateralnych praktyk dominantów. Oczywiście przepis z formalnego punktu widzenia stanowi podstawę do obejmowania jego zakresem przedmiotowym również „nadużyć lewarujących" (*leveraging abuses*); R. O'Donoghue, A.J. Padilla, *The Law and Economics of Article 82 EC*, Oxford, Portland, Oregon 2006, zob. s. 207. Także takie zachowania stanowią „nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym" (art. 9 ust. 1 uokik), który jest wszakże rynkiem innym niż rynek, na jakim przedsiębiorca posiada pozycję dominującą.

[35] Wyrok SN z 19.02.2009 r., III SK 31/08, LEX nr 503413.

Warunki te są ze sobą funkcjonalnie powiązane; zazwyczaj wspomniany interes dominanta występuje, jeżeli on sam prowadzi działalność na rynku lewarowanym (względnie prowadzi ją podmiot zależny lub z nim powiązany). Warunek wykazania interesu ekonomicznego dominanta (przez podmiot zarzucający naruszenie art. 9 uokik) wymaga więc zbadania (a co najmniej uwzględnienia w analizie prawnej praktyki) także bodźców tego przedsiębiorcy do podejmowania tego typu praktyk (nawiązując tym samym do teorii szkoły Chicago[36]).

Godnym uwagi jest, iż w zasadzie wszystkie „typowe" nadużycia na rynkach lokalnych w jakie ingerował Prezes UOKiK w trybie art. 9 uokik (zob. pkt 1) przejawiały się nie tyle we wzmocnieniu siły dominanta na rynku zdominowanym[37], ile w jej „transferze" na inne rynki, zazwyczaj konkurencyjne, a w każdym razie takie na jakich pożądana rywalizacja przedsiębiorstw mogłaby zaistnieć lub się rozwinąć z korzyścią dla konsumentów (w razie braku tych praktyk). Uprawnionym jest więc stanowisko, iż wiele (a być może nawet większość) „wykluczających naruszeń" art. 9 uokik można kategoryzować jako nadużycia lewarujące[38].

3. Pojęcie wykluczenia z rynku a wykładnia art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik

Oczywiście nadużycia wykluczające (tj. te, o których mowa w art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik) nie sprowadzają się wyłącznie do praktyk lewarujących, odnosząc się do wszelkich wykluczeń konkurentów (także z rynku zdominowanego). Orzecznictwo SN (zwłaszcza z ostatnich 3-4 lat) kilkakrotnie dokonywało wykładni tego przepisu w sposób pozwalający na kreowanie pewnych generalnych dyrektyw w tej materii. W odróżnieniu od definicji antykonkurencyjnego wykluczenia przyjętej przez Komisję w Wytycznych, konstrukcje wypracowane na gruncie ww. przepisu nie wyodrębniały dwóch osobnych przesłanek nadużycia wykluczającego, tj. pierwszej wymagającej ustalenia samego wykluczenia oraz drugiej nakazującej badać, czy wykluczenie to jest antykonkurencyjne[39]. Konstrukcje te nakazują dokonywanie bardziej „zintegrowanej" analizy praktyk dominanta, przewidując konieczność zbadania ogólnego ich wpływu na funkcjonowanie konkurencji na rynku (a nie konkretnego przedsiębiorcy[40]).

Na podstawie jednego z wyroków można dedukować **„definicję" wykluczenia z rynku** („ograniczenia dostępu do rynku"), dokonaną właśnie w kontekście praktyki określonej w art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik (tj. należącej „do ograniczeń konkurencji o charakterze wykluczającym"). Zdaniem SN, organicznie takie „polega zarówno na faktycznym uniemożliwieniu rozpoczęcia lub dalszego prowadzenia działalności na danym rynku, jak i na uczynieniu tej działalności nieopłacalną lub mniej opłacalną niż w warunkach panujących na rynku konkurencyjnym (...)"[41], przy czym wykluczenie odnosić się

[36] Na gruncie tej szkoły głoszono (m.in.) tzw. „teorie niemożliwości" (*impossibility theorem*), utrzymujące, iż często niemożliwe jest, aby nawet przedsiębiorstwa, które posiadają znaczącą siłę rynkową do podejmowania antykonkurencyjnych strategii wykluczających, strategii takich faktycznie nie podejmowały z racji braku posiadania ekonomicznych bodźców (D. Evans, J. Padilla J., *Designing Antitrust Rules for the Assessment of Unilateral Practices; A Neo-Chicago Approach*, 72 University of Chicago Law Review 73, nr 1/2005, s. 77). Z tego względu, w takich przypadkach, skutki wykluczające wskazanych praktyk nie powinny być postrzegane jako antykonkurencyjne.

[37] Co w praktyce i tak nie było możliwe ani nawet potrzebne (dla dominanta). Jak wskazano wyżej (pkt 2.1), rynki te były objęte monopolem prawnym lub naturalnym. Dlatego też tego rodzaju kwalifikowana dominacja miała zarazem charakter trwały, gwarantując dominantowi „100% udział" w danym rynku.

[38] Jak np. lewarowanie dominacji na rynku usług cmentarnych na rynek usług pogrzebowych; lewarowanie dominacji na rynku zasobów mieszkaniowych dominanta na rynek usług telekomunikacyjnych lub dostępu do Internetu; lewarowanie dominacji na rynku usług użyteczności publicznej (np. organizacji usług wywozu i składowania odpadów komunalnych) na rynek odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości.

[39] Zgodnie z punktem 19 Wytycznych antykonkurencyjne wykluczenie (*anticompetitive forelcosure*) to sytuacja, gdy „efektywny dostęp aktualnych lub potencjalnych konkurentów do towarów/usług lub rynków jest utrudniony lub uniemożliwiony wskutek działania przedsiębiorstwa dominującego" (pierwsza przesłanka), „w związku z czym przedsiębiorstwo dominujące może być w stanie podwyższać ceny w sposób opłacalny ze szkodą dla konsumentów" (druga przesłanka).

[40] Zob. np. wyrok SN z 3.03.2010 r., III SK 37/09, OSN 2011/19-20/264, w którym dla stwierdzenia sprzeczności z zakazem z art. 9 ust. 1 uokik za niewystarczające uznano „samo ograniczenie swobody działania innego przedsiębiorcy".

[41] Wyrok SN z 13.05.2008 r., III SK 30/07, OSNP 2009/15-16/216.

może zarówno do konkurencji faktycznej, jak i potencjalnej[42] (podobna – jakkolwiek nieco bardziej ogólna konstrukcja dotycząca koncepcji wykluczenia – zaprezentowana została także w późniejszym orzecznictwie[43]). Cytowana definicja nie stanowi (a przynajmniej nie powinna stanowić) wystarczającej podstawy analitycznej do różnicowania wykluczeń antykonkurencyjnych od tych będących następstwem społecznie pożądanej konkurencji. W szczególności czynienie działalności konkurenta „mniej opłacalną" to sytuacja, która nierzadko stanowi skutek takiej konkurencji[44]; nie powinny zachodzić wątpliwości, iż tego rodzaju praktyki dominanta (nawet jeśli wykluczają lub wręcz eliminują rywali z rynku[45]) nie powinny być kwalifikowane jakonaruszenie art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik (jak i generalnie całego art. 9 uokik). W przeciwnym razie ustawa antymonopolowa nie tylko nie byłaby stosowana w celu dla jakiego została ustanowiona – tj. dla ochrony konkurencji jako mechanizmu, „który prowadzi do podniesienia poziomu dobrobytu konsumentów"[46] – ale sama ograniczałaby tak pojmowaną konkurencję (błąd w postaci fałszywego pozytywu). Wydaje się wszakże, iż – zwłaszcza w świetle kilku niedawno wydanych orzeczeń SN – tego rodzaju interpretacja zakazu nadużyć wykluczających jest mało prawdopodobna. Wynika z nich bowiem, iż SN opowiada się raczej za zawężającą wykładnią art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik, a w każdym razie za taką, która powinna pozwalać na unikanie powyższych błędów.

Po pierwsze, praktyki wykluczające dominantów, aby mogły być postrzegane jako możliwe naruszenie zakazu nadużycia, powinny kreować „**przeszkody o charakterze fundamentalnym**", tj. takie, które dotyczą „warunków koniecznych dla skutecznego wejścia na rynek lub funkcjonowania na nim"[47] przez konkurentów dominanta. Po drugie, sąd akcentuje znaczenie wymogu „niezbędności" warunków, jaki wprost wynika z treści powyższego przepisu; w tym kontekście trafnie zwraca uwagę, iż chodzi o takie warunki „bez których działanie konkurentów nie byłoby na rynku w ogóle możliwe lub nieopłacalne", konstatując iż przepis ten nie może być rozumiany jako taki, który odnosi się do „różnego rodzaju przejawów utrudniania konkurentom działalności na rynku[48]. Po trzecie wreszcie, dla stwierdzenia naruszenia art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik konieczne jest, aby praktyki dominanta wpływały „w **odczuwalny** sposób na konkurencję"[49].

Przytoczone sformułowania – choć nie są jednoznaczne[50] – mają ważne znacznie. Ograniczają bowiem możliwość takiego stosowania zakazu nadużycia wykluczającego, które jedynie w nieznacznym zakresie oddziałuje na efektywne funkcjonowanie rynku, w istocie szkodząc przede wszystkim jedne-

[42] Według SN badana praktyka „może być podejmowana zarówno na etapie wchodzenia konkurenta na rynek, jak i na etapie gdy konkurent już działa na tym rynku" (wyrok cyt. w przyp. wyżej). Stanowisko to koresponduje z definicją legalną „konkurentów" za jakich ustawa uznaje „przedsiębiorców którzy wprowadzają lub mogą wprowadzać albo nabywają lub mogą nabywać, w tym samym czasie, towary na rynku właściwym" (art. 4 pkt 11 uokik).

[43] Zob. wyrok SN z 19.02.2009 r., III SK 31/08, LEX nr 503413 („zachowanie przedsiębiorcy posiadającego pozycję dominującą, które uniemożliwia lub utrudnia działalność konkurentów na dotkniętym rynku właściwym, poprzez stworzenie barier wejścia na rynek lub rozwoju podmiotów już działających na rynku").

[44] Czyli konkurencji „merytorycznej", tj. zwłaszcza tej opartej o efektywność; zob. np. G. Niels, H. Jenkins, J. Kavanagh, *Economics for Competition Lawyers*, Oxford University Press 2011, s.182. Przykładowo, działalność konkurentów stanie się mniej opłacalna (gdyż wymagająca dokonania określonych inwestycji i poniesienia nierzadko związanych z nimi kosztów albo obniżenia cen i tym samym zysków po stronie konkurentów), w przypadku gdy dominant zacznie oferować produkty bardziej zaawansowane technologicznie lub po obniżonych cenach (jakkolwiek powyżej jego własnych kosztów).

[45] Mimo sugestii językowej – koncepcja wykluczenia z rynku – nie powinna być zawężana do eliminacji konkurentów; wniosek taki jest uzasadniony zarówno w świetle „definicji wykluczenia" z wyroku SN z 13.05.2008 r., jak i konstrukcji Komisji przyjętej w Wytycznych (zob. przypis nr 39). Co więcej, sprowadzenie znaczenia wykluczenia do eliminacji konkurenta byłoby konstrukcją rodzącą zbyt wysokie ryzyko fałszywych negatywów.

[46] Zob. wyrok SN z 19.10.2006 r., III SK 15/06; OSNP 2007/21-22/337, w którym sąd ów za „sprzeczne z naczelną funkcją ustawy" (antymonopolowej) uznał praktyki, które „godzą w dobrobyt konsumenta".

[47] Wyrok SN z 19.02.2009 r., III SK 31/08, LEX nr 503413, oraz wyrok SN z 3.03.2010 r., III SK 37/09, OSN 2011/19-20/264.

[48] Wyrok SN z 18.02.2010 r., III SK 28/09, OSNP z 2011 nr 17 poz. 24 (w którym sąd powołuje się zarazem na swoje – cytowane już wyżej – wyroki z 19.02.2009 r. oraz 19.08.2009 r.).

[49] Wyrok SN z 19.02.2009 r., III SK 31/08, LEX nr 503413.

[50] Trudno bowiem ustalić jakie praktyki kreują bariery „fundamentalne" – zatem mogące rodzić odpowiedzialność za naruszenie art. 9 uokik, a które nie rodzą takiego ryzyka; również warunek odczuwalności wpływu praktyki na konkurencję nie jest precyzyjny (a na pewno nie tak jak np. w przypadku ustawowych wyłączeń spod zakazu karteli z art. 7 ust. 1 uokik).

mu bądź niektórym przedsiębiorcom (niekoniecznie tylko konkurentom dominanta) i tym samym nie pozostając w kolizji z ultymatywnym celem ustawy (zob. wyżej). W takich okolicznościach zachowania dominanta prawdopodobnie nie są w stanie ograniczyć konkurencji stanowiącej przedmiot ochrony w interesie publicznym, o jakim mowa w art. 1 ust. 2 uokik[51]. Z tego powodu ingerencja antymonopolowa nie jest wskazana (mogąc być nawet szkodliwą[52]). Na uwagę zasługuje także fakt, iż w zasadzie żadne z przywołanych sformułowań nie odnosi się do tzw. „jakościowych" aspektów wykluczenia, tj. jego sposobu, okoliczności rynkowych, motywów (zob. niżej), koncentrując się przede wszystkim na wpływie praktyki na strukturę samego rynku[53], a ściślej stopniu/zakresie trudności kontynuowania lub rozpoczęcia na nim działalności przez innych przedsiębiorców (w związku z praktykami dominanta). Jak już wskazano wyżej, takie trudności niewątpliwie mogą być powodowane także przez intensywną konkurencję ze strony dominanta.

4. Przesłanka celu wykluczenia z rynku oraz efektywności: niejednolitość poglądów Sądu Najwyższego

Wspomniane wyżej „jakościowe" aspekty wykluczenia w założeniu powinny determinować, a przynajmniej ułatwić rozgraniczenie takich wykluczeń, które są efektem konkurencji[54] od tych które ją ograniczają (jej „przeciwdziałają"; art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik). W tej materii orzecznictwo SN nie prezentuje spójnego stanowiska.

Brak jednolitości przejawia się w przedmiocie znaczenia **zamiaru (celu) wykluczenia** z rynku konkurentów jako przesłanki relewantnej dla dokonywania wspomnianych dystynkcji. Z jednej strony sąd ów podkreślił „obiektywny charakter koncepcji nadużycia pozycji dominującej"[55], co akcentuje odrzucenie intencji (motywów) dominanta w podejmowaniu określonych zachowań; z drugiej wszak – już w tym samym wyroku – nie wykluczył możliwości brania pod uwagę także „elementu subiektywnego (…) przy kwalifikowaniu zachowania przedsiębiorcy jako praktyki ograniczającej konkurencję"[56]. W innym orzeczeniu SN za niewystarczające dla stwierdzenia naruszenia art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik uznał wykazanie, iż dominant „działał co najmniej z zamiarem osłabienia konkurencji"[57]. Z takiego stanowiska dość jednoznacznie wynika, iż cel wykluczenia z rynku konkurentów nie jest czynnikiem wskazującym na – a tym bardziej determinującym – antykonkurencyjny charakter wykluczenia. Jakkolwiek inny wniosek płynie już z wcześniej wydanych wyroków, w których SN uczynił zamiar (motyw) wykluczenia elementem stanowiącym co najmniej jeden z ważnych argumentów przemawiających za uznaniem praktyk dominanta za stanowiące naruszenie art. 9 uokik[58]. Taka wykładnia

[51] Szerzej na temat ochrony konkurencji przez praktykami dominantów, które naruszają zarazem interes publiczny stanowiący warunek administracyjnoprawnego stosowania ustawy antymonopolowej, zob. K. Kohutek, *Naruszenie interesu publicznego*…, s. 45-56.

[52] Gdyż skutkującą „chłodzeniem" zachowań (strategii), które – zwłaszcza w dłuższej perspektywie – mogą prowadzić do korzystnych skutków ekonomiczno-społecznych; zob. też np. J. Fingelton, A. Nikpay, *Stimulating or Chilling Competition* [w:] *Fordham Competition Law Institute. International Antitrust Law&Policy*, B. Hawk (ed.), New York 2009, s. 386, 387.

[53] Szerzej na temat zasadności wyodrębnienia – na potrzeby oceny prawnej praktyk dominantów – tzw. aspektów (przesłanek) „jakościowych" oraz „ilościowych" („strukturalnych"), a także zasad ich stosowania, zob. K. Kohutek, *Praktyki wykluczające przedsiębiorstw dominujących. Prawidłowość i stosowalność reguł prawa konkurencji*, Warszawa 2012 (w druku).

[54] Stąd zarazem nie mogą być postrzegane jako „przeciwdziałanie warunków niezbędnych do jej powstania bądź rozwoju" w rozumieniu art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik

[55] W czym nawiązał do unijnej formuły *Hoffman-La Roche* (*the concept of abuse is an objective concept*); pkt 91 wyroku w tej sprawie.

[56] Wyrok SN z 18.02.2010 r., III SK 24/09, OSNP 2011/15-16/222.

[57] Wyrok SN z 18.02.2010 r., III SK 28/09, OSNP 2011 nr 17 poz. 24.

[58] Zob. np. wyrok SN z 14.09.2006 r., III SK 13/06 (OSNP 2007/17-18/265), w którym – zdaniem SN – dominant (*PKS*) „wyraźnie i celowo podejmował szereg ustalonych działań tylko po to, ażeby wyłączyć z rynku usługi przedsiębiorstwa konkurencyjnego", albo wyrok z 19.08.2009 r., III SK 5/09, OSNP 20011/9-10/144 (*Marquard Media*), w którym SN w zachowaniach tego przedsiębiorcy dopatrzył się „antykonkurencyjnego motywu", jaki przyświecał mu przy obniżkach cenowych. Podkreślił zarazem, iż „celem strategii" dominanta było „zaszkodzenie konkurentowi za pomocą środków, które (…) nie mają nic wspólnego z konkurencją merytoryczną".

jest o tyle znamienna, iż przepis ów – w odróżnieniu od art. 6 uokik – nie stanowi o „celu" (ani także o „skutku") ograniczenia konkurencji przez badane zachowania.

Czynnikiem różnicującym wykluczenia antykonkurencyjne od społecznie nieszkodliwych, może być także **efektywność**, mierzona za pomocą **testu cenowo-kosztowego**. Wprawdzie orzecznictwo wprost nie posługiwało się taką terminologią, niemniej jednak z relacji cen produktów (usług) dominanta do kosztów ich wytworzenia (świadczenia) wywodziło skutki prawno-konkurencyjne. Również w tej materii SN nie jest konsekwentny. Stwierdza bowiem, iż jeśli „obniżka nie skutkuje stosowaniem cen poniżej kosztów" dominanta, wówczas „nie ogranicza konkurencji w rozumieniu art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy"[59] (obecnego art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik). Mimo takiej jednoznacznej formuły, stosowanie redukcji cenowych pozostających powyżej kosztów – wedle orzecznictwa – nie daje gwarancji zgodności takich praktyk z zakazem nadużycia wykluczającego. W rok wcześniej wydanym wyroku SN podzielił stanowisko Sądu Apelacyjnego w Warszawie, uznając iż „cena może zostać uznana za nieuczciwą, nawet jeżeli nie jest ceną poniżej kosztów"[60]. Stosowanie takich cen stanowi zaś przejaw „nazwanej" praktyki stanowiącej nadużycie pozycji dominującej[61] (zob. art. 9 ust. 2 pkt 1 uokik). Tym samym, nawet jeśli pozostawanie ceny powyżej kosztów wykluczać będzie zasadność zarzutu naruszenia art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik, to nadal mogą zachodzić podstawy do stwierdzenia nadużycia, o ile tylko dana cena zostanie uznana za nieuczciwą (w rozumieniu tego pierwszego przepisu). W praktyce wszakże w znacznej większości przypadków o nieuczciwości ceny przesądzał jej nadmiernie wygórowany charakter (nadużycie eksploatacyjne; zob. niżej, pkt 3), mimo że art. 9 ust. 2 pkt 1 uokik za nieuczciwe *expressis verbis* traktuje również ceny „rażąco niskie" (drapieżne), zatem te, które uderzają w konkurentów dominanta (nadużycie wykluczające). Sąd Najwyższy – dokonując ściśle literalnej wykładni tego przepisu – skonstatował jednak, iż cen nieuczciwych nie można narzucić konkurentowi, a jedynie kontrahentowi lub konsumentowi[62]. Ponieważ zaś treść tego przepisu wyraźnie stanowi o „narzuceniu" (a nie np. stosowaniu[63]) cen nieuczciwych, zajęte przez sąd stanowisko (choć logicznie i językowo uzasadnione), bezprzedmiotowym czyni powoływanie się na ów przepis jako podstawę ingerencji w ceny drapieżne[64] (mimo że – jak się wydaje – nie taka była intencja ustawodawcy[65]).

III. Nadużycia eksploatacyjne: nieuczciwość a uciążliwość narzucanych warunków – rozbieżność tylko językowa?

Generalna koncepcja nadużyć eksploatacyjnych kształtowana była w orzecznictwie już w okresie obowiązywania dwóch poprzednich, powojennych ustaw antymonopolowych. Wynika z nich, iż istotą tego rodzaju zachowań jest wymuszenie przez dominanta na jego kontrahentach (klientach) uczestnictwa w obrocie na zasadach im narzuconych, które są mniej korzystne niż miałoby to miejsce

[59] Wyrok SN z 18.02.2010 r., III SK 28/09, OSNP z 2011 nr 17 poz. 24.

[60] Wyrok SN z 19.08.2009 r., III SK 5/09, OSNP 2011/9-10/144.

[61] O cenach nieuczciwych (*unfair*) wprost stanowi także unijny zakaz nadużycia pozycji dominującej (art. 102 lit. „a" TFUE).

[62] Wyrok SN z 19.08.2009 r., III SK 5/09, OSNP 2011/9-10/144 („nie można narzucić nieuczciwej ceny konkurentowi (niebędącemu jednocześnie nabywcą towarów dominanta), w ten sposób, że stosując określoną cenę zmusza się go do wprowadzenia innej ceny na własne towary, tak by móc sprostać konkurencji ze strony dominanta").

[63] Zob. też D. Miąsik [w:] T. Skoczny, A. Jurkowska, D. Miąsik (red.) *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 633.

[64] Zatem znajdujące się poniżej kosztów ceny sprzedaży stosowane w celu wykluczenia konkurentów. Takie bowiem praktyki mogą (w dłuższej perspektywie) być szkodliwe dla konsumentów.

[65] Artykuł 9 ust. 1 pkt 2 uokik to jedyny wśród przykładów możliwych nadużyć, który niewątpliwie dotyczy praktyk cenowych; tylko bowiem w tym przepisie ustawa *expressis verbis* używa terminu „cena" przy określaniu zachowań dominantów.

w warunkach istnienia konkurencji[66]; za pomocą takich praktyk dominant wyzyskuje swoich klientów (kontrahentów).

Ostatnie pięciolecie – w tym zwłaszcza wypowiedzi SN – częściowo potwierdzają, częściowo zaś uzupełniają reguły interpretacji oraz konceptualizacji zakazu nadużyć eksploatacyjnych. W przypadku tego rodzaju nadużyć, kluczowe znaczenie w ich identyfikacji odgrywały kryteria „nieuczciwości" oraz „uciążliwości" warunków (w tym cen) narzucanych przez dominanta. Kryteria te wynikają wprost z brzmienia ustawy (art. 9 ust. 2 pkt 1 oraz pkt 6 uokik[67]). Powołane przepisy – podobnie jak art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik w odniesieniu do nadużyć wykluczających – można postrzegać jako „szczególne" podstawy prawne interwencji w praktyki dominanta w związku z zarzutem naruszenia wspomnianego zakazu.

Zarówno nieuczciwość, jak i uciążliwość to pojęcia niejednoznaczne. Z porównania treści art. 9 ust. 2 pkt 1 oraz art. 9 ust. 2 pkt 6 uokik wynika wszak, iż nieuczciwości przypisywać należałoby niejako „wyższy stopień eksploatacji" niż uciążliwości; dla stwierdzenia nadużycia ten drugi wymaga bowiem dodatkowej przesłanki[68], tj. przynoszenia dominantowi nieuzasadnionych korzyści. Przesłanka ta nie jest zaś konieczna w razie gdy przedmiotem zarzutu jest narzucenie warunków (cen) nieuczciwych[69]. Inna (np. czysto literalna) interpretacja, tj. zwłaszcza uznająca, „nieuczciwość" i „uciążliwość" za pojęcia tożsame, zbędnym czyniłaby wyróżnianie obu tych pojęć w ustawie jako przesłanek warunkujących stwierdzanie nadużycia eksploatacyjnego[70].

Zarówno orzecznictwo sprzed 2007 r., jak i to wydane w okresie obowiązywania aktualnej ustawy nie wypracowało precyzyjnych reguł interpretacji (a zwłaszcza różnicowania) pojęć „nieuczciwości" i „uciążliwości", a w każdym razie takich, które jednoznacznie z tym pierwszym wiązałyby większy stopień wyzysku klientów/kontrahentów dominanta. W doktrynie trafnie zauważa się, iż w przedmiocie pojmowania przesłanki uciążliwości ukształtowały się dwie linie orzecznicze: jedna utożsamiająca je z takimi, które odbiegają od warunków stosowanych na rynkach konkurencyjnych, druga zaś z warunkami nieekwiwalentnymi[71]. Tymczasem także warunki nieuczciwe rozumiane są w judykaturze jako te, które są nieekwiwalente[72].

Wydane w ostatnich 5 latach wyroki SN nasilają – a co najmniej kontynuują – tendencję do zacierania się merytorycznych różnic występujących między przesłankami nieuczciwości i uciążliwości. W jednym z wyroków uznano, iż nieuczciwość warunków należy oceniać „zarówno z perspektywy kryteriów ekonomicznych jak i prawnych"[73]. Do kryteriów prawnych SN odwoływał się już wcześniej – jakkolwiek przy ocenie przesłanki uciążliwości[74]. Ekonomiczny aspekt oceny nieuczciwości warunków zasługuje wprawdzie na aprobatę, pozwalając (m.in.) za takie traktować warunki przerzucające na

[66] Zob. np. wyroki Sądu Antymonopolowego z: 10.05.1993 r., Wokanda 1993/9/37; 29.12.1993, XVII Amr 42/93, Wokanda 1994/5/5; 25.01.1995 r., XVII Amr 51/94, Wokanda 1995/12/58; 11.12.1996 r., XVII Ama 59/96, LEX nr 56166; 17.12.1997 r., XVII Ama 43/97, Wokanda 1998/9/58.

[67] Oba te przepisy przewidują zarazem, iż warunki (ceny) nieuczciwe lub uciążliwe powinny być przez dominanta narzucone.

[68] Obok przesłanki „narzucenia" warunków oraz przesłanki „uciążliwości/nieuczciwości" tych warunków.

[69] Potwierdza to zarówno starsze, jak i nowsze orzecznictwo; zob. wyrok SOKiK z 21.08.2003 r., XVII Ama 108/02, Wokanda 2004 nr 7-8, s. 92, oraz wyrok SN z 19.02.2009 r., III SK 31/08, LEX nr 503413.

[70] Tak również, D. Miąsik (w:) T. Skoczny, A. Jurkowska, D. Miąsik (red.) *Ustawa*…, s. 637.

[71] D. Miąsik (w:) T. Skoczny, A. Jurkowska, D. Miąsik (red.) *Ustawa*…, s. 693-695 oraz cyt. tam orzecznictwo z lat 1992-2007.

[72] Takie stanowisko – zwłaszcza w kontekście definiowania ceny nieuczciwej jako ceny nieekwiwalentnej – zajął SN w wyroku z 25.05.2004 r., III SK 50/04; OSNP 2005/11/166 (zarówno literalna, jak i funkcjonalna wykładnia art. 9 ust. 2 pkt 1 uokik uzasadnionym czyni postrzeganie ceny jako warunku zakupu albo sprzedaży towarów, który podlega ewaluacji w kontekście nieuczciwości). Trzy lata później SN uznał, iż „uciążliwe warunki polegają na zastrzeżeniu w umowie świadczeń o charakterze nieekwiwalentnym", w ten sposób utożsamiając – a zapewne mocno „zbliżając" pod względem znaczenia – pojęcia nieuczciwości i uciążliwości (wyrok SN z 14.03.2007 r., I CSK 454/06, LEX nr 428713).

[73] Wyrok SN z 19.02.2009 r., III SK 31/08, LEX nr 503413.

[74] A konkretnie „przepisów odrębnych ustaw normujących dany typ umowy"; wyrok SN z 14.03.2007 r., I CSK 454/06, LEX nr 428713.

kontrahenta dominanta koszty jakie zwyczajowo ponosi ten drugi [75] bądź też koszty jakie faktycznie nie zostały przez dominanta poniesione[76]; niestety aspekt ów nie wprowadza kryterium rozgraniczającego zakres pojęciowy powyższych przesłanek[77]. Wreszcie znaczne podobieństwa pomiędzy nimi uwidaczniają się także na podstawie testu służącemu ustaleniu, czy cena jest nadmiernie wygórowana w rozumieniu art. 9 ust. 2 pkt 1 uokik (i stąd nieuczciwa[78]). W wydanym przed dwoma laty orzeczeniu, SN potwierdził dotychczasową linię orzeczniczą i uznał, że cenę taką identyfikuje się na podstawie „metody kosztowej" (wymagającej porównania ceny z kosztami wytworzenia towaru) oraz „metody porównawczej"[79] (wymagającej porównania cen stosowanych przez dominanta z cenami jego potencjalnych konkurentów stosowanych na innych rynkach geograficznych, zbliżonych pod względem produktowym do rynku zdominowanego[80]). Zastosowanie tych metod prowadzić ma do ustalenia czy narzucana przez dominanta cena „istotnie narusza zasadę ekwiwalentności"[81]. Jak to zaś wskazano wyżej, brak ekwiwalentności świadczeń przez narzucane przez dominanta warunki jest podstawą do uznania ich za uciążliwe (w rozumieniu art. 9 ust. 2 pkt 6 uokik). Należy jednak zaznaczyć, iż cena nadmiernie wygórowana, będąc szczególnym – można rzecz „kwalifikowanym" – przypadkiem ceny wygórowanej, cechuje się większym zakresem wyzysku (ekonomicznej dysproporcji świadczeń[82]) niż cena „tylko" wygórowana (co słusznie potwierdzono także w nowszym orzecznictwie[83]). Wynikający z językowo-systemowej wykładni art. 9 ust. 2 pkt 1 i pkt 6 uokik wymóg węższego pojmowania przesłanki nieuczciwości od przesłanki uciążliwości (zob. wyżej), w istocie uwidacznia się jedynie gdy z tą drugą konfrontowana jest kwalifikowana postać tej pierwszej[84].

[75] Wyrok SN z 19.02.2009 r., III SK 31/08, LEX nr 503413; wyrokiem tym SN niejako kontynuuje „ekonomiczną wykładnię" przesłanki nieuczciwości jakiej dokonywał w poprzednich orzeczeniach; zob. np. wyrok SN z 25.05.2004 r., III SK 50/04, OSNP 2005/11/166, z którego wynika, iż cena „niemająca oparcia w uzasadnionych kosztach" to cena nieuczciwa, o której mowa w art. 9 ust. 2 pkt 1 uokik

[76] Zob. np. wyrok SN z 12.02.2009 r., SK 29/08, OSNP 2010/15-16/204. W orzeczeniu tym SN – w kontekście ceny nieuczciwej w znaczeniu art. 9 ust. 2 pkt 1 uokik – stwierdził, iż jest nią także taka cena uwzględniająca koszt, który nie został przez dominanta poniesiony.

[77] Uciążliwym jest bowiem warunek stanowiący dla jednej ze stron ciężar większy od powszechnie przyjętych w stosunkach danego rodzaju (wyrok SN z 14.03.2007 r., I CSK 454/06, LEX nr 428713). W tego rodzaju stosunkach „typowych", zazwyczaj zachowana jest równowaga ekonomiczna świadczeń, tj. każda ze stron umowy (potencjalnej umowy i/lub relacji handlowej) obciążana jest „własnymi" kosztami, tj. takimi jakie zgodnie z przyjętymi na rynku konkurencyjnym zwyczajami handlowymi i praktykami biznesowymi ciążą na każdej z tych stron. Odstępstwo od takiej równowagi może – w świetle przytaczanych wyroków – być postrzegane zarówno jako przejaw zachowań „uciążliwych" jak i „nieuczciwych" i stąd zakazanych na mocy art. 9 uokik (zob. też wyrok SOKiK z 26.11.2003 r., XVII Ama 8/03, Wokanda 2004 nr 12, s. 55, w którym za nieuczciwe uznano warunki umożliwiające dominantowi osiągnięcie korzyści o wiele większych niż udałoby mu się osiągnąć w warunkach rynku konkurencyjnego).

[78] Jakkolwiek cena nieuczciwa jest pojęciem szerszym niż cena nadmiernie wygórowana; tak też słusznie, D. Miąsik, (w:) T. Skoczny, A. Jurkowska, D. Miąsik (red.) *Ustawa*…, s. 631. Cena nieuczciwa to bowiem również cena rażąco niska (zob. wyżej), jak i taka, która nie jest ani nadmiernie wygórowana ani także rażąco niska, a np. wynika z tzw. subsydiowania skrośnego (wyrok SN z 12.02.2009 r., SK 29/08, OSNP 2010/15-16/204, czy też stanowi praktykę tzw. zaniżania marży (zob. pkt 183 wyroku TS z 14.10.2010 r. w sprawie C280/08 P *Deutsche Telokom AG v. Komisja* (nieopublikowany); pkt 31 wyroku TS z 17.02.2011 r. w sprawie C52/09 *Konkurrensverket* v. *TeliaSonera* (niepublikowany) oraz pkt 187 wyrok Sądu z 29.03.2012 r. w sprawie T336/07 *Telefónica,* SA v. Komisja (nieopublikowany).

[79] Wyrok SN z 18.02.2010 r., III SK 24/09, OSNP 2011/15-16/222.

[80] W tym zakresie przejawia się podobieństwo do testu cen zawyżonych i stąd nieuczciwych (*unfair*) w rozumieniu obecnego art. 102 lit. „a" TFUE (zob. pkt 250-252 wyroku z 14.02.1978 r. w sprawie 27/76 *United Brands Company and United Brands Continentaal BV v. Komisja* (Zb. Orz. 1978, s 207); dalej jako „wyrok w sprawie *United Brands*") .

[81] Wyrok SA w Warszawie z 14.06.2005 r., VI ACa 93/05; Dz.Urz.UOKiK.2005/3/49.

[82] Zgodnie z orzeczniczą definicją „ceny wygórowanej" (*excessive price*) w świetle art. 102 TFUE, jest nią cena, która „nie pozostaje w rozsądnej relacji do ekonomicznej wartości produktu" (*has no reasonable relation to the economic value of the product*); pkt 250 wyroku w sprawie *United Brands*.

[83] Zdaniem SN „nie można (…) łączyć ceny nadmiernie wygórowanej z samym naruszeniem zasady ekwiwalentności świadczeń, ponieważ każda cena wygórowana nie jest ceną ekwiwalentną" (wyrok SN z 18.02.2010 r., III SK 24/09; OSNP 2011/15-16/222).

[84] A konkretnie porównywana jest cena nadmiernie wygórowana („nadmiernie nieekwiwalentna") z „ceną uciążliwą" tj. ceną, której wysokość jedynie narusza zasadę ekwiwalencji, a zatem nie dochodzi do istotnego naruszenia tej zasady.

IV. Uwagi podsumowujące oraz wnioski *de lege ferenda*

Analiza dorobku orzeczniczego i decyzyjnego dotyczącego art. 9 uokik[85] – zarówno tego, który został zaprezentowany, jak i tego, do którego wyżej nie odsyłano – skłania do następujących obserwacji (uwag) w tym propozycji *de lege ferenda*.

Po pierwsze, nadużycia wykluczające i eksploatacyjne, mimo że oba stanowią przejaw naruszenia tego samego przepisu (art. 9 uokik) wymagają odrębnej definicji ogólnej, która powinna wyznaczać ramy koncepcyjno-analityczne oceny praktyk unilateralnych dla danej kategorii nadużyć. Ustawa nie zawiera tego rodzaju definicji (jak i samej definicji nadużycia pozycji dominującej[86]). Konstrukcja generalna wypracowana została (właśnie w ostatnim pięcioleciu) dla nadużyć wykluczających (zasadnie akcentując, iż jej zakres przedmiotowy obejmuje także nadużycia lewarujące). O wykreowaniu takiej konstrukcji nie można mówić w przypadku nadużyć eksploatacyjnych (co odnosić należy nie tylko do powyższego okresu). Jak dotychczas w identyfikacji tego typu praktyk kluczowe znaczenie odgrywały ustawowe przesłanki nieuczciwości i uciążliwości. W orzecznictwie nasila się tendencja do takiej ich interpretacji, która zbliża – lub wręcz utożsamia – je pod względem znaczeniowym. W konsekwencji, przedmiotem zarzutu nadużycia eksploatacyjnego coraz częściej jest narzucanie „nieuczciwych warunków umownych" (w tym cen) z powołaniem się na art. 9 ust. 2 pkt 1 uokik[87]; w takiej sytuacji zbędne bowiem jest wykazywanie przesłanki uzyskania przez dominanta nieuzasadnionych korzyści, której wymaga art. 9 ust. 2 pkt 6 uokik. W związku z tym, zasadnym jest rozważanie usunięcia z ustawy wskazanego „dualizmu" kryteriów mających determinować, czy zachowania dominanta eksploatują jego klientów/kontrahentów i wprowadzenie tylko jednego takiego kryterium (np. nieuczciwości warunków, obejmujących oczywiście także ceny nieuczciwe w rozumieniu art. 9 ust. 2 pkt 1 uokik). Ponadto – o ile przedmiotem ochrony na gruncie zakazu nadużyć eksploatacyjnych – mają być ekonomiczne interesy klientów/kontrahentów dominanta[88], wątpliwa staje się przesłanka uzyskania przez dominanta nieuzasadnionych korzyści wskutek jego praktyk; praktyki te bowiem, właśnie z racji tego, że są nieuczciwe/uciążliwe, doprowadziły już do wyzysku tych podmiotów niejako „materializując" skutki przed jakich wystąpieniem chronić ma ów zakaz.

Po drugie, w dotychczasowej praktyce stosowania art. 9 uokik z 2007 r. (jak i art. 8 uokik z 2000 r.) Prezes UOKiK (zatem w konsekwencji także i sądy) bardzo rzadko powoływały się na **art. 9 ust. 2 pkt 2 uokik**[89]. Przepis ten za przejaw nadużycia pozycji dominującej uznaje „ograniczenie produkcji, zbytu lub postępu technicznego ze szkodą dla kontrahentów lub konsumentów". Jego literalna wykładnia[90]

[85] Jakkolwiek skupiającego się na niektórych – zdaniem autora – szczególnie istotnych w praktyce zagadnieniach prawnych dotyczących polskiego zakazu nadużywania pozycji dominującej. Bliższa prezentacja innych – w tym również tych bez wątpienia istotnych dla potrzeb stosowania tego zakazu kwestii (np. wyznaczania rynku właściwego, ustalania dominacji, przesłanki interesu publicznego z art. 1 ust. 2 uokik, przesłanki „narzucania" warunków, o której mowa w art. 9 ust. 2 pkt 1 oraz pkt 6 uokik) – wymagałaby znacznie dłuższego opracowania (być może i monograficznego) wykraczającego poza ramy – nawet obszernego – artykułu.

[86] Jakkolwiek z racji znaczących różnic w sposobie oddziaływania na rynek przez praktyki wykluczające i eksploatacyjne wątpliwym jest, czy wykreowanie takiej definicji ogólnej byłoby z językowo-konstrukcyjnego punktu widzenia możliwe, jak i czy w ogóle byłoby to zasadne (tym bardziej w drodze przepisu ustawowego).

[87] Czyli zazwyczaj „warunków zakupu albo sprzedaży towarów" (o jakich wprost stanowi ten przepis) tj. tych, które najczęściej stanowią przedmiot umowy lub relacji handlowych.

[88] Zob. np. E. Modzelewska–Wąchal, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2002, s. 97.

[89] Do nielicznych wyjątków należy np. decyzja z 9.08.2005 r. Nr DOK-91/2005, w której za przejaw nadużycia pozycji dominującej Prezes UOKiK uznał odmowę świadczenia usług przesyłowych gazu ziemnego przez ówczesny PGNiG wydobywanego poza granicami Polski (jakkolwiek w decyzji tej uznano, iż praktyka ta narusza także bardziej ogólny zakaz nadużycia wykluczającego, tj. art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik). Powołana decyzja została podtrzymana (co do zasadności zarzutu naruszenia zakazu nadużycia dominacji) przez wyroki SOKiK (z 31.01.2007 r.) oraz Sądu Apelacyjnego (wyrok z 27.03.2008 r.). Sąd Najwyższy uchylił ten drugi wyrok; wyrok SN z 15.07.2009 r. III SK 34/08 (OSNP 2011/7-8/117).

[90] Tym bardziej dokonywana w kontekście brzmienie „poprzednika" tego przepisu przewidzianego w art. 7 ustawy z 24.02.1990 r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym i ochronie interesów konsumentów (Dz. U. z 1999 poz.52, nr 547). Przepis ten za przejaw nadużycia (jakkolwiek tylko pozycji monopolistycznej) uznawał „ograniczanie, **mimo posiadanych możliwości**, produkcji, sprzedaży lub skupu towarów, w szczególności prowadzącego do podwyższania cen sprzedaży lub obniżania cen skupu".

może sugerować, iż chodzi o ograniczanie własnej produkcji/zbytu przez dominanta; w praktyce zaś zachowania, które odpowiadały znamionom takiej praktyki[91] rzadko miały miejsce – w szczególności jako zachowania wykluczające konkurentów, względnie również eksploatujące[92] klientów dominanta. Poza tym, zarówno dla tych pierwszych, jak i drugich ustawa przewiduje znacznie bardziej adekwatną podstawę, tj. art. 9 ust. 2 pkt 5 lub art. 9 ust. 2 pkt 1 i/lub pkt 6 uokik. Skutkiem obowiązywania tych przepisów jest więc zredukowanie praktycznego znaczenia art. 9 ust. 2 pkt 2 uokik. Wskazana wyżej zawężająca wykładnia tego przepisu nie jest jednak właściwa. Należy go rozumieć jako obejmującego również (a nawet przede wszystkim) praktyki dominanta, które ograniczają produkcję jego konkurentów i/lub ogólny postęp techniczny[93]. Taka wykładnia – w odniesieniu do art. 102 lit. b TFUE – postulowana jest w doktrynie prawa UE[94], zwłaszcza jako przepisu stanowiącego właściwą, traktatową podstawę ingerencji w nadużycia wykluczające[95]. W prawie tym wszakże nie ma odpowiednika art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik, który na gruncie polskiej ustawy antymonopolowej pełni funkcję „szczególnej" – jakkolwiek zasadniczej (gdyż w praktyce najczęściej cytowanej) – podstawy prawnej ingerencji w zachowania wykluczające dominantów (zob. pkt 2.1). Mimo niskiej częstotliwości powoływania się przez polskie organy publiczne na art. 9 ust. 2 pkt 2 uokik, postulat jego uchylenia nie byłby zasadny. Przepis ów jest bowiem wartościowy z punktu widzenia właściwego pojmowania aksjologii ustawy (w kontekście praktyk wykluczających), czyli traktowania za nadużycie tylko tych z nich, które są ekonomicznie szkodliwe dla konsumentów. Artykuł 9 ust. 2 pkt 5 uokik (zwłaszcza w razie jego literalnej wykładni) może sugerować, iż z zasady znajduje on zastosowanie do wszelkich praktyk dominantów, które są szkodliwe dla jego konkurentów (gdyż tworzą bariery wejścia na rynek lub ekspansji), abstrahując od wpływu tych praktyk na ekonomiczne interesy konsumentów. Wprawdzie SN (słusznie) zawęża zakres zastosowania tego przepisu (zob. pkt 2.3), to jednak sama jego treść zdaje się skupiać przede wszystkim na aspektach strukturalnych (tj. konkurencji podmiotowej[96]); prawidłowe stosowanie zakazu nadużyć wykluczających wymaga zaś uwzględnienia również aspektów „jakościowych" (zob. pkt 2.2-2.3). W związku z tym, *de lege ferenda* można by się zastanowić nad dokonaniem swego rodzaju „integracji" art. 9 ust. 2 pkt 2 oraz art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik, w szczególności przez przeniesienie do tego drugiego przepisu wymogu szkodliwości praktyk dla konsumentów[97].

Po trzecie, stosunkowo rzadko **przesłanka dominacji** decydowała o braku zastosowania art. 9 uokik (tj. albo umorzeniu decyzji przez Prezesa UOKiK lub też uchyleniu/zmianie przez sąd decyzji „skazującej", czy też utrzymującej w mocy decyzję o umorzeniu – z uwagi na brak spełnienia tej przesłanki[98]). Powyższe zjawisko potwierdza specyfikę rynków i praktyk dominantów (często gmin)

[91] Pod warunkiem wszak wąskiej interpretacji art. 9 ust. 2 pkt 2 uokik, tj. jako ograniczania własnej produkcji (zbytu) przez dominanta; praktyka ta zwana jest także „ustalaniem kontyngentów"; A. Jurkowska [w:] T. Skoczny, A. Jurkowska, D. Miąsik (red.) *Ustawa*…, s. 638.

[92] Zob. też K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 372.

[93] Taka wykładnia byłaby *contra legem* tylko wtedy, gdyby art. 9 ust. 2 pkt 2 uokik wyraźnie stanowił o ograniczeniu „własnej" produkcji lub zbytu przez dominanta.

[94] R. O'Donoghue, *Verbalizing a General Test for Exclusionary Conduct under Article 82 EC* [w:] C-D. Ehlermann, M. Marquis (red.) *European Competition Law Annual 2007. A Reformed Approach to Article 82 EC*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon 2008, s. 343.

[95] D. Geradin, N. Petit, *Price Discrimination Under EC Competition Law: Another Antitrust Doctrine in Search of Limiting Principles?* Journal of Competition Law & Economics, September 2006, s. 489.

[96] Zob. też K. Kohutek, *Praktyki wykluczające*… (w druku).

[97] Jedynie w takim przypadku postulat ewentualnego wykreślenia art. 9 ust. 2 pkt 2 uokik wydawałby się zasadny. Interesy kontrahentów dominanta (o szkodzie których wspomina także ów przepis) są wystarczająco chronione przez art. 9 ust. 2 pkt 1 i 6 uokik zakazujący nadużyć wykluczających (praktyk nieuczciwych/uciążliwych dla klientów – w tym kontrahentów – dominanta; zob. pkt 3).

[98] Jednym z nielicznych takich wyroków jest np. wyrok Sądu Apelacyjnego z 20.11.2008 r., VI ACa 704/08 (Dz.Urz.UOKiK 2009/2/16). Utrzymano w nim decyzję Prezesa UOKiK z 12.12.2005 r., DOK-158/2005 umarzającą postępowanie w sprawie zarzutu naruszenia zakazu nadużycia wykluczającego na krajowym rynku tabloidów. Na rynku tym AXEL SPRINGER Polska Sp. z o.o. (wydawca gazety „Fakt"), będący – zdaniem jego konkurenta – dominantem, nie został za takiego uznany przez Prezesa UOKiK (mimo posiadania 60% udziału w takim rynku). Sąd Apelacyjny trafnie za niewystarczający do stwierdzenia

w jakie statystycznie najczęściej ingerował Prezes UOKiK. Jak wskazano wyżej (pkt 2.1), były to lokalne rynki objęte monopolem prawnym lub naturalnym. Dysponowanie pozycją monopolistyczną (jako węższym, a zarazem kwalifikowanym przypadkiem dominacji) bezspornym czyni przypisywanie danemu przedsiębiorcy (często temu, o którym mowa w art. 4 pkt 1 lit. a uokik) pozycji dominującej w rozumieniu art. 4 pkt 10 uokik Tym samym kwestia kalkulacji jak i znaczenia prawnego samego udziału w danym rynku nie odgrywała w takich sprawach istotnej roli.

Po czwarte, w sprawach o nadużycie pozycji dominującej (zarówno o charakterze wykluczającym, jak i eksploatacyjnym), Prezes UOKiK dość często korzystał z instytucji uprawdopodobnienia tego rodzaju naruszenia ustawy (zob. art. 12 uokik, tzw. **decyzja zobowiązująca**); jakkolwiek pod względem ilościowym częściej wskazane decyzje wydawane były w odniesieniu do tej drugiej kategorii nadużyć[99]. W każdym razie powyższe pokazuje, iż przyjęte w powołanym przepisie (relatywnie nowe[100]) unormowanie „sprawdza się" w praktyce, pozwalając na szybsze oraz zazwyczaj mniej kosztowne (tak dla Prezesa UOKiK[101], jak i dominanta[102]) rozwiązanie problemu prawdopodobnego nadużycia pozycji dominującej.

Po piąte wreszcie, analiza rozstrzygnięć SN – zwłaszcza wydanych w ciągu ostatnich trzech lat – skłania do konstatacji, iż sąd ten przejawia tendencję do bardziej (nie tylko niż Prezes UOKiK, ale także SOKiK i SA w Warszawie) **„powściągliwego" korzystania z instrumentów antymonopolowych w trybie publicznoprawnym**. Zjawisko to uwidacznia się w szczególności na gruncie zakazu nadużycia pozycji dominującej. We wskazanym okresie w większości przypadków SN uchylał wyroki SA w Warszawie, zazwyczaj z przyczyn materialno-prawnych w tym zwłaszcza z braku podstaw do stwierdzenia nadużycia pozycji dominującej[103] względnie wadliwie wyznaczonego rynku właściwego[104].

pozycji dominującej uznał fakt posiadania przez przedsiębiorcę wysokiego udziału w rynku, konstatując, iż „jego dominacja musi mieć stały i stabilny charakter przez dostatecznie długi czas".

[99] W szczególności dotyczyło to nadużyć przejawiających się w zamieszczaniu przez dominanta (w danych sprawach zazwyczaj monopolistę na lokalnym rynku zaopatrzenia i odprowadzania/odbioru ścieków) w umowie łączącej go z klientami postanowień wyłączających lub ograniczających jego odpowiedzialność za ograniczenie albo wstrzymanie dostaw wody bądź ograniczenie lub wstrzymanie odbioru ścieków np. z powodu braku wody na ujęciu, przerw w zasilaniu energetycznym urządzeń wodociągowych lub wystąpienia innych „szczególnych warunków lub nagłych zdarzeń" (zob. np. decyzja Prezesa UOKiK z 18.11.2009 r., RPZ-24/2009; decyzja Prezesa UOKiK z 19.05.2009 r., RWR-7/2009; decyzja Prezesa UOKiK z 27.10.2009 r., RŁO-18/200929; decyzja Prezesa UOKiK z 10.11.2009 r., RŁO-22/2009; decyzja Prezesa UOKiK z 10.06.2009 r., RWR-12/2009; decyzja Prezesa UOKiK z 23.12 2010 r., RKT–46 / 2010; decyzja Prezesa UOKiK z 21.12.2010 r., RWR-33 /2010; decyzja Prezesa UOKiK z 22.07.2011 r., RGD-7/2011).

[100] Co prawda obowiązywało ono już na gruncie ustawy z 2000 r. (zob. art. 11a tej ustawy), jakkolwiek wprowadzone zostało w drodze jej nowelizacji z 2004 r.

[101] Instytucja ta stawia bowiem niższe wymagania dowodowe niż te jakie potrzebne są dla wydania decyzji stwierdzającej nadużycie (art. 10 uokik). Zbieranie dowodów zazwyczaj jest czynnością kosztowną oraz czasochłonną.

[102] Zastosowanie tej instytucji (oraz wykonanie zobowiązań przyjętych przez dominanta; zob. art. 12 ust. 1 *in fine* uokik) z zasady (zob. bowiem art. 12 ust. 5-7 uokik) wyklucza dopuszczalność nałożenia na dominanta kary pieniężnej (art. 12 ust. 4 uokik).

[103] Tytułem przykładu, zdaniem SN, Prezes UOKiK – mimo, że takie uchybienia zazwyczaj nie były temu drugiemu zarzucane przez sądy niższych instancji – albo nie wykazał, że zarzucana praktyka „wpływa w odczuwalny sposób na konkurencję" (wyrok SN z 19.02.2009 r., III SK 31/08, LEX nr 503413) albo „nie sprostał obowiązującemu w tym zakresie standardowi dowodowemu" – tj. standardowi dotyczącemu „przyjęcia, że zachowanie (…) ograniczyło konkurencję w sposób właściwy dla praktyki z art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy" (wyrok SN z 3.03.2010 r., III SK 37/09, OSN 2011/19-20/264) albo też, że podnoszony w skardze kasacyjnej zarzut naruszenia (obecnego) art. 9 ust. 2 pkt 2 i 5 u.o.k.k jest uzasadniony będąc „konsekwencją wadliwości decyzji Prezesa UOKiK polegającej na nieprzedstawieniu zasad funkcjonowania rynku gazu w Polsce w relewantnym w niniejszej sprawie okresie, co ma kluczowe znaczenie dla oceny, w jaki sposób zachowania uczestników rynku oddziałują na konkurencję" (wyrok SN z 15.07.2009 r., III SK 34/08; OSNP 2011/7-8/117).

[104] Wyrok SN z 19.08.2009 r., III SK 5/09, OSNP 2011/9-10/144.

Marcin Kolasiński*

Polityka kontroli koncentracji w Polsce – stan obecny i możliwe zmiany

Spis treści:

I. Uwagi wstępne
II. Założenia ustawy a praktyka
III. Możliwe przyczyny znaczącej ilości zgłoszeń koncentracyjnych
IV. Ilość prowadzonych spraw a czas trwania i jakość postępowań koncentracyjnych
V. Możliwe zmiany prawa

Streszczenie:

Artykuł zawiera ocenę praktycznej implementacji zmian w zakresie polityki kontroli koncentracji deklarowanych w czasie praz nad ustawą o ochronie konkurencji i konsumentów w 2007 r. Ich celem było zredukowanie ilości spraw koncentracyjnych prowadzonych przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów i umożliwienie mu skupienia się wyłącznie na koncentracjach mających znaczący wpływ na konkurencję. Autor podejmuje próbę analizy prawnych i organizacyjnych przyczyn powodujących wzrost ilości postępowań koncentracyjnych, wbrew zamierzeniom legislatora. Ocenia także, jak zwiększona ilość postępowań koncentracyjnych wpływa na jakość postępowań i decyzji koncentracyjnych. Artykuł odwołuje się także do możliwej przyszłej reformy w zakresie polityki i procedury kontroli koncentracji sygnalizowanej przez Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Słowa kluczowe:

polityka kontroli koncentracji; reforma polityki kontroli koncentracji; zgłoszenie zamiaru koncentracji; procedura kontroli koncentracji.

I. Uwagi wstępne

W dniu 21.04.2012 r. minie dokładnie 5 lat od kiedy weszła w życie ustawa z 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (uokik z 2007 r.)[1]. Jednocześnie, rocznica ta zbiegła się z rozpoczęciem prac nad kolejną nowelizacją ustawy; 28.03.2012 r. na stronie Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (UOKiK) ukazał się komunikat na ten temat[2]. Jest to więc dobry moment na podsumowanie doświadczeń związanych ze stosowaniem uokik oraz omówienie możliwego kierunku zmian.

Przedmiotem niniejszego artykułu będzie analiza fragmentu działalności UOKiK związanego z procesem kontroli zamiarów koncentracji zgłaszanych przez przedsiębiorców (kontrolą koncentracji), przede wszystkim zaś tematyka związana z kwestią wyboru właściwej polityki kontroli koncentracji. Przez pojęcie to należy rozumieć metodologiczne założenie odnośnie do preferowanego

* Radca Prawny w Kancelarii Baker & McKenzie Krzyżowski i Wspólnicy.

[1] Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.

[2] Komunikat dostępny na stronie internetowej http://www.uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=3330.

kształtu systemu kontroli koncentracji w Polsce. Generalnie możliwe są dwa rozwiązania w tym zakresie. Pierwsze jest oparte na jak najszerszym podejściu do kontroli koncentracji i analizie dużej ilości spraw, nawet niekoniecznie wywołujących widoczne efekty na rynku. Drugie natomiast zakłada ograniczenie ilości rozpatrywanych spraw, przy jednoczesnym skupieniu działań kontrolnych tylko na koncentracjach mogących wywierać istotne skutki dla konkurencji.

W dalszej części artykułu przedstawię założenia aktualnej polityki kontroli koncentracji prowadzonej przez Prezesa UOKiK, sprawdzę do jakiego stopnia są one stosowane w praktyce, a także w jakim kierunku może zmierzać nowelizacja ustawy w tym obszarze.

II. Założenia ustawy a praktyka

Jednym z głównych założeń uokik z 2007 r. w zakresie przepisów dotyczących kontroli koncentracji było ograniczenie ilości prowadzonych spraw i umożliwienie skupienia się Prezesa UOKiK na analizie transakcji o rzeczywiście ważnych skutkach dla konkurencji na rynku polskim.

Pośród kilku wprowadzanych w tym zakresie zmian poprzednio obowiązującej ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (uokik z 2000 r.)[3] za najważniejszą należy uznać tę, która zmodyfikowała wymogi dotyczące progów finansowych, których przekroczenie rodzi obowiązek zgłoszenia zamiaru koncentracji do Prezesa UOKiK.

W uokik z 2000 r. obowiązek zgłoszenia powstawał w przypadku, gdy łączny światowy obrót grup kapitałowych uczestników koncentracji w roku obrotowym poprzedzającym rok zgłoszenia przekraczał równowartość 50 milionów euro. Natomiast w aktualnej ustawie wprowadzono wymóg zgłoszenia zamiaru koncentracji, jeżeli łączny obrót grup kapitałowych uczestników koncentracji w roku obrotowym poprzedzającym rok zgłoszenia przekracza równowartość 1 mld euro na świecie lub 50 mln euro w Polsce.

Warto zacytować brzmienie odpowiednich fragmentów uzasadnienia ustawy, aby oddać dokładne założenie legislatora w tym zakresie: „Potrzeba zmian w zakresie wysokości progów obrotu przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji wynika z praktyki Urzędu. Zdecydowana większość kontroli koncentracji prowadzonych przez Prezesa UOKiK kończyła się wydaniem zgody na ich dokonanie. W praktyce zmiana ta ma spowodować, że Prezes UOKiK będzie kontrolować tylko największe koncentracje, które będą miały faktyczny wpływ na stan konkurencji na rynku. Chodzi tu przede wszystkim o koncentracje branżowe, które bez wątpienia mogą prowadzić do zniekształcenia mechanizmów wolnej konkurencji. Dotychczas obowiązek zgłoszenia powstawał, jeżeli łączny obrót globalny (światowy) przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji (wraz z ich grupami kapitałowymi) przekraczał równowartość 50 mln euro. Przepis taki powodował, że nawet przedsiębiorcy, którzy głównie realizowali swój obrót poza terytorium RP, a jednocześnie na terytorium RP realizowali obrót niewielki, musieli zgłaszać zamiar dokonania koncentracji, która często polegała na przejęciu kontroli przez spółkę z siedzibą za granicą nad inną spółką zagraniczną. Z przyczyn oczywistych, tego rodzaju koncentracje nie mają wpływu na rynek polski. (...) Na bazie zdobytych doświadczeń konieczne stało się zmodyfikowanie dotychczasowych przepisów tak, aby nie kontrolować koncentracji, które z natury rzeczy nie mają znaczenia rynkowego, a skupić się na ocenie tych koncentracji, które mogą mieć znaczenie dla rynku polskiego”[4].

[3] Dz. U. 2005, Nr 244, poz. 2080 ze zm. – wersja archiwalna.

[4] Uzasadnienie do projektu ustawy z 2007 r., Druk sejmowy nr 1101 dostępny na stronie internetowej: http://orka.sejm.gov.pl/Druki5ka.nsf/0/06AED0325C1F3B3FC125722600445A4A/$file/1110-uzas.doc, s. 8-9.

W innym fragmencie uzasadnienia pt. „Wpływ regulacji na konkurencyjność gospodarki i przedsiębiorczość, w tym na funkcjonowanie przedsiębiorstw", założono, iż „[n]owelizacja ustawy będzie skutkować również ograniczeniem obowiązków przedsiębiorców – w projekcie proponuje się znaczne ograniczenie katalogu przypadków, kiedy wymagane jest zgłoszenie zamiaru koncentracji".[5]

Aby sprawdzić, czy zamierzenia ustawodawcy zostały urzeczywistnione w praktyce, warto odwołać się do sprawozdań z działalności UOKiK[6] i porównać ilość spraw koncentracyjnych rozpatrywanych przed i po 21.04.2007 r., kiedy obecna ustawa weszła w życie. Statystyki przedstawiają się w następujący sposób:

Rok	Ilość prowadzonych spraw	Ilość zgód bezwarunkowych na koncentrację	Ilość zgód warunkowych na koncentrację	Ilość zakazów koncentracji
2006	310	215	1	1
2007	310	205	2	0
2008	197	153	2	0
2009	144	97	1	3
2010	222	147	2	0
2011	x[7]	166	3	2

Z powyższych danych wynika, że chociaż po wejściu w życie uokik z 2007 r. w ciągu 2008 r. i 2009 r. spadała liczba prowadzonych spraw koncentracyjnych, to jednak od 2010 r. znów nastąpił znaczący wzrost liczby zgłoszeń. Pomimo, iż brak jest jeszcze dostępnych danych za 2011 r. w zakresie ilości prowadzonych spraw ogółem, to jednak ilość wydanych rozstrzygnięć większa niż w 2010 r. czyni prawdopodobnym, iż także ilość zgłoszeń ogółem przewyższyła tę z 2010 r.

Stosunek ilości decyzji bezwarunkowych do ilości decyzji warunkowych i zakazów koncentracji wyraźnie pokazuje, iż przeważająca część zgłoszonych koncentracji miała charakter bezproblemowy w świetle prawa konkurencji. Tym niemniej, koncentracje te musiały być zgłoszone w celu uzyskania zgody, konieczne było przeprowadzenie postępowań antymonopolowych i wydanie decyzji.

Dla pełnej analizy powyższej tabeli konieczne jest także uwzględnienie faktu, iż 22.07.2009 r. weszło w życie rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z 1.07.2009 r. w sprawie właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów[8]. Rozporządzenie to wprowadziło zasadniczą zmianę w organizacji postępowań z zakresu kontroli koncentracji w UOKiK, ponieważ Delegatury UOKiK zostały pozbawione kompetencji do prowadzenia takich postępowań, a wyłączne uprawnienie w tym zakresie uzyskał Departament Kontroli Koncentracji w Centrali UOKiK w Warszawie. O ile więc jeszcze w 2008 r. 197 postępowań koncentracyjnych prowadzonych było zarówno przez Departament Kontroli Koncentracji, jak i 9 delegatur UOKiK, o tyle w 2010 r. jeszcze większa ilość, bo 222 spraw, była prowadzona już tylko przez Departament Kontroli Koncentracji, liczący aktualnie kilkanaście osób.

[5] Ibidem, s. 34.

[6] Sprawozdania z działalności UOKiK dostępne na stronie internetowej http://www.uokik.gov.pl/sprawozdania_z_dzialalnosci_urzedu.php

[7] Raport z działalności UOKiK za 2011 r. nie jest jeszcze dostępny, w związku z czym brak informacji na temat ilości spraw prowadzonych w 2011 r. Pozostałe dane pochodzą z komunikatu UOKiK z dnia 12 stycznia 2012 r. dostępnego na stronie internetowej http://www.uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=3193&news_page=5

[8] Dz. U. 2009, Nr 107, poz. 887.

Porównanie powołanych danych prowadzi do konkluzji, iż wbrew oczekiwaniom legislatora wyrażanym w trakcie uchwalania uokik w 2007 r., obciążenie UOKiK mało znaczącymi sprawami koncentracyjnymi wcale nie zostało znacząco zredukowane. Przeciwnie, z uwagi na mniejszą ilość pracowników zajmujących się aktualnie zgłoszeniami koncentracji, prawdopodobne jest, że to obciążenie może być nawet większe niż przed wejściem w życiem ustawy.

III. Możliwe przyczyny znaczącej ilości zgłoszeń koncentracyjnych

Przyczyn tego stanu można upatrywać w różnych okolicznościach. Być może jedną z nich był fakt, iż po prostu wzrosła ilość koncentracji z udziałem przedsiębiorców, których obroty przekraczały progi finansowe wskazane w ustawie. Jeżeli tak, warto byłoby poddać analizie konieczność podniesienia jeżeli nie wszystkich progów, to chociaż progów dotyczących łącznych obrotów na terytorium Polski osiąganych przez grupy kapitałowe uczestników koncentracji (50 mln euro), czy progu obrotu osiąganego przez podmiot nabywany na terenie Polski (10 mln euro). Niewykluczone, że te wartości adekwatne do identyfikacji „znaczących koncentracji" w 2007 r., aktualnie są zbyt niskie, przez co kontrolą koncentracji objęte są transakcje tak naprawdę niemające większego znaczenia dla rynku. O ile bowiem jeszcze 5 lat temu rzadkością było osiąganie przez polskich przedsiębiorców obrotów rzędu kilku milionów złotych, to teraz nie jest niczym nadzwyczajnym osiąganie przez nich obrotów rzędu kilkunastu, czy kilkudziesięciu milionów euro. Wydaje się, że te obiektywne okoliczności zmiany stanu faktycznego powinny być uwzględnione w kalkulacji progów na potrzeby identyfikacji spraw jako znaczących z punktu widzenia potrzeby ochrony konkurencji.

W systemach prawnych państw członkowskich Unii Europejskiej (UE) można znaleźć przykłady regulacji uwzględniających potrzebę elastycznego dostosowania progów finansowych zobowiązujących do zgłoszenia zamiaru koncentracji do zmieniającej się sytuacji rynkowej. Ciekawe rozwiązanie przyjęto we Włoszech, gdzie nie podlega zgłoszeniu zamiar przejęcia kontroli nad przedsiębiorcą, jeżeli jego obrót we Włoszech nie przekroczył 47 mln EUR[9]. Niezależnie od tego, że jest to próg prawie pięciokrotnie wyższy niż w Polsce, dodatkowo jest on aktualizowany każdego roku w oparciu o wzrost deflatora cen produktu krajowego brutto (*GDP price deflator index*)[10]. To podejście zasługuje na szczególną uwagę jako możliwy wzór przyszłych zmian w polskich progach finansowych dotyczących zgłoszenia koncentracji.

Należy przy tym zauważyć, że zbyt restrykcyjne podejście do kwestii kontroli koncentracji może prowadzić do zaburzenia sensu polityki kontroli koncentracji. W odróżnieniu bowiem od mających charakter represyjny przepisów odnoszących się do praktyk monopolistycznych, przepisy dotyczące kontroli koncentracji mają charakter prewencyjny, jako że mają zapobiegać wyrastaniu podmiotów gospodarczych o pozycji dominującej na rynku[11]. Dlatego nie można, moim zdaniem, podchodzić do kwestii kontroli koncentracji z tej samej perspektywy, jak do ścigania naruszeń konkurencji. W przypadku kontroli koncentracji mamy do czynienia z naturalną i dozwoloną prawem strategią wzrostu zewnętrznego, która nie może być traktowana jako „podejrzana" z samej swojej istoty. Tym bardziej, że większość koncentracji nie wpływa negatywnie na stan konkurencji na rynku. Jedynie część z nich

[9] The Merger Control Review, Law Business Research Ltd, London 2011, s. 239.

[10] Informacje dostępne na stronie internetowej włoskiego organu ochrony konkurencji pod adresem http://www.agcm.it/en/competition--mergers-and-acquisitions/turnover-thresholds.html. Ostatnia aktualizacja progów miała miejsce 21.11.2011 r.

[11] S. Gronowski, *Ustawa o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym*, Wydawnictwo Zrzeszenia Prawników Polskich, Warszawa 1994, s. 112.

może naruszać w sposób istotny konkurencję, w szczególności przez prowadzenie do powstania lub umocnienia pozycji dominującej[12].

Innym powodem wzrostu ilości spraw koncentracyjnych może być paradoksalnie sam UOKiK, a dokładniej rzecz ujmując wydany przez niego w 2010 r. dokument pt. „Wyjaśnienia w sprawie kryteriów i procedury zgłaszania zamiaru koncentracji Prezesowi UOKiK"[13]. Dokument ten zawiera interpretacje dwóch przepisów ustawy, które wbrew założeniom legislatora, prowadzą do rozszerzającego rozumienia obowiązku zgłoszenia koncentracji; druga z tych interpretacji wydaje się być nawet działaniem *contra legem*.

W pkt 1.4 Wytycznych przedstawiono następującą interpretację pojęcia skutku koncentracji na terytorium Polski, do którego odwołuje się art. 1 ust. 2 uokik z 2007 r.: „Ustawa obejmuje zatem swoim zakresem również koncentracje eksterytorialne, czyli takie, które zachodzą między przedsiębiorcami mającymi swoje siedziby poza terytorium RP, pod warunkiem, że będą one wywierać choćby potencjalne skutki na terytorium RP. Ustawa nie wskazuje, według jakich kryteriów należy dokonać oceny, które koncentracje eksterytorialne wywołują skutek na terytorium RP. Należy jednak przyjąć, iż przesłanka skutku na terytorium RP zostaje spełniona jeżeli co najmniej jeden z uczestników koncentracji (grupa kapitałowa do której należy) osiąga obrót na terytorium RP". Interpretacja ta budzi zasadnicze kontrowersje w przypadku koncentracji polegających na utworzeniu za granicą wspólnego przedsiębiorcy. Dla konieczności zgłoszenia koncentracji do UOKiK wystarczy bowiem, że grupa kapitałowa choćby jednego z uczestników transakcji osiąga jakikolwiek obrót na terenie Polski, a jednocześnie łączny obrotów grup kapitałowych uczestników transakcji osiąga ponad 1 mld euro na świecie. Przy tym obrót na terenie Polski nie musi być nawet generowany poprzez podmiot mający siedzibę na terenie Polski, ale wystarczy, że przychody są osiągane ze sprzedaży towarów lub usług do Polski z zagranicy. Zatem grupa kapitałowa X, niemająca podmiotu zależnego w Polsce, ale mająca obrót światowy powyżej 1 mld euro i sprzedająca do odbiorców w Polsce towary lub usługi o jakiejkolwiek wartości (nawet symbolicznych kilku euro), musi w Polsce uzyskać zgodę na utworzenie wspólnego przedsiębiorcy, nawet jeżeli jego przedmiotem ma być wyłącznie lokalna działalność w Ameryce Południowej. Podany przykład jest na pewno celowo przerysowany dla wyraźnego oddania istoty problemu, ale nie można wykluczyć, że od 2010 r. zdarzyło się wiele sytuacji, kiedy zgłaszane były JV zawierane za granicą, tylko ze względu na powyższą interpretację, pomimo braku jakiegokolwiek wpływu koncentracji na rynek Polski. Co prawda w Wytycznych wskazano, iż nie mają one charakteru prawnie wiążącego, jednakże jednocześnie wyjaśniono, że wskazują one sposób oceny Prezesa UOKiK, a fakt ich opublikowania należy interpretować w ten sposób, iż w sprawach dotyczących koncentracji Prezes UOKiK stosuje się do nich. Takie przedstawienie problemu nie pozostawia przedsiębiorcom oceniającym konieczność zgłoszenia zamiaru koncentracji dużego wyboru. Skoro bowiem Prezes UOKiK stwierdza, że będzie stosował opublikowane kontrowersyjne interpretacje w prowadzonych sprawach, to rzadko zdarzy się, że przedsiębiorcy podejmą ryzyko niezastosowania się do Wytycznych i otrzymania kary za brak zgłoszenia, określonej na poziomie do 10% rocznych przychodów.

Z kolei w pkt 2.3.7 Wytycznych przedstawiono wykładnię, iż zgłoszeniu do UOKiK podlega nie tylko aktywne przejęcie kontroli, ale także sytuacja, w której przedsiębiorca przejmuje, nawet bez

[12] C. Banasiński, E. Piontek (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 323.

[13] Dokument ten (dalej zwany „Wytycznymi") jest dostępny na stronie internetowej http://www.uokik.gov.pl/wyjasnienia_w_sprawie_zglaszania_koncentracji.php.

własnej woli, pasywną kontrolę nad innym przedsiębiorcą. Uzasadniając to stanowisko stwierdzono: „Zdecydowana większość spraw dotyczących zamiaru koncentracji, które zgłaszane są do Prezesa Urzędu, polega na aktywnym przejęciu kontroli, tj. są skutkiem działań przedsiębiorcy przejmującego kontrolę. Nie można jednak wykluczyć sytuacji, kiedy do przejęcia kontroli dochodzić będzie bez aktywnego udziału przedsiębiorcy przejmującego kontrolę np. w wyniku rozproszenia się akcjonariatu (np. przedsiębiorca A i przedsiębiorca B posiadają udziały w spółce X, które dają każdemu z nich 50 proc. głosów we władzach tej spółki. Następnie przedsiębiorca B zbywa swój pakiet udziałów na rzecz kilkudziesięciu drobnych inwestorów, w efekcie czego przedsiębiorca A przejmuje faktycznie wyłączną kontrolę nad spółką X). Podobne skutki może wywołać operacja umorzenia akcji lub udziałów, skutkująca uzyskaniem faktycznej kontroli. Taka sytuacja nie zwalnia przedsiębiorcy, który przejmie kontrolę z obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji Prezesowi UOKiK". Ta interpretacja wydaje się być ewidentnie sprzeczna z brzmieniem i celem przepisów uokik z 2007 r. Jej art. 13 wyraźnie bowiem wskazuje, iż zgłoszeniu Prezesowi UOKiK podlega zamiar koncentracji. Jak słusznie podkreśla się w orzecznictwie[14] i doktrynie, to podejście oznacza charakter prewencyjny (wstępny) kontroli, gdyż przedmiotem zgłoszenia jest „zamiar koncentracji", a nie dokonanie koncentracji. Ponadto, postępowanie koncentracyjne wszczynane jest na wniosek przedsiębiorców, przy czym obowiązek ten ciąży na przedsiębiorcach aktywnie uczestniczących w zamierzonej koncentracji[15]. W przypadku koncentracji pasywnej brak jest możliwości wykazania zamiaru przedsiębiorcy przejmującego kontrolę, ponieważ zmiana dokonuje się bez jego woli, a często i wiedzy. Ponadto, ewentualne zgłoszenie koncentracji z jego strony nie miałoby na pewno charakteru prewencyjnego, ponieważ następowałoby już po przejęciu kontroli. Pomimo tych zasadniczych zastrzeżeń prawnych, nie można wykluczyć, iż fakt istnienia powyższej interpretacji może być powodem generowania kolejnych zgłoszeń antymonopolowych ze strony podmiotów chcących zachować się zgodnie z Wytycznymi.

Fakt obciążenia UOKiK dużą ilością mało znaczących spraw koncentracyjnych nie budzi wątpliwości. UOKiK radzi sobie bowiem jakoś z bieżącą obsługą tych spraw. Może więc nie ma potrzeby zmieniać tego stanu? Niestety, w tym przypadku zasada „im więcej, tym lepiej" nie jest najlepszym rozwiązaniem. Co prawda UOKiK obejmuje zakresem swojej działalności bardzo dużą ilość spraw, jednakże kontrola większości koncentracji, ze względu na ich minimalne znaczenie dla rynku, obiektywnie mija się z celem. Jednocześnie, tak znaczące obciążenie urzędników dużą ilością prowadzonych postępowań negatywnie wpływa na przebieg wszystkich postępowań, w tym także tych znaczących dla rynku, czego najważniejsze przykłady podaję poniżej.

IV. Ilość prowadzonych spraw a czas trwania i jakość postępowań koncentracyjnych

Sprawny przebieg i szybkie zakończenie postępowania w UOKiK jest kluczowe dla przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji. Wynika to z faktu, iż transakcja, której zamknięcie uwarunkowane jest uzyskaniem zgody Prezesa UOKiK, nie jest w trakcie postępowania koncentracyjnego zawieszona w próżni, ale podlega wpływom dynamicznie zmieniających się warunków rynkowych. Dla podmiotu kupującego innego przedsiębiorcę, który musi wstrzymać się z decyzjami

[14] Np. wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z 12.11.2003 r., XVII Ama 129/02 (Dz.Urz.UOKiK z 2004, Nr 2, poz. 295).

[15] T. Skoczny [w:] T. Skoczny, A. Jurkowska, D. Miąsik (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 762.

mającymi wpływ na tego przedsiębiorcę do chwili uzyskania zgody Prezesa UOKiK, każdy dzień zwłoki ma znaczenie.

Doświadczenie pokazuje, iż planując przebieg transakcji w oparciu o przepisy ustawy przedsiębiorcy często zakładają, iż mogą oczekiwać uzyskania decyzji w terminie 2 miesięcy od chwili złożenia zgłoszenia. Jednakże realia przebiegu procesu koncentracyjnego są dużo mniej optymistyczne. Urzędnik otrzymujący nowe zgłoszenie niekoniecznie może zająć się nim od razu, ponieważ prawdopodobnie prowadzi także inne sprawy, w których płyną terminy administracyjne wymagające prowadzenia korespondencji ze zgłaszającymi i wydawania decyzji. Nawet jeżeli od początku postępowania wiadomo, że nie ma podstaw do wydania decyzji innej niż zgoda na koncentrację, musi być przeprowadzony cały proces przygotowania decyzji, jej konsultacji w ramach UOKiK, co znacząco angażuje czas urzędników. W efekcie korespondencji prowadzonej równolegle w kilku sprawach, wstrzymującej bieg terminów, czas oczekiwania na decyzje wykracza często poza ramy określone przez Ustawę.

Prawdopodobnie ograniczone możliwości czasowe i kadrowe wpływają także niekorzystnie na jakość prawną postępowań koncentracyjnych, w tym przede wszystkim na naruszenie uprawnień proceduralnych strony zgłaszającej zamiar koncentracji. Jest to szerszy temat, dlatego w tym miejscu chciałbym zwrócić uwagę tylko na jedną, aczkolwiek ważną, w mojej ocenie okoliczność, prowadzenia przez UOKiK postępowań koncentracyjnych z permanentnym naruszeniem przepisów zarówno ustawy, jak i Kodeksu postępowania administracyjnego[16] dotyczących sposobu kończenia postępowań koncentracyjnych. Art. 74 ustawy stanowi mianowicie, iż „[p]rezes Urzędu, wydając decyzję kończącą postępowanie, uwzględnia tylko zarzuty, do których strony mogły się ustosunkować.” Usytuowanie art. 74 w przepisach ogólnych Rozdziału 1 Działu VI uokik z 2007 r. wskazuje, że przepis ten znajduje zastosowanie zarówno do postępowania w sprawach praktyk naruszających konkurencję, postępowania w sprawach koncentracji, postępowania w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, jak i do postępowania w sprawach nakładania kar pieniężnych[17]. W postępowaniach o naruszenie prawa konkurencji (porozumienia antykonkurencyjne i nadużycie pozycji dominującej) strony zawsze formalnie otrzymują termin do zapoznania się z aktami sprawy i zawartymi w nich zarzutami oraz do wyrażenia swojego ostatecznego stanowiska przed wydaniem decyzji. UOKiK przestrzega tego uprawnienia wiedząc, że błędy w tym zakresie mogą zostać uznane za naruszenie podstawowego prawa do obrony strony postępowania antymonopolowego. Niestety, w postępowaniach antymonopolowych w sprawie kontroli koncentracji UOKiK nie stosuje się do tej zasady. Strona zgłaszająca koncentrację nie jest zatem informowana o zakończeniu postępowania przed wydaniem decyzji koncentracyjnej i dowiaduje się o niej dopiero z chwilą jej otrzymania. Oczywiście, w przeważającej części przypadków wydawane są zgody, dlatego przedsiębiorcy usatysfakcjonowani rozstrzygnięciem nie podnoszą naruszenia procedury. Praktyczny problem powstaje jednak w przypadku decyzji warunkowych, czy zakazujących koncentracji, gdzie pomiędzy UOKiK i zgłaszającym koncentrację dochodzi do zasadniczego sporu dotyczącego oceny koncentracji. Nie jest zrozumiałe, dlaczego strona ma dowiadywać się dopiero z decyzji o konkretnych zarzutach, jakie Prezes UOKiK stawia koncentracji, wskutek czego zakazuje jej dokonania. W ten sposób strona nie ma możliwości ustosunkowania się do tych zarzutów przed wydaniem decyzji. Należy wyraźnie

[16] Ustawa z 14.06.1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jedn. Dz. U. z 2000 r. Nr 98, poz. 1071 ze zm.) (k.p.a.).

[17] Ibidem, s. 1308.

podkreślić, iż w stosunku do strony zgłaszającej koncentrację Prezes UOKiK nie ma statusu przeciwnika procesowego, ale organu administracji, który powinien prowadzić postępowanie w sposób bezstronny, transparentny i wzbudzający zaufanie do organów Państwa.

Uprawnienie strony zgłaszającej koncentrację do wyrażenia ostatecznego stanowiska w sprawie po zakończeniu postępowania dowodowego wywodzi się z ogólnego obowiązku organu administracji zapewnienia stronom czynnego udziału w każdym stadium postępowania, ujętego w art. 10 § 1 k.p.a. Ta zasada ogólna postępowania administracyjnego *expressis verbis* zobowiązuje organ administracji do umożliwienia stronie wyrażenia jej stanowiska co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań po zakończeniu postępowania dowodowego, a przed rozpatrzeniem sprawy[18]. Obowiązkiem organu prowadzącego postępowanie jest pouczenie strony o prawie do zapoznania się z aktami i złożenia końcowego oświadczenia. Organ ma także obowiązek wstrzymać się od wydania decyzji do czasu złożenia tego oświadczenia w wyznaczonym terminie[19].

Bogate orzecznictwo powstałe na gruncie k.p.a.[20] potwierdza, że aby dane postępowanie administracyjne mogło zostać uznane za przeprowadzone zgodnie z prawem, konieczne jest, aby jednocześnie strona miała zapewnioną możliwość aktywnego udziału w sprawie oraz aby strona miała możliwość wypowiedzenia się przed rozstrzygnięciem sprawy. Jedynie spełnienie tych dwóch warunków zapewnia poprawne przeprowadzenie procedury administracyjnej.

Skoro w procedurze oceny zamiaru koncentracji to Prezes UOKiK prowadzi postępowanie dowodowe, to jest on zobowiązany wskazać wnioskodawcy, że procedura dowodowa została zakończona. Jeżeli przy tym zakwestionował opinię wnioskodawcy na temat braku negatywnego skutku koncentracji dla konkurencji, powinien przed wydaniem decyzji jasno sformułować zarzuty do tej opinii i przedstawić własną ocenę sprawy, z podaniem szczegółowego uzasadnienia faktycznego i prawnego, tak, aby umożliwić wnioskodawcy zajęcie ostatecznego stanowiska przed rozstrzygnięciem sprawy. Być może, gdyby UOKiK nie był tak znacząco obciążony ilością spraw koncentracyjnych, przykładałby większą wagę do respektowania praw proceduralnych stron postępowań koncentracyjnych.

Inną prawdopodobną konsekwencją nadmiernego obciążenia UOKiK ilością postępowań koncentracyjnych jest też stosowana od niedawna praktyka rezygnowania z uzasadnień decyzji wyrażających zgodę na zamiar koncentracji. W decyzjach przywoływana jest formuła, iż w oparciu o art.107 § 4 k.p.a., w związku z art. 83 uokik z 2007 r., Prezes UOKiK odstępuje od uzasadnienia decyzji z uwagi na fakt, że decyzja w całości uwzględnia żądanie strony, nie rozstrzyga przy tym spornych interesów stron, a także nie została wydana na skutek odwołania. Tyle tylko, że postępowania koncentracyjne nie są zwykłymi postępowaniami administracyjnymi dotyczącymi np. wydania pozwolenia na budowę domu. Decyzje Prezesa UOKiK stanowią cenne, a czasami jedyne źródło wiedzy dla podmiotów zgłaszających kolejne koncentracje. W oparciu o nie przedsiębiorcy mogą przede wszystkim ocenić jak dotychczas UOKiK definiował rynki właściwe w danej branży oraz jakie okoliczności i argumenty brał pod uwagę oceniając koncentracje. Coraz częściej opracowania dotyczące dotychczasowego orzecznictwa UOKiK w danych sektorach gospodarki przygotowywane są nie na etapie pracy nad

[18] Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 10.05.2006 r., II OSK 810/05.

[19] A. Wróbel, M. Jaśkowska, *Komentarz aktualizowany do ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego* (Dz. U. 00 Nr 98, poz. 1071), LEX 2012.

[20] Np.: wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 6.10.2000 r., V SA 316/00; wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 5.04.2001 r., II SA 1095/00; wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 5.01.2006 r., III SA/Wa 2660/05; wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 30.11.2005 r., III SA/Wa 2823/05.

samym zgłoszeniem zamiaru koncentracji, ale dużo wcześniej, w trakcie negocjacji handlowych jeszcze przed podpisaniem dokumentów koncentracyjnych. W oparciu o takie analizy uczestnicy koncentracji mogą obiektywnie ocenić proces decyzyjny Prezesa UOKiK i określić, czy dana transakcja ma szanse uzyskania zgody, czy też przeciwnie, nie rokuje akceptacji organu antymonopolowego. Taki sposób działania staje się coraz ważniejszy szczególnie w dynamicznie zmieniających się branżach nowych technologii, np. telekomunikacji, usług handlu elektronicznego, itp., gdzie brak jest ugruntowanych poglądów na definicje rynków właściwych. Stopień skomplikowania działalności na tych rynkach uniemożliwia nie tylko samym przedsiębiorcom, ale także ich prawnikom, przewidzenie, czy przyjęta definicja rynków właściwych będzie akceptowalna dla UOKiK. Należy przy tym podkreślić, iż nie jest to w żadnym wypadku efekt niewiedzy tych podmiotów, ale obiektywnej niemożliwości przewidzenia oceny UOKiK. Przedsiębiorcy nie znając uzasadnień dotychczas wydanych decyzji wyrażających zgody na koncentracje w danym sektorze mogą zakładać, iż UOKiK przyjął preferowaną przez nich definicję rynku, w związku z czym ich łączny udział po dokonaniu koncentracji będzie niewielki. W oparciu o te założenia może zostać rozpoczęty proces transakcyjny, trwający kilka miesięcy i angażujący znaczne środki finansowe. Tymczasem, po zgłoszeniu zamiaru koncentracji może okazać się, że UOKiK preferuje węższą definicję rynków właściwych, w związku z czym łączny udział stron koncentracji rośnie do poziomu zagrażającego wydaniu zgody na koncentrację.

Opisane zagrożenia uzasadniają, w mojej ocenie, opinię, iż lepsze dla rozwoju świadomości prawa konkurencji i zachowania zgodności działań przedsiębiorców z jego wymogami, byłoby prowadzenie mniejszej ilości spraw koncentracyjnych, dotyczących naprawdę poważnych zagrożeń dla rynku, przy zachowaniu reguł proceduralnych nie tylko ustawy, ale także k.p.a. i skutkujących wydaniem decyzji z uzasadnieniem mającym walor edukacyjny dla zgłaszających kolejne koncentracje. Wpisywałoby się to w prowadzoną aktualnie przez UOKiK akcję promowania wiedzy na temat postępowań koncentracyjnych[21]. W tej chwili można niestety odnieść wrażenie pewnego rozdźwięku tych działań medialnych i praktyki orzeczniczej Prezesa UOKiK. O ile bowiem wiele mówi się i pisze o regułach koncentracji, ale na bardzo dużym poziomie ogólności, o tyle w sytuacjach, w których przedsiębiorcy najbardziej potrzebowaliby praktycznych wskazówek ze strony UOKiK, organ ten rezygnuje z uzasadniania decyzji koncentracyjnych. Przykładowo, pośród 25 decyzji koncentracyjnych wydanych w 2010 r., które zostały opublikowane na stronie UOKiK[22], aż 23 nie zawiera uzasadnienia, a jedynie sentencję. Tego typu jednostronicowe decyzje dotyczą niestety także tak kluczowych, a jednocześnie powodujących znaczące wątpliwości interpretacyjne rynków, jak rynek telekomunikacyjny[23], czy rynek energetyczny[24]. Jednocześnie, UOKiK wydaje decyzje z uzasadnieniami w sprawie koncentracji na rynkach mających nieporównywalnie mniejsze znaczenie ekonomiczne i niewywołujących znaczących problemów interpretacyjnych, jak np. rynek przetwórstwa mleka i produkcji serów[25].

[21] Zestaw działań UOKiK w tym zakresie opisany jest m.in. na stronie internetowej http://www.uokik.gov.pl/fuzje_pod_kontrola.php.

[22] Lista dostępna na stronie internetowej http://www.uokik.gov.pl/decyzje_prezesa_uokik3.php.

[23] Np. decyzje bez uzasadnień wydane w sprawach nabycia przez Netia S.A. kontroli nad Crowley Data Poland (decyzja z 5.12.2011 r., DKK-152/11) oraz Telefonią Dialog S.A. (decyzja z 8.12.2011 r., DKK-156/11).

[24] Np. decyzja bez uzasadnienia wydana w sprawie nabycia przez Kulczyk Holding S.A. kontroli nad ENEA S.A. (decyzja z 9.12.2010 r., DKK-132/2010).

[25] Np. decyzja z uzasadnieniem wydana w sprawie połączenia Spółdzielni Mleczarską „MLEKOVITA" i Spółdzielni Mleczarskiej w Białej Podlaskiej (decyzja z 30.11.2011 r., DKK-150/2011).

V. Możliwe zmiany prawa

W dniu 28.03.2012 r. odbyła się konferencja pt. „Jak skutecznie chronić rynek – czas na zmiany w prawie?”[26]. W jej trakcie przedstawiciele UOKiK zaprezentowali założenia zmian w ustawie, także w zakresie przepisów dotyczących kontroli koncentracji, dzięki którym część opisanych powyżej problemów może zostać rozwiązana. Planowane zmiany, jak podkreślali przedstawiciele UOKiK, o charakterze ewolucyjnym, a nie rewolucyjnym, mają dotyczyć zarówno przesłanek dotyczących zgłoszenia zamiaru koncentracji, jak i samej procedury postępowań koncentracyjnych.

Zmiany dotyczące przesłanek zgłoszenia zamiaru koncentracji mogą doprowadzić zarówno do zmniejszenia, jak i do zwiększenia ilości zgłaszanych koncentracji. Ograniczenie ilości notyfikacji spowoduje zapewne wprowadzenie wymogu, iż warunkiem zgłoszenia wszystkich rodzajów koncentracji, w tym także fuzji i tworzenia wspólnym przedsiębiorców, będzie osiąganie przez uczestników tych koncentracji obrotu w Polsce przewyższającego równowartość 10 mln euro (nie jest jeszcze jasne, czy każdy z uczestników transakcji musi osiągać taki obrót w Polsce, czy wystarczy, że tylko jeden spełnia ten wymóg). Ten przepis przyczyniłby się na pewno do ograniczenia ilości zgłoszeń do UOKiK koncentracji eksterytorialnych niemających w istocie żadnego wpływu na rynek polski.

Natomiast zwiększenia ilości zgłoszeń koncentracyjnych można spodziewać się po wprowadzeniu w życie dwóch innych propozycji.

Pierwsza z nich zakłada, iż do obrotów grup kapitałowych branych pod uwagę w celu sprawdzenia przekroczenia progów uzasadniających konieczność zgłoszenia zamiaru koncentracji, wliczane będą w odpowiedniej proporcji obroty podmiotów współkontrolowanych przez te grupy kapitałowe. Ta propozycja stanowi odejście od dotychczasowego orzecznictwa Prezesa UOKiK, w którym wyrażano pogląd, iż podmiot współkontrolowany nie należy do żadnej z grup kapitałowych podmiotów go kontrolujących. Planowana zmiana może przyczynić się do wzrostu ilości zgłoszeń koncentracyjnych ze strony przede wszystkim grup inwestorów finansowych, którzy zazwyczaj lokując środki w określonych spółkach gwarantują sobie zabezpieczenie inwestycji w postaci praw interpretowanych co najmniej jako współkontrola pasywna. O ile dotychczas obroty z takich spółek nie były brane pod uwagę przy ocenie obrotów na potrzeby zgłoszeń koncentracyjnych, o tyle po wprowadzeniu planowanych zmian w wielu przypadkach mogą one przesądzać o konieczności dokonania notyfikacji.

Druga zmiana polegałaby na objęciu kontrolą kilku transakcji tych samych podmiotów rozłożonych w czasie. Chodzi przede wszystkim o przypadki nabycia majątku w częściach, podzielonych w taki sposób, aby nie można było im przypisać obrotu przekraczającego 10 mln euro, w celu uniknięcia zgłoszenia do UOKiK. Planowana zmiana ma umożliwić zsumowanie obrotów majątku nabywanego w ramach tych kolejnych transakcji i uzasadnić konieczność ich zgłoszenia, jeżeli łącznie obrót tych części będzie przekraczał 10 mln euro. Nie sposób odmówić zasadności planowanej zmianie w sytuacji, w której będzie ona miała na celu wykrywanie sztucznych podziałów w celu uniknięcia zgłoszenia zamiaru koncentracji. Kluczowe będzie tu jednak prawidłowe określenie przedziału czasowego decydującego o możliwości łączenia pozornie odrębnych transakcji. Musi być to stosunkowo krótki czas, a nie okres np. kilkuletni. W przeciwnym razie przymusowym zgłoszeniem koncentracji objęte byłyby transakcje, które z założenia nie miały na celu ominięcia prawa, ale faktycznie były wynikiem decyzji biznesowych w danym czasie zmierzających do nabywania mniejszych partii majątku.

[26] Informacje na temat konferencji dostępne na stronie internetowej http://www.uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=3323.

Zmiana procedury postępowań koncentracyjnych ma przynieść długo oczekiwany podział postępowań na 2 fazy. W pierwszej fazie, nieprzekraczającej 30 dni i kończącej się wydaniem zgody na koncentrację, miałyby być rozpatrywane sprawy nieskomplikowane. Do drugiej fazy, nieprzekraczającej 4 miesięcy, miałyby być przekazywane sprawy skomplikowane. Przed zakończeniem badania w fazie drugiej, jeżeli powstawałyby wątpliwości co do możliwości wydania zgody bezwarunkowej, podmiot zgłaszający koncentrację otrzymywałby od UOKiK formalne zawiadomienie o zastrzeżeniach, co do których mógłby się ustosunkować. Efektem dalszych prac w fazie drugiej byłoby wydanie albo decyzji bezwarunkowej, albo decyzji warunkowej, albo wreszcie zakazu koncentracji.

Powyższa propozycja, co do założenia słuszna, budzi jednak co najmniej dwie wątpliwości. Po pierwsze, oczekiwane zmiany dotyczące usprawnienia i skrócenia procesu oceny koncentracji będzie bardzo trudno osiągnąć, jeżeli w dalszym ciągu terminy 30 dni dla fazy pierwszej i 4 miesięcy dla fazy drugiej, nie będą miały charakteru sztywnego i będą mogły być przedłużane praktycznie bez żadnych ograniczeń w drodze pism wysyłanych przez UOKiK.

Po drugie, koncepcja formalnego zawiadomienia o zastrzeżeniach nie rozwiązuje opisanego wyżej generalnego problemu braku przestrzegania art. 74 uokik z 2007 r. w odniesieniu do wszystkich postępowań koncentracyjnych, a nie tylko tych najtrudniejszych. UOKiK przedstawiając propozycję zawiadomienia o zastrzeżeniach w swoim komunikacie pisze: „Rozwiązaniem korzystnym dla profesjonalnych uczestników rynku będzie także wprowadzenie tzw. *competition concern*. Oznacza to, że w trakcie prowadzonego postępowania – w sprawach skomplikowanych i takich, gdzie nie będzie możliwe wydanie zgody na transakcję – Urząd będzie informował przedsiębiorcę o swoich zastrzeżeniach. Dzięki temu, jeszcze w toku trwającego postępowania będzie on znał potencjalne rozstrzygnięcie i pod tym kątem podejmował decyzje biznesowe” [27]. Nie sposób nie odnieść wrażenia, że zmiana ta przedstawiana jest jako pewien dobrowolny „ukłon” UOKiK w stronę przedsiębiorców biorących udział w postępowaniach koncentracyjnych. Tymczasem, dużo szersze uprawnienia proceduralne gwarantowane są im już aktualnie zarówno przez uokik, jak i k.p.a., tylko nie są respektowane przez UOKiK. Nie ma więc potrzeby, aby to nowe rozwiązanie w ogóle musiało być formalnie wprowadzane do ustawy, skoro ono już w niej funkcjonuje i wymaga tylko konsekwentnego przestrzegania we wszystkich postępowaniach.

Przedstawiciele UOKiK planują zgłoszenie propozycji zmian ustawy do konsultacji w maju 2012 r. Należy mieć nadzieję, iż rozwiązania zmian wypracowane w procesie legislacyjnym, uwzględniające także uwagi przedstawicieli doktryny i praktyków zajmujących się prawem konkurencji, przyczynią się do usprawnienia i przyspieszenia procesu kontroli koncentracji w Polsce.

[27] Komunikat dostępny na stronie internetowej http://www.uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=3330.

Maciej Bernatt*

Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów – potrzeba nowelizacji. Perspektywa sprawiedliwości proceduralnej

Spis treści:

I. Wstęp
II. Charakter postępowania przed Prezesem UOKiK
III. Propozycje zmian w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów
1. Postępowanie wyjaśniające
2. Realizacja uprawnień dochodzeniowych
3. Wolność od samooskarżania się i tajemnica porady prawnej
4. Zakres uczestnictwa w postępowaniu antymonopolowym
5. Sposób stawiania zarzutów
6. Postępowanie dowodowe i rozkład ciężaru dowodu
7. Stosowanie rozprawy
8. Dostęp stron do materiału dowodowego
9. Zaskarżalność decyzji Prezesa UOKiK
IV. Podsumowanie

Streszczenie:

Celem artykułu jest dokonanie przeglądu przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, które powinny zostać znowelizowane, tak aby w postępowaniu przed Prezesem UOKiK w większym stopniu zagwarantowana była sprawiedliwość proceduralna. Ponadto artykuł zmierza do wskazania tych obszarów, w których konieczne jest wprowadzenie nowej lub zmiana dotychczasowej regulacji. Postulaty zmian zgłaszane są w kontekście trwających w UOKiK prac legislacyjnych zmierzających do podniesienia skuteczności wykrywania naruszeń prawa ochrony konkurencji. W artykule jest wyrażony pogląd, że zmianom ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w tym zakresie powinny towarzyszyć działania legislacyjne, zmierzające do usunięcia istniejących uchybień ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w celu podniesienia poziomu zagwarantowania sprawiedliwości proceduralnej w postępowaniu antymonopolowym. Uzasadnieniem potrzeby zmian jest także karny – w rozumieniu art. 6 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka – charakter postępowania antymonopolowego w sprawach praktyk ograniczających konkurencję.

* Doktor nauk prawnych, adiunkt w Zakładzie Europejskiego Prawa Gospodarczego Wydziału Zarządzania UW, członek zwyczajny Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych. Komentarze dotyczące artykułu zgłaszać można pod adresem mbernatt@mail.wz.uw.edu.pl

Słowa kluczowe:
prawo ochrony konkurencji; postępowanie antymonopolowe; sprawiedliwość proceduralna; prawa przedsiębiorców w postępowaniu antymonopolowym; skuteczna ochrona konkurencji; nowelizacja ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

I. Wstęp

Pod koniec marca 2012 r. Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (UOKiK) przedstawił propozycje zmian w polskim prawie ochrony konkurencji[1]. Ich celem ma być zwiększenie skuteczności działań Prezesa UOKiK. Proponowane jest wprowadzenie instytucji dobrowolnego poddania się karze, możliwości stosowania przez Prezesa UOKiK środków zaradczych oraz odpowiedzialności finansowej osób fizycznych za naruszenie reguł konkurencji. Ponadto rozszerzony ma zostać program darowania lub łagodzenia kar. Usprawnieniu ma ulec procedura regulująca postępowania antymonopolowe w sprawach koncentracji. Proponowana reforma wpisuje się zatem w wielokrotnie deklarowane publicznie przez UOKiK dążenie do chronienia wolnej konkurencji w sposób jak najbardziej skuteczny, co wiązane jest z wyposażeniem Prezesa UOKiK w znaczące uprawnienia dochodzeniowe, decyzyjne i sankcyjne.

Dopóki nie zostaną ujawnione szczegółowe założenia projektu nowelizacji ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów[2], trudne jest dokonanie rzetelnej oceny proponowanych zmian. Jeżeli chodzi o ich kierunek, to niewątpliwie Prezes UOKiK ma prawo proponować takie rozwiązania legislacyjne, które przyczynić się mogą do podnoszenia skuteczności jego działań[3]. Rozwiązania te – po zaprezentowaniu ich w szczegółowej wersji jako założeń projektu nowelizacji – powinny być poddane szczegółowej debacie publicznej i konsultacjom społecznym. Idealną byłaby również sytuacja, gdyby założenia nowelizacji nie były przygotowane wyłącznie wewnątrz UOKiK, ale również przy udziale ekspertów niezwiązanych bezpośrednio z tym urzędem[4].

W chwili obecnej zasadne jest natomiast postawienie pytania, czy proponowanym zmianom legislacyjnym nie powinny towarzyszyć takie, które zapewnią respektowanie sprawiedliwości proceduralnej w postępowaniu przed Prezesem UOKiK w stopniu większym niż obecnie. Przyjmuję bowiem, że o prawidłowo ukształtowanym systemie ochrony konkurencji można mówić tylko wtedy, gdy organ ochrony konkurencji dysponuje skutecznymi środkami dowodowymi, sankcyjnymi i egzekucyjnymi, ale też stosuje je w sposób nie naruszający sprawiedliwości proceduralnej[5]. Respektowanie sprawiedliwości proceduralnej jako zasady ogólnej prawa wynikającej z konstytucyjnej klauzuli demokratycznego państwa prawnego, wymaga, aby w postępowaniu przed Prezesem UOKiK zagwarantowane zostały jej wartości, takie jak wysłuchanie, równość, możliwość obrony, poufność i zaskarżalność[6].

Zmiany prawa ochrony konkurencji, które mają przyczynić się do zwiększenia skuteczności działań organu ochrony konkurencji powinny być wprowadzone równolegle ze zmianami, które zagwarantują wysoki poziom ochrony praw procesowych podmiotom, które biorą udział w tym postępowaniu. Na

[1] Zob. Komunikat prasowy UOKiK z 28.03.2012 r. http://www.uokik.gov.pl/download.php?plik=11594.

[2] Ustawa z 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. Nr 50, poz. 331, ze zm.) (uokik z 2007 r.).

[3] Podkreślić jednak należy, że to Prezes Rady Ministrów, a nie Prezes UOKiK ma inicjatywę ustawodawczą do wniesienia nowelizacji ustawy.

[4] Charakterystyczne jest, że projekty ustawodawcze dotyczące najważniejszych dziedzin prawa – prawa karnego i prawa cywilnego (tak materialnego jak i procesowego) – przygotowywane są przez uznanych w danej dziedzinie ekspertów, którzy są niezależni od osób sprawujących władzę wykonawczą.

[5] M. Bernatt, *Sprawiedliwość proceduralna w postępowaniu przed organem ochrony konkurencji*, Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania UW, Warszawa 2011, s. 27.

[6] Ibidem, s. 91-98.

przykład jeżeli w przyszłości polski organ ochrony konkurencji proponowałby wprowadzenie przepisów przewidujących odpowiedzialność karną osób fizycznych za naruszenie reguł konkurencji, to równocześnie musiałby wprowadzić – w pełnym zakresie – gwarancje określone w procedurze karnej. W świetle obecnej zaś dyskusji, wprowadzanie proponowanych przez Prezesa UOKiK zmian uokik powinno być poprzedzone lub połączone z działaniami legislacyjnymi, zmierzającymi do usunięcia istniejących uchybień uokik, jeżeli chodzi o poziom zagwarantowania sprawiedliwości proceduralnej w postępowaniu antymonopolowym.

Dlatego celem niniejszego artykułu, przygotowanego w oparciu o wcześniej przeprowadzone badania naukowe[7], jest dokonanie przeglądu przepisów uokik z 2007 r., które powinny zostać znowelizowane, tak aby w postępowaniu przed Prezesem UOKiK w większym stopniu zagwarantowana była sprawiedliwość proceduralna. Ponadto artykuł zmierza do wskazania tych obszarów, w których konieczne jest wprowadzenie nowej lub zmiana dotychczasowej regulacji. Proponowane w artykule zmiany należy traktować jako postulaty *de lege ferenda*[8].

II. Charakter postępowania przed Prezesem UOKiK

Dyskusja nad potrzebą nowelizacji ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów powinna brać pod uwagę charakter postępowania przed Prezesem UOKiK w świetle art. 6 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (EKPC)[9].

Przyjmuję, że postępowania antymonopolowe w sprawie praktyk ograniczających konkurencję (widziane łącznie z poprzedzającym go ewentualnie postępowaniem wyjaśniającym) ma charakter karny w autonomicznym rozumieniu art. 6 EKPC[10]. Spełnione są bowiem kryteria (warunki) *Engel* wynikające z orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (ETPC)[11]. Pomimo klasyfikacji tych postępowań (i kar w nich wymierzanych) w prawie polskim jako administracyjnych[12], a nie karnych, spełnione są dwa pozostałe warunki – zakazany czyn (praktyka ograniczająca konkurencję) jest określony przez normę generalną, mającą prewencyjny i represyjny charakter oraz powszechne zastosowanie (adresatem normy są szeroko definiowani przedsiębiorcy), a grożąca kara, pełniąc funkcję represyjną i odstraszającą (nie zaś kompensacyjną), może być (i w praktyce bardzo często jest) bardzo znacząca. Stanowisko to znajduje uzasadnienie w orzecznictwie ETPC dotyczącym wprost prawa ochrony konkurencji[13]. Natomiast postępowanie antymonopolowe w sprawach koncentracji jest, w mojej ocenie, postępowaniem dotyczącym sprawy cywilnej w szerokim, autonomicznym rozumieniu tego pojęcia przyjętym w orzecznictwie ETPC[14].

[7] Ibidem, s. 99-322.

[8] Konieczność zmian legislacyjnych w uokik, a także zmian w zakresie interpretacji lub praktyki stosowania obecnie obowiązujących przepisów, jest analizowana przeze mnie w sposób znacznie bardziej szczegółowy w: M. Bernatt, *Sprawiedliwość proceduralna*..., s. 99-322. W mojej publikacji należy także poszukiwać argumentów za koniecznością dokonania zmian uokik proponowanych w niniejszym artykule. Tam też znaleźć można pełną analizę relewantnego orzecznictwa i literatury.

[9] Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z 4 listopada 1950 r. (Dz.U. z 1993 r., nr 61, poz. 284 ze zm.).

[10] M. Bernatt, *Prawo do rzetelnego procesu w sprawach ochrony konkurencji i regulacji rynku (na tle art. 6 EKPC)*, Państwo i Prawo, nr 1/2012, s. 55-58.

[11] Zob. wyroki ETPC: z 8 VI 1976 w sprawie *Engel i in. v. Holandia,* skarga nr 5100/71, § 82; z 21 II 1984 w sprawie *Öztürk v. Niemcy*, skarga nr 8544/79, § 50; z 9 X 2003 w sprawie *Ezeh and Connors v. Wielka Brytania*, skarga nr 39665/98, § 82; z 23 XI 2006 w sprawie *Jussila v. Finlandia*, skarga nr 73053/01, § 30-32. Kryteriami Engel są: klasyfikacja na gruncie prawa krajowego, drugim natura czynu (podstawą oskarżenia powinna być norma ogólna, mająca prewencyjny i represyjny charakter oraz powszechne zastosowanie), a trzecim rodzaj i surowość kary (znacząca wysokość kary).

[12] W literaturze został wyrażony pogląd, że kary pieniężne nakładane w postępowaniu antymonopolowym mają charakter kar penalnych, zob. M. Król-Bogomilska, *Kary pieniężne w prawie antymonopolowym*, Wydawnictwo KiK, Warszawa 1998, s. 37-40.

[13] Wyrok ETPC z 27 IX 2011 w sprawie *Menarini Diagnostics S.R.L. v. Włochy*, skarga nr 43509/08, § 38-45.

[14] M. Bernatt, *Prawo do rzetelnego procesu*..., s. 59.

Konsekwencją karnego (w świetle art. 6 EKPC) charakteru postępowania antymonopolowego w sprawach praktyk ograniczających konkurencję jest konieczność zapewnienia stronom tego postępowania wszystkich gwarancji procesowych wynikających w świetle orzecznictwa ETPC z art. 6 ust. 1-3 EKPC[15]. Teza ta jest w pełni uzasadniona w świetle wyroku ETPC w sprawie *Menarini Diagnostics*[16], nawet gdyby przyjąć – na co często się wskazuje[17] – że postępowania antymonopolowe w sprawach praktyk ograniczających konkurencję nie dotyczą najcięższych naruszeń o charakterze karnym (*hard core of criminal law*). W szczególności fakt prowadzenia tych postępowań przed organem administracji nie może stać się źródłem wyłączenia niektórych z gwarancji mających swoje źródło w art. 6 EKPC.

Karny w rozumieniu art. 6 EKPC charakter postępowania antymonopolowego w sprawach praktyk ograniczających konkurencję wzmacnia argumenty za koniecznością dokonania przeglądu obecnie obowiązujących przepisów i zaproponowania ewentualnych zmian, które w jak największym stopniu zagwarantują sprawiedliwość proceduralną w tym postępowaniu. Zmiany ograniczające się wyłącznie do podniesienia poziomu ochrony praw procesowych w postępowaniu antymonopolowym w sprawach koncentracji[18], choć jak najbardziej pożądane, nie powinny przesłaniać potrzeby zmian w postępowaniu, które ma charakter karny w rozumieniu art. 6 EKPC i wiąże się z dalej posuniętą ingerencją w sferę wolności przedsiębiorców.

III. Propozycje zmian w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów

1. Postępowanie wyjaśniające

Postępowanie wyjaśniające (art. 48 uokik) ma charakter wstępny i służy m.in. ustaleniu, czy nastąpiło naruszenie przepisów ustawy uzasadniające wszczęcie postępowania antymonopolowego. Brak jest stron postępowania wyjaśniającego. Pomimo wstępnego charakteru postępowania wyjaśniającego, to na jego etapie Prezes UOKiK zbiera kluczowy często dla danej sprawy materiał dowodowy. Może to mieć miejsce przy zastosowaniu zasadniczo takich środków dochodzeniowych jak żądanie udzielenia informacji, kontrola i kontrola z przeszukaniem.

Jeżeli chodzi o uprawnienia procesowe faktycznych uczestników postępowania wyjaśniającego (adresatów działań podejmowanych przez Prezesa UOKiK), to rozważyć należy odwrócenie obecnie obowiązującej zasady, że ww. czynności dochodzeniowe są podejmowane bez uprzedzenia. Wymaga to zniesienia wyjątku przewidzianego w stosunku do do kontroli podejmowanych przez Prezesa UOKiK w ustawie o swobodzie działalności gospodarczej[19]. Zasadą ogólną jest bowiem wcześniejsze powiadamianie o planowanych działaniach kontrolnych. Oczywiście w wielu przypadkach zagwarantowanie skuteczności kontroli lub kontroli z przeszukaniem w postępowaniu przed Prezesem UOKiK

[15] W przypadku postępowania antymonopolowego w sprawie kontroli koncentracji (postępowania dotyczącego sprawy cywilnej w rozumieniu art. 6 EKPC) zastosowanie znajdą wyłącznie gwarancje wynikające z art. 6 ust. 1 EKPC (nie zaś te z art. 6 ust. 2-3 EKPC).

[16] Wyrok ETPC w sprawie *Menarini Diagnostics S.R.L. v. Włochy*, § 62. ETPC wskazuje na konieczność zapewnienia stronom postępowania wszystkich gwarancji procesowych wynikających z art. 6 EKPC. Równocześnie jednak wskazuje – bez wyjaśnienia (co można oceniać krytycznie) – że sposób zapewnienia tych gwarancji może podlegać modyfikacjom. W świetle powołanej w wyroku wcześniejszej decyzji ETPC przyjąć można, że owa modyfikacja polega właśnie na możliwości prowadzenia postępowania przez organ administracji, zob. decyzję ETPC z 21 III 2006 w sprawie *Valico S.R.L. v. Włochy*, skarga nr 70074/01.

[17] Zob. np. W.P.J. Wils, *The Increased Level of EU Antitrust Fines, Judicial Review, and the European Convention on Human Right*s, World Competition, nr 1/2010, http://ssrn.com/abstract=1492736, s. 17-18.

[18] Proponowane przez UOKiK zmiany, odpowiadające postulatom zgłaszanym w doktrynie, polegają na wprowadzeniu dwóch faz postępowania w sprawach koncentracji, co ma być połączone z informowaniem w toku postępowania wnioskującego przedsiębiorcy o ewentualnych zastrzeżeniach wobec planowanej koncentracji.

[19] Por. art. 79 ust. 2 pkt 4 ustawy z 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz.U. z 2007 r. Nr 155, poz 1095, ze zm.) (usdg).

wymaga podjęcia działań z zaskoczenia. Konieczne jest także, aby przedsiębiorcy byli zobligowani do poddania się tej kontroli. Jednak zasada, że przedsiębiorcy nie posiadają oficjalnej informacji na temat działań urzędu, których są adresatami, jest nieprawidłowa. Dlatego rozważona być powinna zmiana art. 48 uokik, tak aby przewidywał on wcześniejsze poinformowanie podmiotów o działaniach podejmowanych wobec nich przez Prezesa UOKiK, chyba że zachodzą okoliczności uzasadniające prowadzenie czynności dochodzeniowych z zaskoczenia[20]. Punktem odniesienia dla wprowadzanych zmian mogłaby być także praktyka Komisji Europejskiej, gdzie informacja o wszczęciu postępowania ma charakter publiczny, poza przypadkami gdy przekazanie takiej informacji mogłoby stanowić zagrożenie dla prowadzonego dochodzenia[21].

2. Realizacja uprawnień dochodzeniowych

Jak wskazano powyżej, na etapie postępowania wyjaśniającego Prezes UOKiK korzysta często z przysługujących mu uprawnień dochodzeniowych. Kluczową kwestią jest, aby zarówno kontrola (por. art. 105a i 105b uokik), jak i kontrola z przeszukaniem (art. 105c uokik) były prowadzone w sytuacji, gdy Prezes UOKiK posiada już pewne informacje wskazujące na możliwość naruszenia uokik. Dlatego za nieproporcjonalne i tym samym niedopuszczalne uznaję prowadzenie kontroli i kontroli z przeszukaniem (która cechuje się większą ingerencję w sferę wolności przedsiębiorcy) w wypadku prowadzenia przez Prezesa UOKiK postępowania wyjaśniającego w celu badania rynku (art. 48 ust. 2 pkt 3 uokik)[22]. Ze względu jednak na głosy komentatorów[23], dopuszczające taką możliwość, rozważyć należy wyraźne doprecyzowanie powyższej kwestii w rozdziale piątym uokik.

Kontrola i kontrola z przeszukaniem są jednymi z najbardziej istotnych czynności podejmowanych przez Prezesa UOKiK w trakcie trwania postępowania. Mają doniosłe skutki faktyczne i prawne. Dlatego, z perspektywy prawa do obrony przedsiębiorców, istotne jest, aby rozważona została możliwość wszczynania kontroli na podstawie postanowienia Prezesa UOKiK, a nie jak obecnie upoważnienia. Należałoby rozważyć możliwość wprowadzenia zaskarżalności takiego postanowienia po wszczęciu kontroli. Złożenie zażalenia na takie postanowienie nie powinno jednak wstrzymywać kontroli[24].

Jeżeli chodzi o kontrolę z przeszukaniem to komentatorzy wskazywali na konieczność zmian poprzez wprowadzenie możliwości składania zażaleń na postanowienie SOKiK autoryzujące przeszukanie[25]. Wymagałoby to więc zmiany zdania drugiego art. 105c ust. 3 uokik. Ewentualne zaskarżenie przez przedsiębiorcę postanowienia SOKiK (w praktyce po dowiedzeniu się o przeszukaniu – jego rozpoczęciu) nie powinno jednak wstrzymywać prowadzonej kontroli z przeszukaniem. Ponadto warto doprecyzować art. 105c ust. 3 uokik poprzez wskazanie tych okoliczności, które SOKiK powinien zbadać przed wydaniem postanowienia w sprawie kontroli z przeszukaniem[26].

W związku z mogącymi wystąpić w praktyce wątpliwościami, czy dane działanie kontrolne Prezesa UOKiK jest jeszcze kontrolą czy już przeszukaniem[27] w rozdziale piątym uokik powinno

[20] W związku z tym konieczna stałaby się również nowelizacja art. 79 ust. 2 pkt 4 usdg.

[21] Por. Commission notice on best practices for the conduct of proceedings concerning Articles 101 and 102 TFEU (2011/C 308/06), para. 20.

[22] M. Bernatt, *Sprawiedliwość proceduralna*..., s. 201-206 i s. 211-213. Prowadzenie kontroli z przeszukaniem na etapie postępowania wyjaśniającego może mieć miejsce w świetle treści art. 105c ust. 2 uokik wyjątkowo, w sytuacji gdy zachodzi podejrzenie poważnego naruszenia przepisów ustawy.

[23] C. Banasiński i E. Piontek (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 869-870.

[24] Gdyby okazało się, że prowadzona kontrola jest nielegalna (np. ze względu na fakt, że w danej sprawie jest nieproporcjonalnym środkiem dochodzeniowym) Prezes UOKiK nie mógłby wykorzystać informacji i materiałów uzyskanych w toku kontroli.

[25] Por. M. Swora [w:] T. Skoczny, A. Jurkowska, D. Miąsik (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2009 (art. 105c, Nb 16).

[26] Co do przesłanek, które powinny być badane przez SOKiK zob. M. Bernatt, *Sprawiedliwość proceduralna..., s. 226.*

[27] Por. wyrok SN z 7 maja 2004 r., III SK 34/04, Dz. Urz. UOKiK nr 4, poz. 330.

nastąpić doprecyzowanie tych pojęć, tak aby dla przedsiębiorcy poddanego kontroli jasne było, jakie uprawnienia mają kontrolujący i na jakie ich żądania przedsiębiorca może w przypadku kontroli nie zgodzić się, nie ponosząc ryzyka bycia ukaranym karą pieniężną za brak współpracy w toku kontroli.

Ponadto należy poszerzyć (zwłaszcza w sytuacji braku wprowadzenia zaskarżalności postanowień o wszczęciu kontroli) stosowanie w postępowaniu antymonopolowym instytucji sprzeciwu z usdg, tak aby dotyczyć on mógł również podnoszenia okoliczności wskazujących na nieproporcjonalność kontroli (czy kontroli z przeszukaniem). Obecnie możliwość złożenia sprzeciwu w postępowaniu antymonopolowym jest ograniczona na zasadzie wyjątku od zasad ogólnych przewidzianych w usdg tylko do sytuacji podjęcia i wykonywania przez Prezesa UOKiK kontroli z naruszeniem reguł rządzących upoważnieniem do kontroli, w tym wbrew założeniu, że zakres kontroli nie może wykraczać poza zakres wskazany w upoważnieniu[28].

Z perspektywy należytego poziomu ochrony prawa do prywatności osób fizycznych ustawodawca powinien zawęzić przesłanki dopuszczalności przeszukania pomieszczeń lub przedmiotów należących do osoby fizycznej[29]. Art. 91 uokik powinien być znowelizowany w taki sposób, aby możliwość przeprowadzenia takiego przeszukania dotyczyła tylko sytuacji, w których dowodów na naruszenie uokik nie można uzyskać przy użyciu innych środków dowodowych. Warto wskazać także, że w przepisach prawa UE przesłanki dopuszczalności przeszukania pomieszczeń lub przedmiotów należących do osoby fizycznej określone są bardziej rygorystycznie. Pojęcie „znaczenia dla udowodnienia poważnego naruszenia", którym posługuje się Rozporządzenie 1/2003 ma bowiem zdecydowanie węższy zakres niż „wpływ na ustalenie stanu faktycznego istotnego dla prowadzonego postępowania", o którym mowa w art. 91 uokik. A zatem analogicznie możliwość przeprowadzenia przeszukania, o którym mowa w art. 91 uokik, powinna zostać ograniczona tylko do najpoważniejszych naruszeń uokik (w praktyce karteli cenowych).

3. Wolność od samooskarżania się i tajemnica porady prawnej

Zachodzi potrzeba wprowadzenia do uokik nowych regulacji, określających granice czynności dochodzeniowych Prezesa UOKIK. Konsekwencją karnego w rozumieniu art. 6 EKPC charakteru postępowania antymonopolowego w sprawach praktyk ograniczających konkurencję powinno być zagwarantowanie w tym postępowaniu wolności od samooskarżania się (jako pochodnej domniemania niewinności wynikającego z art. 6 ust. 2 EKPC[30]) oraz tajemnicy (poufności) porady prawnej[31] (jako elementu prawa do obrony z art. 6 ust. 3 Konwencji).

Obecnie w postępowaniu antymonopolowym zakres ochrony wolności od samooskarżania się i tajemnicy porady prawnej nie jest jasny. Brak jest także w polskim prawie procedur, w oparciu o które rozstrzygać by można spór co do tego, czy istnieje podstawa do odmowy udostępnienia Prezesowi UOKiK danych informacji właśnie ze względu na konieczność ochrony wskazanych wartości. Jeżeli chodzi o wolność od samooskarżania się to nowelizacja uokik powinna przesądzić, czy na gruncie postępowania antymonopolowego wolność ta obejmuje możliwość odmowy przez przedsiębiorcę

[28] Przedsiębiorca w postępowaniu antymonopolowym może na podstawie art. 84c ust. 1 usdg wnieść sprzeciw podnosząc naruszenie art. 79a ust. 1 i ust. 3-9 usdg.

[29] Por. szerzej M. Bernatt, *Sprawiedliwość proceduralna*..., s. 214-222.

[30] Odnośnie do wolności od samooskarżenia się por. wyrok ETPC z 17 grudnia 1996 r. w sprawie *Saunders przeciwko Wielkiej Brytanii*, nr 19187/91, pkt 68-69.

[31] W prawie UE tajemnica porady prawnej określana jest jako Legal Professional Privilige. Por. sprawy T-125/03 i T-253/03 *Akzo Nobel Chemicals Ltd i Akcros Chemicals Ltd przeciwko Komisji*. Wyrok SPI został utrzymany w mocy przez Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z 14.09.2010 r. w sprawie C-550/07 P *Akzo Nobel Chemicals Ltd przeciwko Komisji* [2010] ECR I-1).

odpowiedzi na pytania, na które odpowiedź wiązałaby się z przyznaniem się do naruszenia prawa ochrony konkurencji, jak również możliwość odmowy dostarczenia dokumentów, które wskazują na naruszenie tego prawa[32].

Jeżeli chodzi natomiast o tajemnicę porady prawnej to wprowadzenie wyraźnej regulacji w uokik pozwoliłoby na rozwiązanie problemów związanych z koniecznością wyinterpretowywania jej ochrony z k.p.k. (przy kontroli z przeszukaniem) i k.p.c. (przy kontroli)[33]. Wprowadzenie regulacji do uokik umożliwiłoby także udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy w postępowaniu przed Prezesem UOKiK chroniona jest (jak w postępowaniu przed Komisją), tylko tajemnica porady świadczonej przez prawnika zewnętrznego (adwokata lub radcę prawnego z zewnętrznej kancelarii), czy także tajemnica porady udzielonej przez prawnika zatrudnionego u przedsiębiorcy.

4. Zakres uczestnictwa w postępowaniu antymonopolowym

Zgodnie z art. 88 ust. 1 uokik stroną postępowania jest podmiot, wobec którego zostało wszczęte postępowanie antymonopolowe w sprawach praktyk ograniczających konkurencję[34]. W praktyce Prezesa UOKiK i w orzecznictwie przyjęto, że przepis ten w sposób wyczerpujący reguluje zakres podmiotowy uczestnictwa w postępowaniu antymonopolowym[35], co wyklucza możliwość uzyskania statusu strony na podstawie art. 28 k.p.a. W konsekwencji stroną postępowania jest tylko przedsiębiorca, któremu Prezes UOKiK postawił zarzuty. Uczestnikiem postępowania (także w innym niż strona charakterze[36]) nie jest natomiast zawiadamiający, po zawiadomieniu którego wszczęto postępowanie antymonopolowe. Rozwiązanie takie uznaję za nietrafne w sytuacji, gdy postępowanie dotyczy interesu zawiadamiającego[37]. Odróżnia się ono zdecydowanie od rozwiązań przyjętych w postępowaniu przed Komisją, gdzie skarżący (*complainant*) jest ważnym uczestnikiem postępowania, ze znaczącymi uprawnieniami procesowymi (choć mniejszymi niż strona postępowania). Dlatego rozważyć należy nowelizację uokik w taki sposób, aby – przy zachowaniu obecnego inkwizycyjnego modelu postępowania[38] – w postępowaniu antymonopolowym obok przedsiębiorcy, któremu stawiane są zarzuty, mogły brać udział inne podmioty, szczególnie zawiadamiający, których interesu dotyczy to postępowanie (np. poszkodowany daną praktyką przedsiębiorca). Ich udział w postępowaniu przy jego odpowiednim zorganizowaniu niekoniecznie musi przyczynić się do wydłużenia postępowania. Sprzyjać natomiast powinien lepszemu wyjaśnieniu sprawy. Wydaje się, że taki podmiot, nie musiałby posiadać wszystkich uprawnień przysługujących stronie postępowania[39]. Z pewnością jego dostęp do

[32] Na temat rozumienia wolności od samooskarżania się w prawie UE i prognoz na ten temat w Polsce por. B. Turno, *Prawo odmowy przekazania informacji służącej wykryciu naruszenia reguł konkurencji w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości*, RPEiS nr 3/2009.

[33] Por. B. Turno, *Zagadnienie tajemnicy adwokackiej na gruncie prawa konkurencji* [w:] *Aktualne problemy polskiego i europejskiego prawa ochrony konkurencji*, C. Banasiński, M. Kępiński, B. Popowska, T. Rabska (red.), Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, Warszawa 2006; M. Bernatt, *Sprawiedliwość proceduralna*..., s. 232-235.

[34] Na gruncie art. 86 uokik z 2000 r. stroną postępowania był również wnioskujący – podmiot wnoszący o wydanie decyzji w sprawie praktyk ograniczających konkurencję. Uzasadnieniem dla likwidacji w obowiązującej uokik możliwości wszczynania postępowań na wniosek, było zwiększenie skuteczności postępowania przed Prezesem UOKiK poprzez umożliwienie mu koncentrowania się na najpoważniejszych naruszeniach prawa ochrony konkurencji – wszczynanie postępowań na wniosek stanowiło na gruncie uokik z 2000 r. poważne obciążenie dla UOKiK, jeżeli chodzi o ilość prowadzonych postępowań. Zob. Uzasadnienie do projektu uokik z 2007 r., s. 20. Na ten temat zob. też A. Jurkowska, D. Miąsik, T. Skoczny, M. Szydło, *Nowa uokik z 2007 r. – kolejny krok w kierunku doskonalenia podstaw publicznoprawnej ochrony konkurencji w Polsce*, PUG 2007, nr 4, s. 6.

[35] Por. postanowienie SOKiK z 24 sierpnia 2009 r., XVII Ama 157/09, niepubl.

[36] W uokik z 2007 r. zlikwidowana została instytucja podmiotu zainteresowanego, który na gruncie poprzedniego stanu prawnego mógł uczestniczyć w postępowaniu.

[37] M. Bernatt, *Sprawiedliwość proceduralna*..., s. 158-161.

[38] Nie jestem zwolennikiem przywrócenia wiążącego charakteru wniosków o wszczęcie postępowania antymonopolowego przewidzianego w uokik. Konieczne jest jednak poszukiwanie rozwiązań, które pozostawiając Prezesowi UOKiK autonomię decyzyjną co do tego jakimi sprawami się zajmuje, równocześnie zapewnią możliwość udziału w postępowaniu podmiotów, których to postępowanie dotyczy.

[39] W uokik z 2000 r. uregulowana była instytucja podmiotu zainteresowanego. Zgodnie z art. 87 ust. 1 uokik z 2000 r. Prezes UOKiK mógł dopuścić do udziału w postępowaniu w charakterze podmiotu zainteresowanego m.in. przedsiębiorcę, który uprawdopodobnił, że został poszkodowany na skutek działań

akt sprawy mógłby być w dużym stopniu ograniczany ze względu na konieczność ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa bądź innych informacji poufnych.

Analogiczne uwagi odnieść można do postępowania antymonopolowego w sprawach koncentracji. Prowadzić to powinno do rozszerzenia zakresu podmiotowego tego postępowania o przedsiębiorców, nad którymi w wyniku koncentracji jest przejmowana kontrola.

Uzupełniająco warto podkreślić, że brak jest podstaw prawnych, aby wykluczyć możliwość uczestniczenia w postępowaniu antymonopolowym organizacji społecznych. Kwestia ta nie jest uregulowana w uokik. Znajdują więc wprost zastosowanie przepisy k.p.a. Jeżeli więc spełnione byłyby warunki przewidziane w art. 31 § 1 k.p.a. (za udziałem organizacji przemawiać musi interes społeczny), to Prezes UOKiK powinien taką organizację do postępowania dopuścić. Gdyby ustawodawca chciał wykluczyć możliwość udziału organizacji społecznych w postępowaniu antymonopolowym, to musiałby to zrobić w sposób wyraźny.

5. Sposób stawiania zarzutów

Jak wskazano, postępowanie wyjaśniającego jest tym etapem postępowania przed Prezesem UOKiK, w trakcie którego zbierany jest materiał dowodowy. Wszczęcie merytorycznego postępowania, takiego jak postępowanie antymonopolowe w sprawach praktyk ograniczających konkurencję, oznacza, że Prezes UOKiK dokonał wstępnego ustalenia naruszenia przepisów uokik (por. art. 48 ust. 2 pkt 1 uokik). Zatem w momencie wszczęcia takiego postępowania Prezes UOKiK posiada informacje, które świadczyć mogą o naruszeniu reguł konkurencji przez danego przedsiębiorcę[40]. W związku z tym w pełni uzasadnione jest twierdzenie, aby na wzór pisma o przedstawieniu zarzutów (ang. *statement of objections*), którym posługuje się Komisja i zgodnie z wymogami art. 6 ust. 3 pkt a EKPC, przedsiębiorcy uzyskiwali od Prezesa UOKiK postanowienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego nie tylko ze wskazaniem przepisów uokik, które są podstawą prawną stawianych zarzutów, ale także z wyczerpującym (choć oczywiście wstępnym) uzasadnieniem podstaw prawnych i faktycznych stawianych zarzutów oraz z informacją o wysokości kary, grożącej przedsiębiorcy za to naruszenie[41]. W uzasadnieniu powinna być również wskazana ta część materiału dowodowego w sprawie, która zawiera dowody ewentualnego naruszenia[42]. Pozytywne zmiany w tym zakresie można osiągnąć, jak się wydaje, poprzez zmianę praktyki Prezesa UOKiK[43] przy odpowiedniej wykładni art. 88 ust. 2 w związku z art. 74 uokik i art. 9 k.p.a.[44]. Z perspektywy jednak pewności prawa w zakresie gwarancji wysłuchania przedsiębiorców rozwiązaniem wartym rozważenia mogłaby być nowelizacja art. 88 ust. 2 uokik poprzez wskazanie na konieczność uzasadniania postanowienia o wszczęciu postępowania antymonopolowego w sposób wyżej opisany.

stanowiących naruszenie przepisów ustawy, a także stronę umowy, której dotyczyło to postępowanie. Taki podmiot zainteresowany miał prawo składania dokumentów i wyjaśnień co do okoliczności sprawy oraz prawo wglądu do akt (art. 87 ust. 3–4 uokik z 2000 r.).

[40] W przypadku braku przeprowadzania postępowania wyjaśniającego Prezes UOKiK musi posiadać informacje wskazujące na to, że mogło dojść do naruszenia przepisów uokik z innych źródeł.

[41] M. Kolasiński, *Influence of the General Principles of Community Law on Polish Antitrust Procedure*, Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies 2010, vol. 3(3), p. 38; M. Bernatt, *Can the right to be heard be respected without access to information about the proceedings? Deficiencies of national competition procedure*, Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies 2012, vol. 5(6), w druku.

[42] Z perspektywy prawa do obrony i prawa do wysłuchania chodzi bowiem nie tylko o dostęp do akt sprawy jako takich, ale także o dostęp do tej części akt, która stanowić może dowód w sprawie.

[43] Jeżeli chodzi o przykład nieprawidłowej praktyki to w jednej z decyzji Prezes UOKiK nie zgodził się z twierdzeniami dwóch stron postępowania, że niewystarczająco precyzyjnie sformułował zarzuty w postanowieniu o wszczęciu postępowania antymonopolowego w sprawie, co w ocenie przedsiębiorców skutkowało brakiem możliwości realizacji ich prawa do obrony. W ocenie Prezesa UOKiK było to stanowisko nietrafne, ponieważ w sprawie przedmiotem postępowania były praktyki nazwane, a „zarzut został sformułowany przez Prezesa Urzędu w sposób, który dokładnie odwzorowuje brzmienie przepisów obowiązującego prawa", zob. decyzja Prezesa UOKiK z 8.12.2009 r., DOK-7/2009, www.uokik.gov.pl.

[44] Por. M. Bernatt, *Sprawiedliwość proceduralna...*, s. 107.

6. Postępowanie dowodowe i rozkład ciężaru dowodu

W obecnie obowiązującej uokik przyjęto w pełni model postępowania inkwizycyjnego. To na Prezesie UOKiK jako organie administracji państwowej wszczynającym postępowanie, prowadzącym je i wydającym ostatecznie decyzję, spoczywa – w świetle art. 7 k.p.a.[45] – ciężar dowiedzenia, że doszło do naruszenia reguł konkurencji. Stąd wątpliwości wzbudza odpowiednie stosowanie w postępowaniu przed Prezesem UOKiK w sprawach dotyczących dowodów art. 227-315 k.p.c.[46] (w zakresie nieuregulowanym w uokik)[47]. Przepisy te zostały bowiem zbudowane na potrzeby procesu kontradyktoryjnego, a nie inkwizycyjnego.

Najlepszym dowodem na ograniczoną możliwość stosowania wskazanych przepisów k.p.c. w postępowaniu antymonopolowym jest art. 232 zd. 1 k.p.c., zgodnie z którym to strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. To tymczasem na Prezesie UOKiK – który nie jest przecież stroną postępowania – spoczywa obowiązek wskazywania dowodów, potwierdzających fakt naruszenia uokik. Przedsiębiorcy za mogą (ale nie muszą) wskazywać na okoliczności świadczące o niewystąpieniu naruszenia.

Stosowanie k.p.c. w postępowaniu dowodowym przed Prezesem UOKiK wywołuje również wątpliwości co do zakresu stosowania w tym postępowaniu art. 75-81 k.p.a. (regulują one postępowanie dowodowe w k.p.a.). Tymczasem przepisy te pełnią rolę gwarancyjną w stosunku do zasad ogólnych k.p.a. (w pełni stosowanych w postępowaniu przed Prezesem UOKiK), szczególnie wobec zasady prawdy obiektywnej (art. 7 k.p.a.) i zasady czynnego udziału strony w postępowaniu administracyjnym (art. 10 k.p.a.). Przy literalnej wykładni art. 84 uokik (którą odrzucam[48]) można by dojść do wniosku, że art. 75-81 k.p.a. nie znajdują zastosowania w tym postępowaniu przed Prezesem UOKiK. Tymczasem na przykład art. 81 k.p.a. przewiduje fundamentalną zasadę, że okoliczność faktyczna może być uznana za udowodnioną, jeżeli strona miała możność wypowiedzenia się co do przeprowadzonych dowodów. Zatem, mając również na względzie likwidację w uokik z 2007 r. możliwości wnioskowego wszczynania postępowania antymonopolowego w sprawach praktyk ograniczających konkurencję[49], rozważyć należy albo uchylenie art. 84 uokik[50] albo wyraźne wyliczenie w nim tych przepisów k.p.c., których odpowiednie stosowanie jest przydatne w praktyce Prezesa UOKiK przy prowadzeniu postępowania dowodowego.

7. Stosowanie rozprawy

Możliwość bezpośredniego kontaktu pomiędzy osobami podejmującymi decyzję a podmiotami, których ta decyzja dotyczy gwarantuje ich pełne wysłuchanie oraz sprzyja lepszemu wyjaśnieniu sprawy. Pozwala także na sprawniejsze wyjaśnienie spornych okoliczności pomiędzy stronami postępowania. Przyczynić się może także do zaakceptowania przez strony ostatecznego rozstrzygnięcia sprawy. Z tej perspektywy wątpliwości budzi art. 60 ust. 1 uokik stanowiący, że Prezes UOKiK może w toku postępowania przeprowadzić rozprawę. Wśród komentatorów przeważa pogląd, że wyraźne uregulowanie w uokik instytucji rozprawy wyłącza możliwość zastosowania w postępowaniu przed

[45] Ustawa z 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U. Nr 30, poz. 168, ze zm.) (k.p.a.).

[46] Ustawa z 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. Nr 43, poz. 296, ze zm.) (k.p.c.).

[47] Zob. art. 84 uokik.

[48] Por. M. Bernatt, *Sprawiedliwość proceduralna...,* s. 129-130.

[49] Mogło to pierwotnie, ze względu na quasi-kontradyktoryjny charakter postępowania antymonopolowego, uzasadniać stosowanie przepisów k.p.c.

[50] W takiej sytuacji w zakresie nieuregulowanym w uokik znajdowałyby zastosowanie w sprawach dowodów wprost przepisy k.p.a. (na podstawie art. 83 uokik).

Prezesem UOKiK art. 89 k.p.a.[51]. Przyjmuje się zatem, że decyzja Prezesa UOKiK w zakresie zorganizowania rozprawy ma charakter uznaniowy, co jak się wydaje jest przyczyną jej rzadkiego organizowania[52]. Rozprawa w postępowaniu przed Prezesem UOKiK ma fakultatywny charakter nawet wtedy, gdy zachodzi potrzeba uzgodnienia interesów stron[53]. Potrzeba taka może mieć tymczasem miejsce na przykład w przypadku sprzeczności pomiędzy stanowiskami podmiotów objętych trybem darowania lub łagodzenia kar lub podmiotów, którzy tym trybem nie zostali objęci[54]. Obowiązek przeprowadzenia rozprawy w postępowaniu przed Prezesem UOKiK nie występuje również w przypadku przesłuchiwania świadków, w sytuacji gdy służyłoby to wyjaśnieniu sprawy. Uniemożliwić to może stronie bezpośrednie odniesienie się do zeznań świadka i zadawanie mu pytań (por. art. 95 k.p.a.). Mając to na uwadze projektodawca nowelizacji uokik rozważyć powinien – biorąc pod uwagę specyfikę postępowania antymonopolowego – czy istnieje potrzeba doregulowania instytucji rozprawy w uokik poprzez wskazanie przypadków, w których co do zasady powinna być ona zorganizowana.

8. Dostęp stron do materiału dowodowego

Wprowadzenie zmian do uokik powinno także obejmować doprecyzowanie niektórych zagadnień związanych z dostępem stron do materiału dowodowego zawartego w aktach sprawy oraz dostępem stron do całości uzasadnienia decyzji.

Jeżeli chodzi o ograniczenie dostępu do materiału dowodowego zawartego w aktach sprawy ze względu na konieczność ochrony tajemnic przedsiębiorstwa i innych tajemnic chronionych ustawowo (art. 69 ust. 1 uokik), to rozważona być powinna taka nowelizacja, która wskazywałaby na konieczność ważenia przez Prezesa UOKiK– przy ograniczaniu stronom dostępu do materiału dowodowego – pomiędzy ochroną tajemnicy przedsiębiorstwa a prawem do wysłuchania stron, których ograniczenie to będzie dotyczyć[55]. Problem ten należy rozwiązywać w praktyce, *a casu ad casum.* Pomocne w tym zakresie mogłoby się okazać jednak wprowadzenie do art. 69 ust. 1 uokik wprost prawa do wysłuchania jako okoliczności, która powinna być badana przez Prezesa UOKiK przed podjęciem decyzji o ograniczeniu przedsiębiorcy dostępu do akt sprawy. Rozwiązaniem mogłoby być także wprowadzenie na wzór postępowania przed Komisją kategorii innych informacji poufnych, które podlegałyby mniejszej ochronie niż tajemnica przedsiębiorstwa i w sytuacji konfliktu z prawem do wysłuchania stron mogłyby podlegać ujawnieniu (mogłoby chodzić o takie informacje jak np. wyliczenia Prezesa UOKiK dotyczące udziału danego przedsiębiorcy w rynku czy informację o osobie zawiadamiającego). Dodatkowo rozważyć należy wprowadzenie procedury regulującej sposób postępowania

[51] Za brakiem możliwości zastosowania art. 89 k.p.a., ze względu na treść art. 83 uokik, opowiada się G. Łaszczyca [w:] T. Skoczny, A. Jurkowska, D. Miąsik (red.), *Ustawa…* (art. 60, Nb 4) oraz autorzy komentarza C. Banasiński i E. Piontek (red.), *Ustawa…*, s. 659-660. Na odmiennym stanowisku stoi M. Sieradzka, [w]: K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów*, Warszawa 2006, s. 797. Na fakultatywny charakter rozprawy w uokik wskazują także komentatorzy [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2011 (art. 60 uokik, pkt 2). Podkreślają jednak, że w przypadku gdy konieczne będzie przesłuchanie co najmniej dwóch świadków lub biegłych, Prezes UOKiK powinien decydować się na wyznaczenie rozprawy. Ich zdaniem przemawiają za tym praktyczne względy, przejawiające się w możliwości konfrontowania świadków, których zeznania sobie wzajemnie przeczą, czy też biegłych, którzy przedstawili rozbieżne opinie.

[52] Z danych uzyskanych z UOKiK wynika, że w 2007 r. rozprawa miała miejsce cztery razy, w 2008 r. siedem razy, w 2009 r. cztery razy, w 2010 r. sześć razy, a do połowy 2011 r. 5 razy.

[53] Wystąpienie tej okoliczności przesądza, na gruncie przepisów k.p.a., o konieczności zorganizowania rozprawy.

[54] W wyroku z 19.12.1983 r., I SA 806/83, http://orzeczenia.nsa.gov.pl, NSA podkreślił, że „wartość dowodowa oświadczeń obu stron o sprzecznych interesach jest jednakowo niepewna, wobec czego oświadczenie jednej strony nie może przemawiać za bezkrytycznym odrzuceniem przez organ oświadczenia strony przeciwnej". Dokonanie takiej oceny przez organ jest możliwe dzięki rozprawie.

[55] Co do problemów w tym zakresie por. M. Bernatt, *Right to be heard or protection of confidential information? Competing guarantees of procedural fairness in proceedings before the Polish competition authority*, Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies 2010, vol. 3(3). Zob. także G. Materna, *Ograniczenie prawa wglądu do materiału dowodowego w postępowaniu przed Prezesem UOKiK*, PPH, nr 4/2008.

w wypadku, gdyby informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa była równocześnie dowodem w sprawie[56].

Ponadto analiza uzasadnień decyzji Prezesa UOKiK[57] prowadzi do wniosku, że istnieje potrzeba dodania do uokik przepisu, który regulowałby (na podobnej zasadzie jak art. 69 ust. 1 uokik reguluje ograniczenie dostępu do akt sprawy) możliwość nieudostępnienia całości uzasadnienia decyzji stronom postępowania, jeżeli w grę wchodzi konieczność ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa. W obecnym stanie prawnym za podstawę do takiego ograniczenia trudno uznać art. 32 ust. 3 uokik (dotyczy on publicznej wersji decyzji), czy art. 71 uokik (dotyczy on faktycznego obowiązku chronienia i nieujawniania tajemnicy przedsiębiorstwa przez pracowników UOKiK).

W świetle współpracy Prezesa UOKiK w ramach Europejskiej Sieci Konkurencji dużego znaczenia nabiera wymiana informacji pomiędzy Komisją a organami ochrony konkurencji państw członkowskich UE. Współpraca ta przyczynia się z pewnością do łatwiejszego wykrywania naruszeń prawa konkurencji w Europie. Konieczne jednak staje się w takiej sytuacji istnienie porównywalnego poziomu standardów procesowych w postępowaniach w sprawach ochrony konkurencji w różnych państwach członkowskich. W związku jednak z brakiem harmonizacji w tym obszarze na poziomie prawa UE dochodzić może do sytuacji, w których zbieranie informacji przekazywanych następnie innemu organowi ochrony konkurencji UE odbywa się w oparciu o procedurę, która gwarantuje niższy poziom ochrony. Dlatego, jeżeli chodzi o procedurę polską, rozważyć należy wprowadzenie do uokik przepisu nakazującego zbadanie przez Prezesa UOKiK – przed podjęciem pozytywnej decyzji co do zaliczenia informacji i materiałów uzyskanych od organu ochrony konkurencji innego państwa członkowskiego UE – czy te informacje i materiały zostały zebrane przy zagwarantowaniu porównywalnych do polskich standardów proceduralnych.

Jeżeli chodzi o dostęp do tej części materiału dowodowego, która został uzyskana przez Prezesa UOKiK w ramach współpracy z przedsiębiorcą w trybie darowania lub łagodzenia kar, to właściwe byłoby określenie w art. 70 uokik ostatecznego terminu, w którym Prezes UOKiK byłby zobowiązany do udostępnienia wszystkim stronom postępowania całości informacji uzyskanych w trybie darowania lub łagodzenia kar.

9. Zaskarżalność decyzji Prezesa UOKiK

W niniejszym artykule nie analizuję kwestii związanych z modelem kontroli sądowej postępowania przed Prezesem UOKiK oraz problemami występującymi w sądowej praktyce postępowania w sprawach z zakresu ochrony konkurencji[58]. Warto przypomnieć tylko, że w świetle wymogów art. 6 EKPC konieczne jest, aby przedsądowe postępowanie przed organem ochrony konkurencji poddane było pełnej kontroli sądowej[59]. Kontrola ta powinna dotyczyć zarówno rozstrzygnięcia Prezesa UOKiK co do meritum, jak i przestrzegania przez Prezesa UOKiK standardów proceduralnych. Istotne jest także to, że w postępowaniu przed Sądem Ochrony Konkurencji i Konsumentów (SOKiK) to na Prezesie UOKiK spoczywa ciężar udowodnienia, że odwołujący się dopuścił się naruszenia prawa ochrony konkurencji lub, że planowana koncentracja ograniczy konkurencję na rynku.

[56] M. Bernatt, *Right to be heard*..., p. 67-68.

[57] Zob. np. decyzja Prezesa UOKiK z 3.02.2011 r., DKK-12/2011, www.uokik.gov.pl.

[58] Por. szerzej M. Bernatt, *Sprawiedliwość proceduralna*..., s. 263-322.

[59] Zob. wyrok ETPC w sprawie *Menarini Diagnostics S.R.L. v. Włochy;* odnośnie do zasady pełnej kontroli zob. Wyrok ETPC z 10 II 1983 w sprawie *Albert i Le Compte przeciwko Belgii*, nr 7299/75, 7496/76, pkt. 29.

Jeżeli chodzi o potrzebne zmiany legislacyjne to z całą pewnością zbyt krótki jest obecnie dwutygodniowy termin na wniesienie do SOKiK odwołania od decyzji Prezesa UOKiK[60]. Jest on ustalony wadliwie, szczególnie jeżeli weźmie się pod uwagę stopień skomplikowania spraw antymonopolowych i często ograniczoną wiedzę stron w trakcie postępowania na temat stawianych im zarzutów. Różni się on zdecydowanie od reguł przyjętych w prawie UE i w większości innych krajów członkowskich UE[61]. Konieczne jest zatem jego ustawowe wydłużenie lub ewentualnie wprowadzenie zróżnicowania jego długości w zależności od stopnia skomplikowania danej kategorii spraw.

Prace nad nowelizacją powinny dotyczyć również możliwości podejmowania dodatkowych czynności przez Prezesa UOKiK już po wydaniu decyzji w ramach tzw. samokontroli. Potrzebne są zmiany ustawowe, które zagwarantowałyby, że na skutek przeprowadzenia tych dodatkowych czynności nie będzie dochodzić do modyfikacji decyzji na niekorzyść odwołującego się, bądź zbierania takiego materiału dowodowego, który podważać będzie zarzuty podniesione w odwołaniu od decyzji Prezesa UOKiK[62].

IV. Podsumowanie

Celem niniejszego artykułu było wskazanie potrzebnych zmian w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów, tak aby w większym stopniu zagwarantowana była w postępowaniu przed Prezesem UOKiK sprawiedliwość proceduralna. Rozważenie wprowadzenia proponowanych zmian wydaje się koniecznie w świetle dążenia Prezesa UOKiK do podniesienia skuteczności prowadzonych postępowań. Stosowaniu przez Prezesa UOKiK znaczących środków dochodzeniowych i wysoce represyjnych kar towarzyszyć powinny wysokie standardy proceduralne, gwarantujące przedsiębiorcy odpowiednie do represyjnego charakteru postępowania antymonopolowego uprawnienia procesowe.

Wprowadzenie do uokik proponowanych zmian nie wymaga reformy przyjętego w Polsce modelu wdrażania reguł konkurencji. Proponowane zmiany mogą zostać wprowadzone w ramach obecnie obowiązującego modelu. W jego ramach próbować także można minimalizować problemy związane ze sposobem podejmowania decyzji w UOKiK. Przyjęty bowiem obecnie sposób rozstrzygania spraw na etapie administracyjnym nie gwarantuje w ogóle rozdzielenia funkcji dochodzeniowej od orzeczniczej wewnątrz tego urzędu. Na świecie i w Europie występują ciekawe przykłady rozdziału ww. funkcji[63]. Wydaje się, że na pierwszym etapie poprawa sytuacji w tym zakresie w UOKIK może zostać osiągnięta przez wprowadzenie takiego podziału pracy nad sprawami, aby inne osoby były odpowiedzialne za prowadzenie postępowania, a inne za przygotowanie decyzji albo przez powołanie wewnątrz urzędu na wzór rozwiązań niemieckich kolegiów orzeczniczych. Zmiana taka, w świetle wyższych standardów przyjętych w innych krajach UE, byłaby krokiem w dobrym kierunku. Pełne rozdzielenie funkcji dochodzeniowej od orzeczniczej wymaga zmiany instytucjonalnego modelu ochrony konkurencji w Polsce[64].

[60] Zob. w szczególności krytykę: B. Turno, *Termin na wniesienie odwołania od decyzji Prezesa UOKiK*, PPH, nr 6/2008, s. 24-25.

[61] Por. http://www.concurrences.com/nr_one_question.php3?id_rubrique=650.

[62] Zob. szerzej M. Bernatt, *Sprawiedliwość proceduralna...*, s. 314-319.

[63] Por. T. Skoczny, *Modele instytucjonalne ochrony konkurencji na świecie – wnioski dla Polski*, RPEiS, nr 2/2011.

[64] Na ten temat toczy się już w Polsce dyskusja; zob.: M. Bernatt, T. Skoczny, *Publicznoprawne wdrażanie reguł konkurencji w Polsce. Czas na zmiany?* [w:] *Europeizacja publicznego prawa gospodarczego*, H. Gronkiewicz-Waltz, K. Jaroszyński (red.), Warszawa 2011, s. 1-14; M. Błachucki, *Właściwość sądów administracyjnych i sądów powszechnych w sprawach antymonopolowych* [w:] *Aktualne problemy rozgraniczenia właściwości sądów administracyjnych i powszechnych*, M. Błachucki, T. Górzyńska (red.), Naczelny Sąd Administracyjny, Warszawa 2011, s. 157-158; R. Stankiewicz, *Likwidacja procedur hybrydowych – krok w dobrym kierunku czy szkodliwy dogmatyzm?* [w:] *Aktualne problemy rozgraniczenia właściwości sądów administracyjnych i powszechnych*, s. 180-182.

Jarosław Sroczyński*

Naruszenie zbiorowych interesów konsumentów: decyzja zobowiązująca (uwagi praktyczne oraz *de lege ferenda*)

Spis treści:

I. Wprowadzenie
II. Decyzje wydawane w sprawach ochrony zbiorowych interesów konsumentów
III. Decyzja zobowiązująca
1. Zalety decyzji zobowiązującej – punkt widzenia przedsiębiorcy i regulatora
2. Wydanie decyzji zobowiązującej
2.1. Ustalenia wstępne i analiza zarzutów
2.2. Ustalanie treści zobowiązań
3. Wykonanie decyzji zobowiązującej
3.1. Zmiana warunków lub terminu
3.2. Sprawozdanie z wykonania obowiązków
IV. Skutki decyzji zobowiązującej
V. Odmowa wydania decyzji zobowiązującej
VI. Decyzja zobowiązująca a decyzja stwierdzająca zaniechanie
VII. Uwagi *de lege ferenda*
1. Propozycje dotyczące kwestii związanych z decyzją zobowiązującą
1.1. Kryteria wydawania decyzji zobowiązujących
1.2. Status zaniechania na podstawie art. 27 i 28 uokik
1.3. Zmiana sposobu lub terminu wykonania obowiązków
2. Inne kwestie do rozważenia
VIII. Podsumowanie

Streszczenie:

W artykule omówiono szczególne cechy decyzji zobowiązujących, wydawanych przez Prezesa UOKiK Ochrony Konkurencji i Konsumentów w sprawach praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów. Podkreślono pozytywne skutki takich decyzji dla przedsiębiorców oraz w sferze społecznej, przede wszystkim z uwagi na szybkość i dynamikę postępowania. Jednocześnie zwrócono uwagę na potrzebę dokonania zmian bądź uzupełnień w przepisach proceduralnych, względnie w tzw. soft law wprowadzanym przez regulatora. Artykuł zawiera wnioski de lege ferenda, dotyczące m.in. określenia kryteriów wydawania decyzji zobowiązujących, zrównania statusu decyzji stwierdzających zaniechanie naruszeń z decyzjami zobowiązującymi w zakresie penalizacji przedsiębiorców, a także możliwości zmiany sposobu lub terminu wykonania obowiązków nałożonych decyzją zobowiązującą.

* Prawnik i ekonomista, partner w kancelarii prawnej Markiewicz & Sroczyński. W latach 1990-1994 był dyrektorem Delegatury UOKiK Antymonopolowego w Krakowie.

Słowa kluczowe:
ochrona konsumentów; zbiorowe interesy konsumentów; decyzja zobowiązująca.

I. Wprowadzenie

Z dniem 21.04.2012 r. mija pięć lat od daty wejścia w życie ustawy z 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (uokik z 2007 r.).[1] Już sama okoliczność „okrągłej" rocznicy uokik skłania do refleksji nad jej funkcjonowaniem w ciągu minionego pięciolecia. Dodatkowo, w ostatnim czasie Prezes UOKiK Ochrony Konkurencji i Konsumentów (UOKiK) poinformowała o podjęciu prac legislacyjnych, mających na celu obszerną nowelizację uokik z 2007 r.[2]. Jakkolwiek planowana nowelizacja dotyczyć ma głównie zagadnień kontroli koncentracji oraz zwalczania porozumień ograniczających konkurencję[3], planowane jest także opracowanie wyjaśnień Prezesa UOKiK w sprawie procedury wydawania decyzji zobowiązujących[4]. Istnieje zatem obecnie możliwość wprowadzenia zmian w zakresie bądź praktyce stosowania uokik w sprawach ochrony zbiorowych interesów konsumentów.

Należy podkreślić, że w roku 2012 przypada jeszcze jedna „okrągła" rocznica. Upływa bowiem równo 10 lat od wprowadzenia w Polsce publicznoprawnej ochrony zbiorowych interesów konsumentów, realizowanej przez Prezesa UOKiK[5]. Natomiast konstrukcja decyzji zobowiązującej pojawiła się w przepisach o ochronie konkurencji i konsumentów z dniem 1.05.2004 r.[6], wraz ze zmianami tych przepisów związanymi z uzyskaniem przez Polskę członkostwa w Unii Europejskiej. Dlatego, przy okazji planowanej nowelizacji uokik, warto podjąć dyskusję także o dalszych kierunkach rozwoju tej prokonsumenckiej regulacji.

Niniejszy artykuł omawia wybrane, praktyczne kwestie związane z ubieganiem się i wykonywaniem przez przedsiębiorcę tzw. decyzji zobowiązującej do podjęcia lub zaniechania określonych działań zmierzających do zapobieżenia naruszeniom zbiorowych interesów konsumentów, wydawanej przez Prezesa UOKiK na podstawie art. 28 uokik Przedmiotem rozważań są przede wszystkim kwestie braku jednoznacznych wskazówek, kiedy przedsiębiorca może ubiegać się o wydanie decyzji zobowiązującej, różnice w sytuacji prawnej przedsiębiorcy, który zaniechał stosowania praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów w porównaniu z przedsiębiorcą, który uzyskał decyzję zobowiązującą, a także ograniczenia odnośnie do możliwości dokonania korekty obowiązków nałożonych decyzją zobowiązującą w trakcie jej wykonywania.

II. Decyzje wydawane w sprawach ochrony zbiorowych interesów konsumentów

[1] Dz. U. Nr 50, poz. 331, ze zm.

[2] Wywiad z Prezes UOKiK M. Krasnodębską-Tomkiel, Gazeta Prawna, 28.03.2012 r., http://prawo.gazetaprawna.pl/wywiady/606163,krasnodebska_tomkiel_lepsze_przepisy_ulatwia_walke_z_kartelami.html (dostęp 7.04.2012 r.).

[3] Zob. informacja na stronie UOKiK http://www.uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=3330.

[4] Wywiad z Prezes UOKiK M. Krasnodębską-Tomkiel, Bloomberg Businessweek Polska, Nr 2/2012, 24.01.2012 r., s. 32-33; zob. także P. S. Borowiec, *Zapowiedź głębokich zmian w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów*, http://www.antitrust.pl/2012/02/zapowiedz-glebokich-zmian-w-ustawie-o-ochronie-konkurencji-i-konsumentow-czy-czas-na-zmiane-modelu-publicznoprawnego-wdrazania-regul-konkurencji/ (dostęp 7.04.2012 r.).

[5] Zakaz stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów został wprowadzony do ustawy z 15.12.2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (uokik z 2000 r.), będącej poprzedniczką uokik z 2007 r., z mocą obowiązującą od 15.12.2002 r. (Dz. U. Nr 129, poz. 1102).

[6] Zob. art. 1 pkt 14 ustawy z 16.04.2004 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 93, poz. 891).

Prezes UOKiK wydaje w sprawach praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów[7] cztery rodzaje decyzji. Jeżeli praktyka jest stosowana w czasie wydawania decyzji, Prezes UOKiK wydaje decyzję o uznaniu praktyki za naruszającą zbiorowe interesy konsumentów i nakazuje zaniechanie jej stosowania (art. 26 uokik z 2007 r.). Jeżeli przedsiębiorca zaniechał już stosowania praktyki, zostanie wydana decyzja uznająca praktykę za naruszającą zbiorowe interesy konsumentów, ale stwierdzająca jej zaniechanie (art. 27 uokik z 2007 r.).

Trzecim rodzajem decyzji jest właśnie decyzja zobowiązująca, w której Prezes UOKiK nakłada na przedsiębiorcę obowiązek wykonania zobowiązań podjęcia lub zaniechania określonych działań zmierzających do zapobieżenia naruszeniom zbiorowych interesów konsumentów. Decyzja taka jest wydawana po uprawdopodobnieniu (*semiplena probatio*), na podstawie okoliczności sprawy, informacji zawartych w zawiadomieniu dotyczącym podejrzenia stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów[8], lub innych informacji będących podstawą wszczęcia postępowania, że przedsiębiorca stosuje praktykę określoną w art. 24 uokik z 2007 r.

Kolejnym, czwartym rodzajem jest decyzja uchylająca wydaną już decyzję zobowiązującą. Prezes UOKiK orzeka wtedy co do istoty sprawy, zaś uchylenie może mieć miejsce w dwóch przypadkach. Pierwszy z nich zachodzi, gdy decyzja zobowiązująca została wydana w oparciu o nieprawdziwe, niekompletne lub wprowadzające w błąd informacje lub dokumenty, względnie gdy przedsiębiorca nie wykonuje podjętych zobowiązań, przekracza określone terminy ich wykonania, lub nie składa Prezesowi UOKiK w wyznaczonym terminie informacji o stopniu realizacji zobowiązań[9]. Uchylenie decyzji zobowiązującej następuje wtedy z UOKiK. Drugi przypadek zachodzi w sytuacji, kiedy uchylenie decyzji zobowiązującej jest uzasadnione zmianą okoliczności, mających istotny wpływ na jej wydanie. Uchylenie ma wówczas miejsce także z UOKiK, jednak następuje za zgodą przedsiębiorcy[10].

III. Decyzja zobowiązująca

1. Zalety decyzji zobowiązującej – punkt widzenia przedsiębiorcy i regulatora

Decyzja zobowiązująca stanowi jeden z najbardziej skutecznych mechanizmów będących w dyspozycji Prezesa UOKiK, których celem jest doprowadzenie działań przedsiębiorców do stanu zgodności z prawem ochrony konkurencji i konsumentów. Można wręcz twierdzić, iż jest to modelowy – bo koncyliacyjny, niesporny – sposób kształtowania przez regulatora zasad działania rynku sprzyjającego konsumentom. Przyczyną wysokiej skuteczności procedury zobowiązującej jest przede wszystkim proporcjonalne rozłożenie obciążeń i korzyści po obu stronach tej relacji administracyjno-prawnej. Każda ze stron, tj. organ administracyjny i przedsiębiorca, wnosi swoisty „wkład" w doprowadzenie do stanu zgodności z prawem, poświęcając z reguły pewne wartości, w zamian zyskując natomiast inne. Istotne jest przede wszystkim to, iż ostatecznie zyskuje konsument, którego interes podlega szczególnej ochronie.

[7] Praktyką naruszającą zbiorowe interesy konsumentów jest, w szczególności, stosowanie postanowień wzorców umów wpisanych do Rejestru Klauzul Niedozwolonych prowadzonego przez Prezesa UOKiK (tzw. klauzul abuzywnych), naruszanie obowiązku udzielania konsumentom rzetelnej, prawdziwej i pełnej informacji, a także nieuczciwa praktyka rynkowa lub czyn nieuczciwej konkurencji (art. 24 ust. 2 uokik z 2007 r.).

[8] Art. 100 ust. 1 uokik z 2007 r.

[9] Art. 28 ust. 5 uokik z 2007 r.

[10] Art. 28 ust. 6 uokik z 2007 r.

Najważniejszą kwestią przesądzającą o atrakcyjności procedury zobowiązującej dla przedsiębiorców, jest skutek decyzji zobowiązującej w postaci eliminacji możliwości nałożenia kary pieniężnej przez Prezesa UOKiK. Wynika to z art. 28 ust. 4 uokik z 2007 r., zgodnie z którym w przypadku wydania decyzji zobowiązującej nie stosuje się art. 106 ust. 1 pkt 4 uokik z 2007 r. Przepis ten przewiduje możliwość nałożenia przez Prezesa UOKiK na przedsiębiorcę kary pieniężnej za stosowanie praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów, w wysokości do 10% przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary[11]. A zatem przedsiębiorca, który skutecznie ubiegał się o otrzymanie decyzji zobowiązującej, ma gwarancję nieponiesienia kary za stosowanie zabronionych praktyk (poza szczególnymi wyjątkami uchylenia decyzji zobowiązującej, zob. wyżej pkt II). Kolejnym korzystnym dla przedsiębiorcy efektem decyzji zobowiązującej jest wyłączenie, na podstawie art. 28 ust. 4 uokik, możliwości zastosowania przez Prezesa UOKiK dodatkowych środków o charakterze restytucyjnym, jakim jest nakaz usunięcia trwających skutków naruszenia zbiorowych interesów konsumentów oraz prewencyjno-edukacyjnym, jakim jest nakaz publikacji decyzji w całości lub części na koszt przedsiębiorcy[12]. Dla przedsiębiorcy podstawową zaletą decyzji zobowiązującej będzie zatem uniknięcie szeroko pojętej odpowiedzialności za naruszenie uokik Niebagatelne znaczenie będzie miał także skutek w postaci szybkiego wyjaśnienia i załatwienia sprawy, przez co dochodzi do jednoznacznego ustalenia sytuacji prawnej przedsiębiorcy. Wielokrotnie skutek ten ma pierwszorzędne znaczenie w sferze jego *public relations*. Otrzymując pożądaną decyzję zobowiązującą, przedsiębiorca unika nadto obciążeń kosztowych, związanych nieodłącznie ze sporem sądowym z Prezesem UOKiK.

O ile korzyść z otrzymania przez przedsiębiorcę decyzji zobowiązującej ma przede wszystkim charakter partykularny, o tyle po stronie organu administracji występuje kilka bardzo istotnych społecznie korzyści. Najważniejszą z nich jest rozstrzygnięcie sprawy zgodnie z interesem konsumentów w relatywnie krótkim czasie. Sprawa zakończona wydaniem decyzji zobowiązującej jest bowiem sprawą toczącą się i zakończoną w ramach postępowania w jednej instancji, tj. na etapie postępowania administracyjnego. Nieskładanie przez przedsiębiorcę odwołania od decyzji oznacza uniknięcie długotrwałego procesu sądowego, rozciągającego się często na dwie zwykłe instancje sądowe oraz ewentualną kasację. W rezultacie konsumenci korzystają z rozstrzygnięcia Prezesa UOKiK w czasie niemal rzeczywistym. Jest to podstawowa zaleta, ponieważ szybkość postępowania ma kluczowy wpływ na realizację celów działania prawa ochrony konsumentów. Decyzje organu administracji wdrażane po latach trwania procesów sądowych, mogą całkowicie utracić walor praktycznej skuteczności (np. decyzje dotyczące ograniczonych w czasie akcji reklamowych, konkursów itp.). Wygrana organu administracji ma wtedy charakter „pyrrusowego zwycięstwa", natomiast siła oddziaływania szybko wykonywanej decyzji zobowiązującej jest nie do przecenienia. Przedsiębiorca, który wykonuje obowiązki nałożone decyzją, sam usuwa skutki jeszcze trwającego naruszenia, a zatem zapobiega jego eskalacji i eliminuje je wtedy, kiedy jest ono potencjalnie najbardziej odczuwalne przez konsumentów, np. w czasie faktycznego stosowania wzorca umownego, regulaminu itp. Dlatego procedurę „zobowiązaniową" należy ocenić jako jeden z najbardziej efektywnych sposobów działania Prezesa

[11] Regulacje w zakresie kar pieniężnych za stosowanie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów zostały po raz pierwszy wprowadzone dopiero w roku 2007, z chwilą wejścia w życie uokikk.

[12] Zob. np. dec. nr RKR-25/2006. Nakaz publikacji w środkach masowego przekazu decyzji Prezesa UOKiK, choćby tylko w części, może stanowić dla przedsiębiorcy dolegliwość finansową porównywalną z wysokością kary pieniężnej, z uwagi na wysoki koszt ogłoszeń w popularnych mediach. Nic nie stoi natomiast na przeszkodzie, aby publikacja decyzji zobowiązującej na stronie internetowej przedsiębiorcy mogła stanowić jego zobowiązanie, określone w decyzji wydanej na podstawie art. 28 uokikk.

UOKiK w realizacji ustawowych celów sprawowania kontroli przestrzegania przez przedsiębiorców przepisów uokik[13] Kolejnym społecznie istotnym skutkiem wydawanych decyzji zobowiązujących jest odciążenie organów antymonopolowych (regulatora i sądów), które mogą poświęcać czas i środki na inne sprawy.

2. Wydanie decyzji zobowiązującej

2.1. Ustalenia wstępne i analiza zarzutów

Wydanie decyzji zobowiązującej poprzedza postępowanie w sprawach praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów (art. 100 i nast. Uokik z 2007 r.), mające charakter postępowania administracyjnego. Jeszcze wcześniej ma z reguły miejsce postępowanie wyjaśniające, mające na celu wstępne ustalenie, czy nastąpiło naruszenie uzasadniające wszczęcie tego postępowania. Należy podkreślić, że na etapie postępowania wyjaśniającego Prezes UOKiK często prowadzi szeroko zakrojone badania sektorowe, obejmujące przede wszystkim kontrolę wzorców umów i regulaminów stosowanych w obrocie konsumenckim[14]. Kontrola ta ma charakter formalny (abstrakcyjny), tzn. następuje w oderwaniu od warunków ekonomicznych danego przypadku, a ocenie podlega tylko treść postanowień wzorca lub regulaminu (poszczególne klauzule bądź całość). Oznacza to, że Prezes UOKiK nie będzie w zasadzie brał pod uwagę sposobu ani skutków posługiwania się przez przedsiębiorcę wzorcami umów i regulaminów, przyjmując aksjomatycznie, że samo zamieszczenie w nich zakazanych klauzul jest zawsze niekorzystne dla konsumentów[15]. Przy ocenie naruszenia zbiorowych interesów konsumentów nie będą zatem obowiązywać mechanizmy typowe dla kwalifikacji porozumień ograniczających konkurencję, czyli reguła *de minimis*, zwolnienia grupowe dla określonych sektorów lub rodzajów działalności, ani reguła rozsądku (*rule of reason*). Jak zatem widać, w przypadku ochrony konsumentów nie ma zastosowania tzw. podejście ekonomiczne (*economic approach*), stosowane obecnie powszechnie w prawie antymonopolowym[16]. Natomiast przy wymiarze kary pieniężnej Prezes UOKiK będzie uwzględniał aspekt skutków ekonomicznych naruszenia, czego wyrazem jest polityka karania sformułowana w „Wyjaśnieniach w sprawie ustalania wysokości kar pieniężnych za stosowanie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów", opublikowanych przez Prezesa UOKiK w lutym 2009 r.[17]. Prezes UOKiK będzie, między innymi, badał okoliczność, czy do naruszenia doszło na etapie przedkontraktowym, czy też na etapie zawierania bądź wykonywania umowy, a gradacja poszczególnych klauzul dokonywana będzie z uwzględnieniem stopnia ich szkodliwości dla interesów ekonomicznych konsumentów, w tym okresu trwania naruszenia.

Mimo, że kwestie powyższe dotyczą dalszego etapu postępowania przed Prezesem UOKiK, przedsiębiorca będzie z reguły sam analizował je dokładnie już na etapie otrzymania zarzutów naruszenia uokik, rozważając, czy istnieją przesłanki i możliwości ubiegania się o decyzję zobowiązującą oraz oceniając ryzyko grożących kar pieniężnych i innych sankcji w przypadku nieotrzymania takiej decyzji. Przedsiębiorca będzie także rozważać szanse sporu prawnego podjętego z Prezesem UOKiK w celu utrzymania w obrocie danej klauzuli lub praktyki, zwłaszcza jeżeli nie godzi się z postawionymi

[13] Art. 31 pkt 1 uokik z 2007 r.

[14] W latach 2007-2012 Prezes UOKiK przeprowadził blisko 20 badań, obejmujących takie sektory gospodarki, jak telekomunikacja, energetyka, ubezpieczenia, turystyka, działalność deweloperska i in. Zob. http://www.uokik.gov.pl/raporty2.php

[15] Zob. D. Miąsik [w:] T. Skoczny, A. Jurkowska, D. Miąsik, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2009, art. 24, Nb 10.

[16] Zob. K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów, Komentarz*, Warszawa 2006, s. 68.

[17] http://www.uokik.gov.pl/wyjasnienia_w_sprawie_kar2.php. Dalej jako „Wyjaśnienia ws. Kar".

mu zarzutami, a stosowanie klauzuli lub praktyki stanowi dla tego przedsiębiorcy istotną wartość. Jeżeli przedsiębiorca wybierze jako rozwiązanie podjęcie próby uzyskania decyzji zobowiązującej, część tych wstępnych analiz powinna prowadzić do potwierdzenia możliwości uprawdopodobnienia naruszenia art. 24 uokik, co stanowi przesłankę wydania decyzji. W praktyce oznacza to, że w piśmie stanowiącym odpowiedź na wezwanie Prezesa UOKiK do ustosunkowania się do przedstawionych zarzutów, przedsiębiorca będzie musiał potwierdzić, że zgadza się z zarzutami, co stanowi *de facto* przyznanie dopuszczenia się naruszenia przepisów uokik

2.2. Ustalanie treści zobowiązań

Równolegle, przedsiębiorca powinien poszukiwać możliwości zaproponowania Prezesowi UOKiK takich zobowiązań, których wykonanie prowadziłoby do zapobieżenia naruszeniom zbiorowych interesów konsumentów. Prezes UOKiK będzie zwłaszcza zainteresowany zobowiązaniami bezpośrednio usuwającymi skutki trwającego naruszenia. W praktyce, w grę mogą zatem wchodzić następujące, przykładowe zobowiązania:

– do usunięcia ze wzorca umownego lub regulaminu stosowanego w obrocie konsumenckim klauzuli o treści tożsamej z klauzulą wpisaną do Rejestru Klauzul Niedozwolonych[18];

– do zamieszczenia we wzorcu umownym lub regulaminie określonej klauzuli, której skutkiem będzie dostarczenie konsumentom rzetelnej, prawdziwej i pełnej informacji, np. o zasadach wykonywania zawartej umowy, warunkach uczestniczenia w konkursie, promocji, itp.[19];

– do zaniechania stosowania nieuczciwej praktyki rynkowej, np. wprowadzania w błąd konsumentów[20];

– do zaniechania czynu nieuczciwej konkurencji, np. posługiwania się reklamą wprowadzającą w błąd[21].

Zobowiązania przedsiębiorcy powinny być na tyle konkretne, aby na ich podstawie Prezes UOKiK mógł nałożyć w decyzji zobowiązującej także konkretne i możliwe do wykonania w sposób niebudzący wątpliwości obowiązki. Dlatego nie powinny być akceptowane zobowiązania przedsiębiorcy mające charakter „blankietowy", np. ogólne zobowiązanie do przestrzegania prawa regulującego ochronę konsumentów. Podobnie, nie można objąć zobowiązaniem czynności już dokonanych, np. zobowiązać się do usunięcia ze wzorców umów postanowień zakwestionowanych w zarzutach Prezesa UOKiK, które po wstępnej analizie tych zarzutów zostały już przez przedsiębiorcę usunięte. Nałożenie takiego obowiązku przez Prezesa UOKiK stałoby w sprzeczności z zasadą *impossibilium nulla est obligatio*. Przykład ten wskazuje na istotną nierówność sytuacji prawnej przedsiębiorców, z których jeden zaniechał stosowania praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów, a drugi wystąpił o wydanie decyzji zobowiązującej. Będzie o tym mowa w punkcie VI.

Zgodnie z poglądami doktryny, potwierdzonymi w orzecznictwie Prezesa UOKiK, istota decyzji zobowiązującej polega na quasi-porozumieniu się przedsiębiorcy z Prezesem UOKiK co do sposobu załatwienia sprawy będącej przedmiotem postępowania[22]. Dlatego nie ma przeszkód prawnych, aby

[18] Np. dec. RWR-32/2011.

[19] Np. dec. RWR-34/2011.

[20] Np. dec. DDK-9/2011.

[21] Np. dec. RKR-5/2007.

[22] Zob.: P. Lissoń, *Decyzja zobowiązująca – ugoda z przedsiębiorcą*?, materiał z konferencji UOKiK: Prawo konkurencji – dla czy przeciw przedsiębiorcy, Poznań, 5.11.2010 r., http://20lat.uokik.gov.pl/konferencja-poznan; K. Mrzygłód: *Decyzja zobowiązująca w prawie konkurencji UE, cz. I i II,* Europejski Przegląd Sądowy, luty i marzec 2010, s. 15; M. Szydło, *Publicznoprawna ochrona zbiorowych interesów konsumentów*, Mon. Prawn. 2004/17/791. Zob. także dec. RBG-8/2010.

do ustalenia ostatecznej treści zobowiązań dochodziło w drodze swoistych negocjacji przedsiębiorcy z regulatorem. Co więcej, negocjacje takie byłyby wręcz wskazane, aby ułatwić i udrożnić proces decyzyjny oraz uniknąć nieporozumień, mogących skutkować niepotrzebnym, bo niezakładanym odwoływaniem się przedsiębiorcy od decyzji zobowiązującej. Nie ma zatem przeszkód ku odbywaniu spotkań przedstawicieli UOKiK i przedsiębiorcy, składaniu projektów proponowanych zmian klauzul umownych do akceptacji Prezesa UOKiK, dyskutowaniu o możliwościach wykonania obowiązków w określonych terminach itp.

3. Wykonanie decyzji zobowiązującej

3.1. Zmiana warunków lub terminu

Analizując kwestię wykonania decyzji zobowiązującej przez przedsiębiorcę należy zwrócić uwagę na możliwość wystąpienia istotnej zmiany okoliczności wpływających na jej wykonanie. Może bowiem okazać się, że nałożone na przedsiębiorcę obowiązki nie mogą zostać wykonane z przyczyn obiektywnych, np. gdy wycofanie z rynku produktu, którego opakowanie zawiera informacje wprowadzające w błąd konsumentów, wymaga współdziałania osób trzecich, a te odmówiły współpracy. Wykonanie obowiązku mogło także utracić swoje znaczenie, np. gdy zamiast dokonać zmiany treści określonej klauzuli w regulaminie, przedsiębiorca w ogóle zrezygnował z nieopłacalnej promocji i wycofał cały regulamin. Możliwe będą także sytuacje, w których wykonanie obowiązku może trwać dłużej, niż początkowo sądzono, np. zmiany wzorców umownych w masowym obrocie konsumenckim mogą wymagać wprowadzenia zmian w systemach informatycznych przedsiębiorców, może powstać potrzeba koordynacji nowych postanowień z innymi wzorcami umownymi lub z innym regulatorem (energetycznym, telekomunikacyjnym) itp. Obowiązek jest zatem dalej możliwy do wykonania w całości, jednakże racjonalne byłoby przedłużenie terminu jego wykonania.

W uokik z 2007 r. brak jest przepisu, który regulowałby opisane powyżej sytuacje, mając na względzie potrzebę utrzymania decyzji zobowiązującej w jej dotychczasowej istocie. W szczególności, przepisem takim nie jest wspomniany wyżej art. 28 ust. 5-7 uokik, który przewiduje co prawda uchylenie decyzji zobowiązującej, jednakże tylko w sytuacjach szczególnych, nieprzystających do przypadków w istocie dotyczących nie uchylenia, lecz zmiany decyzji. Przede wszystkim jednak konstrukcja uchylenia decyzji zobowiązującej zawiera w sobie także istotny element jej trwałej dekonstrukcji, ponieważ Prezes UOKiK, uchylając decyzję zobowiązującą, musi orzec co do istoty sprawy. Konsekwencją orzeczenia co do istoty sprawy będzie konieczność udowodnienia praktyki przed wydaniem nowej decyzji[23]. Może też pojawić się konieczność umorzenia postępowania w związku z brakiem możliwości wydania decyzji na podstawie art. 26 lub 27 uokik. Wszystko to sprawia, że po uchyleniu decyzji zobowiązującej, powrót do niej może okazać się niemożliwy.

W art. 82 uokik z 2007 r. sformułowana została zasada trwałości decyzji administracyjnych wydawanych przez Prezesa UOKiK. Przepis ten stanowi, że od decyzji Prezesa UOKiK stronie nie przysługują środki prawne wzruszenia decyzji przewidziane w k.p.a., dotyczące wznowienia postępowania, uchylenia, zmiany lub stwierdzenia nieważności decyzji. Środki takie przysługują jednak m.in. Prezesowi UOKiK, który mógłby zmienić decyzję zobowiązującą za zgodą strony, na podstawie

[23] Zob. M. Radwański [w:] A. Stawicki i E. Stawicki (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów, Komentarz*, Warszawa 2010, s. 654.

art. 155 k.p.a.[24] Powstaje jednak ponownie problem proceduralny, czy decyzja zobowiązująca może być uznana za ostateczną, a tym samym, czy opisany mechanizm jej zmiany mógłby znaleźć zastosowanie.

Reasumując, bez stosownej modyfikacji przepisów uokik z 2007 r. dokonanie nawet prostych i uzasadnionych zmian w sposobie wykonania decyzji zobowiązującej (np. przedłużenie terminu o krótki czas) może okazać się nader trudne, jeżeli w ogóle możliwe. Propozycja *de lege ferenda* w tym zakresie zawarta jest w punkcie VII.

3.2. Sprawozdanie z wykonania obowiązków

Z wykonania obowiązków nałożonych decyzją zobowiązującą przedsiębiorca powinien złożyć sprawozdanie Prezesowi UOKiK. Wynika to z art. 28 ust. 3 uokik z 2007 r., przewidującego, że w decyzji Prezes UOKiK nakłada na przedsiębiorcę obowiązek składania w wyznaczonym terminie informacji o stopniu realizacji zobowiązań. Oznacza to, że w pewnych przypadkach informacje będą musiałby być dostarczane więcej niż jeden raz, np. gdy wykonanie obowiązków podzielone jest na etapy lub występuje kilka różnych obowiązków.

Tam, gdzie to konieczne, przedsiębiorca będzie łącznie z przekazywaną informacją musiał także przekazać dowody wykonania obowiązków. Mogą to być np. nowe wzorce umów, w których dokonano zmian zakwestionowanych klauzul abuzywnych[25]. Nie jest natomiast konieczne dostarczanie kopii wszystkich aneksów sporządzonych w związku ze zmianą wzorca, jeżeli oczywiście w ogóle istnieje potrzeba pisemnego aneksowania zmian wzorca pomiędzy przedsiębiorcą a konsumentami[26].

Z uokik z 2007 r. nie wynika żadne uprawnienie przedsiębiorcy do otrzymania od Prezesa UOKiK potwierdzenia należytego wykonania obowiązków nałożonych decyzją zobowiązującą, po przedłożeniu końcowego sprawozdania z ich wykonania. Nie ma natomiast przeszkód, aby w ramach tej specyficznej, koncyliacyjnej procedury współdziałania przedsiębiorcy z Prezesem UOKiK, przedsiębiorca otrzymał tzw. *comfort letter* po zakończeniu wdrażania obowiązków. Kwestia ta mogłaby stanowić część *policy* Prezesa UOKiK i znaleźć swoje odzwierciedlenie w wyjaśnieniach dotyczących wydawania decyzji zobowiązujących.

IV. Skutki decyzji zobowiązującej

Instytucja decyzji zobowiązującej pod pewnymi względami przypomina program łagodnego traktowania uczestników kartelu (*leniency*), stosowany wobec przedsiębiorców ujawniających uczestnictwo w zakazanym porozumieniu (art. 109 uokik z 2007 r.). Jedną z zasadniczych różnic jest to, iż w przypadku decyzji zobowiązującej przedsiębiorca obciąża tylko siebie, a nie także innych przedsiębiorców, jak to ma miejsce w programie *leniency*.

Nawiązanie do samo-obciążenia jest istotne, ponieważ kwestia ta będzie z reguły miała istotne znaczenie przy decydowaniu przez przedsiębiorcę o ubieganie się o wydanie decyzji zobowiązującej. Przedsiębiorca musi bowiem dokonać swoistego rachunków zysków i strat. Z jednej strony,

[24] Przepis ten stanowi, że decyzja ostateczna, na mocy której strona nabyła prawo, może być w każdym czasie za zgodą strony uchylona lub zmieniona przez organ administracji publicznej, który ją wydał, jeżeli przepisy szczególne nie sprzeciwiają się uchyleniu lub zmianie takiej decyzji i przemawia za tym interes społeczny lub słuszny interes strony.

[25] Zob. dec. RWR-3/2011.

[26] Zob. zasadne stanowisko w kwestii braku takiej potrzeby, wyrażone przez M. Czarnecką w odniesieniu do wzorców umów stosowanych w obrocie konsumenckim przez przedsiębiorstwa energetyczne [w:] M. Czarnecka, T. Ogłódek, *Prawo energetyczne, Komentarz*, Warszawa 2009, s. 80.

skuteczna procedura zobowiązująca uwalnia go od odpowiedzialności. Z drugiej jednak strony, przedsiębiorca przyznaje się do naruszenia uokik, uznając postawione mu zarzuty i przedkładając proponowane zobowiązania do akceptacji Prezesa UOKiK. Wydawana z reguły w krótkim czasie decyzja zobowiązująca potwierdza fakt przyznania naruszenia uokik Ponieważ otrzymanie tej decyzji stanowi cel przedsiębiorcy, nie będzie on z reguły składał od niej odwołania do sądu. Otrzymana decyzja zobowiązująca, jak każda decyzja administracyjna od której nie złożono odwołania, stanie się zatem prawomocna po 14 dniach od dnia jej otrzymania przez przedsiębiorcę. Decyzja w wersji jawnej zostanie opublikowana na stronie internetowej UOKiK Ochrony Konkurencji i Konsumentów[27]. Przedsiębiorca powinien zatem uwzględniać możliwość podniesienia przez konsumentów (lub inne podmioty, zależnie od okoliczności sprawy) roszczeń odszkodowawczych związanych z przyznanym stosowaniem praktyk godzących w zbiorowe interesy konsumentów. Roszczenia mogą być także podnoszone w postępowaniu grupowym[28] (*class action*), ponieważ jako dotyczące szkód wyrządzonych zbiorowości konsumenckiej szczególnie nadają się do takiego postępowania. Otrzymując decyzję zobowiązującą, przedsiębiorca niejako sam „odsłania się" na takie roszczenia, a zatem zasadna będzie uprzednia analiza (wyważenie) ryzyka związanego z jednej strony z ewentualnością wypłaty odszkodowań, z drugiej zaś strony z koniecznością zapłaty kary pieniężnej w przypadku odrzucenia zarzutów Prezesa UOKiK, co prowadzić będzie do wydania decyzji stwierdzającej naruszenie, z zasady zawsze nakładającej karę pieniężną.

Na tle powyższych rozważań warto wspomnieć o kwestii prejudycjalności decyzji zobowiązującej. Kwestia ta jest doniosła z punktu widzenia symulacji ryzyka przez przedsiębiorcę, ponieważ ewentualny prejudycjalny charakter decyzji Prezesa UOKiK miałby bezpośredni wpływ na sytuację procesową przedsiębiorcy. Sąd decydujący o odszkodowaniu nie musiałby bowiem badać kwestii naruszenia prawa przez przedsiębiorcę, tj. zawinionego bezprawnego działania. Naruszenie byłoby wykazane (udowodnione) w prawomocnej decyzji Prezesa UOKiK. Do ustalenia przez sąd pozostałaby zatem tylko przesłanka poniesienia szkody przez konsumenta (bądź grupę konsumentów) oraz jej wysokość.

Prejudycjalność decyzji zobowiązującej nie została jednak zaakceptowana w orzecznictwie. W kluczowej z tego punktu widzenia uchwale z 23.07.2008 r.[29], Sąd Najwyższy (SN) potwierdził prejudycjalny charakter ostatecznej decyzji Prezesa UOKiK, stwierdzającej naruszenie zakazu nadużywania pozycji dominującej. Nie uznał jednak, aby taki sam charakter miała decyzja zobowiązująca, jest bowiem ona oparta jedynie na uprawdopodobnieniu naruszenia uokik. Sąd odniósł się w uzasadnieniu uchwały do decyzji zobowiązującej, wydawanej w sprawach stosowania praktyk ograniczających konkurencję, odwołał się także do poglądów doktryny. Reprezentowane są w tym względzie w doktrynie zgodne stanowiska (wyrażone także po wydaniu przedmiotowej uchwały SN), że m.in. z uwagi na uprawdopodobnienie, nie zaś udowodnienie naruszenia, decyzja zobowiązująca nie może mieć charakteru prejudykatu[30].

[27] Por. art. 31 pkt 15 uokik z 2007 r. oraz art. 6 ust. 1 pkt 4 lit. a ustawy z 6.09.2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz. U. Nr 112, poz. 1198 ze zm.).

[28] Na podstawie przepisów ustawy z 17.12.2009 r. o dochodzeniu roszczeń w postępowaniu grupowym (Dz. U. z 2010 r. Nr 7, poz. 44).

[29] III CZP 52/08, LEX 408406, OSNC 2009/7-8/107.

[30] Zob.: A. Jurkowska-Gomułka, *Glosa do uchwały SN z dnia 23 lipca 2008 r., III CZP 52/08*, LEX/el., EPS 2010/5/43-48; D. Miąsik [w:] T. Skoczny, A. Jurkowska, D. Miąsik (red.), *Ustawa*…, s. 741; M. Sieradzka, *Glosa do uchwały SN z dnia 23 lipca 2008 r.*, III CZP 52/08, LEX/el. 2008; A. Gill, M. Swora, *Decyzja zobowiązująca jako metoda rozwiązywania sporów w postępowaniu przed Prezesem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów*, Kwartalnik Prawa Prywatnego, Nr 3/2005, s. 128; C. Banasiński, E. Piontek (red.) *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów, Komentarz*, Warszawa 2009, s. 219.

Niemniej jednak, prawomocna decyzja zobowiązująca dotycząca naruszenia zbiorowych interesów konsumentów będzie miała silny walor dowodowy w procesach odszkodowawczych. Należy bowiem zwrócić uwagę na istotną różnicę pomiędzy decyzją zobowiązującą w sprawie praktyk antykonkurencyjnych a decyzją w sprawie naruszenia zbiorowych interesów konsumentów, tj. znacznie szerszy zakres uprawdopodobnienia w tym drugim przypadku. Przedsiębiorca, odnosząc się do konkretnych zarzutów zawartych w postanowieniu o wszczęciu postępowania w sprawie naruszenia zbiorowych interesów konsumentów, nie może uzyskać decyzji zobowiązującej bez potwierdzenia zasadności tych zarzutów, *de facto* je przyznając. Ponieważ w sprawach dotyczących dowodów w postępowaniu przed Prezesem UOKiK stosuje się przepisy k.p.c. o dowodach[31], zastosowanie będzie miał art. 229 k.p.c., zgodnie z którym nie wymagają dowodu fakty przyznane w toku postępowania przez stronę przeciwną, jeżeli przyznanie nie budzi wątpliwości. W sprawach konsumenckich przyznane fakty będą często niewątpliwe, np. nie może budzić wątpliwości przyznanie stosowania we wzorcach umów zawieranych z konsumentami klauzul tożsamych z wpisanymi do Rejestru Klauzul Niedozwolonych. Można także podnieść, że określona w art. 28 ust. 1 uokik z 2007 r. przesłanka uprawdopodobnienia stosowania praktyki będzie skutkować ograniczeniem prowadzenia procedur dowodowych przez sąd, ponieważ art. 243 k.p.c. wyłącza potrzebę zachowania szczegółowych przepisów o postępowaniu dowodowym, ilekroć ustawa przewiduje uprawdopodobnienie zamiast dowodu.

Dlatego, pomimo wątpliwości odnośnie do prejudycjalnego charakteru decyzji zobowiązującej oraz jej przymiotu „ostateczności", prawomocna decyzja zobowiązująca w przedmiocie naruszenia zbiorowych interesów konsumentów może stanowić wystarczający i skuteczny dowód naruszenia uokik w odszkodowawczym procesie sądowym.

V. Odmowa wydania decyzji zobowiązującej

Kryteria określone w art. 28 ust. 1 uokik z 2007 r., dotyczące wydawania decyzji zobowiązujących, są dosyć ogólne i nie mogą stanowić wyczerpującego katalogu motywacji, jakimi kieruje się Prezes UOKiK w praktyce decyzyjnej. Motywacja leży natomiast niewątpliwie w sferze uznaniowości przysługującej Prezesowi UOKiK. Oznacza to, iż są możliwe przypadki, w których ubiegający się o decyzję zobowiązującą przedsiębiorca spotka się z odmową wydania takiej decyzji. Odmowa nie jest wyrażana w formie szczególnej, np. odrębnego postanowienia podlegającego zażaleniu. Nie istnieje w tym względzie żadna możliwość prawna, wynikająca z przepisów uokik z 2007 r. Dlatego odmowę wydania decyzji zobowiązującej należy traktować jako wypadkową czynność towarzyszącą postępowaniu wszczętemu w sprawie ochrony zbiorowych interesów konsumentów. Jest to zatem przejaw działania regulatora o charakterze zbliżonym np. do oceny materiału dowodowego.

Uzasadnienie, dlaczego Prezes UOKiK nie uwzględnił wniosku przedsiębiorcy o wydanie decyzji zobowiązującej, pojawi się zatem dopiero w innej decyzji wydanej w sprawie, tj. decyzji nakazującej zaniechanie praktyki bądź decyzji stwierdzającej zaniechanie. W orzecznictwie można wyodrębnić kilka rodzajów motywów, branych pod uwagę przez Prezesa UOKiK przy uzasadnianiu odmowy wydania decyzji zobowiązującej.

[31] Art. 84 uokik z 2007 r.

W jednej ze spraw[32], Prezes UOKiK uznał iż dla realizacji celu jakim jest ochrona interesów konsumentów korzystniejszym rozwiązaniem jest wydanie decyzji stwierdzającej naruszenia zbiorowych interesów konsumentów. Charakter praktyki przedsiębiorcy przemawiał za nałożeniem sankcji określanych w uokik z 2007 r., co w przypadku wydania decyzji w trybie jej art. 28 byłoby niemożliwe. Ponadto, zdaniem Prezesa UOKiK, przedsiębiorca posiadał możliwość wprowadzenia zmiany stosowanej praktyki w terminie znacznie wcześniejszym niż zaproponowany we wniosku (w tym przypadku w terminie 4 miesięcy od wydania decyzji zobowiązującej), co nie przemawiało za zastosowaniem instrumentu służącego „polubownemu" zakończeniu postępowania, jakim jest wydanie decyzji zobowiązującej.

W innej sprawie[33], Prezes UOKiK wskazał, że podejmując decyzję o uwzględnieniu bądź nieuwzględnieniu wniosku przedsiębiorcy o wydanie decyzji zobowiązującej go do wykonania określonych działań, bez merytorycznego rozstrzygnięcia, czy działania te stanowią praktyki określone w art. 24 uokik z 2007 r., Prezes UOKiK bierze pod uwagę całokształt okoliczności rozstrzyganej sprawy, w tym materiał dowodowy zebrany w aktach postępowania, zakres naruszeń przedsiębiorcy, jak również skutki uwzględnienia przedmiotowego wniosku. Zgodnie z treścią art. 28 uokik z 2007 r., decyzję na podstawie tego artykułu wydaje się w przypadku uprawdopodobnienia naruszenia przez przedsiębiorcę przepisów ustawy. Wydanie takiej decyzji, bez potrzeby przeprowadzenia w sprawie postepowania dowodowego, służy skróceniu czasu trwania postepowania. Decyzja na podstawie art. 28 uokik wydawana jest w sytuacji, gdy przedsiębiorca pierwszy reaguje na sygnał o stosowanych przez niego praktykach, sam stara się zapobiegać naruszeniom, a tym samym nie daje podstaw do prowadzenia w sprawie postępowania dowodowego. Natomiast w przedmiotowej sprawie, Prezes UOKiK w momencie złożenia przez przedsiębiorcę zobowiązania do podjęcia czynności mających zapobiec zarzucanym naruszeniom dysponował materiałem dowodowym pozwalającym nie tylko uprawdopodobnić stosowanie określonej praktyki, ale również stosowanie jej udowodnić. W związku z tym, że możliwe było udowodnienie naruszenia przepisów ustawy, a nie tylko jego uprawdopodobnienie, w ocenie Prezesa UOKiK brak było uzasadnienia do podjęcia działań, które nie zmierzałyby do merytorycznego rozstrzygnięcia niniejszego postepowania. Na decyzję Prezesa UOKiK wpływ miał również fakt, że w przedmiotowym postępowaniu przedsiębiorcy postawiono ponad 20 zarzutów. Zakres naruszeń uzasadniał przeprowadzenie postępowania w całości, stwierdzenie, czy naruszenia te wypełniają znamiona praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów i rozważanie zasadności nałożenia kary pieniężnej na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 4 uokik z 2007 r.

Reasumując, na możliwość odmowy wydania przez Prezesa UOKiK decyzji zobowiązującej będą miały bezpośredni wpływ takie czynniki, jak potrzeba nałożenia sankcji na przedsiębiorcę dla zapewnienia ochrony interesów konsumentów, rozległość (naganność) naruszenia, niewystarczający zakres lub termin realizacji zobowiązań przedłożonych do akceptacji, a także brak możliwości i potrzeby uprawdopodobnienia naruszenia, jeżeli zostało ono już udowodnione w toku postępowania. Dodatkową okolicznością uzasadniającą odmowę wydania decyzji zobowiązującej będzie także fakt zaniechania kwestionowanej praktyki przez przedsiębiorcę. Sytuacji tej dotyczy kolejny punkt.

[32] Dec. nr DDK-9/2011.

[33] Dec. nr RWA-11/2011.

VI. Decyzja zobowiązująca a decyzja stwierdzająca zaniechanie

Istotną wadę obecnej regulacji ochrony zbiorowych interesów konsumentów stanowi możliwość powstania nieuzasadnionej różnicy w sytuacji prawnej przedsiębiorcy, który zaniechał stosowania naruszającej praktyki względem takiego przedsiębiorcy, który kontynuuje naruszenie i ubiega się o wydanie decyzji zobowiązującej. Powyższe można zilustrować na następującym przykładzie, często pojawiającym się w praktyce. Otóż po otrzymaniu postanowienia zawierającego zarzuty Prezesa UOKiK dotyczące naruszenia zbiorowych interesów konsumentów, przedsiębiorca ma skłonność do wdrożenia szybkich, wręcz natychmiastowych własnych środków zaradczych, czyli np. usuwa kwestionowaną klauzulę z wzorca umownego, wprowadza niezbędne postanowienie o charakterze informacyjnym, modyfikuje wprowadzającą w błąd reklamę, itp. Przedsiębiorca czyni to po to, aby jak najszybciej i najefektywniej zakończyć sprawę wszczętą przez Prezesa UOKiK, zanim jeszcze rozwinie się ona w spór prawny. Zwłaszcza, że tego rodzaju środki zaradcze, jak przedstawione wyżej, można stosunkowo łatwo wprowadzić i wyeliminować zarzucane naruszenie.

Kiedy w dalszym etapie sprawy przedsiębiorca taki zgłasza Prezesowi UOKiK gotowość podjęcia zobowiązań w celu uzyskania decyzji zobowiązującej, spotka się z odmową umotywowaną właśnie okolicznością zaniechania naruszenia. Jak wynika z decyzji RWA-11/2011, Prezes UOKiK odmówił wydania decyzji zobowiązującej, ponieważ kwestionowane praktyki zostały już w przeważającej części zaniechane przez przedsiębiorcę. Nie można było zatem zobowiązać przedsiębiorcy do wykonania czynności, które faktycznie zostały już przez niego wykonane. Prezes UOKiK stwierdził, że po zaniechaniu praktyki brak jest podstaw, jak również i potrzeby, do wydania decyzji na podstawie art. 28 ust. 1 uokik z 2007 r., istnieją natomiast w takim przypadku przesłanki wydania decyzji określonej w art. 27 ust. 1 uokik. Jest to oczywiście stwierdzenie słuszne, tyle że wydanie decyzji stwierdzającej zaniechanie będzie z reguły łączyło się z nałożeniem kary pieniężnej[34], co nie może mieć miejsca w przypadku wydania decyzji zobowiązującej, w związku z treścią art. 28 ust. 4 uokik. Dokonanie zaniechania naruszenia przez przedsiębiorcę stanowić będzie zatem jego własny „błędny" wybór sposobu reakcji na postawione mu zarzuty, ponieważ w rezultacie będzie musiał zapłacić karę pieniężną.

Sytuacja powyższa miała miejsce na tle niedawno wydanej decyzji Prezesa UOKiK, w której na przedsiębiorcę nałożona została kara związana z zaniechaniem kwestionowanej praktyki w wysokości ok. miliona złotych[35]. Analizując różnice pomiędzy decyzją stwierdzającą zaniechanie a decyzją zobowiązującą, Prezes UOKiK stwierdził m.in., że zaniechanie, o którym mowa w przepisie uokik z 2007 r. dotyczącym decyzji zobowiązującej (art. 28 ust. 1), ma nastąpić w przyszłości, a wydana w analizowanym trybie decyzja ma nakładać obowiązek określonego zachowania w przyszłości. Tymczasem, w przedmiotowej sprawie przedsiębiorca, jak sam oświadczył, już zmienił postanowienia wzorców umów kwestionowane w postępowaniu i wprowadził je do stosowania. Umożliwiło to wydanie tylko decyzji stwierdzającej zaniechanie, a jak dalej stwierdził Prezes UOKiK, z art. 28 ust. 4 uokik wynika jednoznacznie, że przepisy art. 27 i art. 28 ust. 1 wykluczają się.

W omawianej tu sprawie przedsiębiorca ubiegał się o wydanie decyzji zobowiązującej, pomimo dokonanego już zaniechania stosowania praktyki. Przedsiębiorca podnosił, że fakt zaniechania w toku postępowania nie powinien stać na przeszkodzie do wydania decyzji zobowiązującej, ponieważ

[34] Np. dec. RWA-2/2012.

[35] Dec. RWR-44/2011.

przedsiębiorca zmieniający kwestionowane klauzule oraz rezygnujący ze stosowania „starych wzorców umów" jeszcze w toku postępowania administracyjnego przed Prezesem UOKiK (a więc wcześniej) nie powinien być traktowany mniej korzystnie niż przedsiębiorca, który zmienia kwestionowane klauzule i rezygnuje ze stosowania starych wzorców umów dopiero po zakończeniu postępowania i wydaniu decyzji przez Prezesa UOKiK, a więc później.

Odnosząc się do powyższej argumentacji przedsiębiorcy, Prezes UOKiK stwierdził, że nie ma podstaw do prowadzenia rozważań na temat różnicy pomiędzy sytuacją przedsiębiorcy rezygnującego ze stosowania wadliwych wzorców jeszcze w toku postępowania, a tym który zmienia kwestionowane klauzule dopiero po zakończeniu postępowania. Prezes UOKiK podkreślił, że organy administracji publicznej działają na podstawie przepisów prawa, zaś przeprowadzona w sprawie subsumpcja nie dała podstaw do zastosowania przepisu art. 28 uokik

Argumentacji Prezesa UOKiK nie sposób odmówić poprawności formalnej. Powstaje jednakże sytuacja, w której działania przedsiębiorcy, podjęte często w dobrej wierze w celu szybkiego zaprzestania naruszenia, w ostatecznym efekcie istotnie mu szkodzą, ponieważ w otrzymanej decyzji nałożona zostaje na niego kara pieniężna. Tymczasem przedsiębiorca, który kontynuuje naruszenie, unika kary pieniężnej. Stan ten należy ocenić jako w znacznej mierze daleki od spełniania kryteriów sprawiedliwości materialnej[36].

Co więcej, taki układ relacji pomiędzy przepisami art. 27 i 28 uokik z 2007 r. wręcz zachęca do szkodliwego trwania w stanie naruszenia, co przedsiębiorca może świadomie czynić tylko po to, aby skutecznie doprowadzić do uzyskania decyzji zobowiązującej. Przedsiębiorcy, który metodycznie przeanalizuje dostępne mu warianty zachowania, po prostu nie opłaca się przedwcześnie dokonywać czynności polegających na zaniechaniu kwestionowanej praktyki. Znacznie bardziej opłaca się przeczekać w stanie naruszenia do chwili, w której można będzie przedstawić swoje działania, identyczne z zaniechaniem, jako zobowiązania podlegające wykonaniu w myśl decyzji zobowiązującej.

Należy zauważyć, że sytuacje takie mogą mieć miejsce nie tylko w przypadku już postawionych zarzutów, ale także w przypadku zarzutów spodziewanych w przyszłości. Może się bowiem zdarzyć, że Prezes UOKiK obejmie zarzutami naruszenia zbiorowych interesów konsumentów tylko określoną klauzulę stosowaną we wzorcu umowy. Natomiast inna klauzula z tego samego wzorca nie zostanie zakwestionowana w postępowaniu administracyjnym, ale zostanie objęta pozwem składanym przez Prezesa UOKiK do Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów na podstawie przepisów art. 479[36] i nast. k.p.c. w sprawie uznania postanowień wzorca umowy za niedozwolone. Prezes UOKiK składa taki pozew, aby doprowadzić do wpisu klauzuli do Rejestru Klauzul Niedozwolonych. W opisanej sytuacji, jeżeli postępowanie administracyjne zostało zakończone i przedsiębiorca nie ma już formalnej możliwości złożenia propozycji usunięcia klauzuli z wzorca w formie zobowiązania na podstawie art. 28 uokik, przedsiębiorcy nie opłaca się usuwać tej klauzuli. Dokonałby on wtedy aktu zaniechania praktyki i tym samym pozbawił się możliwości uzyskania w przyszłości decyzji zobowiązującej, jeżeli po prawomocnym wpisaniu klauzuli do Rejestru Klauzul Niedozwolonych, Prezes UOKiK postawiłby przedsiębiorcy zarzut stosowania kwestionowanej klauzuli w relacjach z konsumentami.

Przedstawione tutaj rozważania wskazują na potrzebę wprowadzenia mechanizmów zapewniających korektę istniejącej nierówności pomiędzy przedsiębiorcami działającymi w porównywalny

[36] Zob. M. Bernatt, *Sprawiedliwość proceduralna w postępowaniu przed organem ochrony konkurencji*, Warszawa 2011, s. 36 i 96.

sposób. Równe traktowanie realizuje bowiem postulaty sprawiedliwości i słuszności, a ponadto zrównanie szans w kwestiach penalizacji przez regulatora sprzyja lepszej konkurencji pomiędzy przedsiębiorcami. Propozycje możliwych zmian w tym zakresie zarysowano w następnym punkcie.

VII. Uwagi *de lege ferenda*

Poniżej przedstawiono kilka uwag *de lege ferenda*, nasuwających się po analizie obecnych uwarunkowań działania przepisów dotyczących publicznoprawnej ochrony zbiorowych interesów konsumentów, w tym zwłaszcza decyzji zobowiązującej.

1. Propozycje dotyczące kwestii związanych z decyzją zobowiązującą

1.1. Kryteria wydawania decyzji zobowiązujących

Kryteria te są obecnie rozproszone w orzecznictwie, a przez to trudne do uchwycenia, a ponadto w znacznym stopniu partykularne, ponieważ z reguły odnoszą się do okoliczności danego przypadku. Pożądane byłoby sformułowanie zestawu kryteriów o charakterze generalnym, stanowiących wskazówkę dla każdego zainteresowanego przedsiębiorcy. Uważam, że w mniejszym stopniu nacisk powinien być położony na aspekty czysto formalne, np. poprzez wykazywanie różnic pomiędzy uprawdopodobnieniem i udowodnieniem. Kryteria te powinny odnosić się przede wszystkim do praktycznych możliwości i skutków wdrożenia działań lub zaniechań w toku wypełniania obowiązków nałożonych decyzją zobowiązującą. Byłoby zatem wskazane, aby regulator uwzględniał okoliczności, w jaki sposób i kiedy konkretne czynności przekładają się na możliwość polepszenia i trwałego wzmocnienia interesu konsumentów. Interesujące w tym aspekcie byłyby zatem wszelkie zobowiązania uzupełniające eliminację naruszenia, np. zobowiązanie do opublikowania decyzji Prezesa UOKiK na stronie internetowej przedsiębiorcy, zobowiązanie do naprawienia szkód wyrządzonych konsumentom w wyniku uprawdopodobnionej praktyki, zobowiązanie do szybkiego załatwienia reklamacji zgłaszanych przez konsumentów w związku ze stosowaną praktyką itp.

1.2. Status zaniechania na podstawie art. 27 i 28 uokik

Jeżeli w danym przypadku sposób zaniechania praktyki przez przedsiębiorcę był tożsamy z zaniechaniami lub działaniami zmierzającymi do zapobieżenia naruszeniom, które **w hipotetycznej decyzji zobowiązującej mogłyby zostać określone jako obowiązki przedsiębiorcy**, to sytuacje te mogłyby i powinny zostać zrównane pod względem towarzyszących im restrykcji, w drodze odpowiedniej zmiany uokik z 2007 r. Tak określone wtedy w art. 27 uokik **„zaniechanie tożsame ze zobowiązaniem”** nie podlegałoby karze pieniężnej, analogicznie jak ma to miejsce w przypadku decyzji zobowiązującej.

Natomiast rozwiązaniem o charakterze *minimum minimorum* byłoby przynajmniej przyjęcie przez Prezesa UOKiK polityki niekarania przedsiębiorcy, który zaniechał praktyki w sposób tożsamy z podjęciem hipotetycznych zobowiązań. Możliwość taką daje art. 106 ust. 1 uokik, przewidujący fakultatywność nakładania kar pieniężnych za stosowanie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów. Zasady tego rodzaju polityki mogłyby zostać określone w wydawanych przez Prezesa UOKiK dokumentach *soft law*, jakimi są obecne Wyjaśnienia ws. kar oraz planowane wyjaśnienia

ws. procedury wydawania decyzji zobowiązujących[37]. Zwłaszcza te drugie wyjaśnienia mogłyby dodatkowo zawierać szczegółowe zasady i kryteria kwalifikowania decyzji stwierdzających zaniechanie jako tożsamych z decyzjami zobowiązującymi.

1.3. Zmiana sposobu lub terminu wykonania obowiązków

Modyfikacja obowiązków nałożonych decyzją zobowiązującą mogłaby nastąpić w drodze odpowiedniej zmiany decyzji, dokonywanej przez Prezesa UOKiK. Poniżej przedstawiona została propozycja niewielkiej korekty redakcyjnej art. 28 ust. 6 uokik, która zapewniłaby tę możliwość (podkreślono treść dodaną do aktualnego brzmienia tego przepisu): „6. Prezes UOKiK może, za zgodą przedsiębiorcy, z urzędu uchylić albo zmienić decyzję, o której mowa w ust. 1, w przypadku gdy nastąpiła zmiana okoliczności, mających istotny wpływ na wydanie lub wykonanie decyzji.”.

Zmiana decyzji dokonywana byłaby zatem z urzędu, choć najczęściej z inicjatywy przedsiębiorcy, natomiast odnosiłaby się także do okoliczności wykonania decyzji zobowiązującej, a nie tylko jej wydania. W przypadku uchylenia decyzji zobowiązującej, Prezes UOKiK w dalszym ciągu orzekałby co do istoty sprawy[38], co nie miałoby miejsca w sytuacji zmiany decyzji.

2. Inne kwestie do rozważenia

Ograniczenie tematyki niniejszego artykułu nie pozwala w sposób szczegółowy odnieść się do innych możliwych i potrzebnych korekt działania polskiego systemu publicznoprawnej ochrony zbiorowych interesów konsumentów. Tytułem przykładu można wskazać celowość usunięcia, w imię czystości legislacyjnej, pkt. 2 w art. 24 ust. 3 uokik z 2007 r. Przepis ten stanowi niepotrzebne *superfluum* ustawowe, ponieważ obowiązek udzielania konsumentom rzetelnej, prawdziwej i pełnej informacji jest w całości objęty nakazem zawartym w przepisach o nieuczciwych praktykach rynkowych i zwalczaniu nieuczciwej konkurencji[39], do których wprost odnosi się uokik w art. 24 ust. 3 pkt 3.

Można także wskazać na celowość i podjąć próbę analizy sposobu przebudowy Rejestru Klauzul Niedozwolonych, w celu zwiększenia jego czytelności, a tym samym ułatwienia możliwości korzystania z niego[40].

Należałoby także rozważyć zmianę definicji konsumenta w uokik z 2007 r., która nie jest poprawna metodologicznie z punktu widzenia realizacji celów działania organu antymonopolowego, stanowiąc przykład „pułapki” jaką stanowi bezkrytyczne przeniesienie definicji właściwej dla systemu prawa cywilnego do systemu publicznego prawa administracyjnego[41].

VIII. Podsumowanie

Publicznoprawna ochrona zbiorowych interesów konsumentów stanowi niejako *spécialité de la maison* polskiego organu antymonopolowego. W krajach UE urzędy antymonopolowe z reguły nie posiadają kompetencji do wydawania decyzji administracyjnych w sprawach konsumenckich,

[37] Zob. przypis 4.

[38] Art. 28 ust. 7 uokik z 2007 r.

[39] Zob. rozdział 2 ustawy z 23.08.2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (Dz. U. Nr 171, poz. 1206) oraz art. 16 ustawy z 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. 2003, Nr 153, poz. 1503).

[40] W kwietniu 2012 r. do Rejestru Klauzul Niedozwolonych wpisanych było prawie 3.000 różnego rodzaju klauzul.

[41] Zob. bliżej K. Włodarska-Dziurzyńska [w:] *Ekspertyza w sprawie regulacji nieuczciwych praktyk rynkowych skierowanych do konsumentów*. Projekt „Konsument wobec nieuczciwych praktyk rynkowych”, red. E. Nowińska i D. Kasprzycki, Kraków 2011, zwłaszcza rozważania dotyczące rozróżnienia pojęć „działania” konsumenta i „dokonywanie czynności prawnych” przez konsumenta.

a materia ta pozostawiona jest orzecznictwu sądowemu[42]. Rozwiązanie przyjęte w polskim systemie prawa ochrony konkurencji i konsumentów należy ocenić jako niezmiernie pozytywne dla konsumentów. Odnoszą oni ewidentną korzyść z faktu, iż Prezes UOKiK posiada znaczną siłę oddziaływania na przedsiębiorców poprzez możliwości prowadzenia postępowań administracyjnych, wydawania decyzji i nakładania kar pieniężnych. To, że prawo konsumenckie, w aspekcie jego skuteczności, stanowi w istocie w Polsce domenę regulatora, najdobitniej pokazuje znikomość orzecznictwa wydanego na podstawie mającej już kilkuletnią historię ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym. Dodatkowo, Prezes UOKiK działa w sprawach konsumenckich na ogół bardzo szybko i wykazuje znaczną aktywność[43]. Kluczowe znaczenie ma także systemowe podejście do ochrony konsumentów, wyrażające się w monitorowaniu wszystkich rynków ważnych dla konsumentów.

Tym bardziej zatem istotne wydaje się zwiększenie przejrzystości procedur dotyczących wydawania decyzji zobowiązujących. Niektóre ich aspekty, takie jak nierówność sytuacji objętych art. 27 i 28 uokik z 2007 r., tworzą niepożądaną zachętę do prowadzenia swoistej gry rynkowej przez przedsiębiorców, przypominającej tzw. grę o sumie zerowej, w której zgodnie z teorią gier, zysk jednego gracza oznacza stratę drugiego (w tym przypadku końcowo konsumenta). Ewentualne korekty tej ustawy dokonane w toku planowanych obecnie prac legislacyjnych, a także wzmocnienie stabilności zasad polityki stosowanej przez Prezesa UOKiK w kwestiach ochrony zbiorowych interesów konsumentów, umożliwiłyby przekształcenie zasad tej gry rynkowej w kierunku rezultatu typu *win-win*, który przynosi proporcjonalny zysk dla wszystkich graczy.

[42] W pewnym zakresie zbliżona do administracyjnej forma ochrony konsumentów ma miejsce w Wielkiej Brytanii i Francji. Zob. P. Stańczak, *Konsument na rynku europejskim i jego ochrona*, materiał z konferencji międzynarodowej: Konsument na jednolitym rynku europejskim, http://www.konsument.gov.pl/pl/baza-wiedzy.html.

[43] Np. w roku 2010 Prezes UOKiK prowadził 272 postępowania administracyjne w sprawach ochrony zbiorowych interesów konsumentów i 566 postępowań wyjaśniających. W roku tym Prezes UOKiK wydał ogółem 221 decyzji w sprawach konsumenckich. Źródło: http://www.uokik.gov.pl/sprawozdania_z_dzialalnosci_urzedu.php.

Anna Piszcz*

Zmiany w polskim prawie antymonopolowym w latach 2010-2011 (cz. I)

Spis treści:

I. Zmiany w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów w roku 2010
II. Zmiany rozporządzeń wykonawczych w roku 2010
III. Zmiana zarządzenia w sprawie nadania statutu UOKiK w roku 2010
IV. *Soft law* Prezesa UOKiK w roku 2010

I. Zmiany w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów w roku 2010

Ustawa z 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów[1] była nowelizowana w roku 2010 tylko jeden raz, do tego w niewielkim zakresie. Zmiana weszła w życie z dniem 1.01.2010 r. Zgodnie z art. 74 ustawy z 27.08.2009 r. – Przepisy wprowadzające ustawę o finansach publicznych[2] zmieniono **art. 46 uokik.**

Po zmianie przepis art. 46 uokik ma następujące brzmienie: „Wysokość rocznych dotacji celowych, w rozumieniu przepisów o finansach publicznych, przekazywanych z budżetu państwa na realizację zadań, o których mowa w art. 45 ust. 2 pkt 7, jest ustalana w ustawie budżetowej w części budżetu państwa, której dysponentem jest Prezes Urzędu". Przed zmianą, art. 46 uokik, zamiast odsyłać do bliżej niezdefiniowanych „przepisów o finansach publicznych", odsyłał do konkretnej ustawy, tj. ustawy z 30.06.2005 r. o finansach publicznych[3], która na podstawie art. 85 ustawy – Przepisy wprowadzające ustawę o finansach publicznych w zasadniczej części utraciła już moc (a zastąpiona została ustawą z 27.08.2009 r. o finansach publicznych[4]).

Zmiana brzmienia art. 46 uokik ma charakter porządkujący, dynamizuje odesłanie zawarte w art. 46 uokik. Obecnie art. 46 uokik nie odsyła literalnie do ustawy z 27.08.2009 r. o finansach publicznych, ani też nie odsyła już do jej „poprzedniczki", ale odsyła do przepisów o finansach publicznych. Chodzi w nim o obowiązujące przepisy o finansach publicznych w brzmieniu, jakie będą one miały każdorazowo w czasie obowiązywania art. 46 uokik. Zatem potencjalna następna gruntowna zmiana w prawie finansowym, która polegałaby na utracie mocy przez ustawę z 2009 r. i wejściu w życie kolejnej ustawy dotyczącej finansów publicznych, nie wymagałaby dalszych zmian odesłania zawartego w art. 46 uokik (w zakresie frazy „w rozumieniu przepisów o finansach publicznych").

* Dr nauk prawnych; adiunkt w Katedrze Prawa Gospodarczego Publicznego Wydziału Prawa Uniwersytetu w Białymstoku; radca prawny.

[1] Dz.U. Nr 50, poz. 331, z późn. zm.; dalej jako uokik.

[2] Dz.U. Nr 157, poz. 1241, z późn. zm.

[3] Dz.U. Nr 249, poz. 2104, z późn. zm.

[4] Dz.U. Nr 157, poz. 1240, z późn. zm.

II. Zmiany rozporządzeń wykonawczych w roku 2010

W roku 2010 nie wprowadzano zmian do obowiązujących rozporządzeń wykonawczych. Natomiast zmianą, którą należy odnotować, jest utrata mocy obowiązującej przez rozporządzenie Rady Ministrów z 28.01.2003 r. w sprawie wyłączenia określonych porozumień wertykalnych w sektorze pojazdów samochodowych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję[5]. Rozporządzenie to zostało wydane na podstawie art. 7 ustawy z 15.12.2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów[6], natomiast po utracie mocy przez tę ustawę zachowało moc na podstawie art. 136 ust. 2 uokik do dnia jego wygaśnięcia, który wyznaczono w rozporządzeniu na 31.05.2010 r. Przepisy rozporządzenia z 2003 r. były wzorowane na przepisach rozporządzenia Komisji Europejskiej nr 1400/2002 z 31.07.2002 r. w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych w sektorze motoryzacyjnym[7].

Ustawodawca krajowy nie zdążył do 31.05.2010 r. przyjąć nowego rozporządzenia w sprawie wyłączenia grupowego porozumień wertykalnych w sektorze motoryzacyjnym. Dla branży motoryzacyjnej oznaczało to, że porozumienia wertykalne w sektorze pojazdów samochodowych obowiązujące w dalszym ciągu czy też zawarte po tej dacie mogły podlegać wyłączeniu spod zakazu z art. 6 ust. 1 uokik na podstawie przepisów rozporządzenia Rady Ministrów z 19.11.2007 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję[8], o ile spełniały warunki określone w tym rozporządzeniu[9].

Nowe rozporządzenie wydano na podstawie art. 8 ust. 3 uokik z 2007 r. dopiero 8.10.2010 r. Rozporządzenie Rady Ministrów z 8.10.2010 r. w sprawie wyłączenia określonych porozumień wertykalnych w sektorze pojazdów samochodowych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję[10] weszło w życie dnia 10 listopada 2010 r.

Kilkumiesięczne opóźnienie polskiego ustawodawcy w przyjęciu rozporządzenia z 2010 r. wiąże się z faktem, iż rozporządzenie Komisji UE nr 461/2010 z 27.05.2010 r. w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych w sektorze pojazdów silnikowych[11], stanowiące wzór dla polskiego rozporządzenia z 2010 r., zostało przyjęte przez Komisję zaledwie 4 dni przed upływem terminu, w jakim przyjęto polskie rozporządzenie z 2003 r. Można było spodziewać się, że rozporządzenie z 2010 r. będzie wzorowane na rozporządzeniu nr 461/2010[12]. Tymczasem polskie rozporządzenie w znacznym stopniu powiela rozwiązania z poprzedzającego go rozporządzenia z 2003 r.[13] Jego zakres przedmiotowy

[5] Dz.U. Nr 38, poz. 329, z późn. zm.; dalej jako rozporządzenie z 2003 r.

[6] Tekst jedn. Dz.U. z 2005 r. Nr 244, poz. 2080, z późn. zm.; dalej jako uokik z 2000 r.

[7] Dz.Urz. UE 2002 L 20/30; dalej jako rozporządzenie nr 1400/2002.

[8] Dz.U. Nr 230, poz. 1691.

[9] Rozporządzenie to obowiązywało do 31.05.2011 r. Od 1.06.2011 r. obowiązuje rozporządzenie Rady Ministrów z 30.03.2011 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (Dz.U. Nr 81, poz. 441).

[10] Dz.U. Nr 198, poz. 1315; dalej jako rozporządzenie z 2010 r.

[11] Dz.Urz. UE L 129 z 28.05.2010, s. 52; dalej jako rozporządzenie nr 461/2010.

[12] Podkreślenia wymaga, że konstrukcja rozporządzenia nr 461/2010 jest dość skomplikowana. Odnośnie do porozumień wertykalnych, których przedmiotem są warunki zakupu, sprzedaży lub odsprzedaży nowych pojazdów silnikowych, rozporządzenie utrzymuje w mocy na okres od 1.06.2010 r. do 31.05.2013 r. warunki wyłączenia z rozporządzenia nr 1400/2002. Z kolei od 1.06.2013 r. do porozumień wertykalnych dotyczących zakupu, sprzedaży lub odsprzedaży nowych pojazdów silnikowych zastosowanie będzie miało rozporządzenie Komisji UE nr 330/2010 z 20.04.2010 r. w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych (Dz.Urz. UE. L 102 z 23.04.2010, s. 1). Natomiast porozumienia wertykalne, których przedmiotem są warunki zakupu, sprzedaży lub odsprzedaży części zamiennych do pojazdów silnikowych przez strony lub też świadczenie przez nie usług naprawy i konserwacji pojazdów silnikowych, podlegają wyłączeniu, gdy spełniają warunki wyłączenia przewidziane w ww. rozporządzeniu nr 330/2010 i nie zawierają żadnego z najpoważniejszych ograniczeń wymienionych w art. 5 rozporządzenia nr 461/2010.

[13] Zob. A. Jurkowska-Gomułka, *Polish Antitrust Legislation and Case Law Review 2010*, Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies 2011, vol.4(5), s. 159.

nie różni się istotnie od zakresu rozporządzenia z 2003 r. Nowe rozporządzenie z 2010 r. utrzymuje terminologię oraz zdecydowaną większość regulacji z rozporządzenia z 2003 r. W uzasadnieniu projektu nowego rozporządzenia stwierdzono, że technika ta „stanowi realizację zasad stabilności i pewności prawa oraz bezpieczeństwa obrotu gospodarczego, które mają szczególne znaczenie dla przedsiębiorców”[14]. Dodano też: „w praktyce funkcjonuje bowiem ugruntowana interpretacja dotychczas obowiązujących przepisów”[15].

W przepisach ogólnych rozporządzenia z 2010 r. (§§ 1–6) nie odnajdujemy zbyt wielu różnic w stosunku do przepisów ogólnych rozporządzenia z 2003 r. (§§ 1–3).

W określeniu przedmiotu rozporządzenia (§ 1 rozporządzenia z 2010 r.) ustawodawca odstąpił od stosowania określeń „klauzule dozwolone” i „klauzule niedozwolone” (w literaturze używanych zwykle zamiennie z określeniami – odpowiednio – „klauzule białe” i „klauzule czarne”). Obecnie mowa jest – odpowiednio – o klauzulach, których występowania w porozumieniu wertykalnym w sektorze pojazdów samochodowych nie uznaje się za naruszenie art. 6 ust. 1 uokik z 2007 r., oraz o klauzulach, których występowanie w porozumieniu wertykalnym w sektorze pojazdów samochodowych stanowi naruszenie art. 6 ust. 1 uokik.

Postanowienia o stosowanych w rozporządzeniu definicjach (§ 2 rozporządzenia z 2010 r.), w porównaniu ze „słowniczkiem” zawartym w rozporządzeniu z 2003 r., co do zasady uległy zmianom o charakterze porządkowym albo kosmetycznym (pkt 1–6, 12–18, 23, 27), bądź też nie uległy żadnym zmianom (pkt 7–11, pkt 19–22, 25–26). Warto zwrócić uwagę na zmianę definicji praw własności intelektualnej i przemysłowej (pkt 6). W rozporządzeniu z 2003 r. prawa te były zdefiniowane poprzez odesłanie do art. 2 ust. 1 uokik z 2000 r. Aktualny odpowiednik tego ostatniego przepisu, czyli art. 2 ust. 1 uokik z 2007 r., mówi o prawach przysługujących na podstawie przepisów dotyczących ochrony własności intelektualnej i przemysłowej, w szczególności przepisów o ochronie wynalazków, wzorów użytkowych i przemysłowych, topografii układów scalonych, znaków towarowych, oznaczeń geograficznych, praw autorskich i praw pokrewnych. Ustawodawca zdecydował się w przepisie § 2 pkt 6 rozporządzenia z 2010 r. nie odsyłać do art. 2 ust. 1 uokik, a zamiast takiego odesłania użyć sformułowania wzorowanego na określeniu zastosowanym w art. 2 ust. 1 uokik, z pominięciem jednak tej części określenia, w której w sposób przykładowy („w szczególności”) wyliczono przepisy dotyczące ochrony własności intelektualnej i przemysłowej. Zmiana zasługuje na aprobatę, natomiast można było omawianą definicję uporządkować jeszcze bardziej. Operowanie przez ustawodawcę zarówno pojęciem własności intelektualnej, jak i pojęciem własności przemysłowej, jest bowiem zbędne, jako że własność przemysłowa zawiera się w szerszej kategorii własności intelektualnej[16].

Istotna modyfikacja w stosunku do rozporządzenia z 2003 r. nastąpiła natomiast w definicji zakazu konkurowania zawartej w § 2 pkt 24 rozporządzenia z 2010 r. w zakresie, w jakim definicja ta dotyczy części zamiennych i usług serwisowych (lit. b). Obecnie zakaz konkurowania stanowi zobowiązanie nabywcy do dokonywania u określonego dostawcy zakupów części zamiennych objętych porozumieniem, gdy zobowiązanie to dotyczy więcej niż 80% wszystkich zakupów części zamiennych objętych porozumieniem. Analogiczny próg dotyczy usług serwisowych objętych porozumieniem.

[14] uokik.gov.pl/download.php?plik=9037 (ostatni dostęp 24.03.2012 r.), s. 2.

[15] *Ibidem.*

[16] Por.: G. Materna, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów a wykonywanie praw autorskich*, KPPubl. 2002, nr 4, s. 54; C. Banasiński, E. Piontek (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 34; A. Piszcz, *Komentarz do § 2 rozporządzenia w sprawie wyłączenia określonych porozumień specjalizacyjnych i badawczo-rozwojowych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję*, LEX/el. 2011.

W porównaniu z rozporządzeniem z 2003 r., które dla zakupów części zamiennych i usług serwisowych przewidywało próg taki sam jak dla zakupów nowych pojazdów samochodowych, tj. 30%, obecnie próg dotyczący zakupów części zamiennych i usług serwisowych jest istotnie podwyższony. Omawiane podwyższenie progu nie jest „autorskim" pomysłem polskiego ustawodawcy, lecz dokonano go w ślad za zmianą w ustawodawstwie unijnym. Artykuł 4 rozporządzenia nr 461/2010 odsyła do przepisów rozporządzenia Komisji UE nr 330/2010 z 20.04.2010 r. w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych[17], które w art. 1 ust. 1 lit. d, definiując zakaz konkurowania, posługuje się właśnie progiem 80%.

Przepisy §§ 3–5 rozporządzenia z 2010 r. określają rodzaje porozumień podlegających wyłączeniu spod zakazu, o którym mowa w art. 6 ust. 1 uokik. Tak samo jak pod rządami rozporządzenia z 2003 r. wyłączeniu podlegają porozumienia wertykalne w sektorze pojazdów samochodowych (porozumienia zawierane między dwoma lub więcej przedsiębiorcami działającymi – w ramach takiego porozumienia – na różnych szczeblach obrotu), w szczególności zawierające zobowiązania wyłącznej dostawy lub tworzące systemy dystrybucji selektywnej ilościowej lub jakościowej (o ile spełniają warunki wyłączenia określone w rozporządzeniu). Po drugie, tak samo jak pod rządami rozporządzenia z 2003 r. wyłączeniu podlegają porozumienia wertykalne w sektorze pojazdów samochodowych, zawierające klauzule dotyczące przeniesienia na nabywcę lub wykorzystywania przez nabywcę praw własności intelektualnej i przemysłowej lub know-how, jeżeli przeniesienie lub wykorzystywanie tych praw lub know-how jest bezpośrednio związane z użytkowaniem, sprzedażą lub odsprzedażą przez nabywcę lub jego klientów towarów objętych porozumieniem (§ 5 rozporządzenia z 2010 r.).

W rozporządzeniu z 2010 r. (§ 4) utrzymano również wyłączenie porozumień wertykalnych w sektorze pojazdów samochodowych zawieranych między związkami przedsiębiorców a ich członkami oraz między związkami przedsiębiorców a ich dostawcami. Pozostawiono przy tym w § 4 rozporządzenia z 2010 r. dwa dodatkowe kryteria wyłączenia[18]. Jednym z nich jest kryterium ilościowe, odnoszące się do wielkości obrotów stron porozumienia[19]. Aby porozumienie mogło korzystać z przywileju wyłączenia, obrót żadnego z członków związku, wraz z obrotem przedsiębiorców należących do jego grupy kapitałowej, w roku kalendarzowym poprzedzającym zawarcie porozumienia nie może przekroczyć równowartości 50 milionów euro (§ 4 pkt 2 rozporządzenia z 2010 r.).

Po drugie, pozostawiono kryterium podmiotowe dotyczące członków związku, ale w nieco zmienionej postaci (§ 4 pkt 1). Rozporządzenie z 2003 r. wymagało, by wszyscy członkowie związku będącego stroną porozumienia byli dystrybutorami pojazdów samochodowych lub dystrybutorami części zamiennych do pojazdów samochodowych lub warsztatami. Obecnie zamiast o dystrybutorach części zamiennych mowa jest o sprzedawcach detalicznych części zamiennych. W uzasadnieniu projektu rozporządzenia z 2010 r. wskazano, iż zmiana wynika z tego, że analogiczne uregulowania prawne w UE w ww. zakresie odwołują się również do „sprzedawców detalicznych części zamiennych"[20]. Zmiana nie wydaje się jednak zasadna. Poprzednie określenie – „dystrybutor części zamiennych"

[17] Dz.Urz. UE 2010 L 102/1; dalej jako rozporządzenie nr 330/2010.

[18] Por. uzasadnienie projektu rozporządzenia z 2010 r.; uokik.gov.pl/download.php?plik=9037 (ostatni dostęp 24.03.2012 r.), s. 3.

[19] W literaturze dzieli się warunki wyłączenia na kryteria jakościowe (określane na poziomie ogólnym oraz określane na poziomie szczegółowym) i kryteria ilościowe. Te ostatnie przybierają w rozporządzeniach postać progu udziału w rynku albo progu wielkości obrotów przedsiębiorców (rozmiaru przedsiębiorców). Por. A. Jurkowska, T. Skoczny, *Wyłączenia grupowe spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję we wspólnotowym i polskim prawie ochrony konkurencji* [w:] A. Jurkowska, T. Skoczny (red.), *Wyłączenia grupowe spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję we Wspólnocie Europejskiej i w Polsce*, Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania UW, Warszawa 2007, s. 50 i n.

[20] Por. uzasadnienie projektu rozporządzenia z 2010 r.; uokik.gov.pl/download.php?plik=9037 (ostatni dostęp 24.03.2012 r.), s. 3.

– obejmowało swym zakresem zarówno dystrybutorów hurtowych, jak i dystrybutorów detalicznych, co wynikało z definicji dystrybutora zawartej w „słowniczku". Poprzez użycie słów „sprzedawcami detalicznymi" ustawodawca ograniczył zakres zastosowania wyłączenia z § 4 rozporządzenia z 2010 r. Obecnie, jeśli członkiem związku przedsiębiorców jest dystrybutor hurtowy części zamiennych, niebędący jednocześnie dystrybutorem (hurtowym bądź detalicznym) pojazdów samochodowych ani warsztatem, w świetle wykładni literalnej § 4 pkt 1 porozumienie z udziałem takiego związku przedsiębiorców nie korzysta z przywileju wyłączenia na podstawie przepisów rozporządzenia z 2010 r.

Dodać należy, że w rozporządzeniu z 2010 r. pojawiła się regulacja, która nie miała odpowiednika w rozporządzeniu z 2003 r. Mianowicie § 6 rozporządzenia z 2010 r. stanowi, że wyłączeniu nie podlegają porozumienia wertykalne w sektorze pojazdów samochodowych zawierane między konkurentami w sektorze pojazdów samochodowych w zakresie, w jakim dotyczą one wyłącznie dystrybucji części zamiennych oraz świadczenia usług serwisowych, chyba że konkurenci zawierają porozumienie o charakterze niewzajemnym oraz:

1) dostawca jest wytwórcą i dystrybutorem, a nabywca jest dystrybutorem i nie jest konkurentem na szczeblu wytwórstwa lub

2) dostawca świadczy usługi serwisowe na kilku szczeblach obrotu handlowego, a nabywca dostarcza części zamienne lub świadczy usługi serwisowe na poziomie detalicznym i nie jest konkurentem na tym szczeblu obrotu handlowego, na którym nabywa usługi serwisowe objęte porozumieniem.

Warunki wyłączenia opisano w §§ 7–14 rozporządzenia z 2010 r. Odmiennie niż w rozporządzeniu z 2003 r. warunki wyłączenia sformułowano oddzielnie dla porozumień w zakresie, w jakim dotyczą wyłącznie dystrybucji części zamiennych oraz świadczenia usług serwisowych (§ 7), a oddzielnie dla porozumień w zakresie, w jakim dotyczą wyłącznie dystrybucji nowych pojazdów samochodowych (§ 8 oraz §§ 11–14). Jest to podział wzorowany na konstrukcji rozporządzenia nr 461/2010, którego rozdział II poświęcony jest wyłącznie porozumieniom wertykalnym dotyczącym zakupu, sprzedaży lub odsprzedaży nowych pojazdów silnikowych, a rozdział III – porozumieniom wertykalnym dotyczącym rynku towarów i usług posprzedażnych dla pojazdów silnikowych (czyli rynku części zamiennych i usług serwisowych).

W przypadku warunków wyłączenia zarówno porozumień w zakresie, w jakim dotyczą wyłącznie dystrybucji części zamiennych oraz świadczenia usług serwisowych, jak i porozumień w zakresie, w jakim dotyczą wyłącznie dystrybucji nowych pojazdów samochodowych, podstawowym kryterium ilościowym wyłączenia jest udział w rynku właściwym. W rozporządzeniu z 2003 r. dla wszystkich objętych nim porozumień, z wyjątkiem porozumień ustanawiających systemy dystrybucji selektywnej jakościowej (podlegających wyłączeniu niezależnie od udziału ich stron w rynku), przewidziany był procentowy próg udziału w rynku właściwym sprzedaży towarów objętych porozumieniem, dotyczący dostawcy i grupy kapitałowej, do której należał dostawca (§ 4). W przypadku porozumień wertykalnych ustanawiających systemy dystrybucji selektywnej ilościowej nowych pojazdów samochodowych udział ten nie mógł przekraczać 40%, w przypadku pozostałych porozumień – 30%. Z kolei w przypadku porozumień wertykalnych zawierających zobowiązania wyłącznej dostawy obowiązywał dodatkowy próg – próg udziału w rynku właściwym zakupu towarów objętych porozumieniem, dotyczący nabywcy i grupy kapitałowej, do której należał nabywca, który to próg nie mógł przekraczać 30%.

Natomiast w rozporządzeniu z 2010 r. dla wszystkich porozumień wertykalnych w sektorze pojazdów samochodowych w zakresie, w jakim dotyczą wyłącznie dystrybucji części zamiennych oraz

świadczenia usług serwisowych przewidziano próg „podwójny" – 30% po stronie dostawcy i grupy kapitałowej, do której należy dostawca, oraz 30% po stronie nabywcy i grupy kapitałowej, do której należy nabywca (§ 7). Jeśli zaś chodzi o porozumienia wertykalne w sektorze pojazdów samochodowych w zakresie, w jakim dotyczą wyłącznie dystrybucji nowych pojazdów samochodowych, to § 8 rozporządzenia z 2010 r. wzorowany jest na omówionym wyżej § 4 rozporządzenia z 2003 r.

Rozporządzenie z 2010 r. w § 9 określa w analogiczny sposób jak rozporządzenie z 2003 r. zasady czasowego utrzymania wyłączenia, jeżeli udziały w rynku po zawarciu porozumienia wertykalnego w sektorze pojazdów samochodowych wzrastają ponad wskazane wyżej progi. Również sposób obliczania udziałów w rynku przewidziany w § 10 rozporządzenia z 2010 r. stanowi powtórzenie przepisów rozporządzenia z 2003 r. dotyczących tej kwestii.

Pozostałe warunki wyłączenia, tj. warunki jakościowe, w porównaniu z zawartymi w rozporządzeniu z 2003 r. uległy zmianie przede wszystkim o tyle, o ile zostały przyporządkowane tylko do jednej grupy porozumień objętych rozporządzeniem. I tak, warunek polegający na konieczności umieszczenia w porozumieniu tzw. klauzuli przeniesienia praw i obowiązków[21] (postanowienia, że dostawca zgadza się na przekazanie praw i zobowiązań wynikających z tego porozumienia innemu dystrybutorowi działającemu w ramach systemu dystrybucji, wybranemu przez tego dystrybutora) ograniczony został do porozumień wertykalnych w sektorze pojazdów samochodowych, w zakresie dystrybucji nowych pojazdów samochodowych (§ 11 rozporządzenia z 2010 r.). Podobnie warunek polegający na konieczności umieszczenia w porozumieniu klauzuli o wypowiedzeniu porozumienia (postanowienie, że wypowiedzenie porozumienia przez dostawcę może zostać dokonane wyłącznie w formie pisemnej, z podaniem szczegółowego uzasadnienia rozwiązania porozumienia) dotyczy obecnie porozumień wertykalnych w sektorze pojazdów samochodowych, w zakresie dystrybucji nowych pojazdów samochodowych (§ 12 rozporządzenia z 2010 r.). Warunki dotyczące okresu, na jaki porozumienie zostało zawarte, w § 13 rozporządzenia z 2010 r. ograniczono do porozumień zawartych przez dostawcę nowych pojazdów samochodowych z dystrybutorem, podczas gdy w rozporządzeniu z 2003 r. dotyczyły one porozumień zawartych przez dostawcę nowych pojazdów samochodowych z dystrybutorem lub autoryzowanym warsztatem.

Wreszcie, w przypadku warunku zapewnienia niezależnym uczestnikom rynku przez dostawcę pojazdów samochodowych dostępu do informacji technicznej, sprzętu diagnostycznego i innego wyposażenia, narzędzi, włącznie z odpowiednim oprogramowaniem, lub szkoleń, wymaganych do wykonywania usług serwisowych dotyczących pojazdów samochodowych, lub podejmowania kroków zmierzających do skutecznej ochrony środowiska, poszerzono otwarty katalog niezależnych uczestników rynku (§ 14 st. 4). Umieszczono w nim producentów części zamiennych. Zmiana ta została zaproponowana przez Koalicję na Rzecz Prawa do Naprawy na etapie konsultacji projektu rozporządzenia z 2010 r. Propozycja Koalicji została uwzględniona w dalszych pracach legislacyjnych nad rozporządzeniem[22].

Klauzule, których występowania w porozumieniu wertykalnym w sektorze pojazdów samochodowych nie uznaje się za naruszenie art. 6 ust. 1 uokik z 2007 r., określono w rozdziale 3 rozporządzenia z 2010 r. (§§ 15–16). W porównaniu z tzw. klauzulami dozwolonymi z rozporządzenia z 2003 r. w przepisach § 15 rozporządzenia z 2010 r. występują dwie różnice. Po pierwsze, § 15 pkt 4 potwierdza,

[21] Por. R. Pożdzik [w:] T. Skoczny, A. Jurkowska, D. Miąsik (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 571.

[22] Por. uzasadnienie projektu rozporządzenia z 2010 r.; uokik.gov.pl/download.php?plik=9037 (ostatni dostęp 24.03.2012 r.), s. 6.

że dopuszczalne jest zobowiązanie dystrybutora nowych pojazdów samochodowych do podawania ostatecznym użytkownikom, przed zawarciem umowy sprzedaży, nazw i adresów autoryzowanych warsztatów oraz – jeżeli żaden z tych autoryzowanych warsztatów nie znajduje się w pobliżu punktu sprzedaży – do informowania ostatecznych użytkowników, w jakiej odległości od punktu sprzedaży znajdują się takie warsztaty, o ile podobne zobowiązania dotyczące udzielania takich informacji zostały nałożone na wszystkich dystrybutorów działających w systemie dystrybucji, których warsztat nie działa w tym samym miejscu co ich punkt sprzedaży. W przepisie § 11 pkt 4 rozporządzenia z 2003 r. adresatów tej klauzuli nie ograniczono do dystrybutorów nowych pojazdów samochodowych, była w nim mowa generalnie o dystrybutorach (przy czym należało pamiętać o definicji dystrybutora zawartej w „słowniczku"). Po drugie, w rozporządzeniu z 2010 r. nie wymienia się już wśród klauzul, których występowania w porozumieniu wertykalnym w sektorze pojazdów samochodowych nie uznaje się za naruszenie zakazu porozumień ograniczających konkurencję, klauzuli o obowiązku używania przez warsztat oryginalnych części zamiennych, dostarczanych przez dostawcę.

Z kolei w § 16 rozporządzenia z 2010 r. podstawowa różnica w stosunku do rozporządzenia z 2003 r. sprowadza się do tego, że klauzule wymienione w § 16 dotyczą wyłącznie zobowiązań dystrybutora w dystrybucji nowych pojazdów samochodowych, podczas gdy poprzednio dotyczyły one zobowiązań dystrybutora lub warsztatu w dystrybucji nowych pojazdów samochodowych i części zamiennych oraz świadczeniu usług serwisowych. W rezultacie w § 16 rozporządzenia z 2010 r. brak jest w szczególności klauzul zobowiązujących do:

a) wykonywania napraw gwarancyjnych, bezpłatnych usług serwisowych lub usług serwisowych dokonywanych w ramach kampanii serwisowych dotyczących pojazdów samochodowych objętych porozumieniem i pojazdów odpowiadających pojazdom objętym porozumieniem;

b) informowania klientów, w sposób ogólny, o zakresie, w jakim części zamienne z innych źródeł mogą być używane do wykonywania usług serwisowych dotyczących pojazdów samochodowych objętych porozumieniem i pojazdów im odpowiadających;

c) informowania klientów o użyciu, w ramach usługi serwisowej dotyczącej pojazdów samochodowych objętych porozumieniem i pojazdów odpowiadających pojazdom objętym porozumieniem, innych niż oryginalne części zamiennych.

Czy omówione powyżej zmiany skutkują tym, że w porozumieniach wertykalnych w sektorze pojazdów samochodowych nie będzie można umieszczać żadnych klauzul, których w porównaniu z rozporządzeniem z 2003 r. zabrakło w rozporządzeniu z 2010 r.? Na powyższe pytanie nie można udzielić odpowiedzi twierdzącej. Katalog klauzul zawarty w rozdziale 3 rozporządzenia z 2010 r. nie jest zamknięty, lecz ma charakter przykładowy. Jeśli dana klauzula w konkretnym stanie faktycznym nie będzie naruszać warunków z rozdziału 2 rozporządzenia z 2010 r., a przy tym nie będzie klauzulą wymienioną w rozdziale 4 rozporządzenia z 2010 r., to będzie klauzulą dozwoloną[23].

W zakresie klauzul, których występowanie w porozumieniu wertykalnym w sektorze pojazdów samochodowych stanowi naruszenie zakazu porozumień ograniczających konkurencję (§§ 17–23), rozporządzenie z 2010 r. wykazuje kilka różnic w stosunku do rozporządzenia z 2003 r. W § 17 rozporządzenia z 2010 r. powielono z rozporządzenia z 2003 r. trzy klauzule niweczące wyłączenie porozumienia: klauzulę dotyczącą minimalnych lub sztywnych cen sprzedaży, klauzulę dotyczącą

[23] *Ibidem*, s. 5-6.

ograniczenia obszaru lub kręgu klientów oraz klauzulę dotyczącą ograniczenia wzajemnych dostaw. Natomiast dwie niedozwolone klauzule o ograniczeniu aktywnej lub pasywnej sprzedaży przez członków systemu dystrybucji selektywnej, działających na szczeblu sprzedaży detalicznej na rynkach, na których stosuje się dystrybucję selektywną, odnoszące się osobno do

a) sprzedaży nowych samochodów osobowych lub lekkich samochodów ciężarowych, części zamiennych do wszystkich pojazdów samochodowych lub świadczenia usług serwisowych dotyczących wszystkich pojazdów samochodowych ostatecznym użytkownikom oraz

b) sprzedaży nowych pojazdów samochodowych, innych niż samochody osobowe lub lekkie samochody ciężarowe, ostatecznym użytkownikom,

sprowadzono do jednej klauzuli dotyczącej ograniczenia aktywnej lub pasywnej sprzedaży nowych pojazdów samochodowych, części zamiennych lub świadczenia usług serwisowych ostatecznym użytkownikom przez członków systemu dystrybucji selektywnej, działających na szczeblu sprzedaży detalicznej na rynkach, na których stosuje się dystrybucję selektywną.

Klauzule „czarne" porozumień wertykalnych w sektorze pojazdów samochodowych (zarówno niweczące wyłączenie całego porozumienia, jak i te, które nie niweczą wyłączenia reszty porozumienia) w zakresie, w jakim dotyczą wyłącznie sprzedaży nowych pojazdów samochodowych, w §§ 18 i 21 rozporządzenia z 2010 r. zachowano w niezmienionym kształcie. Natomiast katalog klauzul „czarnych" porozumień w zakresie, w jakim dotyczą wyłącznie sprzedaży części zamiennych oraz świadczenia usług serwisowych, w porównaniu z katalogiem z rozporządzenia z 2003 r. uległ kilku zmianom. Po pierwsze, brak obecnie wśród klauzul „czarnych" (niweczących wyłączenie całego porozumienia) klauzuli dotyczącej ograniczenia uprawnienia autoryzowanego warsztatu do zawężenia swojej działalności do dystrybucji części zamiennych oraz świadczenia usług serwisowych.

Po drugie, brak również w katalogu klauzul „czarnych" (niweczących wyłączenie całego porozumienia) klauzuli dotyczącej ograniczenia uprawnienia dystrybutora lub autoryzowanego warsztatu do zaopatrywania się w oryginalne części zamienne lub części zamienne o porównywalnej jakości u przedsiębiorców innych niż dostawca oraz do wykorzystywania ich do świadczenia usług serwisowych dotyczących pojazdów samochodowych. Natomiast nową klauzulą „czarną" niemającą swego odpowiednika w rozporządzeniu z 2003 r. jest klauzula dotycząca ograniczenia prawa dostawcy do sprzedaży części zamiennych użytkownikom końcowym, zakładom naprawczym lub innym usługodawcom, którym nabywca nie powierzył napraw lub serwisowania towarów wyprodukowanych z użyciem tych części. Klauzula ta zapisana w przepisie § 19 pkt 4 rozporządzenia z 2010 r. nie ma odpowiednika również w rozporządzeniu nr 461/2010 (podczas gdy § 19 pkt 1–3 wyraźnie nawiązują do art. 5 lit. a–c rozporządzenia nr 461/2010). W uzasadnieniu rozporządzenia z 2010 r. odrębności takie motywowano specyfiką polskiego sektora pojazdów samochodowych[24].

Po trzecie, w katalogu klauzul „czarnych", które niweczą wyłączenie całego porozumienia tylko, gdy nie można ich oddzielić od porozumienia jako całości, brak obecnie klauzuli dotyczącej bezpośredniego lub pośredniego ograniczenia uprawnienia autoryzowanego warsztatu do świadczenia usług serwisowych odnoszących się do pojazdów pochodzących od konkurentów dostawcy.

Po czwarte, w katalogu, o którym mowa, inny kształt ma obecnie klauzula „czarna" zakazująca bezpośrednio lub pośrednio wytwarzania, zakupu, sprzedaży lub odsprzedaży pojazdów samochodowych

[24] *Ibidem*, s. 2.

lub świadczenia usług serwisowych po upływie okresu, na jaki porozumienie zostało zawarte. Obecnie klauzulą „czarną" jest taki zakaz adresowany do nabywcy (§ 20 pkt 3 rozporządzenia z 2010 r.), czyli dystrybutora lub warsztatu, podczas gdy pod rządami rozporządzenia z 2003 r. chodziło o zakaz adresowany do dystrybutora lub autoryzowanego warsztatu. Poza tym obecnie zakaz taki nie jest klauzulą „czarną", jeżeli – w zakresie, w jakim klauzula ta dotyczy wyłącznie sprzedaży części zamiennych oraz świadczenia usług serwisowych – jej obowiązywanie:

a) dotyczy towarów uznawanych za substytuty towarów objętych porozumieniem oraz

b) jest ograniczone do lokalu lub obszaru, na którym nabywca prowadzi działalność w trakcie obowiązywania porozumienia, oraz

c) jest niezbędne do ochrony know-how przekazanego przez dostawcę nabywcy

– a czas jej obowiązywania jest ograniczony do roku po wygaśnięciu porozumienia, z wyjątkiem możliwości nałożenia ograniczenia, które nie ma limitu czasowego na używanie i ujawnianie know-how.

Po piąte, w rozporządzeniu z 2010 r. zupełnie inny kształt ma klauzula „czarna", która niweczy wyłączenie całego porozumienia tylko wtedy, gdy nie można jej oddzielić od porozumienia jako całości, a która dotyczy sprzedaży części zamiennych lub świadczenia usług serwisowych. W rozporządzeniu z 2003 r. klauzula ta dotyczyła wyznaczenia warsztatowi w jakikolwiek sposób obszaru funkcjonowania w systemie dystrybucji selektywnej. Obecnie, zgodnie z § 22 rozporządzenia z 2010 r., klauzulą naruszającą zakaz porozumień ograniczających konkurencję jest klauzula, która bezpośrednio lub pośrednio zakazuje konkurowania na czas nieokreślony lub dłuższy niż pięć lat (przy czym zakaz konkurowania, który jest w sposób milczący odnawiany po upływie pięciu lat, jest uważany za zawarty na czas nieokreślony), chyba że nabywca sprzedaje towary objęte porozumieniem w lokalu lub na terenie, których właścicielem, wieczystym użytkownikiem, dzierżawcą lub najemcą jest dostawca lub które dostawca wynajmuje lub dzierżawi od osób trzecich niezwiązanych z nabywcą, a okres trwania takiego zobowiązania nie przekracza okresu zajmowania przez nabywcę tego lokalu lub terenu.

Zgodnie z § 24 ust. 1 rozporządzenia z 2010 r., do porozumień wertykalnych w sektorze pojazdów samochodowych podlegających wyłączeniu na podstawie rozporządzenia Rady Ministrów z 19.11.2007 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję, które nie spełniały warunków wyłączenia określonych w rozporządzeniu z 2010 r., zastosowanie miały przepisy dotychczasowe do czasu dostosowania tych porozumień do przepisów rozporządzenia z 2010 r., jednak nie dłużej niż w okresie przejściowym sześciu miesięcy od dnia jego wejścia w życie, czyli do 10.05.2011 r. Wskazany przepis o charakterze intertemporalnym uregulował zasady stosowania wyłączenia do porozumień, które zostały zawarte przed 10.11.2010 r. Przedsiębiorcy, których sytuacja – na skutek wejścia w życie rozporządzenia z 2010 r. – uległa zmianie na niekorzyść w ten sposób, że zawarte przez nich porozumienia w nowym stanie prawnym przestały podlegać wyłączeniu, mieli sześciomiesięczny termin na modyfikację tych porozumień. Natomiast uznać należy, że wszelkie zmiany porozumień zawartych przed 10.11.2010 r., dokonywane w nich po tej dacie, podlegają ocenie przez pryzmat przepisów rozporządzenia z 2010 r.

Korzystne dla przedsiębiorców jest również rozwiązanie zawarte w § 24 ust. 2 rozporządzenia z 2010 r., zgodnie z którym jeżeli, w przypadku porozumień, o których mowa w § 24 ust. 1 rozporządzenia z 2010 r., przekroczenie progów udziału w rynku, o których mowa w §§ 7 i 8 rozporządzenia z 2010 r., nastąpiło przed dniem wejścia w życie rozporządzenia z 2010 r. (tj. przed 10.11.2010 r.), przyjmuje się, że miało ono miejsce po raz pierwszy w dniu jego wejścia w życie (tj. w 10.11.2010 r.).

Rozporządzenie z 2010 r. przyjęto na okres do 31.05.2013 r. Po upływie tego terminu porozumienia wertykalne w sektorze pojazdów samochodowych będą podlegały regułom wyłączenia spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję określonym w rozporządzeniu Rady Ministrów z 30.03.2011 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję[25], przyjętym na okres do 31.05.2023 r. Ponieważ jednak ustawodawca w uzasadnieniu rozporządzenia z 2010 r. przewidział, że dla rynku części zamiennych i usług serwisowych konieczne będzie utrzymanie odrębnych postanowień o klauzulach niedozwolonych (na wzór art. 5 rozporządzenia nr 461/2010)[26], niezbędne będzie przyjęcie nowego rozporządzenia, które obowiązywałoby od 1.06.2013 r. Ustawodawca unijny był pod tym względem bardziej zapobiegliwy – art. 8 zd. 2 rozporządzenia nr 461/2010 stanowi, że traci ono moc dopiero 31.05.2023 r.

III. Zmiana zarządzenia w sprawie nadania statutu UOKiK w roku 2010

W dniu 20.12.2010 r. Prezes Rady Ministrów przyjął zarządzenie Nr 96 zmieniające zarządzenie Nr 146 Prezesa Rady Ministrów z 23.12.2008 r. w sprawie nadania statutu Urzędowi Ochrony Konkurencji i Konsumentów[27]. Powyższe zarządzenie zmieniające weszło w życie z dniem ogłoszenia (23.12.2010 r.), z mocą od 1.12.2010 r. W statucie Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (UOKiK) wprowadzono następujące zmiany:

1) ze struktury Centrali UOKiK usunięto jedną z komórek organizacyjnych, mianowicie Samodzielne Stanowisko do spraw Audytu Wewnętrznego;

2) wskazano, że organizację wewnętrzną i szczegółowy zakres zadań oraz tryb pracy Centrali i delegatur UOKiK określa regulamin organizacyjny nadany przez dyrektora generalnego (podczas gdy uprzednio nadawał go Prezes UOKiK na wniosek dyrektora generalnego);

3) usunięto ze statutu postanowienia dotyczące Gospodarstwa Pomocniczego działającego uprzednio przy UOKiK jako jednostka wyodrębniona pod względem organizacyjnym i finansowym.

Ostatnia z wymienionych zmian wiąże się z likwidacją Gospodarstwa Pomocniczego UOKiK. Likwidacja, o której mowa, przeprowadzona została na podstawie ustawy z 27.08.2009 r. – Przepisy wprowadzające ustawę o finansach publicznych[28]. Zgodnie z art. 87 ust. 1 pkt 1 tej ustawy, „z dniem 31 grudnia 2010 r. zakończeniu ulega likwidacja: państwowych zakładów budżetowych i gospodarstw pomocniczych państwowych jednostek budżetowych". Z kolei z art. 89 ust. 1 ww. ustawy wynika, że gospodarstwo pomocnicze państwowej jednostki budżetowej likwiduje kierownik jednostki budżetowej, przy którym funkcjonowało gospodarstwo. Pozostałe po likwidacji składniki majątkowe, należności i zobowiązania zlikwidowanego gospodarstwa pomocniczego przejmuje jednostka budżetowa, przy której funkcjonowało gospodarstwo, przy czym przejęcie następuje na podstawie protokołu zdawczo-odbiorczego (art. 89 ust. 4 ww. ustawy). Gospodarstwo Pomocnicze UOKiK zlikwidowano z dniem 30.11.2010 r., a jego dotychczasowe zadania przejął UOKiK[29].

[25] Dz.U. Nr 81, poz. 441.

[26] Uzasadnienie projektu rozporządzenia z 2010 r.; uokik.gov.pl/download.php?plik=9037 (ostatni dostęp 24.03.2012 r.), s. 4.

[27] Zarządzenie zmieniane opublikowano w: M.P. Nr 97, poz. 846; natomiast zarządzenie zmieniające opublikowano w: M.P. Nr 99, poz. 1169.

[28] Dz.U. Nr 157, poz. 1241, z późn. zm.

[29] Najwyższa Izba Kontroli Departament Gospodarki, Skarbu Państwa i Prywatyzacji, *Informacja o wynikach kontroli wykonania w 2010 roku budżetu państwa w części 53 Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów*, Warszawa 2011, s. 4-5.

IV. *Soft law* Prezesa UOKiK w roku 2010

Prezes UOKiK – podobnie jak Komisja Europejska – publikuje dokumenty („Wyjaśnienia"), które nie mają charakteru prawnie wiążącego, niemniej jednak fakt ich opublikowania należy interpretować w ten sposób, iż Prezes UOKiK będzie stosował się do nich. I tak, w roku 2008 Prezes UOKiK opublikował „Wyjaśnienia w sprawie ustalania wysokości kar pieniężnych za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję"[30], a w roku 2009 – „Wyjaśnienia w sprawie ustalania wysokości kar pieniężnych za stosowanie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów"[31]. Natomiast w roku 2010 Prezes UOKiK opublikował „Wyjaśnienia w sprawie kryteriów i procedury zgłaszania zamiaru koncentracji Prezesowi UOKiK", które jednak w Dzienniku Urzędowym UOKiK ukazały się dopiero w 2011 r.[32]

W Wyjaśnieniach omówiono kryteria zgłoszenia zamiaru koncentracji Prezesowi UOKiK, procedurę notyfikacji zamiaru koncentracji Prezesowi UOKiK oraz sankcje za niezgłoszenie zamiaru koncentracji i uchybienie innym przepisom związanym z koncentracjami. Wyjaśnienia stanowią niemal 70-stronicowy „podręcznik", przygotowany w odpowiedzi na liczne prośby przedsiębiorców o interpretację przepisów o kontroli koncentracji. Opracowaniu Wyjaśnień przez Prezesa UOKiK przyświecał zamysł, by Wyjaśnienia zwiększyły wśród zainteresowanych przedsiębiorców poziom wiedzy na temat obowiązku zgłaszania zamiaru koncentracji, jak również ułatwiły interpretację przepisów regulujących procedurę notyfikacji zamiaru koncentracji[33]. Publikacja Wyjaśnień powinna usprawnić przygotowywanie zgłoszeń zamiaru koncentracji, a tym samym przyspieszyć wydawanie decyzji w sprawach koncentracji. Podkreślenia natomiast wymaga, że o ile wspomniane wyżej Wyjaśnienia w sprawie ustalania wysokości kar pieniężnych są niejednokrotnie przywoływane przez Prezesa UOKiK w uzasadnieniach jego decyzji (w zakresie, w jakim Prezes UOKiK objaśnia sposób ustalenia wysokości kary), o tyle nie zdarza się, aby Wyjaśnienia dotyczące koncentracji były wskazywane w jakimkolwiek kontekście w uzasadnieniach decyzji w sprawach koncentracji.

[30] Dz.Urz. UOKiK z 2008 r. Nr 4, poz. 33.

[31] Dz.Urz. UOKiK z 2009 r. Nr 1, poz. 1.

[32] Dz.Urz. UOKiK z 2011 r. Nr 1, poz. 1; dalej jako Wyjaśnienia.

[33] http://www.uokik.gov.pl/wyjasnienia_w_sprawie_zglaszania_koncentracji.php (ostatni dostęp 24.03.2012 r.).

Anna Piszcz*

Przegląd polskiego orzecznictwa antymonopolowego za lata 2010-2011 (cz. I)

Spis treści:

I. Uwagi wprowadzające
II. Orzecznictwo z roku 2010 dotyczące nadużywania pozycji dominującej
III. Orzecznictwo z roku 2010 dotyczące porozumień ograniczających konkurencję
IV. Orzecznictwo z roku 2010 dotyczące kontroli koncentracji

I. Uwagi wprowadzające

W niniejszym opracowaniu zostanie dokonany przegląd orzecznictwa antymonopolowego Sądu Najwyższego (SN), Sądu Apelacyjnego w Warszawie (SA w Warszawie) oraz Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (SOKiK). W pierwszej części przeglądu omówione zostaną wybrane orzeczenia wydane w roku 2010, natomiast w drugiej części przeglądu (przeznaczonej do publikacji w iKAR 2/2012)– wybrane orzeczenia z roku 2011.

Żaden z wymienionych wyżej sądów nie publikuje statystyk dotyczących orzecznictwa antymonopolowego, ani zbiorów orzeczeń wydanych w sprawach antymonopolowych. Relatywnie najlepszy dostęp do swego orzecznictwa zapewnia Sąd Najwyższy, w którego bazie internetowej można przeglądać orzeczenia według podziału na poszczególne Izby Sądu[1]. Z tego też źródła pochodzą wyroki SN, o których mowa będzie w niniejszym opracowaniu. Jeden z objętych przeglądem wyroków SOKiK opublikowany został w Dzienniku Urzędowym Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (UOKiK). Pozostałe objęte niniejszym przeglądem wyroki – zarówno SOKiK, jak i SA – pochodzą ze źródeł Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych (CSAR).

Własną statystykę wyroków sądowych wydanych w poszczególnych latach w sprawach antymonopolowych prowadzi Prezes UOKiK i jest ona publikowana w jego corocznych sprawozdaniach z działalności. Zgodnie ze „Sprawozdaniem z działalności 2010”[2] w roku 2010 w sprawach antymonopolowych zapadło 68 wyroków, to jest 41 wyroków SOKiK (w tym 3 wyroki uchylające decyzje Prezesa UOKiK i 11 wyroków zmieniających decyzje Prezesa UOKiK), 21 wyroków SA w Warszawie oraz 6 wyroków SN. Najliczniejsze było orzecznictwo dotyczące zakazu nadużywania pozycji dominującej (łącznie 44 wyroki, w tym wszystkie 6 wyroków SN), zaś najmniej liczne – orzecznictwo dotyczące kontroli koncentracji przedsiębiorców (3 wyroki SOKiK). Niektóre z wyroków dotyczyły przepisów poprzednio obowiązującej ustawy z 15.12.2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (uokik z 2000 r.)[3]. Zaprezentowana w nich wykładnia prawa antymonopolowego w większości przypadków

* Dr nauk prawnych; adiunkt w Katedrze Prawa Gospodarczego Publicznego Wydziału Prawa Uniwersytetu w Białymstoku; radca prawny.

[1] http://pub.sn.pl/orzeczenia.nsf/wybor?openform (ostatni dostęp 24.03.2012 r.). Ponadto SN publikuje zbiór OSNP (Orzecznictwo Izby Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw Publicznych Sądu Najwyższego).

[2] Plik do pobrania na stronie: http://www.uokik.gov.pl/sprawozdania_z_dzialalnosci_urzedu.php (ostatni dostęp 10.03.2012), s. 27, 29.

[3] Tekst jedn. Dz. U. z 2005 r. Nr 244, poz. 2080, ze. zm.

zachowuje jednak aktualność i pod rządami ustawy z 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (uokik z 2007 r)[4].

II. Orzecznictwo z roku 2010 dotyczące nadużywania pozycji dominującej

Analizę orzecznictwa dotyczącego nadużywania pozycji dominującej warto rozpocząć od **wyroku SN z 18.02.2010 r. (III SK 24/09)[5] w sprawie Regionalnego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w Tychach S.A.** (powódka), oddalającym skargę kasacyjną powódki, w którym odniósł się m.in. do koncepcji nadużycia pozycji dominującej oraz do pojęcia ceny nadmiernie wygórowanej. W sprawie tej Prezes UOKiK decyzją z 7.03.2007 r. (RKT-7/2007) uznał za ograniczającą konkurencję praktykę polegającą na bezpośrednim narzucaniu odbiorcom z terenu gminy Lędziny nadmiernie wygórowanej ceny za dostarczoną wodę (art. 8 ust. 2 pkt 1 uokik z 2000 r.)[6] oraz narzucaniu uciążliwych i przynoszących nieuzasadnione korzyści warunków umów o zaopatrzenie w wodę poprzez obciążanie odbiorców w cenie za dostarczaną wodę kosztami nadmiernych ubytków wody w sieci przesyłowej (art. 8 ust. 2 pkt 6 uokik z 2000 r.)[7]. Prezes UOKiK nałożył na powódkę karę pieniężną w wysokości 150.000 zł. Powódka wniosła odwołanie od tej decyzji, które zostało oddalone wyrokiem SOKiK z 28.12.2007 r. (XVII Ama 51/07). Powódka zaskarżyła wyrok SOKiK apelacją, która została oddalona wyrokiem SA w Warszawie z 20.12.2008 r. (VI ACa 413/08). W skardze kasacyjnej od wyroku SA w Warszawie powódka wywodziła m.in., że powiązanie przez Prezesa UOKiK braku należytej staranności w dążeniu do zmniejszenia strat wody z koncepcją nadużycia pozycji dominującej stoi w sprzeczności z poglądem, zgodnie z którym nadużycie pozycji dominującej jest zachowaniem o charakterze obiektywnym, niezależnym od stopnia zawinienia. Sąd Najwyższy potwierdził, że **koncepcja nadużycia pozycji dominującej ma charakter obiektywny**, podobnie jak cel porozumienia ograniczającego konkurencję. Zdaniem Sądu, nie oznacza to jednak, że element subiektywny nie może być brany pod uwagę przy kwalifikowaniu zachowania przedsiębiorcy jako praktyki ograniczającej konkurencję, z tym że jego stwierdzenie nie jest konieczne do przypisania przedsiębiorcy celu lub skutku w postaci ograniczenia konkurencji, zwłaszcza w przypadku praktyk o charakterze eksploatacyjnym.

W tym samym wyroku SN wyjaśnił, że **ceną nadmiernie wygórowaną jest cena, która obiektywnie jest istotnie za wysoka dla danego towaru w ustalonych w konkretnej sprawie warunkach rynkowych**. Pojęcia ceny nadmiernie wygórowanej nie należy jednak, w opinii Sądu, utożsamiać z samą wysokością marży zysku, czy też rentownością stosującego ją podmiotu, gdyż – podobnie jak w analizowanej sprawie – ceną taką może być cena zapewniająca niewielki zysk, jeżeli jej kalkulacja będzie uwzględniała zbyt wysoki poziom kosztów. Po drugie, cen nadmiernie wygórowanych nie należy utożsamiać z każdym przypadkiem stosowania cen wyższych od cen stosowanych przez konkurentów. Zdaniem SN, **w warunkach gospodarki rynkowej stosowanie praktyki polegającej na narzucaniu cen nadmiernie wygórowanych można stwierdzać wyjątkowo**, w szczególności w przypadku praktyk przedsiębiorstw działających w warunkach monopolu sieciowego. W analizowanej

[4] Dz. U. Nr 50, poz. 331, ze. zm.

[5] OSNP 2011/15-16/222.

[6] Jego odpowiednikiem jest art. 9 ust. 2 pkt 1 uokik z 2007 r.

[7] Jego odpowiednikiem jest art. 9 ust. 2 pkt 6 uokik z 2007 r.

sprawie Prezes UOKiK zarzucił stosowanie takiej praktyki podmiotowi będącemu monopolistą na rynku lokalnym. Oceniając, czy stosowana cena jest nadmiernie wygórowana, należy zdaniem SN uwzględniać łącznie metodę kosztową (pozwalającą zestawić stosowaną cenę z kosztami wytworzenia towaru) oraz metodę porównawczą (pozwalającą weryfikować, czy w kalkulacji ceny uwzględniono rozsądne koszty). Sąd Najwyższy uznał przeprowadzoną w sprawie analizę porównawczą za wystarczającą do stwierdzenia, że powód dopuścił się praktyki opisanej w sentencji decyzji Prezesa UOKiK.

Praktyka polegająca na narzucaniu nieuczciwych cen była również przedmiotem **wyroku SOKiK z 10.05.2010 r. (XVII Ama 92/08)[8] w sprawie Stalexport Autostrada Małopolska S.A.** (powódka), którym Sąd oddalił odwołanie powódki od decyzji Prezesa UOKiK z 25.04.2008 r. (RKT-9/2008)[9]. Decyzją tą Prezes UOKiK nakazał powódce zaniechanie praktyki polegającej na nadużywaniu pozycji dominującej na rynku odpłatnego umożliwiania przejazdu odcinkiem autostrady A-4 Katowice-Kraków poprzez narzucanie nieuczciwych cen za przejazd płatnym odcinkiem autostrady w wysokości określonej w cenniku opłat w czasie remontu tego odcinka autostrady powodującego znaczne utrudnienia w ruchu pojazdów. Działanie wynikające z posiadania przez powódkę pozycji dominującej na rynku, a polegające na pobieraniu opłat za przejazd odcinkiem autostrady płatnej w pełnej wysokości, w sytuacji, gdy istotne części tego odcinka nie odpowiadały normatywnym cechom autostrady płatnej, zostało uznane za praktykę z art. 9 ust. 2 pkt 1 uokik z 2007 r. Prezes UOKiK nałożył na Stalexport Autostrada Małopolska S.A. karę pieniężną w wysokości 1.300.000 zł. W wyroku SOKiK ustosunkował się do twierdzenia powódki, iż opłata za przejazd autostradą nie jest ceną w rozumieniu przepisów uokik, lecz ma charakter daniny publicznej. SOKiK uznał, że w sytuacji, gdy opłaty za przejazd autostradą pobiera spółka, która zawarła umowę o budowę i eksploatację albo wyłącznie eksploatację autostrady, na warunkach określonych w umowie, opłaty za przejazd autostradą pobrane przez spółkę stanowią jej przychód, a nie przychód państwa, jednostek samorządu terytorialnego, państwowych funduszy celowych czy innych jednostek sektora finansów publicznych. Brak jest zatem podstaw do uznania opłat za daninę publiczną. **Opłata stanowi świadczenie wzajemne za usługę umożliwienia przejazdu autostradą, jest więc ceną w rozumieniu art. 4 pkt 8 i art. 9 ust. 2 pkt 1 uokik z 2007 r.**

W tym samym wyroku SOKiK zajmował się kwestią wyznaczenia rynku właściwego. Zdaniem SOKiK, Prezes UOKiK prawidłowo uznał, że **rynkiem właściwym w ujęciu produktowym jest rynek odpłatnego umożliwiania przejazdu odcinkiem autostrady** A-4 Kraków-Katowice. Dla odpłatnego umożliwiania przejazdu odcinkiem autostrady A-4 Katowice-Kraków brak jest, w ocenie SOKiK, substytutów. Cechy autostrady zdefiniowane w przepisach prawa w istotny sposób odróżniają przejazd autostradą od przejazdu drogą publiczną nieposiadającą charakteru autostrady. Fakt, że konsumenci godzą się ponosić opłatę, której nie musieliby ponosić, poruszając się innymi drogami, daje podstawę do domniemania faktycznego, że nie uważają oni takich dróg za substytut płatnej autostrady. Za substytut nie można również uznać połączeń kolejowych, gdyż nie umożliwiają one podróżowania wraz z pojazdem, co istotnie odróżnia je produktowo. Sąd uznał, że na określonym przez Prezesa UOKiK rynku właściwym powódka posiadała udział 100%, z uwagi na brak innego połączenia autostradowego pomiędzy Krakowem i Katowicami.

[8] Dz. Urz. UOKiK 2010, nr 3, poz. 20.

[9] Powódka wniosła apelację od omawianego wyroku. Wyrokiem z 31.05.2011 r. (VI ACa 1028/10) SA w Warszawie oddalił apelację.

Powyższe podejście SOKiK wpisuje się w linię orzeczniczą dotyczącą **wąskiego wyodrębniania rynku właściwego**. Należy do niej również **wyrok SA w Warszawie z 21.04.2010 r. (VI ACa 1092/09) w sprawie Grupy Kupców Ziemi Łódzkiej sp. z o.o.** W sprawie tej decyzją z 30.04.2008 r. (RŁO 16/2008) Prezes UOKiK umorzył, jako bezprzedmiotowe, postępowanie antymonopolowe wszczęte (na wniosek) przeciwko Grupie Kupców Ziemi Łódzkiej sp. z o.o. pod zarzutem nadużywania przez spółkę pozycji dominującej na lokalnym rynku dzierżawy (najmu) stanowisk handlowych w hali Zielony Rynek na Placu Barlickiego w Łodzi. Prezes UOKiK wskazał, iż przesłanką umorzenia postępowania jest brak pozycji dominującej spółki na rynku właściwym. Wnioskodawcy wnieśli odwołanie od decyzji do SOKiK, zaś SOKiK wyrokiem z dnia 15.05.2009 r. (XVII Ama 64/08) uchylił zaskarżoną decyzję. Apelacja od wyroku SOKiK wniesiona przez pozwanego Prezesa UOKiK została oddalona przez SA w Warszawie. Zdaniem tego Sądu, **organ antymonopolowy powinien dążyć do wyodrębnienia rynku właściwego w sprawie – zarówno w wymiarze produktowym, jak i geograficznym – w sposób możliwie wąski**. Sąd Apelacyjny w Warszawie podzielił pogląd SOKiK, iż Prezes UOKiK nie wyizolował rynku właściwego w sposób na tyle wąski, na ile było to możliwe. Określając zasięg terytorialny rynku właściwego jako obejmujący trzy targowiska działające w danym rejonie, Prezes UOKiK w zbyt małym stopniu skupił się na ustaleniu różnic występujących pomiędzy tymi targowiskami.

W kwestii zarówno **praktyk polegających na narzucaniu nieuczciwych cen, jak i wyznaczania rynku właściwego,** na uwagę zasługuje również **wyrok SN z 17.03.2010 r. (III SK 40/09)[10] w sprawie TP S.A.** (powódka), którym SN uchylił wyrok SA w Warszawie z 27.05.2009 r. (VI ACa 1407/08) i przekazał sprawę do ponownego rozpoznania. W sprawie tej Prezes UOKiK decyzją z 24.05.2004 r. (RPZ-10/2004) uznał za ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz nadużywania pozycji dominującej na lokalnych rynkach udostępniania (wydzierżawiania) kanalizacji teletechnicznej w Polsce praktykę powódki polegającą na narzucaniu dzierżawcom nieuczciwych cen dzierżawy, których wysokość została ustalona w drodze ujednolicenia cen stosowanych w skali kraju, z pominięciem lokalnych warunków budowy i eksploatacji oraz stopnia wykorzystania tej kanalizacji przez sieci samej powódki oraz innych dzierżawców. Prezes UOKiK nakazał zaniechanie stosowania tej praktyki oraz nałożył na powódkę karę pieniężną w wysokości 14.150.000 zł.

Sąd Najwyższy nie uznał zachowania powódki, polegającego na ujednoliceniu zasad ustalania cen, za przejaw narzucania nieuczciwych cen. Zdaniem Sądu, **przedsiębiorca działający na rynku właściwym w postaci terytorium całego kraju nie ma obowiązku dostosowywania struktury cen swoich towarów do kosztów ponoszonych na rynkach lokalnych** oraz uwzględniania w każdym przypadku sytuacji konkurencyjnej na rynku lokalnym lub regionalnym. Jednocześnie SN uznał, że w zakresie, w jakim zachowania powódki wymierzone byłyby w dzierżawców oferujących, przy wykorzystaniu należącej do niej kanalizacji teletechnicznej, usługi konkurencyjne względem jej usług, kanalizacja teletechniczna może być urządzeniem kluczowym. Jednakże ustaleń koniecznych do stwierdzenia nadużycia pozycji dominującej o takim charakterze nie da się, zdaniem Sądu, przeprowadzić w ramach abstrakcyjnej analizy rynku właściwego.

Po drugie, SN odrzucił podejście metodologiczne Prezesa UOKiK do zdefiniowania rynku właściwego. Pod względem geograficznym za rynek właściwy Prezes UOKiK uznał „lokalne rynki udostępniania kanalizacji teletechnicznej w Polsce". Takie wyznaczenie rynku podyktowane było ujednoliceniem

[10] OSNP 2011/19-20/266.

przez powódkę stawek za dzierżawę kanalizacji teletechnicznej w skali całego kraju oraz dysponowaniem przez powódkę kanalizacją teletechniczną na terenie całego kraju. **Rynek właściwy został więc zdeterminowany przez przyjętą przez organ antymonopolowy koncepcję ograniczenia konkurencji w danej sprawie, co zdaniem SN było nieprawidłowe i nieuprawnione**. Według SN w analizowanej sprawie rynkiem właściwym powinien być krajowy rynek udostępniania kanalizacji teletechnicznej ze względu na: działalność powódki na terytorium całego kraju i posiadanie kanalizacji teletechnicznej na terenie całego kraju, udostępnianie kanalizacji teletechnicznej na terenie całego kraju oraz ujednolicenie zasad naliczania czynszu z tytułu dzierżawy kanalizacji teletechnicznej.

W tym samym wyroku SN zajmował się również relacją pomiędzy interwencją Prezesa UOKiK a interwencją regulatora sektorowego, jakim jest Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej (UKE). Zdaniem SN, **jeżeli z decyzji Prezesa UKE wynika, że przedsiębiorca ma zachowywać się w sposób sprzeczny z wynikającym z decyzji Prezesa UOKiK obowiązkiem zaniechania stosowania praktyki, decyzja Prezesa UKE wywołuje ten skutek, że zachowanie przedsiębiorcy uznane przez Prezesa UOKiK za praktykę ograniczającą konkurencję staje się dozwolonym ograniczeniem konkurencji**. Przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nie stosuje się do ograniczeń konkurencji dopuszczonych na podstawie odrębnych ustaw (tak art. 3 uokik z 2007 r. i uprzednio art. 3 pkt 1 uokik z 2000 r.).

Relacja interwencji regulatora sektorowego i interwencji Prezesa UOKiK była przedmiotem analizy SN również w innej sprawie TP S.A. (powódka) zakończonej **wyrokiem SN z 17.03.2010 r. (III SK 41/09)**[11], którym Sąd oddalił skargę kasacyjną powódki. W sprawie tej Prezes UOKiK decyzją z 29.12.2006 r. (DOK-166/06) m.in. uznał za ograniczającą konkurencję w rozumieniu art. 8 ust. 2 pkt 4 uokik z 2000 r.[12] praktykę powódki polegającą na uzależnianiu zawarcia umowy od przyjęcia lub spełnienia przez drugą stronę innego świadczenia, niemającego rzeczowego ani zwyczajowego związku z przedmiotem umowy na krajowym rynku świadczenia usług detalicznego dostępu szerokopasmowego do Internetu, poprzez uzależnianie zawarcia umowy o świadczenie usługi szerokopasmowego dostępu do Internetu od korzystania z usługi telefonicznej świadczonej przez powódkę w oparciu o analogową linię telefoniczną. Powódka wniosła odwołanie od decyzji, które SOKiK oddalił wyrokiem z 28.02.2008 r. (XVII Ama 52/07)[13]. Apelacja powódki od tego wyroku została oddalona wyrokiem SA w Warszawie z 29.01.2009 r. (VI ACa 1202/08). Jednym z argumentów podnoszonych przez powódkę w środkach zaskarżenia było to, że wszelkie zmiany dokonywane w jej ofercie zostały zaakceptowane ostatecznymi decyzjami administracyjnymi przez Prezesa UKE i że Prezes UOKiK naruszył kompetencje Prezesa UKE. Sąd Najwyższy uznał, że **uprzednie działanie regulatora wyłącza możliwość podjęcia interwencji przez Prezesa UOKiK w zakresie, w jakim interwencja ta dotyczyłaby kwestii będących przedmiotem decyzji Prezesa UKE**. W stanie faktycznym analizowanej sprawy niedopuszczalne byłoby uznanie przez Prezesa UOKiK za praktykę ograniczającą konkurencję zatwierdzonych przez Prezesa UKE cenników (taryf). Natomiast w sprawie tej uznano

[11] Zob. S. Syp, *Intersection between the scopes of activities of two regulators – shall prior actions taken by one regulator, in particular the President of the Office of Electronic Communications, exclude the ability to intervene by the President of the Office of Competition and Consumer Protection? Case comment to the judgment of the Supreme Court of 17 March 2010 – Telekomunikacja Polska S.A. (Ref. No. III SK 41/09)*, Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies 2011, vol. 4(5), s. 261.

[12] Jego odpowiednikiem jest obecnie art. 9 ust. 2 pkt 4 uokik.

[13] Dz. Urz. UOKiK 2008, nr 2, poz. 18.

za praktykę ograniczającą konkurencję nie samą sprzedaż przez powódkę poszczególnych planów taryfowych, lecz brak w ofercie powódki planu obejmującego wyłącznie dostęp telekomunikacyjny.

W tym samym wyroku SN zajmował się problematyką **transakcji wiązanych** (uzależniania zawarcia umowy od przyjęcia lub spełnienia przez drugą stronę innego świadczenia, niemającego rzeczowego ani zwyczajowego związku z przedmiotem umowy). Sąd stwierdził brak związku pomiędzy usługą szerokopasmowego dostępu do sieci Internet a usługą połączeń telefonicznych. Zdaniem Sądu, są to dwa odrębne od siebie towary (usługi), pomiędzy którymi nie istnieje relewantny związek. Związek zwyczajowy może wynikać z praktyki rynkowej, ale z wyłączeniem sytuacji, gdy źródłem tej praktyki jest wyłącznie zachowanie dominanta. Co więcej, w ocenie Sądu, niewystarczające jest wykazanie związku zwyczajowego poprzez odwołanie się do praktyk stosowanych na rynkach zagranicznych, ponieważ zwyczajem relewantnym dla art. 8 ust. 2 pkt 4 uokik z 2000 r. jest zwyczaj przyjęty na rynku właściwym (rynkach właściwych), na którym dochodzi do wiązania.

Przedmiotem szeregu wyroków wydanych w roku 2010 były **praktyki polegające na przeciwdziałaniu rozwojowi konkurencji**. Należy do nich m.in. **wyrok SN z 18.02.2010 r. (sygn. akt III SK 28/09)[14] w sprawie TP S.A.** (powódka), którym SN uchylił wyrok SA w Warszawie z 20.11.2008 r. (VI ACa 384/08)[15] i przekazał sprawę do ponownego rozpoznania. W sprawie tej Prezes UOKiK w punkcie I sentencji decyzji z 30.05.2006 r. (DOK-53/06) uznał działanie powódki polegające na podwyższeniu opłaty za połączenia telefoniczne do numerów 0.708 1xx xxx na krajowym rynku dostępu do usług krajowych i międzynarodowych połączeń telefonicznych na numerach 0.708 1xx xxx, za praktykę ograniczającą konkurencję określoną w art. 8 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 2 pkt 5 uokik z 2000 r.[16] oraz w art. 82 TWE[17]. Prezes UOKiK nałożył na powódkę karę pieniężną w wysokości 12.187.650 zł. Odwołanie powódki zostało oddalone wyrokiem SOKiK z 27.12.2007 r. (XVII Ama 90/06). Na skutek apelacji powódki, Sąd Apelacyjny w Warszawie zmienił wyrok SOKiK, tj. zmienił decyzję Prezesa UOKiK w punkcie I w ten sposób, że uznał działanie powódki polegające na podwyższeniu opłaty za połączenia telefoniczne do numerów 0.708 1xx xxx **z równoczesnym obniżeniem opłat za połączenia międzynarodowe dostępne w planach taryfowych powódki** za praktykę ograniczającą konkurencję na rynku dostępu do stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej dla usług krajowych i międzynarodowych połączeń telefonicznych na numerach 0.708 1xx xxx, o której mowa w art. 8 ust. 1 w związku z art. 8 ust. 2 pkt 5 uokik z 2000 r. oraz w art. 82 TWE. Skargi kasacyjne od wyroku SA w Warszawie zostały wniesione do SN zarówno przez Prezesa UOKiK, jak i przez powódkę. Sąd Najwyższy nie podzielił poglądu powódki o naruszeniu art. 8 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 2 pkt 5 uokik z 2000 r. Zdaniem Sądu, skuteczne sformułowanie zarzutu naruszenia art. 8 ust. 2 pkt 5 uokik z 2000 r. wymaga – zwłaszcza w postępowaniu kasacyjnym – przedstawienia odpowiedniej argumentacji wskazującej, że w ustalonych w sprawie okolicznościach faktycznych oraz na podstawie zgromadzonych dowodów opisane przez Prezesa UOKiK zachowanie przedsiębiorcy nie mieści się w przesłankach zastosowania tego przepisu, to jest – poza posiadaniem pozycji dominującej (1) nie stanowi przeciwdziałania ukształtowaniu się warunków niezbędnych (2) dla powstania lub rozwoju konkurencji.

[14] OSNP 2011/17-18/243.

[15] Dz. Urz. UOKiK 2009, nr 1, poz. 8.

[16] Jego odpowiednikiem jest obecnie art. 9 ust. 1 w zw. z art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik z 2007 r.

[17] Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską; obecnie art. 102 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE); Dz. U. z 2004 r. Nr 90, poz. 864/2, ze. zm.

Zdaniem Sądu, powódka powinna zamieścić w skardze kasacyjnej wywód wskazujący na nieprawidłową subsumcję art. 8 ust. 2 pkt 5 uokik z 2000 r. ze względu na to, że – z uwagi na treść praktyki – podniesienie ceny usługi połączeń nie zagraża dalszemu funkcjonowaniu na rynku hurtowym przedsiębiorców konkurujących z powódką w zakresie świadczenia na rzecz jej abonentów usług połączeń krajowych i międzynarodowych. W przepisie art. 8 ust. 2 pkt 5 uokik z 2000 r. była bowiem **mowa o „warunkach niezbędnych" dla rozwoju konkurencji, a więc takich warunkach, bez których działanie konkurentów na rynku byłoby niemożliwe bądź nieopłacalne**.

Natomiast przyczyną uchylenia wyroku SA w Warszawie okazała się kwestia proceduralna. Powódka zarzuciła zaskarżonemu wyrokowi m.in. naruszenie art. 321 § 1 k.p.c. („Sąd nie może wyrokować co do przedmiotu, który nie był objęty żądaniem, ani zasądzać ponad żądanie"), poprzez dokonanie zmiany decyzji Prezesa UOKiK, podczas gdy powódka o taką zmianę nie wnosiła. Sąd Najwyższy uznał, że zmiana podstawy prawnej decyzji Prezesa UOKiK, bądź uznanie – przez sądy orzekające w sprawie z odwołania – opisanej w sentencji decyzji praktyki jako praktyki ograniczającej konkurencję w rozumieniu innego przepisu ustawy niż powołany w decyzji, czyli przyjęcie jako podstawy prawnej rozstrzygnięcia sprawy innego przepisu ustawy, niż wskazany w odwołaniu lub decyzji Prezesa UOKiK, nie stanowi naruszenia art. 321 k.p.c. Dopuszczalność zmiany kwalifikacji prawnej zachowania przedsiębiorcy, włącznie z rozszerzeniem jej o inne przepisy ustawy (z zastrzeżeniem wymogu zbieżności okoliczności stanu faktycznego i zakwestionowanego w sentencji decyzji Prezesa UOKiK zachowania przedsiębiorcy z punktu widzenia przesłanek praktyki ograniczającej konkurencję innej niż wskazana w decyzji organu ochrony konkurencji) nie rozciąga się na zmianę w toku postępowania sądowego treści zachowania przedsiębiorcy, uznanego za praktykę ograniczającą konkurencję. Zatem sądy orzekające w sprawie z odwołania od decyzji Prezesa UOKiK nie mogą przypisać odwołującemu się przedsiębiorcy innej praktyki niż wskazana w decyzji. **Sądy rozpoznające odwołanie mogą zawęzić zakres zachowania przedsiębiorcy zakwalifikowanego przez Prezesa UOKiK jako antykonkurencyjne, ale nie mogą uznać, że przedsiębiorca naruszył konkurencję – dodatkowo – w inny sposób, niż określił to Prezes UOKiK** (np. Prezes UOKiK uznał, że praktyką jest podniesienie cen, a Sąd dodatkowo uznał, że praktyką jest jeszcze odmowa zawarcia umowy, Prezes UOKiK zarzucił nadużycie pozycji dominującej, Sąd przyjął, że przedsiębiorca zawarł również porozumienie ograniczające konkurencję). W świetle wyroku SA w Warszawie podwyższenie opłat dostępowych przez powódkę było praktyką ograniczającą konkurencję tylko w połączeniu z obniżeniem opłat za połączenia wykonywane bezpośrednio w sieci powódki. Jest to innego rodzaju zachowanie niż samo podwyższenie opłat dostępowych wskazane w sentencji decyzji Prezesa UOKiK. Z tych względów SN uznał za uzasadniony zarzut naruszenia art. 321 k.p.c.

Zarówno co do **praktyk polegających na przeciwdziałaniu rozwojowi konkurencji i praktyk dyskryminacyjnych,** jak i w **kwestii proceduralnej (dotyczącej rygoru natychmiastowej wykonalności decyzji Prezesa UOKiK**) na uwagę zasługuje **wyrok SN z 17.03.2010 r. (III SK 33/09)[18] w sprawie PKP Cargo S.A.** (dalej: PKP). W sprawie tej Prezes UOKiK wszczął postępowanie antymonopolowe na wniosek Sped-Pro S.A. z siedzibą w Warszawie (powódka) i decyzją z 31.12.2004 r. (DOK-142/04) m.in.:

[18] OSNP 2011/19-20/265.

– uznał za praktykę ograniczającą konkurencję określoną w art. 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 uokik z 2000 r.[19], nadużywanie pozycji dominującej na krajowym rynku kolejowych przewozów towarowych, przez przyznawanie przez PKP w ramach umów wieloletnich zróżnicowanych wielkości upustów na przewóz węgla kamiennego, kontrahentom o podobnej wartości obrotów i wielkości masy przewiezionych towarów;
– uznał za praktyki ograniczające konkurencję określone w art. 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 oraz art. 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 5 uokik z 2000 r., nadużywanie pozycji dominującej na krajowym rynku kolejowych przewozów towarowych, przez różnicowanie przez PKP w umowach z kontrahentami warunków związanych z możliwością zmiany masy towarów deklarowanej do przewozów w poszczególnych kwartałach oraz deklarowanej rocznej masy towarów;
– nie stwierdził stosowania przez PKP praktyki ograniczającej konkurencję, określonej w art. 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 5 uokik z 2000 r., polegającej na nadużywaniu pozycji dominującej na krajowym rynku kolejowych przewozów towarowych, przez uchylanie się od zawarcia umowy wieloletniej na przewóz węgla kamiennego;
– postanowił nie nadawać decyzji rygoru natychmiastowej wykonalności (punkt XI sentencji).

Odwołania od decyzji Prezesa UOKiK wniesione zostały przez PKP oraz przez powódkę. Wyrokiem z 12.07.2007 r. (XVII Ama 73/05) SOKiK wskutek odwołania powódki zmienił zaskarżoną decyzję w ten sposób, że nadał decyzji w części rygor natychmiastowej wykonalności. Apelacje od wyroku SOKiK wniesione zarówno przez powódkę, jak i przez PKP, zostały oddalone przez Sąd Apelacyjny w Warszawie. Również skargi kasacyjne obu tych podmiotów zostały oddalone przez Sąd Najwyższy. Sąd stwierdził, że **stosowanie praktyki polegającej na narzucaniu niejednolitych lub uciążliwych warunków umów, ustalone i objęte kwalifikacją nadużywania pozycji dominującej na rynku właściwym w rozumieniu art. 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 uokik z 2000 r. (jak w analizowanej sprawie), nie podlega automatycznej kwalifikacji jako nadużycie pozycji dominującej polegające na uchylaniu się przez „dominanta" od zawarcia umowy wieloletniej, według art. 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 5 uokik z 2000 r.** Dodatkową kwalifikację zakazanej praktyki ograniczającej konkurencję powinno uzasadniać dokonanie ustaleń faktycznych innych od tych, które zostały już w całości objęte poprzednią oceną.

W tym samym wyroku SN dokonał wykładni art. 90 uokik z 2000 r.[20], ustanawiającego dwie przesłanki nadania decyzji rygoru natychmiastowej wykonalności – wymóg ochrony konkurencji lub ważny interes konsumentów. Zdaniem Sądu, **istotnym elementem oceny, że zachodzą te przesłanki, było określenie objętych decyzją Prezesa UOKiK praktyk jako praktyk „uznawanych za jedne z najgroźniejszych dla konkurencji"**. Zdaniem Sądu, nienadanie rygoru natychmiastowej wykonalności i dopuszczenie dalszego stosowania tych praktyk aż do uprawomocnienia się decyzji spowodowałoby – ze względu na ich uciążliwość, zagrożenie konkurencji i dawność ich stosowania (od 2002 r.) – dalsze pogłębianie się negatywnych skutków zarówno dla interesów kontrahentów PKP, jak i podmiotów powiązanych z nim stosunkami umownymi, a także dla interesu publicznego.

Kolejnym wyrokiem dotyczącym **praktyk polegających na przeciwdziałaniu rozwojowi konkurencji** jest **wyrok SN z 3.03.2010 r. (III SK 37/09)[21] w sprawie Gminy Katowice** (powódka).

[19] Ich odpowiednikami są obecnie art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 uokik z 2007 r.

[20] Jego odpowiednikiem jest obecnie art. 90 uokik z 2007 r.

[21] OSNP 2011/19-20/264. Zob. też glosy: M. Sieradzka, *Glosa do wyroku SN z dnia 3 marca 2010 r., III SK 37/09*, LEX/el. 2011; B. Targański, *Freedom of competition or environmental safety – what should a municipality prioritize? Case comment to the judgment of the Supreme Court of 3 March 2010 – Katowice Commune (Ref. No. III SK 37/09)*, "YARS" 2011, nr 4(5), s. 255.

W omawianym wyroku SN odniósł się również do zagadnienia miejsca uokik z 2007 r. w systemie prawa oraz jej relacji z innymi aktami prawnymi. W sprawie tej Prezes UOKiK decyzją z 8.09.2007 r. (RKT-54/2007) uznał za ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 9 ust. 1 i 2 pkt 5 uokik z 2007 r., praktykę powódki polegającą na nadużywaniu pozycji dominującej na rynku działalności organizacyjnej, podejmowanej dla utrzymania porządku i czystości, obejmującym teren Gminy Katowice, poprzez przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji, polegające na narzucaniu przedsiębiorcom ubiegającym się o uzyskanie zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie Gminy Katowice jako miejsca składowania odpadów wyłącznie składowisk w Siemianowicach Śląskich lub w Tychach Urbanowicach. Prezes UOKiK nałożył na powódkę karę pieniężną w wysokości 100.000 zł. Odwołanie powódki zostało uwzględnione przez SOKiK wyrokiem z 4.08.2008 r. (XVII Ama 4/08). W przekonaniu SOKiK uokik z 2007 r. nie może być stosowana w sytuacji, w której przedsiębiorca narusza określone w niej zasady, wykonując obowiązki wynikające z innych przepisów prawa – w przypadku Gminy Katowice, która kierowała się wskazaniami Planu gospodarki odpadami dla województwa śląskiego, z Prawa ochrony środowiska i ustawy o odpadach. Na skutek apelacji Prezesa UOKiK wyrok SOKiK został zmieniony wyrokiem SA w Warszawie z 27.05.2009 r. (VI ACa 1404/08) w ten sposób, że odwołanie powódki od decyzji Prezesa UOKiK zostało oddalone. Sąd Apelacyjny w Warszawie uznał, że Planowi gospodarki odpadami dla województwa śląskiego (mającego postać uchwały Sejmiku Województwa, a nie ustawy) nie należy przypisywać mocy bezwzględnie obowiązującej, a tym samym praktyki Gminy Katowice opisanej w sentencji decyzji Prezesa UOKiK nie można uznać za praktykę nakazaną przez przepisy innej ustawy. Powódka zaskarżyła wyrok SA w Warszawie skargą kasacyjną, na skutek czego SN uchylił zaskarżony wyrok i przekazał sprawę do ponownego rozpoznania. Sąd wyjaśnił, że uokik znajduje zastosowanie do zachowań przedsiębiorców w takim zakresie, w jakim ustawodawca dopuścił funkcjonowanie mechanizmu rynkowego, pozostawiając uczestnikom rynku autonomię woli w zakresie kształtowania własnych zachowań rynkowych. Zatem w przypadku działalności polegającej na organizowaniu rynku, tak jak w analizowanej sprawie, ustawa znajduje zastosowanie tylko do takich działań organizatora rynku, w zakresie których dysponuje on marginesem swobody. W tym ujęciu **przepisy ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz ustawy o odpadach mogą wpływać na możliwość skutecznego zarzucenia powodowi nadużycia pozycji dominującej na rynku organizowania**. Przepisy innych ustaw mogą bowiem zarówno oddziaływać na zakres praktyk ograniczających konkurencję, jakie Prezes UOKiK może zarzucić przedsiębiorcy, jak i uzasadniać zachowanie przedsiębiorcy, pozbawiając je cech nadużycia pozycji dominującej. Sąd Najwyższy uznał ponadto, że kształtując wymagania, jakie powinien spełniać przedsiębiorca ubiegający się o uzyskanie zezwolenia na odbiór odpadów komunalnych, gmina zobowiązana jest respektować postanowienia wojewódzkiego planu gospodarki odpadami. Według Sądu, gmina nie jest zobligowana do wyznaczania tylko jednego miejsca składowania odpadów, ale z drugiej strony gmina może ograniczyć liczbę składowisk, z których mogą korzystać przedsiębiorcy świadczący na jej terenie usługi odbioru odpadów komunalnych od mieszkańców.

Co do **praktyki polegającej na przeciwdziałaniu rozwojowi konkurencji**, Sąd Najwyższy wyjaśnił w omawianym wyroku, że praktyką, o której mowa w art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik, jest zachowanie przedsiębiorcy posiadającego pozycję dominującą, które uniemożliwia lub utrudnia działalność

konkurentów na dotkniętym rynku właściwym, poprzez stworzenie barier wejścia na rynek lub rozwoju podmiotów już działających na rynku, przy czym chodzi o stworzenie przeszkód o charakterze fundamentalnym, gdyż dotyczących warunków koniecznych dla skutecznego wejścia na rynek lub funkcjonowania na nim. Do stwierdzenia, że przedsiębiorca posiadający pozycję dominującą nadużył jej w sposób sprzeczny z zakazem z art. 9 ust. 1 uokik z 2007 r. nie wystarcza samo ograniczenie swobody działania innego przedsiębiorcy. Zdaniem Sądu, ograniczenie to musi cechować się zdolnością do wywołania rzeczywistego lub potencjalnego (choć logicznie wyjaśnionego) wpływu na parametry konkurencyjnej walki na rynku. Sąd uznał, że w analizowanej sprawie Prezes UOKiK, na którym spoczywa ciężar udowodnienia naruszenia przez przedsiębiorcę reguł konkurencji, nie przeprowadził porównania kosztów świadczenia usług odbioru odpadów komunalnych w przypadku korzystania ze składowisk wskazanych przez powódkę z kosztami świadczenia usług w przypadku korzystania z innych składowisk. Ponadto Prezes UOKiK nie wykazał, by koszty te uniemożliwiały działanie na rynku lub znacząco ograniczały opłacalność funkcjonowania na nim.

Dodać należy, że SA w Warszawie ponownie orzekając w sprawie, wyrokiem z 25.06.2010 r. (VI ACa 613/10) oddalił apelację Prezesa UOKiK.

III. Orzecznictwo z roku 2010 dotyczące porozumień ograniczających konkurencję

Orzecznictwo z roku 2010 dotyczące porozumień ograniczających konkurencję zdominowane było przez orzeczenia dotyczące zakazanych porozumień cenowych (art. 6 ust. 1 pkt 1 uokik z 2007 r.). Jednym z nielicznych orzeczeń dotyczących innego typu zakazanych porozumień jest w**yrok SA z 25.02.2010 r. (VI ACa 61/09) w sprawie Lesaffre Polska S.A.** (powódka)[22]. W sprawie tej Prezes UOKiK decyzją z 29.12.2006 r. (DOK-164/06) uznał za naruszające **zakaz ograniczania dostępu do rynku i eliminowania z rynku przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem** porozumienie pomiędzy powódką a 45 innymi przedsiębiorcami zawarte na krajowym rynku hurtowego obrotu drożdżami piekarskimi, które polegało na zawieraniu przez ww. przedsiębiorców umów handlowych z klauzulą wyłącznego zakupu drożdży piekarskich dostarczanych przez powódkę, którego celem i skutkiem było – według Prezesa UOKiK – ograniczanie dostępu do rynku sprzedaży drożdży piekarskich przedsiębiorcom nieobjętym porozumieniem. Na skutek odwołania powódki wyrokiem z 18.08.2008 r. (XVII Ama 83/07) SOKiK zmienił decyzję Prezesa UOKiK w ten sposób, że stwierdził, że powódka i pozostali uczestnicy postępowania nie zawarli zarzucanego im porozumienia ograniczającego konkurencję. Od wyroku SOKiK Prezes UOKiK wniósł apelację, która została oddalona. Sąd Apelacyjny w Warszawie uznał, że porozumienia wertykalne zawierające klauzulę wyłącznej sprzedaży, mające na celu budowanie sieci dystrybucji towarów jednego producenta, nie należą do klauzul niedozwolonych z mocy prawa, nawet w sytuacji, gdy udział producenta w rynku przekracza 30%. **Wywód Prezesa UOKIK nie może ograniczać się do stwierdzenia, że samo zamieszczenie w umowie klauzuli wyłącznej sprzedaży skutkuje uznaniem, że jej cel był antykonkurencyjny**. Prezes UOKiK powinien przedstawić dowody pozwalające na dokonanie ustaleń co do rzeczywistej sytuacji na rynku właściwym w chwili zawarcia porozumień, a tym samym na analizę możliwego celu ich zawarcia.

[22] Zob. M. Modzelewska De Raad, *More economic approach to exclusivity agreements: how does it work in practice? Case comment to the judgment of the Court of Appeals in Warsaw of 25 February 2010 – Lesaffre Polska (Ref. No. VI ACa 61/09)*, Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies 2011, vol. 4(5), s. 267.

Problematyka antykonkurencyjnego celu porozumienia była przedmiotem analizy również w **wyroku SA z 22.07.2010 r. (VI ACa 1105/09) w sprawie Röben Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i Wspólnicy sp. k.** (powódka). Prezes UOKiK decyzją z 29.06.2007 r. (RWR-20/2007) uznał za porozumienie ograniczające konkurencję na krajowym rynku sprzedaży dachówki ceramicznej ustalanie przez powódkę i 20 innych przedsiębiorców cen odsprzedaży dachówki ,,Röben miedziana" odbiorcom końcowym. Odwołanie powódki od tej decyzji zostało oddalone wyrokiem SOKiK z 7.05.2009 r. (XVII Ama 140/07). Apelacja powódki od tego wyroku również została oddalona. Sąd Apelacyjny w Warszawie uznał, że dla stwierdzenia celu porozumienia konieczne jest zbadanie jego treści. Przy tym cel porozumienia ma być oceniany według kryteriów obiektywnych, a nie subiektywnych zamiarów stron porozumienia. **Jeśli treść porozumienia zawiera oczywiste ograniczenia konkurencji, to nie jest konieczne badanie rzeczywistego zamiaru stron, ani też kontekstu ekonomicznego**. Zdaniem SA w Warszawie, do stwierdzenia antykonkurencyjnego celu porozumienia wystarczy ustalenie, że jego uczestnicy na podstawie wspólnego uzgodnienia ograniczyli swoją swobodę w stosunkach z osobami trzecimi. Zakazany jest sam zamiar zrezygnowania w całości bądź w części ze swej suwerenności w zakresie podejmowania decyzji gospodarczych, w tym swobody ustalania cen z odbiorcami.

Na uwagę zasługuje również **wyrok SOKiK z 10.11.2010 r. (XVII Ama 11/09)[23] w sprawie Przedsiębiorstwa Komunikacji Samochodowej Zielona Góra sp. z o.o.** (powódka), ze względu na poruszone w nim kwestie związane ze specyficznym rodzajem porozumień ograniczających konkurencję, jakim są **uzgodnienia dokonane w jakiejkolwiek formie przez dwóch lub więcej przedsiębiorców lub ich związki** (art. 4 pkt 5 lit. b uokik z 2007 r.). W wyroku tym, oddalającym odwołanie powódki od decyzji Prezesa UOKiK z 20.08.2008 r. (RWR 34/2008), SOKiK wskazał szereg okoliczności wskazujących na istnienie porozumienia tego rodzaju (w analizowanej sprawie – uzgodnień dotyczących cen), jak: zbieżność czasowa wprowadzenia podwyżek cen przez powódkę i drugiego uczestnika porozumienia, identyczna skala podwyżek cen, brak dowodów na prowadzenie przez obu przedsiębiorców analiz ekonomicznych uzasadniających taki, a nie inny poziom podwyżek, oraz istnienie możliwości kontaktowania się uczestników porozumienia bezpośrednio lub przy użyciu środków porozumiewania się na odległość.

Szereg wyroków wydanych w okresie objętym niniejszym przeglądem orzecznictwa zawiera w uzasadnieniach istotne rozważania dotyczące **nakładania kar na przedsiębiorców przez Prezesa UOKiK**, w szczególności w przypadku gdy wyrokiem dokonuje się obniżenia nałożonej uprzednio kary. Wskazać tu warto przede wszystkim **wyrok SA z 12.05.2010 r. (VI ACa 983/09)** w sprawie zawarcia przez 9 przedsiębiorców porozumienia ograniczającego konkurencję na rynku dystrybucji książki „Harry Potter i Zakon Feniksa", a polegającego na bezpośrednim ustalaniu cen ww. książki (a konkretnie ustaleniu, że jej cena detaliczna nie może się różnić od ceny wydrukowanej przez wydawcę na okładce o więcej niż 10%). Decyzja Prezesa UOKiK w tej sprawie wydana 16.03.2005 r. (RKT-17/2005) została zmieniona przez SOKiK poprzez obniżenie wysokości kar pieniężnych nałożonych na poszczególnych dystrybutorów książek; nie dotyczyło to jednak Harbor Point Sp. z o.o., na którą w decyzji nałożono najwyższą karę – w wysokości 590.000 zł. Dopiero SA w Warszawie obniżył karę nałożoną na tę spółkę i to aż o prawie 60%. Sąd uznał karę nałożoną przez Prezesa

[23] Powódka wniosła apelację od omawianego wyroku. Wyrokiem z 6.09.2011 r. (VI ACa 280/11) SA w Warszawie uwzględnił apelację i zmienił zaskarżony wyrok SOKiK w ten sposób, że uchylił decyzję Prezesa UOKiK.

UOKiK za zbyt drastyczną. Między innymi uznał za nieprawidłową rażącą dysproporcję między skalą procentową kary zastosowanej wobec spółki a wskaźnikiem procentowym kary przyjętym wobec następnego uczestnika zmowy, najbardziej winnego spośród dystrybutorów (proporcja ta wyniosła 24,9 do 1). Ponadto Sąd zwrócił uwagę na to, że wymiar kary odniesiony został do przychodu spółki z roku 2004 (rok poprzedzający rok wydania decyzji), który miał poziom zupełnie wyjątkowy. Gdyby jednak Prezes UOKiK ukończył postępowanie antymonopolowe w ustawowo określonym terminie, to za podstawę wymiaru kary przyjąłby znacznie niższy przychód spółki z roku 2003. Zdaniem Sądu okoliczność ta powinna była zostać uwzględniona przy wymiarze kary.

Kolejnym wyrokiem wpisującym się w omawianą wyżej tematykę jest **wyrok SA z 9.11.2010 r. (VI ACa 383/10)** w sprawie zawarcia przez Tikkurila Polska S.A. i 84 innych przedsiębiorców porozumienia cenowego (ustalania w umowach dystrybucyjnych spółki z tymi przedsiębiorcami cen sprzedaży towarów spółki przez dystrybutorów). Na skutek odwołania od decyzji Prezesa UOKiK z 31.12.2007 r. (RKT-79/2007) wniesionego przez jednego z dystrybutorów – Mariusza Sieradzkiego (powód) SOKiK wyrokiem z 3.12.2009 r. (XVII Ama 109/08) obniżył nałożoną na niego karę z 45.360 zł do 12.600 zł. Apelacja powoda od tego wyroku została uwzględniona w ten sposób, że kara obniżona została do kwoty 2.050,40 zł. Sąd Apelacyjny w Warszawie w uzasadnieniu wyroku ocenił jako nieprawidłowy taki sposób ustalania kar, który prowadzi do nieuzasadnionego zróżnicowania ułamków kary maksymalnej przypisanych poszczególnym uczestnikom zakazanego porozumienia. Zdaniem Sądu, w podobnych przypadkach za te same (bądź podobne) naruszenia Prezes UOKiK powinien jako kary wyznaczać ułamki osiągniętych przez poszczególnych przedsiębiorców przychodów w zbliżonej wysokości. W analizowanej sprawie karę nałożoną na powoda obliczono na podstawie jego łącznego przychodu w roku poprzedzającym, a kary nałożone na pozostałych uczestników porozumienia – na podstawie ich przychodów osiągniętych jedynie z tytułu uczestnictwa w porozumieniu. Doprowadziło to do niedopuszczalnego – zdaniem Sądu – zróżnicowania kar od 0,0005% do 1,8% maksymalnego wymiaru kary (w przypadku powoda).

Przegląd orzecznictwa z roku 2010 dotyczącego porozumień ograniczających konkurencję warto zamknąć wzmianką o **wyroku SA w Warszawie z 22.04.2010 r. (VI ACa 607/09) w sprawie ustalania wysokości stawek opłaty interchange pobieranej od transakcji dokonywanych kartami systemu Visa i Mastercard w Polsce**[24]. W sprawie tej Prezes UOKiK decyzją z 29.12.2006 r. (DAR 15/2006) uznał za ograniczające konkurencję i naruszające zakaz, o którym mowa w art. 81 ust. 1 TWE[25] oraz w art. 5 ust. 1 pkt 1 uokik z 2000 r.[26], praktyki polegające na uczestniczeniu przez kilkanaście polskich banków w porozumieniu ograniczającym konkurencję na rynku usług acquiringowych związanych z regulowaniem zobowiązań konsumentów wobec akceptantów z tytułu płatności za nabywane przez konsumentów towary i usługi za pomocą kart płatniczych na terytorium Polski. Prezes UOKiK nałożył na banki kary pieniężne łącznie wynoszące 164.813.460 zł. Na skutek odwołań stron postępowania wyrokiem z 12.11.2008 r. (XVII Ama 109/07) SOKiK uchylił zaskarżoną decyzję. Sąd zarzucił Prezesowi UOKiK m.in. błędne ustalenie rynku właściwego, na którym mogło dojść do praktyki ograniczającej konkurencję. Od wyroku SOKiK Prezes UOKiK wniósł apelację, którą SA w Warszawie uwzględnił. Sąd uchylił wyrok SOKiK i przekazał sprawę SOKiK do ponownego rozpoznania. Na

[24] Zob. K. Tosza, *The very relevant market. Case comment to the judgment of the Court of Appeals in Warsaw of 22 April 2010 – Interchange fee (Ref. No. VI ACa 607/09)*, Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies 2011, vol. 4(5), s. 277.

[25] Obecnie art. 101 ust. 1 TFUE.

[26] Jego odpowiednikiem jest obecnie art. 6 ust. 1 pkt 1 uokik z 2007 r.

uwagę zasługują dwie kwestie poruszone przez SA w Warszawie w uzasadnieniu wyroku. Po pierwsze, Sąd nie uwzględnił zarzutu naruszenia przez SOKiK art. 16 ust. 1 rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003 z 16.12.2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu[27] poprzez wydanie orzeczenia sprzecznego z orzecznictwem Komisji Europejskiej (KE). Sąd Apelacyjny w Warszawie zwrócił uwagę, że decyzja KE z 19.12.2007 r. (COMP/34.579) dotyczyła opłat interchange transgranicznych, a nie krajowych. Brak tożsamości spraw powodował, że nie powstał w analizowanej sprawie nakaz wydania przez sąd krajowy rozstrzygnięcia niesprzecznego z decyzją Komisji. Zdaniem SA w Warszawie, nie oznacza to jednak, by sąd krajowy nie mógł uznać za przekonującą argumentacji KE zaprezentowanej w jej decyzjach, w szczególności tych, których przedmiot jest zbliżony do przedmiotu rozpatrywanej sprawy i na tej zasadzie rozstrzygnąć jej w analizowany sposób. Drugą istotną kwestią był problem zdefiniowania w decyzji Prezesa UOKiK rynku właściwego. Według SA w Warszawie, rynek właściwy został przez Prezesa UOKiK ustalony prawidłowo. Sąd ten nie zgodził się z tezą SOKiK, że banki nie mogą być adresatami decyzji, gdyż nie zawarły porozumienia dotyczącego ustalania cen sprzedaży usług acquiringowych (a rynkiem właściwym pod względem produktowym jest rynek kart płatniczych, a nie wskazany w decyzji rynek usług acquiringowych). Sąd Apelacyjny w Warszawie uznał, że skoro porozumienie banków ma wpływ na konkurencję na rynku usług acquiringowych, to określenie rynku właściwego w decyzji Prezesa UOKiK nie jest obarczone błędem.

IV. Orzecznictwo za rok 2010 dotyczące kontroli koncentracji

W nielicznych orzeczeniach dotyczących kontroli koncentracji przedsiębiorców (trzy wyroki SOKiK) poruszone zostały głównie trzy zagadnienia: kwestia momentu, w którym należy zgłosić zamiar koncentracji, kwestia podania przez zgłaszającego nieprawdziwych danych oraz kwestia bezprzedmiotowości postępowania antymonopolowego w sprawach koncentracji.

Kwestia momentu, w którym należy zgłosić zamiar koncentracji, była przedmiotem analizy w sprawie Województwa Podkarpackiego (powód), w której **wyrokiem SOKiK z 29.10.2010 r. (XVII Ama 153/09)** odwołanie powoda od decyzji Prezesa UOKiK zostało oddalone. Powyższy wyrok zapadł w stanie faktycznym, w którym 18.12.2007 r. Województwo Podkarpackie i Przedsiębiorstwo Państwowe „Porty Lotnicze" utworzyły wspólnego przedsiębiorcę pod firmą Port Lotniczy „Rzeszów-Jasionka" Sp. z o.o. (Spółka). 31.12.2007 r. Spółka została wpisana do Krajowego Rejestru Sądowego. 23.02.2009 r. do Prezesa UOKiK wpłynęło zgłoszenie dokonanej koncentracji. Prezes UOKiK na wniosek założycieli Spółki wszczął postępowanie w sprawie kontroli koncentracji, po czym umorzył je, a następnie wszczął z urzędu postępowanie antymonopolowe w sprawie nałożenia na nich kary pieniężnej, zakończone decyzją z 18.06.2009 r. (DKK-37/09), nakładającą na obu założycieli kary pieniężne. W uzasadnieniu wyroku oddalającego odwołanie SOKiK wskazał, że zamiar koncentracji, polegającej na utworzeniu wspólnego przedsiębiorcy w formie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością należy zgłosić najpóźniej przed dokonaniem wpisu spółki do rejestru przedsiębiorców. Wpis do rejestru jest bowiem ostatnią czynnością, konieczną do utworzenia takiej spółki. Wpis ten ma charakter konstytutywny, co oznacza, że spółka powstaje z chwilą jego dokonania i z tym momentem uzyskuje osobowość prawną. SOKiK nie podzielił poglądu powoda, iż utworzenie Spółki, a następnie

[27] Dz.Urz. UE 2003 L 1/1.

jej dokapitalizowanie poprzez wniesienie aportów stanowiło koncentrację wieloetapową składającą się z wielu wzajemnie uwarunkowanych transakcji zmierzających do jednego celu gospodarczego.

Problematyką podania przez zgłaszającego nieprawdziwych danych SOKiK zajął się w w**yroku z 21.06.2010 r. (XVII Ama 81/09).** W sprawie tej, 28.01.2008 r. do Prezesa UOKiK wpłynęło zgłoszenie zamiaru koncentracji przedsiębiorców, polegającej na przejęciu przez Jeronimo Martins Dystrybucja S.A. (powódka) kontroli nad Plus Discount Sp. z o.o. (Plus), poprzez nabycie przez powódkę 100% udziałów w kapitale zakładowym Plus. Decyzją z 24.09.2008 r. (DKK-76/2008) Prezes UOKiK wydał warunkową zgodę na dokonanie koncentracji. Natomiast postanowieniem z 3.09.2008 r. Prezes UOKiK wszczął z urzędu postępowanie antymonopolowe w sprawie nałożenia kary pieniężnej na powódkę z tytułu podania we wniosku zgłoszenia zamiaru koncentracji nieprawdziwych danych odnoszących się do lokalnego rynku HSD (hipermarketów, supermarketów i dyskontów) zlokalizowanego w promieniu 20, jak i 30 minut jazdy samochodem od placówki handlowej Plus zlokalizowanej w Morągu, poprzez brak ujawnienia Prezesowi UOKiK informacji o toczących się negocjacjach i podpisaniu umowy pomiędzy powódką a Gminną Spółdzielnią „Samopomoc Chłopska" z siedzibą w Morągu w sprawie wynajmu sklepu mieszczącego się w Morągu przy ul. Jagiełły 1. Decyzją z 29.12.2008 r. (DKK-101/08) Prezes UOKiK nałożył na powódkę karę pieniężną w wysokości 100.000 zł na podstawie art. 106 ust. 2 pkt 1 uokik z 2007 r., zgodnie z którym Prezes UOKiK może nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości stanowiącej równowartość do 50.000.000 euro, jeżeli przedsiębiorca ten choćby nieumyślnie w zgłoszeniu, o którym mowa w art. 94 ust. 2 uokik z 2007 r., podał nieprawdziwe dane. Powódka wniosła do SOKiK odwołanie od tej decyzji, które zostało oddalone. W szczególności SOKiK nie zaakceptował zaprezentowanej przez powódkę koncepcji wykładni art. 106 ust. 2 pkt 1 uokik, zgodnie z którą wyrazy „w zgłoszeniu, o którym mowa w art. 94 ust. 2 uokik" oznaczać by miały objęcie zakresem art. 106 ust. 2 pkt 1 uokik jedynie podania nieprawdziwych danych bezpośrednio we wniosku w trakcie jego pierwotnego zgłoszenia. Sąd uznał, że art. 106 ust. 2 pkt 1 uokik obejmuje również podanie nieprawdziwych danych w uzupełnieniu pierwotnego wniosku, po wezwaniu w trybie art. 95 ust. 1 pkt 3 uokik z 2007 r. Uzupełnienie wniosku zmierza bowiem do usunięcia jego wad lub braków dla umożliwienia dalszego postępowania. Działania uzupełniające wniosek podlegają zatem takim samym rygorom jak jego pierwotne zgłoszenie, gdyż dalsze postępowanie prowadzone jest w oparciu o uzupełniony wniosek, jako czynność wszczynającą postępowanie administracyjne.

W**yrok SOKiK z 9.08.2010 r. (XVII Ama 83/09)** zasługuje natomiast na uwagę ze względu na poruszoną w nim kwestię bezprzedmiotowości postępowania antymonopolowego w sprawach koncentracji. Wyrok zapadł w stanie faktycznym, w którym na wniosek Farmacol S.A. (powódka) Prezes UOKiK 7.01.2009 r. wszczął postępowanie antymonopolowe w sprawie zamiaru koncentracji, polegającej na przejęciu przez powódkę kontroli nad Cefarm Białystok S.A. Decyzją z 17.03.2009 r. (DKK-11/09) Prezes UOKiK umorzył to postępowanie jako bezprzedmiotowe. Prezes UOKiK uznał, że zamiar koncentracji musi być skonkretyzowany przez podjęcie czynności prawnych, np. zawarcie umowy przedwstępnej, umowy ramowej, publiczne wezwanie do sprzedaży akcji, czy też, jak w analizowanej sprawie, podjęcie decyzji przez Ministra Skarbu Państwa o przyznaniu wyłączności negocjacyjnej. Skonkretyzowany zamiar koncentracji, zdaniem Prezesa UOKiK, musi istnieć przez cały okres zawisłości sprawy przed organem antymonopolowym, aż do jej rozstrzygnięcia w formie decyzji. Ponieważ w toku postępowania Prezesowi UOKiK stało się wiadome (z informacji powszechnie dostępnych), że powódka utraciła wyłączność na negocjacje z Ministrem Skarbu Państwa, a wyłączność

tę przyznano dwóm konkurentom powódki, Prezes UOKiK uznał, że zaistniała bezprzedmiotowość postępowania uniemożliwiająca mu merytoryczne rozstrzygnięcie sprawy i postępowanie umorzył. Powódka w odwołaniu twierdziła, że – mimo przyznania wyłączności negocjacyjnej jej konkurentom – jej zamiar koncentracji nie przestał być sprecyzowany i realny. Sąd uznał podniesione w odwołaniu zarzuty za zasadne, jednakże odwołanie oddalił. Przyczyną takiego rozstrzygnięcia był fakt, że na skutek ponownego zgłoszenia przez powódkę zamiaru koncentracji decyzją z 30.09.2009 r. (DKK-65/09) Prezes UOKiK wydał bezwarunkową zgodę na koncentrację. SOKiK uznał, że uwzględnienie wniosku odwołania prowadziłoby do dalszego prowadzenia postępowania administracyjnego w sprawie, w której wydanie rozstrzygnięcia uwzględniającego wniosek stało się niemożliwe z uwagi na treść decyzji DKK-65/09. W uzasadnieniu wyroku SOKiK podkreślił również, że Prezes UOKiK nie jest uprawniony do dokonywania ocen realności zamiaru koncentracji np. w oparciu o dotychczasowy przebieg negocjacji.

Czy wciąż potrzebne jest nam krajowe prawo konkurencji? Glosa do wyroku Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 14 lutego 2012 r. w sprawie C-17/10 *Toshiba Corporation i inni przeciwko Úřad pro ochranu hospodářské soutěže*

Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (Trybunał) z 14.02.2012 r. w sprawie C-17/10 *Toshiba Corporation i in. przeciwko Úřad pro ochranu hospodářské soutěže*[1] jest jednym z niewielu wydanych dotychczas przez Trybunał wyroków w sprawach prejudycjalnych dotyczących interpretacji przepisów rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003 z 16.12.2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 TWE[2].

Wyrok ten jest szczególnie interesujący z punktu widzenia stosowania przepisów prawa konkurencji przez organy ochrony konkurencji oraz sądy nowych państw członkowskich, które przystąpiły do Unii Europejskiej (UE) w 1.05.2004 r. Pytania prejudycjalne dotyczyły bowiem międzynarodowego kartelu, który mógł wywrzeć wpływ między innymi na terytorium Republiki Czeskiej, a miał miejsce częściowo przed, a częściowo po przystąpieniu tego państwa do Unii Europejskiej. Pytania te zmierzały do określenia, jakie przepisy powinny mieć zastosowanie do takiego kartelu, a także do sprecyzowania podziału kompetencji do stosowania adekwatnych przepisów pomiędzy Komisję Europejską (KE, Komisja) i organy ochrony konkurencji państw członkowskich.

I. Stan faktyczny sprawy

Przedmiotem sprawy było naruszenie art. 81 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (TWE, obecnie art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej – obecnie TFUE) przez niedozwolone porozumienie przedsiębiorstw. Porozumienie to obejmowało między innymi terytorium Republiki Czeskiej i trwało w okresie zarówno przed akcesją Czech do Unii Europejskiej, jak i po dacie tej akcesji.

W dniu 24.01.2007 r. Komisja Europejska wydała decyzję w odniesieniu do tego porozumienia (sprawa COMP/38.899 – *Rozdzielnice z izolacją gazową*), w której nałożyła na jego uczestników kary pieniężne. W decyzji tej Komisja stwierdziła, że ukarane przedsiębiorstwa uczestniczyły w jednolitym i ciągłym niedozwolonym porozumieniu i naruszyły art. 81 TWE, a czas trwania kartelu ustaliła na okres od 15.04.1988 r. do 11.05.2004 r.

Jeszcze przed wydaniem decyzji przez Komisję – dokładnie 2.08.2006 r. – czeski organ ochrony konkurencji (*Úřad pro ochranu hospodářské soutěže*) wszczął wobec tych samych przedsiębiorstw postępowanie dotyczące naruszenia czeskiej ustawy o ochronie konkurencji. Postępowanie to dotyczyło skutków kartelu na terytorium Republiki Czeskiej i zakończyło się ostatecznie wydaniem decyzji z 26.04.2007 r. Czeski organ ochrony konkurencji stwierdził w tej decyzji, że zakazane porozumienie trwało od 15.04.1988 r. do 3.03.2004 r. i nałożył na uczestniczące w nim przedsiębiorstwa kary pieniężne.

[1] Dotychczas niepublikowany w Zb. Orz. TSUE.

[2] Dz. Urz. UE L 1 z 4.1.2003, str. 1, Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdział 8, tom 2, str. 205; dalej jako: rozporządzenie nr 1/2003 lub rozporządzenie.

Przedsiębiorstwa (dalej także jako: skarżące) wniosły odwołanie od decyzji czeskiego organu ochrony konkurencji do sądu okręgowego w Brnie (*Krajský soud v Brně*). W odwołaniu tym podniosły między innymi, że organ ten błędnie określił koniec kartelu na dzień 3.03.2004 r., czyli na dzień przed przystąpieniem Republiki Czeskiej do UE, podczas gdy kartel trwał również po 1.05.2004 r. Ponieważ kartel stanowił jedno naruszenie, to według skarżących organ krajowy na mocy art. 11 ust. 6 rozporządzenia nr 1/2003 stracił kompetencję do prowadzenia postępowania w sprawie tego kartelu w chwili, gdy postępowanie dotyczące tego porozumienia zostało wszczęte przez Komisję. Skarżące twierdziły też, że prowadzenie postępowania przez organ czeski i wydanie przez ten organ decyzji naruszało zasadę *ne bis in idem*.

Odwołanie zostało rozpatrzone przez sąd okręgowy w Brnie, który orzekł wyrokiem z 25.06.2008 r., że postępowanie czeskiego organu ochrony konkurencji naruszało zasadę *ne bis in idem*. Wyrok ten został jednak zaskarżony przez czeski organ ochrony konkurencji do najwyższego sądu administracyjnego Republiki Czeskiej (*Nejvyšší správní soud*). Sąd ten uchylił wyrok sądu okręgowego i przekazał mu sprawę do ponownego rozpoznania. Najwyższy sąd administracyjny wskazał przy tym, że naruszenie przepisów prawa konkurencji w okresie po przystąpieniu Republiki Czeskiej do UE było formalnie odrębnym naruszeniem i że – zgodnie z podziałem kompetencji wynikającym z art. 11 ust. 6 rozporządzenia nr 1/2003 – ocena tych zachowań w świetle europejskiego prawa konkurencji należy do Komisji i do krajowego organu ochrony konkurencji, przy czym pierwszeństwo ma w tym względzie Komisja.

Sąd okręgowy w Brnie, mimo tego, że analiza prawna dokonana przez najwyższy sąd administracyjny była dla niego wiążąca, powziął wątpliwości dotyczące zasad stosowania europejskich przepisów o ochronie konkurencji do kartelu, którego skutki ujawniły się na terytorium określonego państwa, zarówno w okresie przed, jak i po akcesji tego państwa do Unii Europejskiej. W związku z tymi wątpliwościami sąd ten skierował pytania prejudycjalne do Trybunału Sprawiedliwości.

II. Przepisy materialne a przepisy proceduralne i ich stosowanie z mocą wsteczną

W celu udzielenia odpowiedzi na pytania sądu krajowego, Trybunał w pierwszej kolejności wskazał na konieczność odróżnienia w europejskim prawie konkurencji przepisów materialnych od przepisów proceduralnych i konsekwencje tego rozróżnienia z punktu widzenia możliwości stosowania przepisów z mocą wsteczną.

1. Artykuł 81 TWE i art. 3 ust. 1 rozporządzenia nr 1/2003

W pierwszym pytaniu sąd krajowy chciał uzyskać informację, czy art. 81 TWE i art. 3 ust. 1 rozporządzenia nr 1/2003 należy stosować w państwie członkowskim do zdarzeń, które miały miejsce w okresie przed akcesją tego państwa do Unii Europejskiej.

Trybunał podkreślił, że zarówno art. 81 TWE, jak i art. 3 ust. 1 rozporządzenia nr 1/2003 zawierają przepisy materialne. Co do zasady, przepisów materialnych nie można stosować do zachowań, które miały miejsce przed ich wejściem w życie, co – jak wskazał Trybunał – wynika m.in. z jego wyroków: z dnia 24 marca 2011 r. w sprawie C-369/09 *P ISD Polska i in. przeciwko Komisji*[3] oraz z dnia 22 grudnia 2010 r. w sprawie C-120/08 *Bavaria*[4].

[3] Dotychczas niepublikowany w Zb. Orz. TSUE, pkt 98.

[4] *Ibidem*, pkt 40-41.

Następnie Trybunał rozważył, czy istnieją przesłanki, aby uznać, że art. 81 TWE i art. 3 ust. 1 rozporządzenia należy stosować z mocą wsteczną. Ani z treści, celu, ani też z systematyki art. 81 TWE, art. 3 rozporządzenia nr 1/2003 ani też z Aktu dotyczącego warunków przystąpienia Republiki Czeskiej, Republiki Estońskiej, Republiki Cypryjskiej, Republiki Łotewskiej, Republiki Litewskiej, Republiki Węgierskiej, Republiki Malty, Rzeczypospolitej Polskiej, Republiki Słowenii i Republiki Słowackiej oraz dostosowań w traktatach stanowiących podstawę Unii Europejskiej (tzw. Traktat akcesyjny) nie wynika, aby art. 81 TWE i art. 3 ust. 1 rozporządzenia nr 1/2003 miały być stosowane z mocą wsteczną.

Trybunał podkreślił, że powoływany przez skarżących wyrok z 17.10.1989 r. w sprawach połączonych od 97/87 do 99/87 *Dow Chemical Ibérica i in. przeciwko Komisji*[5] dotyczył stosowania przepisów proceduralnych (odnoszących się do kontroli dokonywanych przez Komisję w pomieszczeniach handlowych przedsiębiorstw), a w żadnym razie nie odnosił się do stosowania materialnych przepisów prawa konkurencji Unii Europejskiej do skutków kartelu, które miały miejsce na terytorium państwa przed jego przystąpieniem do Unii Europejskiej.

W związku z tym, Trybunał uznał, że **w postępowaniu, które zostało wszczęte po 1.05.2004 r., art. 81 TWE i art. 3 ust. 1 rozporządzenia 1/2003 nie znajdują zastosowania do porozumienia przedsiębiorstw, które przed 1.05.2004 r. wywarło skutki na terytorium państwa członkowskiego, które w tym dniu przystąpiło do Unii Europejskiej.**

2. Artykuł 11 ust. 6 rozporządzenia nr 1/2003

Drugie pytanie sądu krajowego dotyczyło wykładni art. 11 ust. 6 rozporządzenia nr 1/2003.

Trybunał w pierwszej kolejności podkreślił, że art. 11 ust. 6 rozporządzenia nr 1/2003 zawiera przepis proceduralny. Przepis ten należy więc stosować na terytorium Republiki Czeskiej, a także innych państw członkowskich, które w tym dniu stały się członkami UE, do postępowań w przedmiocie porozumień antykonkurencyjnych, nawet jeśli naruszenia te miały miejsce przed 1.05.2004 r.[6]

III. Skutki zastosowania art. 11 ust. 6 rozporządzenia nr 1/2003

1. W odniesieniu do okresu przed akcesją danego państwa do Unii Europejskiej

Trybunał słusznie zaznaczył, że art. 11 ust. 6 rozporządzenia nr 1/2003 dotyczy oceny zachowań, do których odnosi się art. 81 TWE. Ponieważ art. 81 TWE w okresie przed 1 maja 2004 r. w ogóle nie miał zastosowania na terytorium Republiki Czeskiej, to logiczne jest, że nie może on stanowić przeszkody dla stosowania krajowych przepisów prawa konkurencji przez organ krajowy w odniesieniu do skutków kartelu, które miały miejsce przed przystąpieniem danego państwa do UE, czyli w przypadku Republiki Czeskiej przed 1 maja 2004 r.

2. W odniesieniu do kompetencji organu ochrony konkurencji państwa członkowskiego

Trybunał podkreślił, że z art. 11 ust. 6 rozporządzenia nie wynika, aby wszczęcie postępowania przez Komisję pozbawiało organy ochrony konkurencji państw członkowskich kompetencji do stosowania krajowych przepisów konkurencji w sposób trwały i ostateczny.

[5] Zb. Orz. 1989, str. 3165.

[6] Wyrok Trybunału z 12.11.1981 r. w sprawach połączonych od 212/80 do 217/80 *Meridionale Industria Salumi i in.*, Zb. Orz. 1981, str. 2735, pkt 9, a także inne orzeczenia przywołane w pkt 47 glosowanego wyroku.

Taka interpretacja tego przepisu wynika między innymi z projektu rozporządzenia. Zgodnie z wersją projektu zawartą w dokumencie COM (2000) 582 wersja ostateczna art. 3 rozporządzenia nr 1/2003 miała stanowić, że do zachowań antykonkurencyjnych, które mogą wpływać na handel między państwami członkowskimi, stosuje się jedynie przepisy prawa konkurencji UE, które wyłączają zastosowanie przepisów krajowego prawa konkurencji. W przeciwieństwie do brzmienia tego projektu, przyjęty art. 3 rozporządzenia nr 1/2003 dopuścił stosowanie do tych samych zachowań zarówno przepisów prawa konkurencji UE, jak i odpowiednich przepisów prawa konkurencji państw członkowskich (pkt 83 wyroku).

Do takiej wykładni art. 11 ust. 6 rozporządzenia nr 1/2003 skłania też brzmienie art. 16 ust. 2 tego rozporządzenia (pkt 84-87 wyroku). Zgodnie z tym ostatnim przepisem organy ochrony konkurencji państw członkowskich, orzekając na mocy art. 81 lub 82 TWE w sprawie porozumień, decyzji lub praktyk antykonkurencyjnych, co do których została już wydana decyzja Komisji, nie mogą wydać decyzji sprzecznych z decyzją Komisji. Przepis ten odnosi się bezpośrednio do zasad stosowania prawa konkurencji Unii Europejskiej. Jednak Trybunał wyraził pogląd, że te same zasady powinny dotyczyć stosowania przez organy ochrony państw członkowskich odpowiednich przepisów prawa krajowego.

W świetle powyższych argumentów Trybunał doszedł do wniosku, że **wszczęcie przez Komisję zgodnie z przepisami rozdziału III rozporządzenia nr 1/2003 postępowania w przedmiocie danego kartelu nie pozbawia organu ochrony konkurencji państwa członkowskiego kompetencji do tego, aby na podstawie odpowiednich przepisów krajowego prawa konkurencji, nałożył na przedsiębiorstwa kary z tytułu antykonkurencyjnych skutków tego samego kartelu, które miały miejsce na terytorium tego państwa członkowskiego w okresie przed jego akcesją do Unii Europejskiej.**

IV. Zastosowanie zasady *ne bis in idem*

Pytanie drugie sądu krajowego dotyczyło częściowo zastosowania zasady *ne bis in idem* w postępowaniach takich, jak kwestionowane przez skarżących postępowanie czeskiego organu ochrony konkurencji.

1. Zastosowanie w czasie

Trybunał podkreślił, że kwestionowane przez skarżących postępowanie czeskiego organu ochrony konkurencji zostało wszczęte w roku 2006, gdy Republika Czeska była członkiem UE. W związku z tym organ krajowy miał obowiązek stosowania tej zasady w prowadzonym postępowaniu, ponieważ stosowanie w czasie zasady *ne bis in idem* w zakresie europejskiego prawa konkurencji zależy od daty wszczęcia postępowania w celu wymierzenia kary, a nie od daty popełnienia czynu.

2. Zakres decyzji Komisji a zakres decyzji organu krajowego

Dla celów stosowania zasady *ne bis in idem* nie ma znaczenia to, że decyzja Komisji dotyczyła kartelu o zasięgu światowym i nie wyłączała ze swojego zakresu *expressis verbis* terytorium Republiki Czeskiej.

Istotne jest, że decyzja ta nie nakładała na uczestników kartelu żadnej kary z tytułu skutków kartelu, które miały miejsce na terytorium Republiki Czeskiej przed 1.05.2004 r., ani z tytułu skutków, które miały miejsce na terytorium innych państw członkowskich, które wstąpiły do UE w tej dacie. Wynikało to wyraźnie ze sposobu obliczania grzywien przyjętego przez Komisję w przedmiotowej

decyzji. Za podstawę tych obliczeń Komisja przyjęła obroty, które uczestnicy kartelu osiągnęli w państwach Europejskiego Obszaru Gospodarczego w 2003 r. Trybunał zauważył też, że z informacji, które przedstawił sąd odsyłający w Brnie, wynikało, że czeski organ ochrony konkurencji w kwestionowanej przez skarżących decyzji wymierzył grzywny wyłącznie z tytułu skutków kartelu na terytorium Republiki Czeskiej w okresie przed 1.05.2004 r. W świetle tych ustaleń, nie doszło do naruszenia zasady *ne bis in idem.*

Biorąc powyższe pod uwagę, Trybunał stwierdził, że **nie narusza zasady *ne bis in idem* organ ochrony konkurencji państwa członkowskiego, gdy wymierza przedsiębiorstwom uczestniczącym w kartelu kary z tytułu skutków, jakie ten kartel wywarł na terytorium tego państwa w okresie przed jego przystąpieniem do UE, a członkowie tego kartelu zostali ukarani na mocy wcześniejszej decyzji Komisji grzywnami, których celem nie było wymierzenie kary z tytułu tych samych skutków.**

V. Najważniejsze problemy prawne poruszone w sprawie

Argumentacja skarżących w niniejszej sprawie zmierzała do ograniczenia możliwości nakładania kar za naruszenia przepisów konkurencji jednocześnie przez Komisję i przez organy krajowe. Trybunał wprawdzie nie podzielił tej argumentacji. Należy jednak zauważyć, że w niniejszej sprawie zostało poruszonych kilka bardzo istotnych kwestii dotyczących zasad stosowania art. 81 i 82 TWE.

1. Stosowanie art. 81 TWE i art. 3 ust. 1 rozporządzenia z mocą wsteczną do okresu przed akcesją danego państwa członkowskiego

Skarżące powoływały się w niniejszej sprawie na brzmienie art. 64 Układu Europejskiego ustanawiającego stowarzyszenie między Wspólnotami Europejskimi i ich państwami członkowskimi, z jednej strony, a Republiką Czeską, z drugiej strony[7], twierdząc że przepis ten był tożsamy z przepisem art. 81 TWE. Miało to oznaczać, że już przed akcesją czeskie prawo konkurencji było dostosowane do art. 81 TWE i chroniło tak naprawdę ten sam interes, co ten przepis Traktatu. W związku z tym, skarżące twierdziły, że stosowanie art. 81 TWE do całego okresu trwania kartelu, także przed akcesją, nie narusza zasady pewności prawa.

Skarżące powoływały się też na wyrok Trybunału z 2.10.1997 r. w sprawie C122/96 *Saldanha i MTS*[8]. Wyrok ten, jak podkreślił Trybunał w pkt 58 glosowanego orzeczenia, dotyczył jednak zastosowania przepisów prawa Unii Europejskiej do przyszłych skutków sytuacji sprzed akcesji. W świetle tego wyroku art. 81 TWE i art. 3 ust. 1 rozporządzenia nr 1/2003 mogłyby mieć zastosowanie do skutków przedmiotowego kartelu na terytorium Republiki Czeskiej, które miały miejsce po 1.05.2004 r. Jednakże z postanowienia sądu odsyłającego wynikało bezsprzecznie, że organ czeski oceniał tylko te skutki kartelu, które miały mieć miejsce na terytorium Republiki Czeskiej przed jej akcesją, a więc nie mógł ocenić ich w świetle art. 81 TWE i art. 3 ust. 1 rozporządzenia nr 1/2003.

[7] Tekst dostępny na stronie: http://www.cie.gov.pl/HLP%5Cfiles.nsf/0/B2A4F6D0D2C08ACFC1256E7B0049ED16/$file/ue.pdf?Open; dalej jako: *Układ Europejski*. Analogiczny przepis zawierał także Układ Europejski ustanawiający stowarzyszenie między Wspólnotami Europejskimi i ich państwami członkowskimi, z jednej strony, a Rzeczpospolitą Polską, z drugiej strony w art. 63.

[8] Zb. Orz. 1997, str. I-5325, pkt 14.

2. Kompetencje Komisji a kompetencje organów ochrony konkurencji państw członkowskich do oceny zachowań z okresu przed i po akcesji

Trybunał słusznie stwierdził, że art. 81 TWE nie miał zastosowania na terytorium Republiki Czeskiej przed 1.05.2004 r. Jednocześnie, Trybunał w pkt 62 wyroku potwierdził, że wyłączna kompetencja do stosowania przepisów krajowego prawa konkurencji, a także przepisów Układu Europejskiego, do 1.05.2004 r. należała do organów krajowych. W niniejszej sprawie, Komisja nie mogła ukarać skarżących w swojej decyzji za skutki kartelu sprzed 1.05. 2004 r. odnoszące się do terytorium Republiki Czeskiej. Komisja nie mogła tego zrobić ani na podstawie art. 81 TWE, ani też na podstawie przepisów układu europejskiego.

3. Zastosowanie art. 11 ust. 6 rozporządzenia nr 1/2003 po akcesji i jego interpretacja

Jednocześnie, słuszne jest stwierdzenie, że art. 11 ust. 6 rozporządzenia nr 1/2003 nie zakazuje wszczęcia postępowania i wydania decyzji na podstawie krajowych przepisów o ochronie konkurencji[9]. Jest to zbieżne z brzmieniem pkt 51 Komunikatu Komisji w sprawie współpracy w ramach sieci organów ochrony konkurencji[10], który wyjaśnia, że po wszczęciu postępowania przez Komisję organ ochrony konkurencji państwa członkowskiego nie może działać na tej samej podstawie prawnej w odniesieniu do tego samego porozumienia tych samych przedsiębiorstw na tym samym właściwym rynku geograficznym i produktowym. Ponadto, art. 11 ust. 6 rozporządzenia dotyczy praktyk, o których mowa w art. 81 TWE i art. 82 TWE. W związku z tym, interpretacja tego przepisu, która powodowałoby automatyczne i trwałe pozbawienie organów państw członkowskich kompetencji do prowadzenia postępowania w stosunku do praktyk, które były przedmiotem decyzji Komisji, ograniczałaby uprawnienia organów krajowych, które wynikają z art. 3 ust. 2 tego rozporządzenia do stosowania w sprawach praktyk jednostronnych bardziej restrykcyjnych przepisów prawnych niż art. 81 TWE.

Ponadto, art. 11 ust. 6 rozporządzenia nr 1/2003 stanowi swego rodzaju wyłączenie od obowiązku organów państw członkowskich (statuowanego w art. 3 ust. rozporządzenia) do równoległego stosowania przepisów Traktatu, gdy stosują przepisy krajowego prawa konkurencji. W przypadku wydania decyzji w odniesieniu do danego porozumienia przez Komisję, obowiązek ten po prostu traci swoje uzasadnienie. W postępowaniu Komisji dotyczącym stosowania art. 101 lub 102 TFUE i wydanej przez nią decyzji przedmiotem ochrony jest interes prawny Unii Europejskiej w postaci ochrony konkurencji na rynku wewnętrznym. Nie jest więc już potrzebne, aby ten sam interes podlegał ochronie w postępowaniu prowadzonym przez organ krajowy poprzez stosowanie przez ten organ przepisów Traktatu.

Taką interpretację art. 11 ust. 6 rozporządzenia nr 1/2003 potwierdza też brzmienie art. 16 ust. 2 tego samego rozporządzenia. Jak wskazała rzecznik w pkt 84 swojej opinii[11] ten ostatni przepis nie pozbawia organów krajowych kompetencji do działania po Komisji, ale zakazuje im przyjęcia stanowiska, które byłoby sprzeczne z wcześniejszą decyzją Komisji. Taka interpretacja jest jak najbardziej zgodna z celem rozporządzenia. W określonych sytuacjach, rozstrzygnięcie krajowego organu ochrony konkurencji nie będzie zagrażać jednolitości stosowania przepisów Traktatu, a jednocześnie pozwoli na realizację innego interesu prawnego chronionego w przepisach krajowego prawa konkurencji.

[9] G. Hirsch, F. Montag, F. J. Sacker, *Competition Law: European Community Practice and Procedure*, London 2008, nb. 4-11-084 oraz 4-11-085.

[10] Dz. Urz. UE C 101 z 27.04.2004 r., str. 43.

[11] Opinia rzecznika generalnego Kokott przedstawiona 8.09.2011 r. w sprawie C-17/10 *Toshiba Corporation i inni przeciwko Úřad pro ochranu hospodářské soutěže,* dotychczas niepublikowana w Zb. Orz. TSUE.

Nie ulega bowiem wątpliwości, że konkurencja na terytorium państwa, które w danym okresie, nie należy do UE, znajduje się poza zakresem stosowania art. 81 i 82 TWE, a więc nie ma znaczenia w postępowaniu prowadzonym przez Komisję stosującą te przepisy Traktatu. W sytuacji kartelu, który oddziaływał częściowo na terytorium Unii, a częściowo poza nim, różne skutki tego kartelu podlegają różnym porządkom prawnym. W tym kontekście można przypomnieć wyrok w sprawach połączonych T-236/01, T-239/01, T-244/01 do T-246/01, T-251/01 oraz T-252/01 *Tokai Karbon przeciwko Komisji*[12], w którym Sąd UE stwierdził, że sankcje nałożone przez Komisję nie miały na celu ochrony tego samego interesu prawnego, co kary nałożone przez organy ochrony konkurencji Stanów Zjednoczonych i Kanady.

Powstaje jednak pytanie, czy analogiczna konkluzja jest uzasadniona na obecnym etapie rozwoju europejskiego prawa konkurencji. Oczywiście w wielu państwach członkowskich przepisy krajowego prawa konkurencji dotyczące porozumień antykonkurencyjnych są bardzo zbliżone do art. 81 TWE. Jednak różnią się one zasadniczym elementem, a mianowicie brakiem przesłanki wpływu na handel pomiędzy państwami członkowskimi. Wydaje się więc, że równoległe stosowanie art. 81 TWE i przepisów krajowych jest uzasadnione. Kolejna wątpliwość co do takiej konkluzji powstaje jednak przy rozważaniach dotyczących zastosowania zasady *ne bis in idem*.

4. Przesłanki stosowania zasady *ne bis in idem* w europejskim prawie konkurencji

Zgodnie z orzecznictwem warunek identyczności danej sprawy, który jest przesłanką zastosowania zasady *ne bis in idem* w europejskim prawie konkurencji, składa się z trzech elementów. Identyczność dotyczyć ma, po pierwsze, aspektu podmiotowego – tożsamość przedsiębiorców, którym zarzucane jest dane zachowanie, po drugie przedmiotu sprawy – to samo zachowanie antykonkurencyjne, a po trzecie tożsamości interesu prawnego, który podlega ochronie[13]. To ostatnie kryterium nie jest jednak stosowane przez Trybunał w innych dziedzinach prawa UE (pkt 116 opinii rzecznika).

Rzecznik generalny Kokott w pkt 117 swojej opinii słusznie podkreśliła: „Taka odmienna wykładnia i stosowanie zasady *ne bis in idem* w zależności od dziedziny prawa jest szkodliwe dla jednolitości porządku prawnego Unii. Z fundamentalnego znaczenia zasady ne bis in idem jako podstawowej zasady prawa Unii w randze prawa podstawowego wynika, że jej treść nie powinna znacznie różnić się w zależności od tego, której dziedziny prawa dotyczy. Dla określenia gwarancyjnej treści zasady *ne bis in idem*, tak jak jest ona obecnie skodyfikowana w art. 50 karty praw podstawowych, w całym prawie Unii we wszystkich jego dziedzinach powinny mieć zastosowanie te same kryteria. Słusznie zwrócił na to uwagę Urząd Nadzoru EFTA.” W związku z tym rzecznik generalny stwierdziła, że „dla określenia *idem* w rozumieniu zasady *ne bis in idem* znaczenie ma wyłącznie tożsamość czynu w rozumieniu materialnym, rozumiana jako istnienie całości, na którą składają się nierozdzielnie ze sobą związane konkretne okoliczności. Innymi słowy musi więc chodzić o ten sam stan faktyczny lub zasadniczo jednakowy stan faktyczny.” (pkt 124 opinii).

Prawidłowa jest konkluzja rzecznika, że warunek tożsamości zdarzeń nie został spełniony w niniejszej sprawie, ponieważ postępowanie Komisji i postępowanie organu czeskiego dotyczyły innych skutków tego samego porozumienia. Podzielił ją też Trybunał w pkt 98 glosowanego wyroku.

[12] Wyrok z 29.04.2004 r. (Zb. Orz. 2004, s. II-1181), pkt 134.

[13] Wyrok z 7.01.2004 r. w sprawach połączonych C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P i C-219/00 P *Aalborg Portland i in. przeciwko Komisji* (Zb. Orz. 2004, s. I-123), pkt 338; podobnie wyrok z 27.09.2006 r. w sprawie T-322/01 *Roquette Frères przeciwko Komisji* (Zb. Orz. 2006, s. II-3137).

Trybunał nie odniósł się jednak do zarysowanych wyżej wątpliwości dotyczących stosowania przesłanki tożsamości chronionego interesu prawnego. Nie wydaje się jednocześnie, aby milczenie Trybunału w tej kwestii oznaczało akceptację dla ujednolicenia stosowania zasady *ne bis in idem* z innymi dziedzinami prawa Unii poprzez wyeliminowanie tej dodatkowej przesłanki. Być może jest to związane z kolejną kwestią, co do której strony postępowania w niniejszej sprawie również wyrażały bardzo różne poglądy.

6. *Ratio legis* równoległego stosowania prawa konkurencji państw członkowskich i art. 81 TWE

Przyjęte przez Trybunał w glosowanym wyroku rozumienie art. 11 ust. 6 rozporządzenia przedstawiały uczestniczące w postępowaniu rządy państw członkowskich i Komisja (pkt 73 opinii). Interesujące jest jednak, że nie tylko skarżące prezentowały w niniejszej sprawie pogląd o tym, że organy państw członkowskich zostają trwale i ostatecznie pozbawione kompetencji do stosowania art. 81 i 82 TWE i przepisów krajowego prawa konkurencji do zachowań antykonkurencyjnych, co do których została wydana decyzja Komisji, a które mogą mieć wpływ na wymianę handlową między państwami członkowskimi. Taki pogląd był też prezentowany przez Urząd Nadzoru EFTA (pkt 72 wyroku).

Argumentacja ta zarysowała bardzo istotny problem. Chodzi mianowicie o zasadnicze pytanie o *ratio legis* utrzymywania i jednoczesnego stosowania europejskich reguł konkurencji i przepisów krajowego prawa konkurencji państw członkowskich. Podnoszone są bowiem wątpliwości, czy interes prawny, który podlega ochronie w przepisach art. 101 i 102 TFUE, jest albo powinien wciąż być odrębny od interesu chronionego w krajowych przepisach prawa konkurencji. Trudno odmówić słuszności takim wątpliwościom w odniesieniu do wielu rynków produktowych. Jednak wciąż istnieją rynki produktowe o charakterze regionalnym lub krajowym i warunki konkurencji na tych rynkach są odmienne w różnych państwach członkowskich, a nawet w różnych regionach. W związku z tym – niezależnie od tego, czy uzasadnione jest utrzymanie kryterium tożsamości chronionego interesu prawnego w zakresie stosowania zasady *ne bis in idem* w europejskim prawie konkurencji – na obecnym etapie rozwoju rynku wewnętrznego, trudno sobie wyobrazić, aby państwa członkowskie były gotowe zrezygnować ze stosowania krajowego prawa konkurencji. Jednocześnie w świetle powyższego, należy stwierdzić, że eliminacja zastosowania krajowego prawa konkurencji nie byłaby korzystna z punktu widzenia jednolitego rynku. Mogłoby to bowiem skutkować przyzwoleniem na rozwój praktyk antykonkurencyjnych na tych rynkach, na których nie może być spełniona przesłanka wpływu na wymianę handlową między państwami członkowskimi. Biorąc pod uwagę ciągły rozwój handlu w ramach Unii, rynki te mogą stopniowo przekształcać się w rynki o charakterze transgranicznym. W interesie UE leży zatem, aby te rynki, które dotychczas zachowały charakter regionalny czy krajowy, były wolne od szkodliwych praktyk antykonkurencyjnych.

7. Zasada stosowania łagodniejszej kary

Skarżące twierdziły, że zasada stosowania łagodniejszej kary wymaga, aby skutki kartelu, które miały miejsce na terytorium Czech przed ich akcesją, oceniać w świetle art. 81 TWE. Jednak nie można zaakceptować takiego rozumowania. W istocie bowiem, jak słusznie stwierdził Trybunał, art. 81 TWE nie obowiązywał na terytorium Republiki Czeskiej przed 1.05.2004 r., podobnie jak art. 3 ust. 1 rozporządzenia. W związku z tym, trzeba uznać, że ani Komisja, ani organ krajowy nie mogły zastosować tych przepisów w odniesieniu do skutków kartelu na terytorium Republiki Czeskiej sprzed 1.05.2004 r., bo byłoby to sprzeczne z zasadą pewności prawa.

Rzecznik generalny w pkt 44 swojej opinii podkreśliła, że przepisów takich jak art. 81 TWE i art. 3 ust. 1 rozporządzenia nie należy stosować z mocą wsteczną, nawet gdyby miało to być korzystne dla zainteresowanego. Chodzi o to, że „zasada pewności prawa wymaga […], by jakiekolwiek okoliczności faktyczne były zwykle, o ile nie postanowiono inaczej, badane w świetle przepisów prawa obowiązujących w czasie, gdy dane okoliczności miały miejsce". Taki wniosek jest uzasadniony, biorąc pod uwagę charakter kar nakładanych na podstawie art. 101 i 102 TFUE. Stosowanie art. 81 TWE z mocą wsteczną mogłoby bowiem naruszać zasadę *nullum crimen, nulla poena sine lege* (do tego problemu odniosła się rzecznik generalny w pkt 48 opinii).

Z glosowanego wyroku wynika, że zasada jednolitego stosowania prawa konkurencji Unii Europejskiej nie ma charakteru bezwzględnego, a jej stosowanie nie może prowadzić do naruszenia innych zasad demokratycznego państwa prawnego. Nie można jednak zaprzeczyć, że stosowanie art. 81 TWE z mocą wsteczną do skutków kartelu, które miały miejsce w państwie członkowskim przed jego akcesją, mogłoby prowadzić do większej jednolitości w ocenie tego samego kartelu przez różne organy i sądy (o tym rzecznik generalny w pkt 54 swojej opinii). W pkt 56 i 57 swojej opinii rzecznik generalny zwróciła uwagę, że: „Zasada retroaktywnego stosowania kary łagodniejszej należy do tradycji konstytucyjnych wspólnych państwom członkowskim i należy uważać ją za część ogólnych zasad prawa Unii. […] Bez wątpienia, czeski organ ochrony konkurencji musiałby więc oceniać antykonkurencyjne skutki spornego kartelu, które wystąpiły w Republice Czeskiej przed dniem 1 maja 2004 r, zgodnie z art. 81 [T]WE i art. 3 ust. 1 rozporządzenia nr 1/2003, jeżeli powodowałoby to zwolnienie z kary lub karę łagodniejszą niż przewiduje to prawo krajowe". Taka sytuacja wydaje się jednak czysto teoretyczna, ponieważ, nawet gdy organ stosuje art. 81 TWE i art. 3 ust. 1 rozporządzenia, to przepisy te nie określają wysokości kar, które może on nałożyć. A więc, nawet gdyby organ krajowy miał stosować do okresu sprzed akcesji art. 81 TWE, to – zgodnie z art. 5 rozporządzenia nr 1/2003 – wymierzane przedsiębiorstwom kary określałoby prawo krajowe (organ krajowy musiałby przy tym przestrzegać zasad ogólnych prawa Unii, w szczególności zasady proporcjonalności). Trudno byłoby jednak wykazać, że kary za określone skutki antykonkurencyjne zakazanych praktyk byłyby niższe, gdyby organ krajowy ocenił te skutki, mimo że dotyczą okresu przed akcesją, w świetle art. 81 TWE, a nie w świetle przepisów krajowych. W związku z tym, potencjalny w tym względzie konflikt pomiędzy zasadą stosowania łagodniejszej kary a zasadą pewności prawa nie wydaje się mieć doniosłego znaczenia praktycznego.

Istotne jest, że zasada stosowania kary łagodniejszej nie może w żadnym razie prowadzić do tego, aby naruszenie oceniał organ, który w momencie popełnienia czynu nie był do tego właściwy (opinia rzecznik generalny, pkt 60).

8. Jednolitość naruszenia art. 81 TWE a karalność jego skutków

W niniejszej sprawie zasadnicze znaczenie ma rozróżnienie na same zachowania przedsiębiorstw i ich antykonkurencyjne skutki. Rzecznik generalny zwróciła uwagę, że zarówno decyzja Komisji, jak i kwestionowana decyzja organu czeskiego odnosiły się do jednolitego i ciągłego naruszenia.

Fakt określenia kartelu jako naruszenia jednolitego i ciągłego nie stoi jednak na przeszkodzie temu, aby do skutków tego kartelu, które miały miejsce lub mogły mieć miejsce w różnym czasie na różnych obszarach geograficznych, stosować różne przepisy. Jeśli więc kartel miał lub mógł mieć wpływ na terytorium danego państwa przed i po jego akcesji, to skutki przed dniem akcesji należy

oceniać w świetle przepisów prawa krajowego obowiązujących w tym czasie, a skutki od dnia akcesji w świetle przepisów prawa Unii Europejskiej. Takie rozstrzygnięcie jest spójne z dotychczasowym orzecznictwem, zgodnie z którym „jedynie do przyszłych skutków stanu faktycznego powstałego w czasie obowiązywania przepisu starego nowe przepisy materialne stosuje się co do zasady bezpośrednio" (pkt 44 opinii).

Wniosek taki jest logiczny tym bardziej, że przy przyjęciu argumentacji skarżących, na obecnym etapie rozwoju europejskiego prawa konkurencji, nie byłoby w ogóle możliwości ukarania przedsiębiorstw za te skutki zachowań aktykonkurencyjnych, które miały lub mogły mieć miejsce na terytorium państw członkowskich przed ich akcesją.

VI. Podsumowanie

Z pewnością odpowiedzi Trybunału na pytania zadane przez sąd czeski mają istotne znaczenie dla spójnego stosowania europejskich reguł konkurencji w nowych państwach członkowskich. Niestety, wyrok Trybunału w sprawie C-17/10 nie dostarczył odpowiedzi na zasadnicze wątpliwości dotyczące tego, czy w dziedzinie prawa konkurencji stosowanie zasady *ne bis in idem* powinno być obwarowane dodatkową przesłanką tożsamości chronionego interesu prawnego. Jednak wyżej opisane problemy i kontrowersje, które pojawiły się w niniejszej sprawie, mogą stanowić krok do przyszłego rozwoju prawa konkurencji w kierunku dalszej harmonizacji i ewentualnego zastąpienia krajowego prawa konkurencji poprzez jeden wspólny system europejskiego prawa konkurencji stosowany zarówno przez Komisję, jak i przez organy ochrony konkurencji państw członkowskich.

Katarzyna Bożekowska-Zawisza
Specjalista w Departamencie Prawa UE MSZ*.

* Glosa prezentuje poglądy autora, które nie mogą być utożsamiane z instytucją, w której jest zatrudniony.

Niech się stanie dywersyfikacja. Decyzja Komisji Europejskiej z 5.10.2011 r. o niewnoszeniu zastrzeżeń do projektu pomocy publicznej na budowę gazoportu w Świnoujściu

Dnia 5.10.2011 r. Komisja Europejska (Komisja, KE) wydała pozytywną decyzję dotyczącą zgłoszonego przez Polskę projektu pomocy publicznej na budowę terminalu regazyfikacyjnego skroplonego gazu ziemnego w Świnoujściu[1]. Decyzja ta zasługuje na uwagę z kilku powodów. Po pierwsze, ze względu na znaczną kwotę zatwierdzonej pomocy – zgodnie z punktem 9 Decyzji, wynosi ona 925 591 117,47 zł. Po drugie – Decyzja została wydana w bardzo krótkim – jak na standardy postępowań notyfikacyjnych – czasie – dokładnie w 2 miesiące, czyli w terminie przewidzianym przez art. 4 ust. 5 rozporządzenia Rady (WE) nr 659/1999 z 22.03.1999 r. ustanawiającego szczegółowe zasady stosowania art. 93 Traktatu WE[2]. Po trzecie – Decyzja znakomicie pokazuje podejście Komisji do planów udzielenia pomocy publicznej na budowę lub rozbudowę infrastruktury energetycznej (konwencjonalnej) z jednej strony, a z drugiej strony – na realizację inwestycji o znaczeniu strategicznym dla zgłaszającego państwa członkowskiego i całej Unii Europejskiej (UE). Kwestie te zostaną przybliżone poniżej.

I. Kilka słów o procedurze

Niewątpliwym sukcesem (zwłaszcza biorąc pod uwagę znaczną kwotę zgłoszonej pomocy) wszystkich podmiotów zaangażowanych w procedurę notyfikacyjną (tak ze strony polskiej, jak i ze strony Komisji) było jej ukończenie w dwumiesięcznym terminie przewidzianym przez ww. przepis art. 4 ust. 5 rozporządzenia nr 659/1999. Wbrew pozorom nie jest to sytuacja powszechna, ponieważ KE nader często zdarza się stosować art. 4 ust. 5 zd. 3 rozporządzenia nr 659/1999 i przesyłać władzom państwa członkowskiego żądanie uzupełniania notyfikacji o „informacje, bez których Komisja nie jest w stanie ocenić zgłoszonego środka". W praktyce nierzadko żądania te, sformułowane w postaci konkretnych pytań dotyczących projektu, mają na celu wyłącznie przedłużenie terminu, który ma Komisja na wydanie decyzji (zgodnie z przywołanym powyżej art. 4 ust. 5 rozporządzenia nr 659/1999, dwumiesięczny termin biegnie od dnia następnego po dniu złożenia kompletnego zgłoszenia, co powoduje, że każdorazowe dostarczenie Komisji dodatkowych informacji powoduje, że termin ten zaczyna bieg od nowa), zaś odpowiedzi na nie sprowadzają się do wskazania, gdzie w pierwotnie przesłanych dokumentach znajdują się żądane informacje. Powodem tego jest przeciążenie Komisji sprawami z zakresu pomocy publicznej, zaś skutkiem – długotrwałość postępowań notyfikacyjnych[3]. Jednak w omawianej sprawie pierwotne zgłoszenie zawierało wszystkie dane, które Komisja uznała za konieczne do oceny zgłoszonego środka i wydania pozytywnej decyzji. Do tej beczki miodu należy jednak dorzucić łyżkę dziegciu – mianowicie należy zauważyć, że notyfikacja została poprzedzona

[1] Decyzja Komisji z 5.10.2011 r. w sprawie SA.31953 (2011/N) – *Polska – Budowa terminalu regazyfikacyjnego skroplonego gazu ziemnego w Świnoujściu*, dostępna pod adresem: http://ec.europa.eu/eu_law/state_aids/comp-2011/sa31953-2011n.pdf; dalej jako „Decyzja".

[2] Dz. Urz. WE L 81 z 27.03.1999 r., s. 1, z późn. zm.

[3] Z nieoficjalnych wyliczeń polskich organów administracji publicznej wynika, że średni czas trwania postępowania notyfikacyjnego przed Komisją Europejską w sprawie planowanej pomocy publicznej, zgłoszonej przez władze polskie, przekracza 1 rok.

kontaktami przedzgłoszeniowymi, czyli tzw. prenotyfikacją, która została wprowadzona i uregulowana w Kodeksie najlepszych praktyk dotyczących przebiegu postępowania w zakresie kontroli pomocy państwa („Kodeks Najlepszych Praktyk")[4]. W omawianej sprawie procedura prenotyfikacyjna trwała znacznie dłużej niż będące jej następstwem postępowanie notyfikacyjne. Warto także zauważyć, że w praktyce nie zdarza się, by Komisja dokonała pierwszego kontaktu ze zgłaszającym państwem członkowskim w przewidzianym w punkcie 13 Kodeksu Najlepszych Praktyk dwutygodniowym terminie od dnia dokonania prenotyfikacji – z doświadczenia Autora wynika, że termin ten wynosi co najmniej dwa miesiące. Należy przy tym podkreślić, że terminy w procedurze prenotyfikacyjnej mają charakter wyłącznie instrukcyjny, nie istnieje bowiem regulacja będąca odpowiednikiem art. 4 ust. 6 rozporządzenia nr 659/1999, pozwalająca po bezskutecznym upływie terminu uznać pomoc za dozwoloną przez Komisję. Z tego powodu procedura ta jest świetnym środkiem do poprawienia statystyk Komisji jeśli chodzi o czas rozpatrywania sprawy, ponieważ czas jej trwania nie jest wliczany do czasu rozpatrywania sprawy przez Komisję, zaś w jej efekcie często dochodzi do przygotowania notyfikacji, która nie musi być już oceniana przez Komisję merytorycznie, a tylko formalnie zatwierdzona. W rzeczywistości procedura ta nie skraca więc – z punktu widzenia zgłaszającego państwa członkowskiego – czasu oczekiwania na decyzję w kwestii zgodności zgłoszonego projektu pomocy publicznej z rynkiem wewnętrznym UE, a jedynie daje możliwość przeprowadzenia postępowania w tej kwestii w bardzo odformalizowany sposób.

II. Opis inwestycji planowanej do dofinansowania

Zgłoszony środek pomocowy ma służyć dofinansowaniu budowy określonych elementów gazoportu w Świnoujściu, realizowanych przez beneficjenta – spółkę Polskie LNG S.A. („PLNG"). Jest to spółka celowa, której jedynym akcjonariuszem jest Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A., z kapitałem zakładowym w wysokości 110 mln zł. PLNG jest prawnie i funkcjonalnie niezależna od swego jedynego akcjonariusza, nie prowadzi też żadnej innej działalności niż ta właściwa operatorowi systemu regazyfikacji (którym PLNG ma zostać w przyszłości), co ma wyeliminować ryzyko subsydiowania skrośnego. Warto w tym miejscu zauważyć, że całość skomplikowanego i złożonego projektu, jakim jest budowa gazoportu w Świnoujściu jest realizowana przez kilka podmiotów, nie zaś tylko przez PLNG. Mianowicie[5]:

a) Urząd Morski w Szczecinie jest odpowiedzialny budowę i przebudowę szeroko pojętej infrastruktury hydrotechnicznej, zapewniającej dostęp do portu zewnętrznego w Świnoujściu oraz bezpieczeństwo w jego obrębie;

b) Zarząd Morskich Portów Szczecin i Świnoujście S.A. buduje infrastrukturę portową, w tym stanowisko statkowe i inne podobne obiekty infrastrukturalne;

c) Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. prowadzi inwestycje w zakresie budowy połączenia terminalu z krajowym systemem przesyłowym (gazociąg Szczecin – Świnoujście);

d) PLNG – buduje sam terminal regazyfikacyjny skroplonego gazu ziemnego („Terminal LNG").

Pomoc publiczna zaakceptowana Decyzją przeznaczona jest rzecz jasna tylko na część inwestycji realizowaną przez PLNG, tj. na budowę instalacji do rozładunku skroplonego gazu ziemnego

[4] Dz. Urz. UE C 136 z 16.06.2009 r., s. 13.

[5] Por. art. 2 ust. 2 ustawy z 24.04.2009 r. o inwestycjach w zakresie terminalu regazyfikacyjnego skroplonego gazu ziemnego w Świnoujściu (Dz. U. Nr 84, poz. 700 ze zm.).

oraz do załadunku skroplonego gazu ziemnego na cysterny samochodowe, instalacji regazyfikacyjnej, instalacji przesyłowych wewnątrz terminalu oraz łączących go z platformami rozładunkowymi, przyłącza do krajowego systemu przesyłowego, a także obiektów towarzyszących.

Całkowite koszty projektu realizowanego przez PLNG zostały oszacowane na 2 876 mln zł, natomiast koszty kwalifikowane na 1 624 mln zł. Wynika z tego, że intensywność pomocy w omawianym przypadku wyniosła 57%, co jest maksymalną wielkością dopuszczalną w ramach priorytetu X Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko („POIiŚ"), z którego środków pochodzi wsparcie[6]. Poziom wydatków kwalifikowanych, jak i ich struktura, zostały określone w oparciu o „Wytyczne Ministra Rozwoju Regionalnego w zakresie kwalifikowania wydatków w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko"[7]. Natomiast pozostałe źródła finansowania projektu to kapitał własny PLNG, kredyty bankowe (tak z banków komercyjnych, jak i z Europejskiego Banku Inwestycyjnego oraz Europejskiego Banku Odbudowy i Rozwoju), a także wsparcie przyznane w ramach Europejskiego programu energetycznego na rzecz naprawy gospodarczej[8] („EPENG"). Warto zwrócić szczególną uwagę na to ostatnie źródło finansowania Terminalu LNG. Ze środków EPENG, w wysokości 55 mln euro, sfinansowana zostanie budowa dwóch kriogenicznych zbiorników na skroplony gaz. Środki te, z uwagi na fakt, że pozostają w bezpośredniej dyspozycji Komisji Europejskiej, nie są uznawane za pochodzące od państwa lub z zasobów państwowych w rozumieniu art. 107 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej („TFUE"). Nie stanowią więc pomocy publicznej. Komisja uznała też, że koszty budowy zbiorników nie stanowią kosztów kwalifikowanych na potrzeby Decyzji, zaś wsparcia z EPENG nie należy w żaden sposób kumulować z pomocą z POIiŚ, za czym przemawiało głównie wyodrębnienie techniczne i księgowe inwestycji w zbiorniki.

Komisja zaakceptowała metodologię przeprowadzenia analizy finansowej projektu, przy użyciu której wyliczono maksymalną wielkość pomocy. Mowa o metodzie *no over-compensation*, która ma zagwarantować uniknięcie nadmiernego zwrotu kosztem unijnego podatnika.

III. Ocena zgłoszonego środka dokonana przez Komisję

1. Istnienie pomocy publicznej

Oceniając zgłoszony środek, Komisja w pierwszej kolejności zbadała, czy stanowi on pomoc publiczną w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE. Dokonała w tym celu analizy przesłanek, która przedstawiała się następująco:

a) spełniona została przesłanka pochodzenia środków ze źródeł państwowych, gdyż za takie należy uznać programy operacyjne zasilane środkami funduszy strukturalnych (czyli w omawianym przypadku – środkami Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego). Co prawda bowiem środki na zasilenie programów operacyjnych przyznawane są państwu członkowskiemu na poziomie unijnym, jednak wybór projektu do dofinansowania, jak również sama decyzja o przeniesieniu dofinansowania leżą w gestii władz państwa członkowskiego i zależą od ich uznania. Podejście takie jest

[6] Program Operacyjny Infrastruktura i Środowisko, Narodowe Strategiczne Ramy Odniesienia 2007-2013, Szczegółowy Opis Priorytetów, s. 177. Dokument dostępny pod adresem: http://www.pois.gov.pl/Dokumenty/Lists/Dokumenty%20programowe/Attachments/123/SzOP_dokument_glowny_wersja_3_8_240112.pdf.

[7] Dokument dostępny pod adresem: http://www.pois.gov.pl/Dokumenty/Lists/Dokumenty%20programowe/Attachments/123/SzOP_dokument_glowny_wersja_3_8_240112.pdf.

[8] Program ten został wprowadzony przez rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 663/2009 z 13.07.2009 r. ustanawiające program wspomagania naprawy gospodarczej poprzez przyznanie pomocy finansowej Wspólnoty na projekty w dziedzinie energetyki (Dz. Urz. UE 2009 L 200/31).

zgodne z orzecznictwem sądów unijnych – w wyroku w sprawie *Francja przeciwko Ladbroke Racing Ltd i Komisji*[9] Trybunał Sprawiedliwości uznał, że jeżeli określone zasoby pozostają pod stałą kontrolą publiczną i z tego powodu są dostępne dla właściwych podmiotów publicznych, muszą być uznawane za zasoby państwowe. W podobnym tonie wypowiedział się Sąd Pierwszej Instancji w wyroku w sprawie *Air France przeciwko Komisji*[10].

b) przesłanka korzyści ekonomicznej została spełniona, ponieważ pomoc umożliwia beneficjentowi pozyskanie aktywów na warunkach, które nie są dostępne na rynkach finansowych – została ona bowiem przyznana w formie bezzwrotnej dotacji. Ponadto, ma ona umożliwić stosowanie przez PLNG taryf znacznie obniżonych w stosunku do szacowanych przy założeniu sfinansowania inwestycji w całości ze środków beneficjenta. Różnica ta ma wynieść ok. 20%. Obniżka ta powinna pozwolić PLNG na przyciągnięcie większej ilości kontrahentów, także spośród przedsiębiorców nieprowadzących działalności na polskim rynku.

c) przesłankę selektywności należało uznać za spełnioną z uwagi na fakt, że wsparcie zostało przyznane tylko jednemu beneficjentowi, którego wybór został dokonany na etapie tworzenia Listy projektów indywidualnych POIiŚ.

d) także przesłanki zakłócenia lub groźby zakłócenia konkurencji oraz wpływu na wymianę handlową między państwami członkowskimi UE zostały spełnione ze względu na to, że budowany Terminal LNG ma być podłączony do krajowego systemu przesyłowego gazu ziemnego, będzie więc stanowił część szeroko pojętego polskiego rynku gazu. Rynek gazu został zaś zliberalizowany na poziomie UE, natomiast polski system przesyłowy jest połączony z systemami innych państw członkowskich, istnieje więc potencjalna konkurencja między polskimi dostawcami gazu a dostawcami z tych innych państw członkowskich. W związku z tym Komisja uznała, że planowana pomoc wywoła skutki o zasięgu terytorialnym wykraczającym poza obszar Polski, może więc zakłócić konkurencję i wpływać na wymianę handlową między państwami członkowskimi.

Trudno nie zgodzić się z omówioną powyżej analizą Komisji ani też z jej konkluzją. Zwraca jedynie uwagę bardzo skrótowa i pobieżna analiza przesłanek zakłócenia lub groźby zakłócenia konkurencji i wpływu na wymianę handlową. Jednakże należy przypomnieć, że przesłanki te interpretowane są w sposób bardzo szeroki. Jest to spowodowane tym, że pomoc publiczna, w przeciwieństwie do praktyk ograniczających konkurencję i koncentracji przedsiębiorstw w rozumieniu przepisów antymonopolowych, jest zewnętrzną interwencją w działalność podmiotów na rynku. W celu wykazania wystąpienia ww. przesłanek Komisja nie jest zobowiązania do przeprowadzenia szczegółowej analizy ekonomicznej, wyznaczenia rynku właściwego, udziałów w rynku beneficjenta i jego konkurentów, sytuacji konkurencyjnej przedsiębiorstw działających w analizowanym sektorze czy ścisłego określenia poziomu zakłócenia konkurencji przez dany środek wsparcia[11]. Komisja nie musi także wykazywać rzeczywistego wpływu pomocy na konkurencję oraz wymianę handlową między państwami członkowskimi[12]. Nie istnieje również wymóg wykazania szczególnego poziomu zakłócenia konkurencji

[9] Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 16.05.2000 r. w sprawie C-82/98 *Francja przeciwko Ladbroke Racing Ltd i Komisji* (Zb. Orz. z 2000, s. I-3271), pkt 50.

[10] Wyrok Sądu Pierwszej Instancji z 12.12.1996 r. w sprawie T-358/94 *Air France przeciwko Komisji* (Zb. Orz. z 1996, s. II-2109), pkt 67.

[11] Por.: pkt 9-12 wyroku Trybunału Sprawiedliwości z 17.09.1980 r. w sprawie 730/79 *Philip Morris BV przeciwko Komisji* (Zb. Orz. z 1980, s. 2671); pkt 95 wyroku Sądu Pierwszej Instancji z dnia 15.06.2000 r. w połączonych sprawach T-298/97, T-312/97, T-313/97,T-315/97, T-600/97 do T-607/97, T-1/98, T-3/98 do T-6-98, T-23/98 *Alzetta Mauro i inni przeciwko Komisji* (Zb. Orz. z 2000 r., s. II-2319); W. Mederer, N. Pesaresi, M. van Hoof (red.), *EU Competition Law – Volume IV: State Aid*, Book One, Leuven 2008, s. 396.

[12] Pkt 85 wyroku Sądu Pierwszej Instancji z 13.06.2000 r. w połączonych *sprawach T-204/97 i T-270/97 EPAC – Empresa para a Agroalimentação e Cereais, SA przeciwko Komisji* (Zb. Orz. z 2000, s. II-2267).

i wpływu na wymianę handlową – w wyroku z dnia 29 września 2000 r. w sprawie T-55/99 *Confederacion Español de Transporte de Mercancias (CETM) przeciwko Komisji*[13] Sąd Pierwszej Instancji stwierdził: „w orzecznictwie nie występuje wymóg, by zakłócenie konkurencji albo jego groźba, a także wpływ na wymianę handlową między państwami członkowskimi, było znaczne lub istotne”[14]. Natomiast w ww. wyroku w sprawie *Philip Morris Holland BV przeciwko Komisji* Trybunał Sprawiedliwości orzekł: „Kiedy pomoc finansowa państwa wzmacnia pozycję przedsiębiorstwa w porównaniu z innymi przedsiębiorstwami konkurującymi z nim w handlu wewnątrzwspólnotowym, musi zostać uznane, że ma to wpływ na wymianę handlową między państwami członkowskimi. (…) wsparcie zakłóca konkurencję o ile wzmacnia pozycję finansową i szanse beneficjenta w stosunku do konkurentów, którzy go nie otrzymują. Jeśli taki efekt rozciąga się na handel wewnątrzwspólnotowy, jest on zakłócony przez pomoc”[15].

Wsparcie udzielone przedsiębiorcy może wywrzeć rzeczywisty lub potencjalny wpływ na konkurencję nie tylko wtedy, gdy pomaga beneficjentowi zwiększyć zakres jego działalności gospodarczej, ale także, gdy pomaga zachować dotychczasowy zakres tej działalności.

Co do zasady, nie można mówić o wpływie wsparcia na wymianę handlową pomiędzy państwami członkowskimi UE, jeżeli sektor, w którym działają jego beneficjenci nie został jeszcze zliberalizowany[16]. Jeżeli jednak sektor ten jest zliberalizowany, nie ma znaczenia, czy beneficjent prowadzi działalność gospodarczą również poza granicami państwa członkowskiego zamierzającego udzielić wsparcia, gdyż pomoc taka może wzmocnić krajowy sektor danej działalności, co może utrudnić przedsiębiorcom z innych państw członkowskich wejście na rynek danego państwa[17].

Podsumowanie linii orzeczniczej w kwestii standardu dowodu spoczywającego na Komisji w zakresie przesłanek zakłócenia lub groźby zakłócenia konkurencji i wpływu na wymianę handlową zawarł Sąd Unii Europejskiej w punkcie 102 wyroku z 17.05.2011 r. w sprawie T-1/08 *Buczek Automotive Sp. z o.o. przeciwko Komisji*[18], gdzie stwierdził: „Co się tyczy konkretnie przesłanki możliwości wywierania wpływu na wymianę handlową między państwami członkowskimi i przesłanki zakłócania konkurencji czy też zagrożenia jej zakłóceniem, wystarczy skrótowe przedstawienie okoliczności faktycznych i względów prawnych, które zostały uwzględnione przy ocenie tych przesłanek. Sąd stwierdził bowiem, że jeśli Komisja wyjaśniła, w jaki sposób sporna pomoc zakłóca konkurencję i wywiera wpływ na wymianę handlową między państwami członkowskimi, nie musi przeprowadzać analizy ekonomicznej rzeczywistej sytuacji w sektorach, których ta pomoc dotyczy, udziału skarżącej w rynku, pozycji zajmowanej przez przedsiębiorstwa z nią konkurujące oraz tendencji w wymianie danych towarów i usług między państwami członkowskimi[19]. Niemniej jednak, nawet w przypadkach, w których z okoliczności przyznania pomocy wynika, że może ona wywierać wpływ na wymianę handlową między państwami członkowskimi i zakłócać konkurencję czy też grozić jej zakłóceniem, Komisja musi w uzasadnieniu swej decyzji co najmniej powołać się na te okoliczności (ww. w pkt 100 wyrok w sprawie *Vlaams Gewest* przeciwko Komisji, pkt 64 i przytoczone tam orzecznictwo)”. Wynika z tego, że w niniejszej sprawie Komisja zmieściła się w ustalonym przez orzecznictwo standardzie

[13] Zb. Orz. z 2000 r., s. II-3207.

[14] Pkt 6 wyroku.

[15] Pkt 11 wyroku.

[16] Por. pkt 82-86 decyzji Komisji Europejskiej z 17.07.2002 r. r. w sprawie N 356/2002 – *Railtrack plc/Network Rail*, dostępnej pod adresem: http://ec.europa.eu/eu_law/state_aids/transports-2002/n356-02.pdf.

[17] Por. pkt 84 wyroku Trybunału Sprawiedliwości z 7.03.2002 r. w sprawie C-310/99 *Włochy przeciwko Komisji* (Zb. Orz. z 2002, s. I-2289).

[18] Dotychczas niepublikowany w Zb. Orz. TSUE.

[19] Wyrok Trybunału z 17.09.1980 r. w sprawie 730/79 *Philip Morris Holland przeciwko Komisji* (Zb. Orz., s. 2671), pkt 9–12.

dowodu w zakresie ww. przesłanek, zwłaszcza wziąwszy pod uwagę fakt, że występowanie pomocy publicznej ani przez moment nie było kwestionowane przez władze polskie.

2. Ocena zgodności na podstawie art. 107 ust. 3 lit. c TFUE

Oceniwszy, że zgłoszony środek wiąże się z występowaniem pomocy publicznej, Komisja stwierdziła, że podstawą do zbadania jej zgodności może być – jak też wnosiły władze polskie – bezpośrednio art. 107 ust. 3 lit. c TFUE. W takim przypadku, gdy brak jest szczegółowych wytycznych określających zasady oceny zgodności zgłoszonej pomocy z rynkiem wewnętrznym, Komisja posługuje się tzw. testem bilansującym[20]. Kryteria, które Komisja bierze pod uwagę oceniając jego spełnienie zostały opisane w dokumencie służb Komisji pt. „Wspólne zasady ekonomicznej oceny pomocy państwa ze wspólnym rynkiem na mocy art. 87 ust 3"[21]. Poniżej przedstawione zostanie podejście KE do poszczególnych elementów testu, zaprezentowane w Decyzji.

2.1. Cel leżący we wspólnym interesie

Cel leżący we wspólnym interesie to taki, który na poziomie unijnym może zostać uznany za znajdujący się we wspólnym interesie państw członkowskich UE. Aby wykazać, że pomoc ma służyć realizacji celu leżącego we wspólnym interesie należy wskazać na to, że cel ten został rozpoznany i uznany za strategiczny w dokumentach opracowanych przez instytucje UE i państwa członkowskie. W przypadku pomocy na budowę Terminalu LNG władze polskie zdecydowały się dowodzić, że celem takim jest zapewnienie bezpieczeństwa energetycznego Polski i całej Unii przez dywersyfikację źródeł dostaw gazu ziemnego. Bezpieczeństwo energetyczne zostało wskazane jako cel polityki UE już na poziomie traktatowym – mianowicie art. 194 ust. 1 lit. b TFUE stanowi, że polityka Unii w dziedzinie energii ma na celu, w duchu solidarności między państwami członkowskimi, zapewnienie bezpieczeństwa dostaw energii w Unii. W tym kontekście zostały wysunięte argumenty, w pełni podzielone przez Komisję, że budowany Terminal LNG przyczyni się do dywersyfikacji źródeł dostaw gazu do Polski, a dzięki budowanym połączeniom międzysystemowym polskiego systemu przesyłowego z systemami państw sąsiednich (Niemcy, Czechy) – także do innych państw członkowskich. Dzięki Terminalowi LNG będzie możliwe dostarczanie gazu ziemnego z praktycznie każdego miejsca na świecie w ilości pozwalającej na zaspokojenie ok. 36% rocznego zapotrzebowania Polski na gaz, co pozwoli w znacznym stopniu uniknąć kryzysów gazowych podobnych do tych z lat 2004-2010.

Terminal LNG wpisuje się w jeszcze jedną dziedzinę, która jest promowana na poziomie unijnym, mianowicie w rozwój sieci transeuropejskich, na który to cel wskazują art. 170 i 171 TFUE. Na podstawie tych przepisów Unia m.in. ustanawia zbiór wytycznych obejmujących cele, priorytety i ogólne kierunki działań przewidzianych w dziedzinie sieci transeuropejskich. Taki zbiór wytycznych dla sektora energetycznego został wprowadzony do unijnego systemu prawnego decyzją nr 1364/2006/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 6.09.2006 r. ustanawiającą wytyczne dla transeuropejskich sieci energetycznych oraz uchylającą decyzję 96/391/WE i decyzję nr 1229/2003/WE[22]. W Załączniku I do tej decyzji, w którym wskazane zostały osie projektów priorytetowych, w tym miejsca projektów leżących w interesie Europy, wymieniona została budowa terminalu skroplonego gazu ziemnego

[20] Por. np.: decyzja Komisji z 23.06.2010 r. w sprawie N 660/2009 – *Pomoc na inwestycje w podziemne magazyny gazu dla PGNiG S.A.*, decyzja z 6.01.2011 r. w sprawie N 542/2010 – *Budowa transgranicznego elektroenergetycznego połączenia międzysystemowego Polska-Litwa*.

[21] Dokument dostępny pod adresem: http://ec.europa.eu/competition/state_aid/reform/economic_assessment_pl.pdf.

[22] Dz. Urz. UE L 262 z 22.09.2006 r., s. 1.

w Polsce. Ponadto, w Załączniku II do ww. decyzji, określającym dodatkowe kryteria identyfikacji projektów wspólnego zainteresowania, wymieniona została rozbudowa zdolności uzyskiwania LNG w celu m.in. dywersyfikacji źródeł i tras dostaw gazu.

Biorąc pod uwagę fakt, że zapewnienie bezpieczeństwa energetycznego m.in. przez dywersyfikację źródeł dostaw paliw dzięki budowie terminali LNG zostało wymienione jako podstawowy kierunek polityki Unii w tak wielu istotnych dokumentach unijnych, Komisja nie miała problemu ze stwierdzeniem, że projektowana pomoc będzie służyła realizacji celu leżącego we wspólnym interesie.

2.2. Właściwy instrument

Analizując, czy planowana pomoc będzie właściwym instrumentem służącym realizacji celu leżącego we wspólnym interesie, Komisja bada zwykle dwa aspekty projektu: po pierwsze, czy inwestycja realizowana przy udziale publicznego finansowania przyczyni się do osiągnięcia zakładanego celu, a po drugie – czy publiczne finansowanie przyczyni się w sposób pozytywny do realizacji samej inwestycji.

W przypadku pomocy zatwierdzonej Decyzją Komisja wskazała, że w „Drugim strategicznym przeglądzie sytuacji energetycznej”[23] terminale LNG zostały wymienione jako środki ważne dla płynności i dywersyfikacji rynków gazu w UE. Zostało także podkreślone, że inwestycje tego typu mają szczególne znaczenie dla państw członkowskich, które obecnie polegają głównie na jednym dostawcy. W tym kontekście Komisja stwierdziła w Decyzji, że powstanie Terminalu LNG pozwoli na budowę alternatywy dla obecnych dróg dostaw gazu do Polski oraz że do tej pory nie pojawił się w Polsce projekt, który – bez przyznania mu pomocy publicznej – przyczyniłby się w podobnym stopniu do realizacji zidentyfikowanego wcześniej celu leżącego we wspólnym interesie. Ponadto Komisja podzieliła argument władz polskich, że ponieważ pomoc pozwoli na obniżenie o 20% taryf regazyfikacyjnych, otworzy możliwość importu gazu z różnych kierunków i w ten sposób przyczyni się do wzrostu poziomu konkurencji na rynku handlu gazem w Polsce oraz w całej Europie Wschodniej. Poprowadziło to Komisję do konkluzji, że budowa Terminalu LNG jest inwestycją, która w sposób właściwy odpowiada potrzebom realizacji celu leżącego we wspólnym interesie, a udzielenie na jej budowę pomocy publicznej w sposób pozytywny przyczyni się do jej realizacji i późniejszego funkcjonowania wybudowanej infrastruktury w kontekście konkurencyjności rynku gazu.

2.3. Efekt zachęty

Pomoc zapewnia efekt zachęty, jeżeli zmienia zachowania beneficjentów w taki sposób, że dążą oni do osiągnięcia celu leżącego we wspólnym interesie. Innymi słowy, efekt zachęty uważa się za spełniony, jeżeli zostanie wykazane, że beneficjent bez pomocy w ogóle nie zrealizowałby inwestycji, która przyczynia się do osiągnięcia celu leżącego we wspólnym interesie lub zrealizowałby ją w dłuższym czasie, w mniejszym zakresie lub wielkości, albo też dzięki wsparciu publicznemu zwiększył się udział finansowy podmiotów prywatnych w budżecie inwestycji.

W przypadku pomocy na budowę Terminalu LNG władze polskie wykazały, że pomoc prowadzi do poprawy wskaźników finansowych inwestycji do poziomu, który jest do zaakceptowania przez inwestora rynkowego. Podstawowymi wskaźnikami, jakie zostały wzięte pod uwagę w tej analizie,

[23] Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego oraz Komitetu Regionów „Drugi strategiczny przegląd sytuacji energetycznej: plan działania dotyczący bezpieczeństwa energetycznego i solidarności energetycznej UE”, KOM(2008)781, dostępny pod adresem: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0781:FIN:PL:PDF.

były finansowa stopa zwrotu (FRR) i wartość bieżąca netto (NPV). Komisja zgodziła się, że ponieważ w scenariuszu bez pomocy finansowa stopa zwrotu (FRR/C) wyniosłaby poniżej 4% (dokładnie 3,37%), zaś wartość bieżąca netto (NPV/C) byłaby znacząco ujemna (-903 723 087 zł), projekt byłby nieatrakcyjny dla inwestorów rynkowych. Natomiast w scenariuszu z udzieloną pomocą publiczną finansowa stopa zwrotu (FRR/K) wyniosłaby 7,37%, czyli co prawda byłaby wciąż poniżej przyjętej stopy dyskontowej 8%, jednak różnica nie byłaby znaczna. Także wartość bieżąca netto (NPV/K) byłaby ciągle nieco ujemna (minus 90 319 841 zł), jednak w przypadku projektów energetycznych ujemna wartość NPV nie dyskwalifikuje inwestycji, ponieważ jest miarą kosztowności projektu. Ponadto Komisja zwróciła uwagę, że realizacja inwestycji bez pomocy publicznej spowodowałaby konieczność pokrycia jej kosztów przez użytkowników, a to mogłoby doprowadzić do wzrostu taryf w takim stopniu, który mógłby być nie do zaakceptowania przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki. Natomiast symulacja wzrostu taryf przy założeniu uzyskania pomocy publicznej wykazała, że byłby on niewielki i do zaakceptowania przez Prezesa URE i ogół odbiorców. Konkluzją tej analizy było, że planowana pomoc zmieni zachowania rynkowe beneficjenta w taki sposób, by uznać efekt zachęty za spełniony.

2.4. Proporcjonalność

Środek pomocowy jest proporcjonalny, jeżeli jest zaprojektowany w taki sposób, by pomoc była ograniczona do minimum.

W omawianym przypadku wyliczenia wykazały, że intensywność pomocy może wynieść 57%, tj. maksymalną wysokość przewidzianą dla priorytetu X POIiŚ. Natomiast przy analizie proporcjonalności Komisja wskazała, że należy ją rozważać w powiązaniu ze zwrotem z kapitału, jaki może uzyskać beneficjent. Komisja zauważyła, że finansowa stopa zwrotu z zainwestowanego kapitału wyniesie 7,37%, nie przekroczy więc finansowej stopy zwrotu dla czasu trwania projektu dofinansowanego ze środków UE, tj. 8%. Jest też niższa niż stopa zwrotu z kapitału, która w 2011 r. wynosiła 9,6%. Co więcej, zgodnie z metodologią obliczania taryf, pomoc publiczna nie jest uwzględniana przy kalkulowaniu taryf PLNG (zwrot z kapitału zaangażowanego liczony będzie tylko od majątku sfinansowanego ze środków własnych PLNG, nie zaś od majątku sfinansowanego ze środków pomocowych – w taryfach uwzględnia się jedynie amortyzację majątku nabytego ze środków POIiŚ). Oznacza to, że Komisja uznała, iż kwota pomocy skalkulowana za pomocą metody *no over-compensation* jest proporcjonalna i nie spowoduje dla PLNG nadmiernych zysków kosztem unijnego podatnika.

2.5. Zakłócenie konkurencji i test bilansujący

Badając możliwe zakłócenia konkurencji, jakie mogłoby spowodować przyznanie pomocy na budowę Terminalu LNG, Komisja zauważyła, że z jednej strony umocni ona pozycję PLNG, obniżając i tak niewielkie prawdopodobieństwo podjęcia podobnych inwestycji przez innych przedsiębiorców, a z drugiej strony – podzieliła argumenty władz polskich, że budowa Terminalu nie będzie stanowiła przeszkody dla realizacji podobnych projektów w rejonie Morza Bałtyckiego (zwłaszcza w Finlandii i na Litwie). Komisja uznała także, że budowa Terminalu LNG będzie stanowić czynnik pobudzający inwestycje związane z przesyłem gazu ziemnego w Polsce oraz otworzy drogę na polski rynek wszystkim zainteresowanym, bez ograniczeń właściwych dla infrastruktury sieciowej (dzięki częściowej eliminacji niedostatków w funkcjonowaniu rynku wynikających z niewystarczającej liczby połączeń transgranicznych oraz rozmieszczenia i możliwości technicznych krajowego systemu przesyłowego,

które mogą stanowić bariery wejścia na polski rynek gazu). Doprowadziło to Komisję do konkluzji, że realizacja inwestycji przy udziale finansowania publicznego będzie miała prawdopodobnie pozytywny wpływ na rozwój rynku paliw gazowych w Polsce, z powodu tego, że umożliwi wejście na ten rynek nowym podmiotom oraz umożliwi polskim dostawcom dostęp do gazu z całego świata przy zastosowaniu zasady dostępu stron trzecich do budowanej infrastruktury. Należy w tym miejscu zauważyć, że Komisja z reguły przywiązuje bardzo duże znaczenie do prawidłowego wdrożenia w prawodawstwie państwa członkowskiego ubiegającego się o zgodę na udzielenie pomocy publicznej w energetyce zasady dostępu stron trzecich, a także gwarancji jej przestrzegania w wewnętrznych regulacjach beneficjenta. Uważa bowiem, że stosowanie tej zasady wpływa korzystnie na konkurencję na rynkach niższego rzędu w stosunku do rynku, na którym działa beneficjent pomocy i dlatego pomoc może wywrzeć pozytywny strukturalny wpływ na poziom konkurencji na tych rynkach.

Omówione powyżej rozumowanie pokazuje również dobrze, jaki jest standard dowodu stosowany przez Komisję przy badaniu wpływu pomocy na konkurencję. Można tu mówić o uprawdopodobnieniu. O ile bowiem przy badaniu występowania efektu zachęty i proporcjonalności pomocy Komisja żąda dostarczenia analiz ekonomicznych, które w sposób jednoznaczny pokazują spełnienie ww. warunków, o tyle przy badaniu wpływu na konkurencję zadowala się zgodnymi z zasadami logicznego rozumowania i wiedzą na temat funkcjonowania rynków energetycznych przypuszczeniami (by nie rzec dywagacjami) w przedmiocie prawdopodobnego rozwoju rynku w sytuacji realizacji planowanej inwestycji z udziałem pomocy publicznej.

Jak zaznaczyłem powyżej, Komisja przykłada również dużą wagę do badania wpływu planowanych środków na rynki niższego rzędu. W omawianym przypadku rynek niższego rzędu – rynek hurtowy gazu – charakteryzował się bardzo dużą koncentracją, z udziałem spółki Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A. (PGNiG S.A.) sięgającym 98%. Tymczasem Komisja podzieliła argumentację władz polskich, że powstanie Terminalu LNG może stworzyć podmiotom działającym na tym rynku niższego rzędu możliwość zakupu gazu od podmiotów innych niż PGNiG S.A. przez bezpośredni import gazu z zagranicy – zwłaszcza, że możliwe jest także podjęcie współpracy przez kilku konkurentów PGNiG S.A. w celu wspólnego importu większych ilości gazu. Istotny był także fakt, że Terminal LNG będzie umożliwiał przeładunek skroplonego gazu na cysterny samochodowe i w ten sposób dostarczanie go do podmiotów prowadzących działalność regazyfikacyjną w mniejszych instalacjach na terenie całego kraju – także te podmioty mogą skorzystać z zasobów przeładunkowych Terminalu LNG w celu zakupu gazu od dostawców innych niż PGNiG S.A. Bez znaczenia było przy tym dla Komisji, że na chwilę wydawania Decyzji PLNG zawarło tylko jedną umowę regazyfikacyjną – z PGNiG S.A. – na mocy której dla podmiotu tego zarezerwowane zostało ok. 65% zdolności regazyfikacyjnych Terminalu, na okres 20 lat począwszy od dnia 1 lipca 2014 r. Komisja przychyliła się bowiem do wyjaśnień władz polskich, że pozostałe zdolności ragazyfikacyjne zostaną udostępnione na zasadach umów krótko- lub długoterminowych innym przedsiębiorcom, z poszanowaniem zasady dostępu stron trzecich, zaś obniżka taryf PLNG o 20% dzięki udzieleniu pomocy może przyczynić się do tego, że inne podmioty poza PGNiG S.A. zawrą takie umowy[24]. Komisja przyznała także, że dzięki Terminalowi LNG możliwe będzie wejście na rynek gazu w Polsce nowych graczy, co zwiększy

[24] W rzeczywistości tak się jednak dotychczas nie stało – w dacie powstania niniejszego tekstu pozostałe zdolności regazyfikacyjne Terminalu LNG nie zostały zakontraktowane. Postępowanie rozpoczęte 15.11.2011 r. zostało zakończone dnia 30 stycznia 2012 r. bez wyłonienia kontrahenta ze względu na konieczność odrzucenia jedynego wniosku, który był obarczony błędami formalnymi. Nie zamyka to jednak możliwości ponownego ubiegania się o przydział mocy przez zainteresowanych kontrahentów. Więcej pod adresem: http://www.polskielng.pl/biuro-prasowe/aktualnosci/wiadomosc/artykul/201166/.

konkurencję i przyczyni się w konsekwencji do obniżki cen gazu i podniesienia poziomu elastyczności dostaw tego paliwa z korzyścią dla odbiorców końcowych.

Komisja zbadała także możliwość wystąpienia subsydiowania skrośnego ze środków pomocowych działalności prowadzonych przez PLNG na innych rynkach. Zadowoliła się w tym zakresie stwierdzeniem, że PLNG jest spółką celową utworzoną tylko do prowadzenia budowy Terminalu LNG a następnie działalności operatorskiej Terminalu, zaś jej statut ogranicza prowadzenie działalności na innych rynkach. W związku z tym Komisja uznała, że nie występuje niebezpieczeństwo subsydiowania skrośnego.

Konkludując powyższą analizę Komisja stwierdziła, że pozytywne skutki i wkład w realizację wspólnych celów UE, bez silnych efektów ubocznych dla innych państw członkowskich, przeważają nad negatywnymi skutkami dla konkurencji. Stąd też uznała, że test bilansujący daje wynik pozytywny.

IV. Podsumowanie

W Decyzji Komisja dała zielone światło dla dofinansowania ze środków POIiŚ budowy Terminalu LNG, który przyczyni się do dywersyfikacji źródeł zaopatrzenia Polski w gaz ziemny. Pokazała także, w jaki sposób wykorzystuje test bilansujący do oceny projektów pomocy o znacznej wielkości na budowę infrastruktury energetycznej, na które elementy zwraca szczególną uwagę, gdzie wymaga szczegółowej analizy ekonomicznej, a gdzie zadowala się jedynie uprawdopodobnieniem. Zaprezentowała także standardowe podejście do kwestii proceduralnych w tego typu sprawach, jak i dała sygnał o zasadniczo pozytywnym nastawieniu do pomocy udzielanej na infrastrukturę energetyczną, zwłaszcza w „nowych" państwach członkowskich. Tak więc, pomimo tego, że praktycznie wszystkie kwestie związane z występowaniem pomocy publicznej i z jej oceną nie były sporne między władzami polskimi a Komisją, Decyzja zasługuje na uwagę jako swoisty „elementarz" postępowania w podobnych sprawach.

Kamil Ciupak
Specjalista w Departamencie Monitorowania Pomocy Publicznej UOKiK*

* Glosa prezentuje poglądy autora, które nie mogą być utożsamiane z instytucją, w której jest zatrudniony.

Recenzja książki Macieja Bernatta pt. „Sprawiedliwość proceduralna w postępowaniu przed organami ochrony konkurencji", Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania UW, Warszawa 2011, s. 373.

Recenzowana książka, napisana na podstawie obronionej rozprawy doktorskiej, w moim przekonaniu w całej pełni zasługuje na uwagę. Przemawia za tym doniosła problematyka prawna w niej podjęta oraz wysokie walory warsztatowe i pisarskie opracowania trudnego prawniczo tematu.

Autor przeprowadził pogłębioną, wartościową analizę poglądów wypowiadanych odnośnie do treści i znaczenia pojęcia sprawiedliwości proceduralnej, potraktowanej jako pojęcie teoretyczne oraz element wydobywany z regulacji normatywnych różnej rangi. W wyniku rozważań przyjęta została konkluzja, że „sprawiedliwość proceduralna jest zasadą ogólną prawa, na która składa się zbiór wartości, których określenie w regułach procesowych i faktyczne implementowanie w procesie gwarantuje jego sprawiedliwy przebieg i umożliwia jego pozytywną ocenę" (s. 91). W odniesieniu do postępowania w sprawach ochrony konkurencji, zdaniem Autora, „wartościami tymi są: (1) wysłuchanie, (2) równość, (3) możliwość obrony, (4) poufność i (5) zaskarżalność", które powinny być osłonięte korespondującymi z nimi gwarancjami procesowymi jako standardami minimalnymi (s. 94). Te ustalenia pojęciowe stały się założeniem badawczym i podstawą do stworzenia bardzo przejrzystej systematyki dzieła, zamykającego się w ośmiu rozdziałach.

W krótkim rozdziale pierwszym zakreślono obszar badań i opisano systematykę opracowania, w rozdziale drugim obszernie przeanalizowano sprawiedliwość proceduralną, a w rozdziałach od trzeciego do siódmego przeprowadzono prawne rozważania odnoszone do gwarancji proceduralnych wyróżnionych wcześniej wartości, zamykając całość rozważań rozdziałem ósmym z obszernym końcowym podsumowaniem wskazującym na niektóre obszary regulacji prawnej nie odpowiadające wymaganiom sprawiedliwości proceduralnej. Przemawia mi do przekonania takie podejście badawcze, proste, jasne i logiczne, które pozwala na wysokie uporządkowanie rozważań prawnych zgodnych z ideologią ochrony procesowej pozycji stron postępowania administracyjnego w granicach obowiązującego prawa i założeń racjonalnej i sprawiedliwej decyzji stosowania prawa.

Na podkreślenie zasługuje znaczna rozległość materiału badawczego, na który składają się regulacje prawne krajowe i unijne, różnorodne orzecznictwo trybunalskie i sądowe oraz organów administracyjnych, a wszystko jest wsparte dobrze dobraną bogatą literaturą polską i obcą. Autor gruntownie i wszechstronnie, a czasem wprost drobiazgowo, analizuje prawne podstawy czynności procesowych organów ochrony konkurencji pod kątem elementów gwarancyjnych wyróżnionych wartości sprawiedliwości proceduralnej. Ta problematyka jest w różnym zakresie systematyzowana w poszczególnych rozdziałach, co wskazuje zarówno na znaczenie różnych gwarancji w postępowaniu jak również na wyczulenie prawodawcy na potrzebę tworzenia mniej lub więcej rozbudowanych regulacji prawnych, ale i zachowanie odpowiednich do tego obszarów pewnej swobody procesowej organów orzekających w sprawach ochrony konkurencji.

Recenzowana książka przyczyni się do pogłębienia wiedzy o ważnym obszarze procedury administracyjnej i powiązanej z nią procedury sądowej w sprawach o znacznym ciężarze gatunkowym dla gospodarki i życia społecznego, a jest to obszar wysoce złożony pod względem prawnym. Autor o tych

trudnych zagadnieniach pisze kompetentnie, językiem jasnym i komunikatywnym, formułując zdecydowane i wyważone oceny stanu prawnego i praktyki stosowania prawa. To wszystko przemawia za zdecydowanym rekomendowaniem do druku książki Pana dra Macieja Bernatta pt. „*Sprawiedliwość proceduralna w postępowaniu przed organem ochrony konkurencji*" jako zasługującej na to z uwagi na prezentowane treści merytoryczne i dobrą formę pisarstwa naukowego.

Prof. zw. dr hab. Janusz Borkowski

Łódź, dnia 16 września 2011 r.

Wybrane zagadnienia kontroli koncentracji.

Konferencja Koła Naukowego Ochrony Konkurencji i Konsumentów WZ UW (27.09.2012)

W dniu 27.03.2012 r. na Uniwersytecie Warszawskim odbyła się konferencja naukowa poświęcona wybranym zagadnieniom kontroli koncentracji, której organizatorem było Koło Naukowe Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Moderatorem spotkania była przewodnicząca koła Paula Grzejszczak oraz dr Marta Sendrowicz, opiekun naukowy koła.

Pierwszy referat wygłosiła **Lucyna Kołnierzak** straszy specjalista w Departamencie Kontroli Koncentracji, przedstawiając najnowsze propozycje UOKiK w zakresie zmiany ustawy. W celu poprawy dostrzeżonych niedoskonałości proponowane są:

a) rozszerzenie katalogu przesłanek wyłączających z art. 14 pkt 1 ustawy o utworzenie nowego przedsiębiorcy (joint venture) oraz nabycie mienia w toku postępowania upadłościowego, uwzględniając jednak dotychczasowy próg obrotu tj. 10 mln euro;

b) uwzględnienie przy obliczaniu obrotów kilku następujących po sobie transakcji jako jedną koncentrację (jeżeli przejęcie kontroli lub nabycie mienia przedsiębiorców należących do tej samej grupy kapitałowej następuje w okresie 2 lat);

c) zmiana w zakresie liczenia obrotu dla grup kapitałowych w zależności od rodzaju sprawowanej kontroli; w przypadku sprawowania kontroli wspólnej (przykładowo jeśli udział kapitałowy wynosi 50% uwzględniany będzie obrót na poziomie 50%);

d) wprowadzenie możliwości utajnienia sentencji decyzji w części dotyczącej terminu spełnienia warunków jeśli mogłoby to spowodować poważne naruszenie interesów przedsiębiorcy.

Ponadto UOKiK postuluje znaczące przeformułowanie procesu kontroli koncentracji. Przede wszystkim ma być wprowadzona procedura dwuetapowa. W przypadku koncentracji prostszych przewidziana byłaby jedna faza, zaś decyzja powinna być wydana w ciągu miesiąca. Z kolei koncentracje trudniejsze i budzące zastrzeżenia z punktu widzenia ochrony konkurencji w oparciu o postanowienie kierowane byłyby do drugiej fazy postępowania. Następnie należałoby przeprowadzić dokładne analizy rynku i otoczenia konkurencyjnego. Proces ten w zależności od rezultatu miałby zakończyć się wydaniem zgody albo formalnego zawiadomienia o zastrzeżeniach (tzw. *competition concern*) w połączeniu z propozycją warunku ze strony organu. Podobnie jak obecnie jego akceptacja spowodowałaby wydanie decyzji warunkowej, zaś jej brak decyzji zakazującej. W odniesieniu do koncentracji, które trafią do drugiej fazy postępowanie miałoby zakończyć się w ciągu 4 miesięcy.

W toku dyskusji zwrócono uwagę na stosunkowo długi okres rozpatrzenia spraw skierowanych do drugiego etapu (120 dni) w odniesieniu do unormowań europejskich (90 dni i 115 przy decyzji warunkowej). Trzeba też nadmienić, iż każde pytanie skierowane do strony zgłaszającej dodatkowo wydłuży ten termin, co zdaje się nie odpowiadać postulatowi regulacji prorynkowej z uwagi na fakt, iż dla przedsiębiorcy czynnik czasowy odgrywa kluczową rolę.

Ponadto pojawiła się propozycja wprowadzenia możliwości utajnienia faktu zgłaszania niektórych koncentracji na uzasadniony wniosek przedsiębiorcy będącego spółką publiczną. Taka informacja nie pozostaje bowiem bez wpływu na wartość przedsiębiorstwa, a zatem jej upublicznienie można by opóźnić.

Drugim prelegentem była **mec. Agnieszka Stefanowicz-Barańska**, która poruszyła bardzo ciekawe zagadnienia związane z odpowiednią kwalifikacją transakcji jako typu koncentracji na gruncie polskiej ustawy. Wnioski stąd płynące porównała z odpowiednimi uregulowaniami prawa europejskiego w tym zakresie. Omówiona została tematyka nabywania udziałów mniejszościowych, unii personalnej a także innych szczególnych form przejęcia kontroli. Zwrócono również uwagę na zbieg różnych form koncentracji.

Następnie swoją prezentację przedstawiła **Paulina Komorowska**, która omówiła problematykę utworzenia wspólnego przedsiębiorcy (joint venture) na gruncie prawa polskiego i europejskiego. Podstawowe znaczenie ma tutaj podział tworzonych przedsiębiorstw na te o charakterze koncentracyjnym i kooperacyjnym.

Prelegentka uwypukliła różnicę w podejściu do przedsiębiorstw o charakterze kooperacyjnym na gruncie prawa europejskiego i polskiego. Jeśli chodzi o regulację wspólnotową oceniane są one przez pryzmat art.101 TFUE, a zatem ocena jest dokonywana po tym jak porozumienia zaczną być wykonywane. Odwrotnie w prawie polskim, porozumienia tego samego rodzaju podlegają kontroli koncentracji, a więc ich ocena dokonywana jest już na etapie zamiaru, w kontekście przepisów regulujących kontrolę koncentracji. W ocenie autorki rozważenia wymaga słuszność takiego podejścia.

W toku niezwykle ciekawej dyskusji pojawiły się propozycje zmiany definicji „utworzenia wspólnego przedsiębiorcy", a także pojęcia „przejęcia kontroli". Jak wskazała jednak przedstawicielka UOKiK utrzymanie rozróżnienia tych dwóch instytucji wydaje się być konieczne.

Kolejny panel otworzyła **dr Małgorzata Kozak**, która omówiła problematykę kontroli koncentracji spółek z udziałem Skarbu Państwa. Wskazała przy tym na uregulowania prawa europejskiego w kontekście poszanowania zasady niedyskryminacji i brak odpowiednich uregulowań w polskiej ustawie antymonopolowej. Sytuacja ta w jej ocenie rodzi cały szereg dylematów związanych z prawidłową oceną koncentracji zgłaszanych przez podmioty z udziałem Skarbu Państwa. Co prawda, jak słusznie wskazano w części dyskusyjnej, w polskim prawie zasada niedyskryminacji wynika z samej Konstytucji, niemniej jednak wiele problemów pozostaje wciąż nierozwiązanych. Prelegentka zwróciła szczególną uwagę na kompetencję Prezesa UOKiK do wydania zgody nadzwyczajnej, co stało się kwestią szczególnie aktualną w kontekście ostatnich decyzji dotyczących spółek PGE i Energa[1].

Tematem kolejnego referatu była odpowiedzialność deliktowa UE oraz Skarbu Państwa za szkodę wynikającą z niezgodnych z prawem decyzji zakazujących koncentracji. Prelegent **Maciej Syska** dokonał szczegółowego omówienia przesłanek odpowiedzialności głównie w oparciu o decyzje i orzeczenia w sprawie Schneider. Następnie wskazał na problemy proceduralne związane z dochodzeniem odszkodowania ze szczególnym uwzględnieniem prawodawstwa polskiego. Podstawowe pytanie jakie pojawia się na tym gruncie dotyczy tego czy decyzja UOKIK jest decyzją ostateczną i może służyć jako podstawa odpowiedzialności, czy też konieczne jest orzeczenie sądu w tym zakresie.

W kolejnej części konferencji pierwszym z prelegentów był **Szymon Syp**, który omówił doktrynę upadającej firmy (*failing firm defense*). Autor przedstawił tę koncepcję jako jedną z metod obrony dla strony zgłaszającej, która może doprowadzić do wydania zgody na koncentrację w momencie gdy organ ma zastrzeżenia co do jej wpływu na konkurencję. Zgodnie z orzecznictwem europejskim jej zastosowanie możliwe jest jedynie w wyjątkowych sytuacjach po spełnieniu trzech podstawowych

[1] Decyzja DKK-1/2011 *PGE v. PGE/Energa* oraz decyzja DOK-163/04 *PGE v. PGE/Energa*.

przesłanek. Pierwszą z nich jest nieuchronność wyparcia z rynku przedsiębiorstwa, które popadło w poważne trudności finansowe. Drugim wymogiem jest aby nie istniała żadna mniej konkurencyjna alternatywa zakupu w stosunku do przedmiotowej koncentracji. Wreszcie konieczne jest zbadanie czy w razie braku dojścia koncentracji do skutku aktywa przedsiębiorstwa nieuchronnie opuściły rynek. Ciężar dowodu w zakresie wszystkich przesłanek spoczywa na stronach zgłaszających. W polskim prawodawstwie jak dotąd brak jest odniesień do doktryny upadającej firmy. Jednakże nawiązania do niej znalazły się w uzasadnieniach dwóch decyzji Prezesa UOKIK (decyzja nr DKK 1/11 oraz decyzja nr DKK 12/11).

Kolejnym prelegentem była **dr Marta Sendrowicz,** która przedstawiła niezwykle ciekawy problem wymiany informacji w procesie zgłaszania zamiaru koncentracji. Zagadnienie to nabiera szczególnego znaczenia w momencie gdy planowana jest koncentracja pomiędzy konkurentami, wówczas bowiem pojawia się ryzyko naruszenia art. 101 TFUE i 6 ustawy antymonopolowej. W tym kontekście kluczowe jest pytanie jakiego typu dane mogą wymieniać między sobą przedsiębiorcy. Pewną dyrektywą w tym zakresie są Wytyczne w sprawie horyzontalnych porozumień kooperacyjnych. Zgodnie z ich brzmieniem dopuszczalna jest wymiana tych informacji, które są absolutnie niezbędne do podjęcia decyzji. Oczywiście problematyczne jest stwierdzenie jakiego rodzaju dane można określić jako „absolutnie niezbędne". Z pewnością należałoby rozpatrywać tę kwestę *a casu ad casum*.

Swoistym rozwiązaniem wspomnianego problemu jest zaangażowanie zewnętrznych doradców, którzy wypracują dla zarządu spółki stosowne rekomendacje w oparciu głównie o dane zagregowane. Wiadomym jest jednak, że przedsiębiorców interesują głównie prognozy na przyszłość. Dlatego też ważne jest sformułowanie odpowiedniej umowy o zachowaniu poufności. Co jednak stanie się z dokumentami gdy transakcja nie dojdzie do skutku? Jak widać zatem wyraźnie, wobec mnogości problemów, którym muszą stawić czoła przedsiębiorcy zasadne wydaje się sformułowanie postulatu aby w Wyjaśnieniach Prezesa UOKiK wprowadzić chociażby wstępne wskazówki w tym zakresie.

Ostatni panel otworzyła **mec. Małgorzata Szwaj**, która omówiła zagadnienie decyzji warunkowych. Problematyka ta została przedstawiona z uwzględnieniem takich aspektów jak: przyczyny ich nakładania, cele, rodzaje warunków oraz procedura w tym zakresie. Największe zainteresowanie wzbudziły jednak postulaty na przyszłość zgłoszone przez prelegentkę. Objęły one przede wszystkim wprowadzenie pisemnego przedstawienia zarzutów wobec koncentracji aby wyeliminować sytuację, w której tak jak obecnie przedsiębiorca musi się domyślać jakie są zastrzeżenia i w jaki sposób wyznaczone zostały rynki właściwe. Prelegentka podkreśliła, iż na gruncie prawa europejskiego cały proces ma charakter jawny włącznie z upublicznieniem warunków proponowanych przez KE. Stąd też wniosek aby podobne rozwiązania wprowadzić na gruncie polskiego ustawodawstwa włącznie z możliwością konsultacji zaproponowanego przez organ warunku z osobami trzecimi.

Kolejne postulaty dotyczyły sposobu realizacji warunku. Zgodnie z wnioskami autorki przedmiotem warunku powinna być sprzedaż rentownego przedsiębiorstwa zdolnego do skutecznego i trwałego konkurowania. Wskazane byłoby monitorowanie tego procesu przez zarządcę, połączone z obowiązkiem odrębnego zarządzania zbywanym majątkiem w okresie przejściowym. Wreszcie sprzedaż winna być dokonywana na rzecz wskazanego uprzednio nabywcy. Ta ostatnia instytucja akceptacji nabywcy stała się przedmiotem pytań w części dyskusyjnej. Podkreślono, iż nie znajduje ona żadnego odzwierciedlenia w obowiązujących przepisach prawnych, nie jest także wydawane postanowienie w tej materii. Ponownie więc pojawił się postulat uzupełnienia Wytycznych o szczegółowe opisanie

procesu wydawania decyzji warunkowej, tak aby zapewnić większą transparentność procedury oraz przewidywalność z punktu widzenia przedsiębiorcy.

Ostatni referat w ramach konferencji był wystąpieniem studenckim wygłoszonym przez **Ewę Lewandowską** – studentkę WPiA Uniwersytetu Łódzkiego. Dotyczył on systemu odsyłania spraw pomiędzy KE a państwami członkowskimi. System ten jak wyjątek od zasady *one-stop-shop* obejmuje kilka wariantów. Odesłanie możliwe jest dwukierunkowo tzn. zarówno przez KE do państwa członkowskiego jak i na odwrót. Na etapie przednotyfikacyjnym odesłanie następuje na wniosek przedsiębiorców dokonujących koncentracji. Z kolei na etapie postnotyfikacyjnym odesłanie dokonywane jest w oparciu o wniosek państwa członkowskiego po spełnieniu przesłanek określonych w rozporządzeniu.

Konferencję zwieńczyło rozstrzygniecie konkursu na najlepsze rozwiązanie kazusu z zakresu prawa konkurencji. Następnie głos zabrał **dr Wojciech Rogowski**, przedstawiciel Insytutu Allerhanda, który zaprezentował zgromadzonym działalność instytutu.

Podsumowując stwierdzić należy, iż spotkanie zgromadziło wybitnych specjalistów z zakresu prawa konkurencji, jak również pracowników naukowych i licznie reprezentowane grono studentów. Dzięki temu po każdej prelekcji trwała ożywiona dyskusja, przedstawiono ciekawe spostrzeżenia i propozycje zmian w prawie. Wszystkie te postulaty wydają się być szczególnie aktualne w kontekście proponowanych przez UOKIK zmian do ustawy antymonopolowej.

Elżbieta Krajewska
Prawnik i ekonomista; Stały Współpracownik CARS;
współpracownik kancelarii SPCG sp.k.;
aplikant adwokacki ORA w Warszawie.

„Jak skuteczniej chronić rynek – czas na zmiany w prawie?"

Konferencja UOKiK i Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego (28.03.2012, Wrocław)

Spotkanie na Uniwersytecie Wrocławskim poświęcone zostało omówieniu propozycji UOKiK w zakresie zmian do ustawy antymonopolowej, które mają na celu zwiększenie jej skuteczności w ochronie konkurencji na rynku. Do debaty Prezes UOKiK, dr Małgorzata Krasnodębska-Tomkiel zaprosiła szerokie grono przedsiębiorców, którzy prezentując swój punkt widzenia wskazywali na wpływ jaki obecnie obowiązujące regulacje wywołują na podejmowane przez nich decyzje biznesowe. Z kolei przedstawiciele zagranicznych urzędów antymonopolowych opowiadali o doświadczeniach związanych z różnymi instytucjami prawa antymonopolowego. Swoje uwagi i postulaty zgłaszali również licznie zgromadzeni reprezentanci środowisk prawniczych.

I. Dobrowolne poddanie się karze

Pierwszy panel otworzył **Grzegorz Materna (**Dyrektor Departamentu Ochrony Konkurencji UOKiK), który przedstawił propozycję wprowadzenia na gruncie prawa antymonopolowego instytucji dobrowolnego poddania się karze. Byłby to instrument opcjonalny dla organu w momencie gdy stwierdzi on, iż jego zastosowanie może przyczynić się do przyspieszenia i uproszczenia postępowania. Zgodnie z obecną propozycją po przeprowadzeniu postępowania UOKiK ujawniałby przedsiębiorcy podstawowe przesłanki decyzji oraz wysokość nałożonej kary. Wówczas mógłby on zaakceptować te ustalenia oraz wysokość kary, zaś w zamian za rezygnację z odwoływania się od decyzji uzyskałby redukcję kary w wysokości do 10%. W opinii UOKiK główną korzyścią jest nie tylko obniżenie kary, lecz także znacznie szybsze wydanie wiążącej decyzji.

Niemieckie doświadczenia w zakresie tego instrumentu prawnego przedstawił **Wilko Tőllner (**Referent w Trzecim Wydziale ds. Wydawania Decyzji, Federalny Urząd Kartelowy, Niemcy). *Settlement procedure*[1] posiada w jego ocenie kilka ważnych zalet. Przede wszystkim pozwala na obniżenie kar oraz znaczne uproszczenie i przyspieszenie postępowania, co nie jest bez znaczenia w sprawach niebudzących wątpliwości. Jej wartością jest również przewidywalność postępowania oraz to, że umożliwia kumulację obniżenia kary z tytułu *leniency* oraz *settlement procedure.*

Zgodnie z prawem niemieckim w ramach procedury z inicjatywą do stron wychodzi urząd, który przedstawia tzw. *settlement offer.* Zawiera ona krótkie podsumowanie postępowania wyjaśniającego wraz z maksymalną wysokością kary. Przedsiębiorca może tę propozycję odrzucić albo przyjąć, co oznacza, że przyznaje się do wskazanego naruszenia oraz akceptuje wyniki postępowania wraz z wysokością kary. Wówczas strony podpisują tzw. *protocol of acceptance*. Warto podkreślić, iż zgodnie z wyrokiem Federalnego Trybunału Konstytucyjnego nie ma możliwości negocjacji w zakresie sentencji decyzji, która jest wydawana w oparciu o przepis prawa. Niewielki poziom uznaniowości jest natomiast dopuszczalny w odniesieniu do kalkulacji kary.

[1] Odpowiednik dobrowolnego poddania się karze [przyp. autora sprawozdania].

Zawarte w ten sposób *settlement* wiąże się z obniżką kary w wysokości do 10%, nie musi jednak oznaczać zrzeczenia się przez przedsiębiorcę możliwości wnoszenia odwołania, która mu zawsze przysługuje. Wówczas jednak traci on prawo do przywilejów związanych z procedurą *settlement*, zaś sąd dokonuje niezależnej oceny dowodów. Niemniej jednak sam *protocol of acceptance* jest dla niego niezwykle istotnym dokumentem, zwłaszcza w przypadku zawarcia tzw. *hybrid settlements*, gdzie tylko część stron zaangażowanych w niedozwoloną praktykę zdecydowała się na współpracę z urzędem.

O komentarz do najnowszych propozycji UOKiK poproszeni zostali przedsiębiorcy. Jako pierwszy głos zabrał **Jacek Niewęgłowski (**Członek Zarządu ds. Strategii i Rozwoju Biznesu, P4 Sp. z o.o.), który wskazał na wstępie, iż obszar prawa antymonopolowego jest dla przedsiębiorcy trudny i mało intuicyjny. Obok oczywistych naruszeń istnieje cała szara strefa zachowań, co do których pojawiają się liczne wątpliwości czy są sankcjonowane przez prawo. Dyskutant odniósł się pozytywnie do rozszerzenia katalogu instrumentów urzędu, co w jego opinii pozwoli lepiej dostosować sankcję do sytuacji i uwzględnić okoliczności konkretnego przypadku. Niemniej jednak w jego ocenie zaledwie 10% możliwość redukcji daje urzędowi niewielkie pole manewru, zaś dla samego przedsiębiorcy może być mało atrakcyjna.

W podobnym duchu wypowiadał się **Janusz Naglik** (Dyrektor Generalny Akzo Nobel Decorative Paints Sp. z o.o), który również wskazywał na liczne dylematy związane z właściwą interpretacją prawa antymonopolowego. Jako przykład wskazał m.in. jednostronne działania sieci wielkopowierzchniowych, które dostawcom narzucają konkretne warunki współpracy kierując się zasadą: *take it or leave it.*. W odniesieniu do nowych instrumentów dyskutant wskazał na potrzebę dokładnego doprecyzowania skąd wynika kara wyjściowa i na jakich zasadach została obliczona. Brak takiej klarowności może spowodować trudności przy stosowaniu redukcji. Co więcej, przedsiębiorca decydując się na dobrowolne poddanie się karze musi mieć jasność przed jakim wyborem staje i jakie są alternatywy. Konieczna jest zatem dokładna informacja ze względu na jakie okoliczności kara została nałożona.

W toku dyskusji głos zabrał **dr Maciej Bernatt,** który zapytał o relację proponowanej procedury do art. 78 Konstytucji, który gwarantuje dwuinstancyjność postępowania. W odpowiedzi przedstawiciele UOKIK podkreślili, iż rezygnacja z odwołania nie będzie mieć charakteru definitywnego, jednakże jego złożenie będzie wiązało się z utratą przywilejów związanych z instytucją dobrowolnego poddania się karze. Warto nadmienić, iż dodatkową jej zaletą miałaby być jej niezależność od innych, a zatem w momencie gdy przedsiębiorca byłby beneficjentem *leniency* nie wyklucza to dalszej redukcji kary o wspomniane maksimum 10%. W tym kontekście poruszona została również kwestia sprawiedliwości proceduralnej w toku postępowania antymonopolowego w tym m.in. przestrzeganie zasady wolności od samooskarżania się. Przedstawiciele UOKIK potwierdzili, iż dostrzegają problemy z tym związane i będą się starali uwzględnić je w ramach przygotowywanych propozycji zmian do ustawy.

II. Program leniency

Kolejna grupa proponowanych przez UOKiK zmian obejmuje poszerzenie programu *leniency*, tak żeby stał się bardziej atrakcyjny dla przedsiębiorców a jednocześnie był skuteczniejszym instrumentem eliminacji zmów rynkowych. Ponadto postuluje się wprowadzenie instytucji ***leniency plus***. Zgodnie z propozycją urzędu przedsiębiorca, który złoży wniosek *leniency* jako drugi lub kolejny,

będzie mógł uzyskać dodatkową redukcję kary, jeśli poinformuje organ o innej zmowie, której również był uczestnikiem. W nowej sprawie będzie miał status pierwszego wnioskodawcy.

Amerykańskie doświadczenia w tym obszarze przedstawiła **Belinda Barnett** (Zastępca Głównego Doradcy Prawnego ds. karnych, Wydział ds. Antymonopolowych w Departamencie Sprawiedliwości USA). Omówiony został program *leniency plus*, który w tamtejszej konstrukcji wymaga aby przedsiębiorca będący uczestnikiem postępowania ujawnił organowi wszelkie informacje, jakie posiada odnośnie do innych zmów na rynku[2]. Jak wskazuje praktyka od momentu jego wprowadzenia w 1993 r. ponad połowa postępowań została zainicjowana w tym trybie. Kolejne instrumenty z amerykańskiego prawa antytrustowego to tzw. *affirmative leniency.* Jest to procedura, w ramach której w toku kontroli antymonopolowej organ może zaproponować przedsiębiorcy współpracę w ramach *leniency*. Innym rozwiązaniem jest instytucja *penalty plus*, umożliwiająca zwiększenie kary o 30% ponad ustawowy próg dla przedsiębiorcy, który nie dokona samooskarżenia.

Jednocześnie UOKiK dostrzega niedoskonałości obecnie obowiązujących przepisów i w związku z tym proponuje następujące zmiany:

a) wprowadzenie redukcji kary dla beneficjentów *leniency* w stosunku do kary orzeczonej a nie jak dotąd w stosunku do ustawowych progów w zakresie możliwości jej nałożenia;

b) usunięcie wymogu aby przedsiębiorca chcący skorzystać z *leniency* nie był inicjatorem porozumienia;

c) usunięcie przesłanki zaprzestania uczestnictwa w porozumieniu. Odtąd nie byłaby ona wymogiem bezwzględnym, ale uzależnionym od decyzji organu, który mógłby uznać dalsze w nim uczestnictwo za konieczne dla prawidłowego prowadzenia postępowania.

d) wyłączenie stosowania przepisów ustawy karnej w odniesieniu do uczestników zmów przetargowych. Zdaniem UOKiK brak wniosków w tym obszarze jest spowodowany głównie obawą przed odpowiedzialnością karną.

Dotychczasowe regulacje polskie w zakresie *leniency* komentował **Dariusz Formela** (Prezes Zarządu CM Makton S.A), który opisał doświadczenia zarządzanej przez siebie spółki w tym zakresie. Podkreślił istniejące ryzyko nieobjęcia przywilejami wynikającymi z *leniency* w końcowym etapie postępowania. W celu poprawy zwiększenia atrakcyjności programu wskazywał, iż proces powinien być szybki, w przeciwnym razie przedsiębiorcy nie będą nim zainteresowani. Konieczna jest taka konstrukcja przepisów aby możliwe było samodzielne oszacowanie grożącej kary, przedsiębiorca powinien bowiem wiedzieć przed jakim wyborem stoi. Niezwykle ważna jest również klarowność norm w zakresie dowodu jaki ma być dostarczony organowi, tak aby nie budziło wątpliwości przedsiębiorcy jakiego typu informacje są wymagane.

Ten ostatni wniosek był zgłaszany również przez **Dorothy Hansberry-Bieguńską** (Hansberry Competition), która wskazywała, iż jest to główny problem w skutecznym funkcjonowaniu tej instytucji. Zwracała również uwagę na niejasność związaną z zaprzestaniem udziału w porozumieniu, gdyż przedsiębiorca nie wie czego dokładnie organ oczekuje w tym zakresie, podobnie jak nie ma świadomości czy wciąż postrzegany jest jako współpracujący na gruncie ustawy. A zatem główne postulaty to zwiększenie sprawiedliwości, przewidywalności oraz transparentności całej procedury.

[2] Kluczową rolę odgrywa tzw. omnibus question: „Do you have any information about any other cartel?"

III. Nowe instrumenty w celu skuteczniejszej ochrony konkurencji

W celu sprawniejszego przywrócenia konkurencji na rynku UOKiK proponuje również wprowadzenie do decyzji kończących postępowanie tzw. środków zaradczych (ang. *remedies*). Rozwiązanie to miałoby nawiązywać do tego przyjętego w Rozporządzeniu 1/2003, a zatem środki o charakterze behawioralnym miałyby pierwszeństwo przed tymi strukturalnymi. W ocenie organu mogłoby to ułatwić przedsiębiorcy dobór odpowiedniego działania, tak aby doprowadzić do usunięcia skutków naruszenia stwierdzonego decyzją.

UOKiK postuluje również wprowadzenie odpowiedzialności finansowej kadry kierowniczej za naruszenie prawa konkurencji (w postaci administracyjnych kar finansowych). Zasadą tej odpowiedzialności miałaby być wina również nieumyślna. W ślad za tym idzie propozycja wprowadzenia programu *leniency* dla osób fizycznych.

O doświadczeniach w zakresie odpowiedzialności osób fizycznych opowiadała **Caroline Wolberink (**Holenderski Urząd Antymonopolowy)**.** W holenderskim prawie pojawiła się ona całkiem niedawno, bo w 2009. Zakres odpowiedzialności obejmuje zarówno wydawanie poleceń czy wprowadzanie w życie praktyk stanowiących naruszenie prawa konkurencji jak i brak jakichkolwiek działań w celu zapobiegnięcia takim zachowaniom. Aby pociągnąć konkretną osobę do odpowiedzialności niezbędne jest wykazanie jej udziału czynnego lub biernego w naruszeniu, które musi mieć poważny charakter. Jako przykład podane zostały kary nałożone na członków zarządu, którzy zostali specjalnie powołani do kontrolowania zgodności działań w spółce z instrukcjami stanowiącymi bezsprzeczny przejaw naruszenia prawa antymonopolowego. Innym przykładem było ukaranie kierownictwa, które odpowiadało za zawarcie umów o charakterze zmów przetargowych, spośród których jeden pełnił funkcję nadzorcy całego procesu. Co prawda, jak podkreśliła prelegentka, za wcześnie jest aby formułować wnioski co do skuteczności obowiązujących przepisów. Niemniej jednak zauważalna jest tendencja, iż spółki są skłonne płacić kary za swoich pracowników, zaś niektórzy z menagerów po prostu ubezpieczają się na okoliczność tego typu kar. A zatem prewencyjna rola opisanej instytucji jak dotąd niekoniecznie znajduje potwierdzenie w praktyce.

Proponowane zmiany komentował również **Bartosz Pałusko** (Prezes Zarządu Vidis S.A.), który zwrócił uwagę, iż tego typu odpowiedzialność indywidualna, może być instrumentem, z którego zechcą skorzystać kontrahenci danego przedsiębiorcy, chcący wyegzekwować odpowiedzialność konkurenta za naruszenie prawa konkurencji. Jak do tej pory cywilna ścieżka dochodzenia swoich praw wydaje się bowiem mało skuteczna. Dokładny opis problemów z tym związanych został przedstawiony przez **dr. hab. Roberta Stefanickiego** (Wydział Prawa Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego). Z kolei **dr Marcin Podleś (Wy**dział Prawa Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego) omówił problematykę roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszenia prawa konkurencji ze szczególnym uwzględnieniem problemów jakie pojawiają się na gruncie przepisów prawa polskiego.

IV. Kontrola koncentracji

Ostatni panel konferencji poświęcony był kontroli koncentracji. O roli przedsiębiorcy w tym procesie opowiadali licznie zgromadzeni przedstawiciele środowisk biznesowych. Na początku głos zabrała **Iwona Her (**Amerykańska Izba Handlowa w Polsce, Kancelaria Weil, Gotshal & Manges), która wskazywała na potrzebę zrozumienia procesu koncentracji od strony biznesowej. Kluczową

rolę odgrywają tutaj czynnik czasowy, kosztowy a także przewidywalność działań organu. Możliwość wczesnej identyfikacji ryzyk antymonopolowych znacznie ułatwia przedsiębiorcy negocjacje z partnerem handlowym. W podobnym tonie wypowiadała się **Maria Pertek (**Dyrektor Departamentu Prawnego Work Service S.A.), która podkreślała, iż dla przedsiębiorcy procedura nabycia spółki jest długotrwała i obarczona niepewnością co od ostatecznego wyniku. Z pewnością otrzymanie decyzji negatywnej stanowi biznesowe niepowodzenie. Dlatego też zwłaszcza przy decyzjach zakazowych i warunkowych możliwość dyskusji z urzędem jest niezwykle wskazana. Na kluczową rolę takiego dialogu wskazywał również **Simon Boyd** (Prezes Zarządu UPC Polska), zwracając dodatkowo uwagę na kwestię rynków relewantnych, która bywa sporna pomiędzy przedsiębiorcą a urzędem. Zachęcał przy tym do prowadzenia analiz w oparciu o jak najbardziej aktualne dane z uwzględnieniem obserwowanych trendów na przyszłość.

Propozycje UOKiK w tym zakresie przedstawił **Robert Kamiński (**Dyrektor Departamentu Kontroli Koncentracji UOKiK). Mają one dwojaki charakter. Po pierwsze, również w tym obszarze dostrzega się niedoskonałości ustawy i w związku z tym proponowane są:

a) zmiana w zakresie liczenia obrotu dla grup kapitałowych w zależności od rodzaju sprawowanej kontroli; przykładowo jeśli udział kapitałowy spółki dominującej w spółce zależnej wynosi 50% uwzględniany będzie obrót na poziomie 50%;

b) uwzględnianie przy obliczaniu obrotów kilku następujących po sobie transakcji jako jedną koncentrację;

c) rozszerzenie katalogu przesłanek wyłączających z art. 14 pkt 1 ustawy o utworzenie nowego przedsiębiorcy (joint venture) oraz nabycie mienia w toku postępowania upadłościowego, uwzględniając jednak dotychczasowy prog obrotu tj. 10 mln euro.

d) wprowadzenie możliwości utajnienia terminu na realizację warunku nałożonego w decyzji, na uzasadniony wniosek przedsiębiorcy.

Ponadto UOKiK proponuje znaczące przeformułowanie procedury kontroli koncentracji. Przede wszystkim organ zauważa potrzebę wprowadzenia odrębnych procedur w zależności od stopnia skomplikowania danej sprawy. W przypadku koncentracji prostszych, niebudzących wątpliwości z punktu widzenia ograniczenia konkurencji przewidziana byłaby jedna faza, zaś decyzja powinna być wydana w ciągu miesiąca. Z kolei koncentracje trudniejsze i budzące zastrzeżenia w oparciu o postanowienie miałyby być kierowane do drugiej fazy postępowania. Następnie przeprowadzane byłyby dokładne analizy rynku i otoczenia konkurencyjnego. Proces ten w zależności od rezultatu miałby zakończyć się wydaniem zgody albo formalnego zawiadomienia o zastrzeżeniach (tzw. *competition concern*) w połączeniu z propozycją warunku ze strony organu. Podobnie jak obecnie jego akceptacja spowodowałaby wydanie decyzji warunkowej, zaś jej brak decyzji zakazującej. W odniesieniu do koncentracji, które trafią do drugiej fazy postępowanie miałoby zakończyć się w ciągu 4 miesięcy.

Przewidywalność działań UOKiK i kluczowa rola czynnika czasowego to dwa podstawowe postulaty, które przewijały się w wypowiedziach przedsiębiorców poproszonych o skomentowanie proponowanych zmian. Na początku głos zabrał **Maciej Szymański (**Prezes Zarządu NFI Empik Media & Fashion S.A.), który wskazywał, iż słuszne byłoby usztywnienie ram czasowych w ramach postępowania dwuetapowego, jak również uproszczenie wymogów w prostych sprawach. Podkreślał rolę dialogu z urzędem, tak by uniknąć sytuacji, gdzie przedsiębiorca aż do momentu wydania decyzji nie otrzymuje żadnego sygnału, iż jego sprawa budzi wątpliwości urzędu i może zakończyć się

wydaniem decyzji zakazującej. Postulował również by przy wyznaczaniu rynków właściwych urząd przynajmniej odniósł się do analiz rynkowych przedstawionych przez zgłaszających.

Z kolei **Krzysztof Rosiński** (Prezes Zarządu Getin Noble Bank) w praktyczny sposób przedstawił problemy jakie napotyka przedsiębiorca planujący proces przejęcia wynikający z niemożności przewidzenia czasu trwania i rezultatów postępowania antymonopolowego. Stąd kluczowego znaczenia nabierają odpowiednie zapisy przedwstępnej umowy sprzedaży, których właściwe sformułowanie w kontekście aktualnej praktyki urzędu stanowi dla przedsiębiorcy nie lada wyzwanie. Problematyczne jest nie tylko zakreślenie odpowiedniego terminu do zamknięcia transakcji, ale przede wszystkim trudność w przewidzeniu wyniku postępowania. To oznacza, iż ciężko jest oszacować ryzyko biznesowego całego przedsięwzięcia.

Dyskutant wskazał również na problemy jakie napotyka zarówno nabywca, jak i sprzedawca w tzw. okresie przejściowym (pomiędzy umową przedwstępną a ostateczną). Przedłużanie się tego okresu jest problematyczne dla nabywcy, który chciałby jak najszybciej zacząć restrukturyzację i harmonizację podmiotu, a krępowany jest licznymi ograniczeniami. W międzyczasie wartość przejmowanej spółki cały czas spada (odchodzą pracownicy, wkrada się niepewność co do powodzenia przedsięwzięcia itd.). W niewygodnej sytuacji jest również sprzedający, który zazwyczaj na wypadek wydania decyzji warunkowej ma możliwość odstąpienia od transakcji. To jednak wcale nie poprawia jego biznesowej pozycji, gdyż z pewnością w najbliższym czasie nie uzyska już równie dobrych warunków finansowych. Wiadomym jest również, iż ponowne wyjście z ofertą na rynek jest opłacalne dopiero po pewnym czasie. Stąd też dialog z urzędem i bieżąca informacja na temat zastrzeżeń co do koncentracji wydają się być kluczowe dla właściwego wypracowania strategii biznesowej dla przedsiębiorcy.

Z kolei **dr Dominik Wolski** (Kierownik ds. Prawych Jeronimo Martins Dystrybucja) zwracał uwagę na problemy z realizacją przez przedsiębiorcę warunku nałożonego przez organ antymonopolowy. Zdecydowanie poparł propozycję wprowadzenia możliwości utajnienia terminu w jakim warunek ma być zrealizowany. Dotychczasowe uregulowania sprawiają bowiem, iż przedsiębiorca siadając do stołu negocjacyjnego z potencjalnym kontrahentem ma z góry przegraną pozycję. Dr Wolski podniósł również kwestię niemożliwości ziszczenia warunku. Do rozważenia jest też sytuacja, gdzie po okresie 12-18 miesięcy rynek ulega diametralnej zmianie. Co wówczas dzieje się z warunkiem? Na dzień dzisiejszy w przypadku nieziszczenia warunku jedyną możliwością jest zgłoszenie do UOKiK niewykonania warunku wraz z uzasadnieniem.

Odnośnie do procedury kontroli koncentracji swoje propozycje zgłosiła również **dr Marta Sendrowicz** (Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego). Przede wszystkim postulowała aby równolegle ze zmianami w ustawie odpowiedniemu uaktualnieniu i poszerzeniu uległy Wytyczne[3]. Za istotną uznała instytucjonalizację dialogu przedsiębiorcy z urzędem, tak aby uzyskał on większą pewność swoich uprawnień. W szczególności pożądane jest to w kontekście możliwości negocjacji warunku w decyzjach koncentracyjnych, która w praktyce działań urzędu jak najbardziej istnieje, jednak w chwili obecnej nie znajduje żadnego oparcia formalnoprawnego. Ponadto proponowała wprowadzenie możliwości utajnienia zamiaru koncentracji w Biuletynie Informacji Publicznej na uzasadniony wniosek przedsiębiorcy. Przedstawiciele UOKiK przychylili się do dwóch pierwszych propozycji, nie przewidują natomiast żadnych zmian w zakresie ostatniego postulatu.

[3] Wyjaśnienia w sprawie zgłaszania zamiaru koncentracji [przypis autorki sprawozdania].

Konferencję podsumowała Prezes UOKiK, która podziękowała wszystkim zgromadzonym za przybycie i owocną dyskusję, zapewniając jednocześnie, iż wszystkie postulaty były uważnie wysłuchiwane i będą przedmiotem rozważań w toku opracowywania zmian do ustawy. Zgodnie z zapowiedziami **ogłoszenie oficjalnego projektu planowane jest w przeciągu kilku najbliższych miesięcy**.

Elżbieta Krajewska
Prawnik i ekonomista; Stały Współpracownik CARS;
współpracownik kancelarii SPCG sp.k.;
aplikant adwokacki ORA w Warszawie.

Stowarzyszenie Prawa Konkurencji
Rondo ONZ 1
XXX piętro
00 – 124 Warszawa
tel.: (22) 24 25 654
faks: (22) 24 25 242

spk@spk.com.pl

www.spk.com.pl

Stowarzyszenie Prawa Konkurencji zostało utworzone w dniu 13 września 1994 r. przez Komitet Założycielski w składzie: prof. dr hab. Irena Wiszniewska-Białecka, prof. dr hab. Tadeusz Skoczny, mec. Włodzimierz Szoszuk, prof. dr hab. Janusz Szwaja oraz prof. Ewa Nowińska.
W skład obecnych władz Stowarzyszenia wchodzą: mec. Agnieszka Stefanowicz-Barańska (prezes zarządu), mec. Anna Maria Pukszto, dr Marta Sendrowicz, mec. Małgorzata Szwaj, prof. Janusz Szwaja i mec. Iwona Terlecka (członkowie zarządu) oraz prof. Sławomir Dudzik, mec. Robert Gago i mec. Bernadeta Kasztelan-Świetlik (członkowie Komisji Rewizyjnej).
Obecnie Stowarzyszenie liczy ponad 250 członków – w tym prawników reprezentujących wszystkie największe kancelarie prawnicze w Polsce i działy prawne wiodących przedsiębiorstw, akademików i praktyków, ekonomistów i rzeczników patentowych. Członkami wspierającymi Stowarzyszenia są firmy InPost Sp. z o.o., Microsoft Sp. z o.o., Polska Telefonia Cyfrowa Sp. z o.o., Kancelaria Adwokacka Röhrenschef oraz kancelarie: Kochański Zięba Rąpała i Partnerzy oraz Schonherr Pietrzak Siekierzyński Bogen Sp.k.
SPK utrzymuje także kontakty z innymi narodowymi stowarzyszeniami prawa konkurencji.

Cele Stowarzyszenia:

- promowanie idei swobodnej i uczciwej konkurencji;
- upowszechnianie wiedzy na temat regulacji prawnych ochrony konkurencji w Polsce i poza jej granicami
- popularyzacja przyjętych w Europie standardów prawnych w zakresie ochrony konkurencji, w tym, w szczególności, prawa wspólnotowego;
- prowadzenie studiów porównawczych w zakresie prawa konkurencji;
- prowadzenie badań i studiów związanych z porozumieniami międzynarodowymi dotyczącymi prawa konkurencji.

Stowarzyszenie realizuje swoje cele przez:

- popieranie działalności propagatorskiej, informacyjnej i wydawniczej w zakresie ochrony konkurencji;
- opracowywanie raportów, opinii, ocen i wniosków w zakresie ochrony konkurencji;
- organizowanie i popieranie organizowanych przez inne podmioty konferencji, seminariów i warsztatów;
- networking – ułatwianie kontaktów pomiędzy praktykami prawa konkurencji, wymianę myśli i doświadczeń;

- współpracę z organizacjami i instytucjami działającymi na rzecz idei swobodnej i uczciwej konkurencji w kraju i za granicą.

Warsztaty SPK

W latach 1994 – 2012 odbyło się ponad 60 warsztatów SPK, na których prelegentami byli m.in.:

- **przedstawiciele UOKiK**: dr Małgorzata Krasnodębska-Tomkiel, dr Cezary Banasiński, dyr. Joanna Wrona i **pracownicy Komisji Europejskiej** – dr Bartłomiej Kurcz, Jarosław Porejski, Agnieszka Stobiecka-Kuik, dr Kamil Kiljański, dr Justyna Majcher;
- **luminarze prawa konkurencji**: prof. Richard Whish, Sir Christopher Bellamy, prof. dr hab. Anna Fornalczyk, dr Dawid Miąsik, prof. UW dr hab. Tadeusz Skoczny, dr Konrad Kohutek, prof. UW dr hab. Małgorzata Król-Bogomilska, prof. dr hab. Janusz Szwaja, prof. dr hab. Michał du Vall, prof. dr hab. Ewa Nowińska, dr hab. prof. nadzw. UWr Marek Szydło;
- **ekonomiści:** Marta Stryszowska (Microeconomix), dr Cento Veljanovski, (Case Associates), Nils von Hinten-Reed, (Competition Economists Group) i dr Helen Jenkins (Oxera) oraz **prawnicy-praktycy** – członkowie SPK będący przedstawicielami największych kancelarii prawniczych w Polsce. Szczególną popularnością cieszą się doroczne warsztaty kazusowe.

Grupy Robocze SPK

W dniu 21 marca 2006 r. Stowarzyszenie przedłożyło Prezesowi UOKiK wynik prac Grupy roboczej SPK ds. zmian w Ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów, w postaci propozycji zmian tej ustawy i szeregu aktów wykonawczych do niej.

W dniu 12 stycznia 2007 r. w trakcie warsztatów z udziałem dr Małgorzaty Krasnodębskiej-Tomkiel, ówczesnej dyrektor Departamentu Prawnego i Orzecznictwa Europejskiego UOKiK, uczestnicy jako pierwsi dowiedzieli się o uchwaleniu wcześniej tego samego dnia przez Sejm ustawy oraz o najnowszych zmianach do niej wprowadzonych. Mieli też unikalną okazję zwrócić uwagę Urzędu na potrzebę skorygowania pewnych usterek legislacyjnych.

W dniu 3 lipca 2007 r. Stowarzyszenie przedłożyło Prezesowi UOKiK uwagi do projektów rozporządzeń wykonawczych do nowej Ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z dnia 16 lutego 2007 r.

W dniu 6 października 2008 r. Stowarzyszenie przedłożyło Prezes UOKiK postulaty nowelizacji Ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z dnia 16 lutego 2007 r.

W dniu 2 grudnia 2008 r. członkowie Stowarzyszenia wzięli udział w spotkaniu z przedstawicielami UOKiK poświęconym projektowi wytycznych w sprawie ustalania wysokości kar pieniężnych za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję.

W dniu 23 września 2010 r. odbyło się spotkanie Grupy Roboczej SPK z dyrekcją DKK UOKiK odnośnie do projektu wyjaśnień w sprawie zgłaszania zamiaru koncentracji Prezesowi UOKiK; uwagi Stowarzyszenia do projektu tych wytycznych zostały następnie przesłane do Urzędu.

W dniu 20 października 2011 r. Stowarzyszenie przesłało do Urzędu uwagi do projektu rozporządzenia w sprawie wyłączenia określonych porozumień specjalizacyjnych i badawczo-rozwojowych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję.

Patronaty SPK

Od 2009 r. Stowarzyszenie współorganizuje z UOKiK konkurs na najlepszą pracę magisterską z zakresu ochrony konkurencji i przyznaje swoją nagrodę dla najlepszej pracy magisterskiej w ramach tego konkursu. Od 2012 r. współpracujemy też z UOKiK przy konkursie dla dziennikarzy „Libertas et Auxilium".

SPK regularnie informuje swoich członków o nowych wydarzeniach w sektorze i patronuje publikacjom, konferencjom i seminariom poświęconym prawu konkurencji.

Our Mission – from the Editor-in-Chief

Dr. Małgorzata Krasnodębska-Tomkiel,
President of the Office of Competition and Consumer Protection,
Time for Changes in Polish Competition Law

Articles

Aleksander Stawicki, Restrictions by "object" and restrictions by "effect" under Polish competition law: in search of delineation

Abstract: The article's purpose is to define the terms "object" and "effect" of competition restricting agreements. It also aims to answer the question whether it is always sufficient for competition authorities to prove either the anticompetitive object or the anticompetitive effect of an agreement. It is suggested therein that focusing solely on the anticompetitive object of an agreement is only appropriate in cases of the so-called hard-core restrictions of competition. It is also argued that competition authorities must prove in all other cases the actual or potential anticompetitive effect on the agreement under consideration.

Key words: anticompetitive agreements; object of agreement; effect of agreement.

Antoni Bolecki, Restrictions of competition by object or by effect in recent Polish case law

Abstract: The article analyses recent decisions of the Polish competition authority which concern prohibitions on the grounds of an anticompetitive object or effect on an agreement. Three areas are taken into account in this context: (a) the authority's understanding and use of the concept of "effect of anticompetitive agreement"; (b) the extent to which the authority considers the overall economic environment of the scrutinised agreements and; (c) the use by the authority of methods rationalising the prohibition of competition restricting agreements (i.e. ancillary restraints and objective justifications of a competition restriction).

The following conclusions are drawn from this analysis: (a) the Polish competition authority endeavours to prove the occurrence of anticompetitive effects even though this is not formally required if an anticompetitive object is sufficiently proven. *The authority tends to apply a simplified view of anticompetitive effects – it sees them more as a spot deformation of a narrow section of business activities rather than an actual restriction of competition mechanisms; (b) the authority takes into account the overall economic context of the scrutinised agreements only in some cases – it most often follows a formalistic approach; (c) there is no evidence of the authority trying to find new methods of rationalising its assessment by considering, for example, ancillary restraints or an objective justification of competition restrictions.*

Key words: competition restricting agreements – object of agreements – effect of agreements – formalistic approach – economic approach – ancillary restraints – objective justification.

Agata Jurkowska-Gomułka, Effects-oriented application of the prohibition of competition restricting agreements? Some comments on the decisions issued by the Polish competition authority on the basis of the Competition Act of 2007

Abstract: The article analyzes the method of assessing restrictive agreements from the perspective of an effects-based approach. The article discusses a number of signs of the use of this approach to agreements assessed on the basis of the Competition and Consumer Protection Act of 2007 including: 1) accepting consumer welfare as the basic prerequisite of an antitrust intervention; 2) considering the context in which an agreement was concluded and/or functioning as the ultimate determinant of an antitrust assessment; 3) references made (direct or indirect) to economically-based antitrust doctrines, such as that of a single economic unit or of ancillary restraints; 4) remitting antitrust proceedings because of the fulfillment of the conditions of legal exemption contained in Article 8(1) of the Competition Act 2007; 5) the use of commitments decisions on the basis of its Article 12.

Key words: consumer welfare; economic approach; effects-based approach; antitrust assessment; agreements; legal exception; exemptions.

Dawid Miąsik, Is a normative regulation of the IP/antitrust interface really needed?

Abstract: The article analyses Article 2 of the Polish Act on Competition and Consumer Protection 2007 as it regulates the intersection between Intellectual Property Rights (IPR) and antitrust in Poland. Discussed here is the evolution of national legislation dealing with this issue as well as the approach to it presented by different commentators. The author presents also his own interpretation of Article 2 critically evaluating its content and considering the necessity of its very existence. It is ultimately concluded that there is no need for a normative regulation of the IPR/antitrust interface in the Polish Competition Act 2007 and that it is appropriate to repeal its current Article 2.

Key words: Intellectual Property Rights; industrial property; innovations; IPR/antitrust interface.

Konrad Kohutek, Five years of the application of the prohibition of a dominant position abuse in the light of the Competition Act 2007: the evolution of the interpretation of its key concepts

Abstract: The paper presents the achievements of Polish jurisprudence concerning the prohibition of a dominant position abuse laid down in Article 9 of the Competition Act 2007. It is shown that the interpretative practice of its basic concepts has been shaped over the last five years, especially by the Supreme Court, facilitating its application to exclusionary abuse in particular. It is noted that Polish jurisprudence has developed in that time the understanding of key concepts such as the general definition of exclusionary abuse and the notion of market foreclosure. The article shows also that judicial interpretation of the main criteria used to determine that a dominant firm's conduct is exploitative – "unfairness" and "onerous character" of the imposed terms and conditions – moves towards a convergence of these two concepts. The article provides in conclusions suggestions *de lege ferenda* on possible changes to the content or design of Article 9 of the Competition Act 2007.

Key words: abuse of a dominant position; market foreclosure; exclusionary/exploitative practices/abuses; leveraging; unfair/onerous terms and conditions.

Marcin Kolasiński, Polish merger control policy – current state of play and possible changes

Abstract: The article assesses the practical implementation of a number of policy changes declared during the formulation of the Act on Competition and Consumer Protection 2007 with respect to the control of concentrations. The focus of these changes was to reduce the number of merger proceedings conducted by the Polish competition authority allowing it to focus on transitions with a significant impact on competition only. The author analyzes the legal and organizational reasons causing an actual rise in Polish merger proceedings – a trend which is in fact contrary to the intentions of the legislator. Assessed is also how the increased number of merger proceedings affects the quality of the proceedings themselves as well as the quality of the resulting decisions. The article refers also to the currently envisaged reform of Polish policy and procedure on the control of concentration as signaled by the competition authority.

Key words: Merger control policy – Reform of merger control policy – Merger control notification – Procedure of merger control proceedings

Maciej Bernatt, Need for revision of the Act on competition and consumer protection. A perspective of procedural fairness

Abstract: The purpose of this article is to analyze which of the rules contained in the currently applicable Competition Act 2007 must be amended in order to increase the level of procedural fairness during proceedings held before the Polish competition authority. The solutions proposed in the article are made in the context of the legislative works conducted at present by the competition authority which aim to improve its effectiveness in detecting infringements of competition rules. It is argued that the currently prepared amendments should be complemented by legislative efforts meant to eliminate existing shortcomings in the Competition Act 2007 as far as procedural fairness is concerned. The proposals made in the article take also into account the criminal character of proceedings concerning competition restricting practices in the sense of Article 6 of the European Convention on Human Rights.

Key words: competition law – competition proceedings – procedural fairness – rights of undertakings in competition proceedings – effective competition protection – amendment of the Competition Act 2007

Jarosław Sroczyński, Violations of collective consumer interests: commitment decisions (practical remarks and *de lege ferenda* proposals)

Abstract: The article presents the characteristic features of commitment decisions issued by the Polish competition authority in matters of practices violating collective consumer interests. The article stresses the positive effects of such decisions for undertakings as well as for the social sphere overall primarily because of the promptness and dynamics of their proceedings. Emphasized at the same time is the need to make some amendments, or additions, to existing procedural provisions or at least, to the Polish competition authority's "soft laws". The article contains several conclusions *de lege ferenda* concerning: the need to define the criteria under which commitment decisions can be issued; the need to equalize, in terms of penalization, the status of decisions declaring that a violation has ceased with that of commitment decisions and finally; the need to introduce a procedure that makes it possible to change the manner, or deadline, in which commitments must be performed imposed in commitment decisions.

Key words: consumer protection – collective consumer interests – commitment decisions.

Legislation and Case Law Reviews

Anna Piszcz, Review of changes to Polish competition law in 2010-211 (part 1)

Anna Piszcz, Review of Polish antitrust case law from 2010-2011 (part 1)

Case Comments

Do we still need national competition laws?

Case comment to the judgment of the Court of Justice of 14 February 2012 C-17/10 *Toshiba v Úřad pro ochranu hospodářské soutěže* (Katarzyna Zawisza-Bożekowska)

Let there be diversification.

Decision of the European Commission of 5 October 2011 clearing state aid for the construction of liquefied natural gas terminal in Świnoujście (Kamil Ciupak)

Book Reviews

Maciej Bernatt, *Procedural fairness in proceedings before the competition authority*. University of Warsaw Faculty of Management Press, Warsaw 2011, 373 p.

Reviewed by Prof. Dr. Janusz Borkowski

Events and Activity Reports

Some issues concerning the control of concentrations.

Conference of the Competition and Consumer Protection Scientific Circle (Warsaw, 27.03.2012). Reported by Elzbieta Krajewska.

How to protect the market effectively – is it time for a legislative change?

Conference of the Office for Competition and Consumer Protection, Faculty of Law, Administration and Economics of the University of Wrocław (Wrocław, 28.03.2012). Reported by Elżbieta Krajewska.

Information on the activities of the Polish Competition Law Association.

Reported by Agnieszka Stefanowicz-Barańska and Magdalena Pawlak.

internetowy
KWARTALNIK
ANTYMONOPOLOWY I
REGULACYJNY

Rekomendowany skrót cytowania iKAR

Podstawowe informacje dla Autorów

Teksty do opublikowania w iKAR winny dostarczane na skrzynkę mailową redakcji (ikar@mail.wz.uw.edu.pl) jako dokumenty elektroniczne w edytorach MS Word (2000/XP/2003) lub Open Office.

Artykuły powinny zawierać także spis treści, streszczenie i słowa kluczowe.

Artykuły nie powinny zawierać nie mnie niż 4500, a nie więcej niż 9000 słów.

Redakcja będzie dbać, żeby w iKAR nie miały miejsca przypadki ghostwriting czy guest authorship.

Zasady recenzowania

Wszystkie teksty każdego numeru iKAR są wstępnie recenzowane przez redaktora tematycznego.

Artykuły są oceniane przez dwóch niezależnych recenzentów spoza CARS. Autorzy i recenzenci nie znają swoich tożsamości *(double blind peer review)*.

Recenzja jest sporządzana na formularzu w wersji dla tekstów prawniczych i ekonomicznych, dostępnym na stronie www.ikar.wz.uw.edu.pl. Recenzja kończy się jednoznacznym wnioskiem co do dopuszczenia artykułu do publikacji lub jego odrzucenia.

Zbiorcza lista recenzentów iKAR jest publikowana w ostatnim iKAR w danym roku.

Prawa autorskie

iKAR jest dostępny dla każdego czytelnika na podstawie nieodpłatnej licencji Creative Commons 3.0 Polska (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/pl/).

Korzystanie z zawartości całego numeru oraz z każdego z jego tekstów jest zatem uzależnione wyłącznie od akceptowania przez użytkownika trzech zasad: uznania autorstwa, korzystania z tekstów tylko dla celów komercyjnych oraz nietworzenia na ich bazie utworów zależnych.

Udostępnianie

iKAR jest publikowany wyłącznie w wersji elektronicznej za pośrednictwem odrębnej strony internetowej www.ikar.wz.uw.edu.pl.

Jest udostępniany w wersji .pdf dostosowanej m.in. do e-booków.

Będzie także dostępny we wszystkich najważniejszych polskich bazach wolnego dostępu oraz – na zasadach niewyłącznych – w bazach największych polskich wydawców książek i czasopism z zakresu prawa, ekonomii i zarządzania.

CARS
Centre for Antitrust and Regulatory Studies
Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych

UNIWERSYTET WARSZAWSKI
WYDZIAŁ ZARZĄDZANIA

Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych

- prowadzi badania naukowe
- wydaje książki i periodyki, w tym YARS www.yars.wz.uw.edu.pl
- organizuje konferencje naukowe i warsztaty
- świadczy usługi doradcze i prowadzi szkolenia
- oferuje studia podyplomowe ARIS www.aris.wz.uw.edu.pl
- prowadzi Otwarte Seminarium Doktoranckie
- współpracuje z instytucjami naukowymi w kraju i zagranicą oraz z organami regulacyjnymi (UKE, URE, UTK)