internetowy
# KWARTALNIK ANTYMONOPOLOWY I REGULACYJNY
8(4)
2015
SERIA ANTYMONOPOLOWA

- **Warunki podejmowania kontroli i przeszukań w postępowaniach z zakresu ochrony konkurencji prowadzonych na podstawie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w aspekcie orzecznictwa na tle art. 8 ETPCz**
- **Granice zakresu uprawnień kontrolnych Komisji Europejskiej w świetle najnowszego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej**
- **„Premia od obrotu", „rabat posprzedażowy" oraz „opłata inna niż marża handlowa". Zasada wyrażona w uchwale Sądu Najwyższego z 18 listopada 2015 r. (III CZP 73/15) i jej praktyczne zastosowanie**
- **Jeżeli nie możesz ich pokonać, dołącz do nich zgodnie z prawem – konsorcjum przetargowe w świetle ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów**
- **Wybrane aspekty dotyczące formy prawnej i własnościowej operatora systemu przesyłowego w Polsce na przykładzie Polskich Sieci Elektroenergetycznych S.A.**
- **Analiza problemów związanych z regulacją relacji pomiędzy dostawcami produktów spożywczych i rolnych a sieciami handlowymi na podstawie rozwiązań zaproponowanych w projekcie ustawy PSL**

ISSN 2299-5749

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

internetowy KWARTALNIK ANTYMONOPOLOWY I REGULACYJNY

8(4)
2015

66. publikacja Programu Wydawniczego CARS

Redaktor naczelny: Prof. dr hab. Tadeusz Skoczny

Redaktor statystyczny: Prof. dr hab. Jerzy Wierzbiński

Redaktor językowy: Anita Sosnowska

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: Dom Wydawniczy ELIPSA; PL – 00-189 Warszawa,
ul. Inflancka 15/198; tel.: (+48-22) 635-03-01; www.elipsa.pl
e-mail: elipsa@elipsa.pl

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

UNIWERSYTET WARSZAWSKI
WYDZIAŁ ZARZĄDZANIA

Rada Naukowa

1. Prof. dr hab. **Andrzej Wróbel** (kierownik Zakładu Prawa Europejskiego INP PAN; sędzia Trybunału Konstytucyjnego) – przewodniczący.
2. Prof. UW dr hab. **Zbigniew Hockuba** (Katedra Ekonomii Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego; EBOR) – wiceprzewodniczący.
3. Prof. dr hab. **Cezary Kosikowski** (kierownik Katedry Prawa Gospodarczego Publicznego Wydziału Prawa Uniwersytetu w Białymstoku) – wiceprzewodniczący.
4. Doc. dr **Cezary Banasiński** (Zakład Administracyjnego Prawa Gospodarczego i Bankowego Instytutu Nauk Prawno-Administracyjnych Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego) – członek.
5. Prof. dr hab. **Jan Barcz** (kierownik Katedry Prawa Międzynarodowego i Prawa UE Akademii Leona Koźmińskiego w Warszawie) – członek.
6. Prof. dr hab. **Sławomir Dudzik** (Katedra Prawa Europejskiego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego) – członek.
7. Prof. dr hab. **Marian Gorynia** (Rektor Uniwersytetu Ekonomicznego w Poznaniu) – członek.
8. Prof. dr hab. **Jan Grabowski** (kierownik Katedry Publicznego Prawa Gospodarczego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach) – członek.
9. Prof. dr hab. **Hanna Gronkiewicz-Waltz** (kierownik Zakładu Administracyjnego Prawa Gospodarczego i Bankowego Instytutu Nauk Prawno-Administracyjnych Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego) – członek.
10. Prof. ALK dr hab. **Waldemar Hoff** (kierownik Katedry Prawa Administracyjnego i Prawa Administracyjnego Gospodarczego Akademii Leona Koźmińskiego w Warszawie) – członek.
11. Prof. dr hab. **Marian Kępiński** (kierownik Katedry Prawa Europejskiego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Adama Mickiewicza) – członek.
12. Prof. dr hab. **Leon Kieres** (kierownik Zakładu Prawa Administracyjnego Gospodarczego Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego; sędzia Trybunału Konstytucyjnego) – członek.
13. Prof. dr hab. **Bożena Klimczak** (kierownik Katedry Mikroekonomii i Ekonomii Instytucjonalnej Instytutu Ekonomii Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu) – członek.
14. Prof. dr hab. **Małgorzata Król-Bogomilska** (kierownik Zakładu Prawa Konkurencji INP PAN) – członek.
15. Prof. dr hab. **Maria Królikowska-Olczak** (kierownik Zakładu Europejskiego Prawa Gospodarczego Wydziału Prawa i Administracji UŁ) – członek.
16. Prof. INP PAN dr hab. **Dawid Miąsik** (Zakład Prawa Europejskiego INP PAN) – członek.
17. Prof. SGH dr hab. **Anna Mokrysz-Olszyńska** (kierownik Zakładu Prawa Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Katedrze Prawa Międzynarodowego Kolegium Gospodarki Światowej SGH) – członek.
18. Prof. USz dr hab. **Rajmund Molski** (Katedra Prawa Gospodarczego Publicznego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Szczecińskiego) – członek.
19. Prof. dr hab. **Adam Noga** (kierownik Katedry Ekonomii Akademii Leona Koźmińskiego) – członek.
20. Dr hab. **Bartłomiej Nowak** (Katedra Prawa Międzynarodowego i Prawa UE Akademii Leona Koźmińskiego) – członek.
21. Prof. UAM dr hab. **Bożena Popowska** (kierownik Zakładu Publicznego Prawa Gospodarczego Wydziału Prawa i Administracji UAM; sędzia NSA) – członek.
22. Prof. UG dr hab. **Andrzej Powałowski** (kierownik Zakładu Prawa Gospodarczego Publicznego w Katedrze Prawa Prawa Gospodarczego Publicznego i Ochrony Środowiska Wydziału Prawa i Administracji UG) – członek.
23. Prof. UŁ dr hab. **Maciej Rogalski** (Uczelnia Łazarskiego; członek Zarządu T-Mobile) – członek.
24. Prof. UŁ dr hab. **Kazimierz Strzyczkowski** (kierownik Katedry Prawa Publicznego Gospodarczego Wydziału Prawa i Administracji UŁ) – członek.
25. 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.
26. 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.
27. Prof. dr hab. **Jerzy Wilkin** (kierownik Katedry Ekonomii Politycznej Wydziału Nauk Ekonomicznych Uniwersytetu Warszawskiego) – członek.
28. Prof. dr hab. **Jerzy Żyżyński** (kierownik Zakładu Gospodarki Publicznej w Katedrze Gospodarki Narodowej Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego; poseł na Sejm RP) – członek.

Kolegium Redakcyjne

1. Prof. dr hab. **Tadeusz Skoczny** (kierownik CARS i Zakładu Europejskiego Prawa Gospodarczego Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego) – redaktor naczelny i nadzór nad „Serią Antymonopolową" oraz red. tematyczny ds. prewencyjnej kontroli koncentracji; adresy mailowe: skoczny@wz.uw.edu.pl; tadeuszskoczny@gmail.com; tel. stacj.: (22) 55.34.012.; tel. kom.: 604.759.706.
2. Dr hab. **Anna Fornalczyk** (COMPER) – zastępca redaktora naczelnego i nadzór nad publikacjami z ekonomii konkurencji i regulacji oraz red. tematyczny ds. pomocy publicznej; adres mailowy: afornalczyk@comper.com.pl; tel. kom.: 601.293.922.
3. Prof. dr hab. **Stanisław Piątek** (kierownik Katedry Prawnych Problemów Administracji i Zarządzania Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego – zastępca redaktora naczelnego, nadzór na „Serią Regulacyjną", redaktor tematyczny ds. regulacji w dziedzinie łączności i mediów oraz redaktor jednego zeszytu „Serii Regulacyjnej"; adresy mailowe: piątek@wz.uw.edu.pl; piatek@supermedia.pl; tel. kom.: 601.214.611.
4. Prof. dr hab. **Jerzy Wierzbiński** (kierownik Zakładu Metod Matematycznych i Statystycznych Zarządzania Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego) – redaktor statystyczny; adres mailowy: wierzbiński@wz.uw.edu.pl; tel. kom.: 602.245.591.
5. Dr **Maciej Bernatt** (adiunkt w Zakładzie Europejskiego Prawa Gospodarczego Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego) – redaktor jednego zeszytu regularnego oraz redaktor tematyczny ds. wdrażania reguł konkurencji; adres mailowy: mbernatt@wz.uw.edu.pl; tel. stacj.: (22) 55.34.126.
6. Dr **Marzena Czarnecka** (adiunkt w Katedrze Prawa Uniwersytetu Ekonomicznego w Katowicach) – redaktor jednego numeru „Serii Regulacyjnej" oraz redaktor tematyczny ds. regulacji energetycznej; adres mailowy: mczg@interia.pl; tel. kom.: 601.482.488.
7. **Łukasz Gołąb** (Katedra Publicznego Prawa Gospodarczego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie) – współredaktor jednego zeszytu „Serii Regulacyjnej" oraz redaktor tematyczny ds. regulacji w sektorze transportu; adres mailowy: lukaszgolab84@gmail.com; tel. kom.: 664.257.487.
8. Prof. WSIiZ dr hab. **Agata Jurkowska-Gomułka** (kierownik Katedry Prawa Administracyjnego na Wydziale Administracji i Nauk Społecznych Wyższej Szkoły Informatyki i Zarządzania) – redaktor jednego zeszytu „Serii Antymonopolowej" oraz redaktor tematyczny ds. porozumień ograniczających konkurencję; adres mailowy: agathajur@o2.pl; tel. kom.: 501.060.776.
9. Prof. KA dr hab. **Konrad Kohutek** (kierownik Katedry Publicznego Prawa Gospodarczego na Wydziale Prawa, Administracji i Stosunków Międzynarodowych Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza-Modrzewskiego) – redaktor jednego zeszytu regularnego oraz redaktor tematyczny ds. nadużywania pozycji dominującej; adres mailowy: kohutek@gmx.net; tel. kom.: 600.346.215.
10. Dr hab. **Anna Piszcz** (adiunkt w Katedrze Prawa Gospodarczego Publicznego Wydziału Prawa Uniwersytetu w Białymstoku) – redaktor jednego zeszytu regularnego oraz redaktor tematyczny ds. ochrony konsumentów prawa ochrony konkurencji zagranicą; adres mailowy: piszcz@uwb.edu.pl; tel. kom.: 608.777.236.
11. Dr **Ewa Kwiatkowska** (adiunkt w Katedrze Metod Ilościowych i Zastosowań Informatyki Akademii Leona Koźmińskiego w Warszawie) – sekretarz redakcji odpowiedzialny za „Serię Regulacyjną"; adres mailowy: ewcia@alk.edu.pl; tel. kom.: 502.031.389.

Spis treści

Kiedy naruszenie reguł konkurencji jest legalnie wykryte? Granice kontroli i przeszukania (od redaktora prowadzącego) 6

Artykuły

Grzegorz Materna, **Warunki podejmowania kontroli i przeszukań w postępowaniach z zakresu ochrony konkurencji prowadzonych na podstawie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w aspekcie orzecznictwa na tle art. 8 ETPCz** 8

Marta Michałek-Gervais, **Granice zakresu uprawnień kontrolnych Komisji Europejskiej w świetle najnowszego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej** 24

Joanna Affre, Piotr Skołubowicz, **„Premia od obrotu", „rabat posprzedażowy" oraz „opłata inna niż marża handlowa". Zasada wyrażona w uchwale Sądu Najwyższego z 18 listopada 2015 r. (III CZP 73/15) i jej praktyczne zastosowanie** 41

Małgorzata Salitra, **Jeżeli nie możesz ich pokonać, dołącz do nich zgodnie z prawem – konsorcjum przetargowe w świetle ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów** 53

Mateusz Radziński, **Wybrane aspekty dotyczące formy prawnej i własnościowej operatora systemu przesyłowego w Polsce na przykładzie Polskich Sieci Elektroenergetycznych S.A.** 76

Przegląd prawa i orzecznictwa

Joanna Affre, Piotr Skołubowicz, **Analiza problemów związanych z regulacją relacji pomiędzy dostawcami produktów spożywczych i rolnych a sieciami handlowymi na podstawie rozwiązań zaproponowanych w projekcie ustawy PSL o nieuczciwych praktykach rynkowych** 88

Uprzednia i następcza kontrola aktów upoważaniających organ ochrony konkurencji do przeprowadzenia niezapowiedzianej kontroli (przeszukania) przedsiębiorcy. Glosa do wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 2 października 2014 r. w sprawie *Delta Pekárny* przeciwko *Republice Czeskiej* (Bartosz Turno, Emilia Wardęga) 108

Zakaz *fishing expeditions* w toku kontroli Komisji Europejskiej. Glosa do wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 18 czerwca

2015 r. w sprawie C-583/13 P *Deutsche Bahn AG i inni* przeciwko *Komisji* (Katarzyna Manteuffel) 119

Deklaracja państwa uznana za pomoc publiczną w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE. Glosa do wyroku TSUE w sprawach połączonych C-399/10 P i C-401/10 P *Bouygues i Bouygues Télécom* przeciwko *Komisji* (Aleksandra Kłoczko). 124

Przegląd piśmiennictwa

Marta Michałek, *Right to defence in EU Competition Law: the case of inspections*, Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania UW, Warszawa 2015, s. 431 (Krystyna Kowalik-Bańczyk) 131

Sprawozdania

Sprawozdanie z międzynarodowego seminarium poświęconego prywatnoprawnemu egzekwowaniu reguł konkurencji pt. „Private Enforcement of Competition Law. Key Lessons from Recent International Developments” (Londyn, 5–6 marca 2015 r.) (Emilia Wardęga) 134

Sprawozdanie z konferencji pn. „10 Jahre UGP-Richtlinie: Erfahrungen und Perspektiven” (Berlin, 7–8 maja 2015 r.) (Monika Namysłowska, Agnieszka Jabłonowska) 138

Sprawozdanie z Międzynarodowej Konferencji pn. „Harmonisation of Private Antitrust Enforcement: A Central and Eastern European Perspective” (2–4 lipca 2015 r., Hotel Supraśl) (Paulina Korycińska) 141

Contents, summaries and key words 147

Kiedy naruszenie reguł konkurencji jest legalnie wykryte? Granice kontroli i przeszukania
(od redaktora prowadzącego)

Prezentowany numer *internetowego Kwartalnika Antymonopolowego i Regulacyjnego* służy dwóm podstawowym celom. Po pierwsze – klasycznie – odnosi się do istotnych kwestii dotyczących prawa ochrony konkurencji i prawa nieuczciwej konkurencji. Istotnym walorem tekstów w tym zakresie jest ich aktualność – analizie podlega m.in. zarówno najnowsze orzecznictwo SN, jak i rozważane obecnie projekty zmian ustawodawczych. Po drugie, niniejszy numer iKAR-a poświęcony jest spornemu w orzecznictwie i doktrynie zagadnieniu kontroli i przeszukania. Prezentowane artykuły wyjaśniają m.in., jakie są proceduralne wymogi legalności czynności dochodzeniowych organów ochrony konkurencji. Szerokiej analizie w tym kontekście podlega najnowsze orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (ETPCz) i Sądów UE (Sądu i Trybunału Sprawiedliwości).

W zakresie problematyki ogólnej w niniejszym numerze iKAR-a – zgodnie z podejściem prezentowanym w poprzednich numerach – autorzy swoją uwagę koncentrują na problematyce dopuszczalności pobierania tzw. opłat półkowych. Joanna Affre i Piotr Skołubowicz analizują wyrok SN z 18 listopada 2015 r., III CZP 73/15, po to, by odpowiedzieć na pytanie czy rabat posprzedażowy stanowi inną niż marża handlowa opłatę, o której mowa w art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Następnie wskazani autorzy badają relacje pomiędzy dostawcami produktów spożywczych i rolnych a sieciami handlowymi w świetle rozwiązań zaproponowanych w projekcie ustawy PSL o nieuczciwych praktykach rynkowych. Choć projekt ten nie został uchwalony w poprzedniej kadencji Sejmu, to może on mieć wpływ na kierunek rozwiązań przyjmowanych w obecnej VIII kadencji Sejmu. Tym samym jego analiza jest ze wszech miar wskazana. Problematyki ogólnej iKAR-a – tym razem pomocy publicznej – dotyczy glosa Aleksandry Kłoczko do wyroku TSUE w sprawie *Bouygues i Bouygues Télécom*. Małgorzata Salitra analizuje natomiast zagrożenia związane z funkcjonowaniem konsorcjów przetargowych dla konkurencji. Konsorcjum przetargowe przewidziane przez ustawę o zamówieniach publicznych stać się bowiem może płaszczyzną umożliwiającą antykonkurencyjne zachowania przedsiębiorców. W tematykę ogólną czasopisma wpisuje się również artykuł Mateusza Radzińskiego. Jednym z wniosków autora jest konieczność dopuszczenia do funkcjonowania na terenie Polski więcej niż jednego operatora systemów przesyłowych energii.

Prezentowany numer jest w dużym stopniu poświęcony problematyce kontroli i przeszukania w postępowaniach przed organami ochrony konkurencji. Taki wybór tematu jest uzasadniony w świetle ostatnich wyroków Sądów UE i ETPCz w takich m.in. sprawach, jak *Nexans* i *Deutsche Bahn* oraz *Delta Pekarny* i *Vinci Construction*. Wyroki te są ważne, ponieważ wyznaczają dopuszczalne granice kontroli i przeszukania w prawie konkurencji oraz określają proceduralne otoczenie prowadzenia kontroli i przeszukania. Zawarte w niniejszym numerze artykuły i glosy

pokazują przy tym jednoznacznie, że orzecznictwo ETPCz i Sądów UE powinno być wzięte pod uwagę przy dyskusji o modelu i praktyce stosowania kontroli i przeszukań prowadzonych na podstawie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Z orzeczeń tych płyną dwa ogólne wnioski: po pierwsze zakres kontroli/przeszukania powinien być precyzyjnie określony i niedopuszczalne jest podejmowanie przez organ ochrony konkurencji kontroli/przeszukań wykraczających poza ten zakres. Po drugie konieczne jest istnienie nadzoru sądowego nad kontrolą i przeszukaniem. Jeżeli prowadzenie kontroli/przeszukania nie jest oparte o uprzednią zgodę sądu – przed wydaniem której sąd kontroluje celowość planowanych czynności dochodzeniowych, to konieczne jest istnienie następczej pełnej kontroli sądowej. Wokół tych dwóch zagadnień koncentrują się prezentowane artykuły i glosy. Płaszczyzny unijnej dotyczy artykuł Marty Michałek-Gervais, glosa Katarzyny Manteuffel do wyroku w sprawie *Deutsche Bahn* oraz recenzja anglojęzycznej monografii Marty Michałek nt. inspekcji w prawie konkurencji UE autorstwa Krystyny Kowalik-Bańczyk. Z kolei Grzegorz Materna w swoim artykule oraz Bartosz Turno i Emilia Wardęga w swojej glosie koncentrują się na analizie orzecznictwa ETPCz. Walor obydwu opracowań wynika również z tego, że autorzy analizują przepisy polskie i postulują – w świetle standardów Europejskiej Konwencji Praw Człowieka – konieczne ich zdaniem zmiany o charakterze *de lege ferenda*.

Zachęcam do lektury!

Warszawa, 4 grudnia 2015

Maciej Bernatt

Grzegorz Materna*

Warunki podejmowania kontroli i przeszukań w postępowaniach z zakresu ochrony konkurencji prowadzonych na podstawie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w aspekcie orzecznictwa na tle art. 8 ETPCz

Spis treści

I. Wprowadzenie
II. Art. 8 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka w aspekcie kontroli i przeszukań u przedsiębiorców
III. Standardy wynikające z rozstrzygnięć ETPCz dot. art. 8 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka
  1. Wprowadzenie
  2. Sprawa nr 56715/09 *Heino* przeciwko *Finlandii* oraz sprawa nr 56716/09 *Harju* przeciwko *Finlandii*
  3. Sprawa nr 97/11 *Delta Pekárny* przeciwko *Republice Czeskiej*
IV. Wnioski – czy na tle art. 8 ETPCz potrzebne są zmiany warunków podejmowania kontroli i przeszukań w sprawach antymonopolowych prowadzonych na podstawie uokik?
  1. Uregulowania dotyczące kontroli u przedsiębiorców
  2. Uregulowania dotyczące przeszukań u przedsiębiorców
V. Podsumowanie

Streszczenie

Artykuł przedstawia warunki podejmowania kontroli i przeszukań w postępowaniach z zakresu ochrony konkurencji prowadzonych na podstawie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w świetle wymogów art. 8 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Na podstawie najnowszego orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, w szczególności na podstawie orzeczenia w sprawie nr 97/11 *Delta Pekárny* przeciwko *Republice Czeskiej* autor przedstawia warunki zgodności kontroli i przeszukań służących uzyskiwaniu dowodów możliwych praktyk ograniczających konkurencję z prawem do poszanowania życia prywatnego i mieszkania. Na tej podstawie formułowane są wnioski co do potrzeby nowelizacji polskich przepisów o warunkach podejmowania kontroli i przeszukań.

Słowa kluczowe: kontrola; przeszukanie; UOKiK; Europejska Konwencja Praw Człowieka; prawo do poszanowania życia prywatnego i mieszkania.

JEL: K21

* Grzegorz Materna - doktor nauk prawnych, adiunkt w Zakładzie Prawa Konkurencji INP PAN; e-mail: g_materna@wp.pl.

I. Wprowadzenie

Przedmiotem artykułu są warunki podejmowania kontroli i przeszukań w postępowaniach z zakresu ochrony konkurencji prowadzonych na podstawie ustawy z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów[1] (dalej: uokik) w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej: ETPCz) na tle art. 8 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (dalej: Konwencja). Jest to wycinek szerszej problematyki zgodności procedur w prawie ochrony konkurencji ze standardami wynikającymi z systemu konwencyjnego Rady Europy.

Zagadnienie podejmowane w artykule wydaje się szczególnie aktualne z jednej strony, z uwagi na daleko idące zmiany w procedurze kontroli i przeszukań wprowadzone nowelizacjami uokik z 10 czerwca 2014 r.[2] (dalej: nowelizacja z 2014 r.) oraz z 5sierpnia 2015 r.[3], z drugiej zaś – z uwagi na obecność problematyki kontroli i przeszukań w wielu w ostatnim czasie wydanych orzeczeniach ETPCz[4]. W dalszym ciągu trwa proces wypracowywania standardów oceny w świetle art. 8 Konwencji reguł podejmowania kontroli i przeszukań. Widoczny proces ustalania tych standardów jest tym bardziej interesujący, że przebiega nie bez rozbieżności wśród sędziów ETPCz. Warto w tym kontekście odnotować sprawę nr 97/11 *Delta Pekárny* przeciwko *Republice Czeskiej*, w której zdanie odrębne złożyło trzech sędziów ze składu rozstrzygającego.

Standardy wypracowywane przez ETPCz na gruncie art. 8 Konwencji odnoszę do znowelizowanych przepisów uokik, które wprowadziły zmiany w zakresie zasad nadzoru sądowego nad procedurami dochodzeniowymi UOKiK. Moim celem jest ustalenie czy przewidziane w znowelizowanej uokik procedury podejmowania (inicjowania) kontroli i przeszukań w sprawach antymonopolowych odpowiadają tym standardom. W tym celu poniżej omawiam art. 8 Konwencji z punktu widzenia uprawnień organu antymonopolowego do prowadzenia kontroli i przeszukań u przedsiębiorców, a następnie odnoszę ustalone w ten sposób aktualne standardy konwencyjne do uregulowań z zakresu kontroli i przeszukań w znowelizowanej uokik.

II. Art. 8 Konwencji w aspekcie kontroli i przeszukań u przedsiębiorców

Art. 8 Konwencji stanowi gwarancję **poszanowania życia prywatnego** i rodzinnego. W ust. 1 przewiduje, że „każdy ma prawo do poszanowania swojego życia prywatnego i rodzinnego, swojego mieszkania i swojej korespondencji". Zarazem w ust. 2 przewiduje, że zasadniczo „niedopuszczalna ingerencja władzy publicznej w korzystanie z tego prawa" możliwa jest w przypadkach **„przewidzianych przez ustawę i koniecznych w demokratycznym społeczeństwie"** z uwagi m.in. na ochronę „bezpieczeństwa państwowego, bezpieczeństwa publicznego lub dobrobytu gospodarczego kraju, ochronę porządku i zapobieganie przestępstwom".

[1] Ustawa z 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz.U. 2015 Nr 184 ze zm.).

[2] Ustawa z 10.06.2014 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. 2014, poz. 945). Ustawa weszła w życie 18.01.2015 r.

[3] Ustawa z 5.08.2015 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2015, poz. 1634). Ustawa wejdzie w życie 17.04.2016 r. Nowelizacja wprowadza zmiany zasad prowadzenia kontroli w odniesieniu do spraw z zakresu ochrony konsumentów, pozostając tym samym poza zakresem niniejszego artykułu.

[4] Wyr. z 3.09.2015 r. w sprawie *Sérvulo & Associados – Sociedade de Advogados, RL* przeciwko *Portugalii*, sprawa nr 27013/10; wyr. ETPCz z 2.04.2015 r. w sprawie *Vinci Construction et GMT génie civil et services* przeciwko *Francji*, sprawa nr 63629/10 i 60567/10; wyr. ETPCz z dnia 2.10.2014 r. w sprawie *Delta Pekárny a.s.* przeciwko *Republice Czeskiej*, nr 97/11; postanowienie ETPCz z 20.11.2012 r. w sprawie *Debut zrt i inni* przeciwko *Węgrom*, sprawa nr 24851/10, pkt 3; wyr. ETPCz z 15.02.2011 r. w sprawie *Heino* przeciwko *Finlandii*, sprawa nr 56715/09, pkt 40; wyr. ETPCz z 15.2.2011 r. w sprawie *Harju* przeciwko *Finlandii*, sprawa nr 56716/09; wyr. ETPCz z 21.12.2010 r. w sprawie *Primagaz* przeciwko *Francji*, sprawa nr 29613/08; wyr. ETPCz z 21.12.2010 r. w sprawie *Groupe Canal Plus i Sport Plus* przeciwko *Francji*, sprawa nr 29408/08.

Obecnie nie budzi też wątpliwości, że pojęcie „mieszkanie" obejmuje nie tylko prywatne miejsca zamieszkania, lecz także **pomieszczenia służące prowadzeniu działalności zawodowej i handlowej**, również należące do osoby prawnej. Jako „mieszkanie" w rozumieniu Konwencji ETPCz sklasyfikował m.in. biuro i gabinet osoby wykonującej wolny zawód[5], siedzibę przedsiębiorstwa prowadzonego przez osobę fizyczną[6], siedzibę osoby prawnej[7] oraz oddziały lub inne miejsca prowadzenia działalności gospodarczej[8]. Co więcej, w przypadku lokali służących prowadzeniu działalności zawodowej i handlowej **dopuszcza się szerszą ingerencję władzy publicznej** w prawa chronione na podstawie art. 8 Konwencji niż ma to miejsce w przypadku lokali prywatnych[9] **pod warunkiem**, że przepisy i praktyka ich stosowania zapewnia adekwatne, skuteczne **zabezpieczenie przed nadużyciami**[10].

III. Standardy wynikające z rozstrzygnięć ETPCz dot. art. 8 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka

1. Wprowadzenie

Warunki podejmowania (inicjowania) kontroli i przeszukań w postępowaniach z zakresu ochrony konkurencji są analizowane w kontekście konwencyjnych gwarancji poszanowania życia prywatnego i rodzinnego. W świetle orzecznictwa kryteriami dopuszczalności takiej ingerencji jest uregulowanie jej w „ustawie" (w przepisach prawa krajowego) oraz niezbędność do ochrony wymienionych w art. 8 ust. 2 Konwencji wartości w demokratycznym społeczeństwie.

W świetle ustalonej linii orzeczniczej ETPCz przeprowadzanie przeszukań w celu wykrycia **naruszeń konkurencji zasadniczo** jest uznawane za **uzasadnione** ochroną wymienionymi w art. 8 ust. 2 Konwencji: dobrobytem gospodarczym kraju oraz zapobieganiem przestępstwom[11]. Niezależnie jednak od tej generalnej oceny, niezbędność ingerencji jest oceniana *ad casum*, w szczególności analizowana jest **proporcjonalność** nakładanych na jednostkę obowiązków i ograniczeń do realizowanego celu[12]. Nawet szeroka ingerencja władzy publicznej w prawa jednostki może być uznana za uzasadnioną, jeżeli została zrekompensowana zapewnieniem tej

[5] Wyr. ETPCz z 16.12.1992 r. w sprawie *Niemietz* przeciwko *Niemcom*, nr 13710/88, pkt 30–31; wyr. ETPCz z 2.10.2014 r. w sprawie *Delta Pekárny a.s.* przeciwko *Republice Czeskiej*, nr 97/11, pkt 77.

[6] Wyr. ETPCz z 15.2.2011 r. w sprawie *Heino* przeciwko *Finlandii*, nr 56715/09, pkt 33.

[7] Wyr. ETPCz z 16.4.2002 r. w sprawie *Set Colas Est i inni* przeciwko *Francji*, pkt 41; wyr. ETPCz z 15.02.2011 r. w sprawie *Heino* przeciwko *Finlandii*, req. 56715/09, pkt 33.

[8] Wyr. ETPCz z 15.02.2011 r. w sprawie *Heino* przeciwko *Finlandii*, nr 56715/09, pkt 33; wyr. ETPCz z 2.10.2014 r. w sprawie *Delta Pekárny a.s.* przeciwko *Republice Czeskiej*, nr 97/11, § 77. Na marginesie wskazać można, że szeroka interpretacja pojęcia „dom", „mieszkanie" ma swoje granice i nie obejmuje np. fermy świńskiej (postanowienie ETPCz z 6.09.2005 r. w sprawie 63512/00 i 63513/00 *Leveau i Fillon* przeciwko *Francji*) ani młynu, piekarni i magazynu używanych wyłącznie do prowadzenia działalności przemysłowej, ani też gruntów, na których planowane jest dopiero wybudowanie domu (wyr. ETPCz z 15.11.2007 r. w sprawie nr 72118/01 *Khamidov* przeciwko *Rosji*, pkt 131).

[9] Wyr. ETPCz z 16.12.1992r. w sprawie *Niemietz* przeciwko *Niemcom*, nr 13710/88, pkt 30–31; wyr. ETPCz z 16.04.2002 r. w sprawie *Set Colas Est i inni* przeciwko *Francji*, pkt 41; wyr. ETPCz z 14.03.2013 r. *Bernh Larsen Holding AS i inni* przeciwko *Norwegii*, nr 24117/08, pkt 159; postanowienie ETPCz z 20.11.2012 r. w sprawie *Debut zrt i inni* przeciwko *Węgrom*, sprawa nr 24851/10, pkt 3; wyr. ETPCz z 2.10.2014 r. w sprawie *Delta Pekárny a.s.* przeciwko *Republice Czeskiej*, nr 97/11, pkt 82.

[10] Wyr. ETPCz z 16.04.2002 r. w sprawie *Set Colas Est i inni* przeciwko *Francji*, pkt 48–49; postanowienie ETPCz z 20.11.2012 r. w sprawie *Debut zrt i inni* przeciwko *Węgrom*, sprawa nr 24851/10, pkt 3.

[11] Wyr. ETPCz z 2.4.2015 r. w sprawie *Vinci Construction et GMT génie civil et services* przeciwko *Francji*, sprawa nr 63629/10 i 60567/10, pkt 74; postanowienie ETPCz z 20.11.2012 r. w sprawie *Debut zrt i inni* przeciwko *Węgrom*, sprawa nr 24851/10, pkt 3; wyr. ETPCz z 2.10.2014 r. w sprawie *Delta Pekárny a.s.* przeciwko *Republice Czeskiej*, nr 97/11, pkt 81; wyr. ETPCz z 21.12.2010 r. w sprawie 29408/08 *Groupe Canal Plus i Sport Plus* przeciwko *Francji*, pkt 54–55.

[12] Wyr. ETPCz z 21.12.2010 r. w sprawie *Société Canal Plus i inni* przeciwko *Francji*, nr 29408/08, pkt 54; wyr. ETPCz z 2.10.2014 r. w sprawie *Delta Pekárny a.s.* przeciwko *Republice Czeskiej*, nr 97/11, pkt 82.

jednostce **adekwatnych i skutecznych**, wystarczających w okolicznościach danej sprawy, **gwarancji ochrony przed arbitralnością i nadużyciem** władzy[13].

ETPCz wypowiadał się w sprawie wymogów, jakim odpowiadać powinny reguły inicjowania kontroli i przeszukań. W tym zakresie do rangi podstawowej gwarancji zapewniającej zgodność danego środka kontrolnego z art. 8 EKPCz urasta **poddanie decyzji o zainicjowaniu kontroli weryfikacji organu sądowego**[14]. Jednak również brak wymogu uzyskania sądowej zgody na zastosowanie określonego środka kontrolnego może być **zrekompensowany skuteczną następczą kontrolą sądową,** o ile umożliwia ona zbadanie wszystkich istotnych kwestii **faktycznych i prawnych**, zarówno **legalności,** jak i **zasadności** wydania aktu inicjującego kontrolę (przeszukanie)[15]. Trybunał bierze też pod uwagę **zakres uprawnień** posiadanych przez organ kontrolny i okoliczności zastosowania danego środka kontrolnego[16]. Za istotną gwarancję jednostki ETPCz uznaje dokładne (ścisłe) określenie ram prawnych, w jakich przewidywana jest ingerencja organu kontrolnego oraz dokładnego sformułowanie zakresu interwencji[17].

Dla zobrazowania wymagań ETPCz **warto przywołać przykłady**: bliźniacze wyroki ETPCz w sprawach nr 56715/09 *Heino* przeciwko *Finlandii* i nr 56716/09 *Harju* przeciwko *Finlandii* oraz wyrok w sprawie nr 97/11 *Delta Pekárny a.s.* przeciwko *Republice Czeskiej*.

2. Sprawy *Heino* przeciwko *Finlandii* oraz *Harju* przeciwko *Finlandii*

Wymienione sprawy dotyczą przeszukań prowadzonych przez policję w kancelarii prawnej (sprawa *Heino* przeciwko *Finlandii*) i przez straż graniczną w mieszkaniu prywatnym pod nieobecność jego lokatora (sprawa *Harju* przeciwko *Finlandii*).

Do istotnych okoliczności obu spraw należało to, że nakaz przeszukania wydany został przez organ kontrolny, bez udziału sądu. Prawo fińskie przewidywało, że w sprawach pilnych przeszukanie może być przeprowadzone nawet bez nakazu przeszukania[18], w konsekwencji czego w praktyce to oficer prowadzący dochodzenie mógł samodzielnie oceniać celowość przeszukania, wyznaczać jego zakres przedmiotowy i przeprowadzić czynności przeszukania[19]. Prawo nie gwarantowało więc „niezależnego lub sądowego" nadzoru nad wydawaniem nakazów przeszukania[20]. Skarżący nie miał też efektywnego dostępu do środków zaskarżenia do sądu *a posteriori*, który mógłby zbadać legalność i zasadność nakazu przeszukania oraz sposób jej przeprowadzenia[21]. Z uwagi na to ETPCz uznał, że jednostce nie zapewniono wystarczających gwarancji sądowych zarówno przed wydaniem nakazu przeszukania, jak i po przeprowadzeniu

[13] Wyr. ETPCz z 21.12.2010 r. w sprawie *Société Canal Plus i inni* przeciwko *Francji*, nr 29408/08, pkt 54; wyr. ETPCz z 15.02.2011 r. w sprawie *Heino* przeciwko *Finlandii*, nr 56715/09, pkt 36 i 39–40; wyr. ETPCz z 2.10.2014 r. w sprawie *Delta Pekárny a.s.* przeciwko *Republice Czeskiej*, nr 97/11, pkt 83 i 84.

[14] Wyr. ETPCz z 2.10.2014 r. w sprawie *Delta Pekárny a.s.* przeciwko *Republice Czeskiej*, nr 97/11, pkt 83.

[15] Wyr. ETPCz z 7.6.2007 r. w sprawie *Smirnov* przeciwko *Rosji*, nr 71362/01, pkt 45; wyr. ETPCz z 2.10.2014 r. w sprawie *Delta Pekárny a.s.* przeciwko *Republice Czeskiej*, nr 97/11, pkt 87.

[16] Wyr. ETPCz z 16.4.2002 r. w sprawie *Set Colas Est i inni* przeciwko *Francji*; wyr. ETPCz z 15.2.2011 r. w sprawie *Harju* przeciwko *Finlandii*, nr 56716/09, pkt 40, 44; wyr. ETPCz z 15.2.2011 r. w sprawie *Heino* przeciwko *Finlandii*, nr 56715/09, pkt 44–45; wyr. ETPCz z 2.10.2014 r. w sprawie *Delta Pekárny a.s.* przeciwko *Republice Czeskiej*, nr 97/11, pkt 83, 87, 92.

[17] Wyr. ETPCz z 15. 02.2011 r. w sprawie *Heino* przeciwko *Finlandii*, sprawa nr 56715/09, pkt 40; wyr. ETPCz z 15.2.2011 r. w sprawie *Harju* przeciwko *Finlandii*, sprawa nr 56716/09, pkt 39; wyr, ETPCz z 16.12.1997 r. w sprawie *Camenzind* przeciwko *Szwajcarii*, sprawa nr 21353/93, pkt 45; wyr. ETPCz z 1.4.2008 r. w sprawie Varga przeciwko Rumunii, sprawa nr 73957/01, pkt 70; wyrok ETPCz z 21.12.2010 r. w sprawie *Société Canal Plus i inni* przeciwko *Francji*, sprawa nr 29408/08, pkt 54.

[18] Wyr. ETPCz z 15.2.2011 r. w sprawie *Heino* przeciwko *Finlandii*, sprawa nr 56715/09, pkt 42; wyr. ETPCz z 15.2.2011 r. w sprawie *Harju* przeciwko *Finlandii*, sprawa nr 56716/09, pkt 40.

[19] Wyrok ETPCz z 15.2.2011 r. w sprawie *Heino* przeciwko *Finlandii*, sprawa nr 56715/09, pkt 42; wyr. ETPCz z 15.2.2011 r. w sprawie *Harju* przeciwko *Finlandii*, sprawa nr 56716/09, pkt 40–41.

[20] Wyr. ETPCz z 15.2.2011 r. w sprawie *Heino* przeciwko *Finlandii*, sprawa nr 56715/09, pkt 44.

[21] Ibidem, pkt 45.

przeszukania. Istniejące procedury nie zapewniały minimalnego poziomu ochrony, wymaganego w praworządnym państwie demokratycznym[22].

3. Sprawa *Delta Pekárny*

Sprawa *Delta Pekárny* dotyczyła kontroli, jaką jeszcze przed przystąpieniem Republiki Czeskiej do UE czeski organ ochrony konkurencji przeprowadził u przedsiębiorcy w związku z podejrzeniem zawarcia zakazanego porozumienia[23]. Kontrola polegała przede wszystkim na przejrzeniu, z udziałem kontrolowanego, poczty elektronicznej wybranych pracowników.

Urząd ochrony konkurencji ocenił, że kontrolowany przedsiębiorca naruszył ciążące na nim obowiązki, uniemożliwiając kontrolującym skontrolowanie wszystkich danych elektronicznych oraz odbierając im kilka dokumentów pozyskanych w miejscu kontroli. W związku z tym Urząd wydał decyzję nakładającą na przedsiębiorcę karę pieniężną za **utrudnianie kontroli**[24], utrzymaną w mocy przez sądy[25]. Na podstawie zebranych w kontroli informacji Urząd wydał również decyzję stwierdzającą **praktykę ograniczającą konkurencję**[26], która po pierwotnym uchyleniu przez sąd w Brnie została następnie utrzymana w mocy w części[27].

Trybunał stwierdził naruszenie art. 8 Konwencji. Zdaniem ETPCz czeskie prawo uprawniało organ antymonopolowy do podjęcia kontroli w toku postępowania bez uprzedniej zgody sądu, a dostępne środki odwoławcze nie pozwalały jednostce poddanej tej ingerencji na pełną weryfikację i ocenę aktu inicjującego kontrolę w ramach sądowej kontroli ani *ex ante*, ani *ex post*[28]. W przypadku braku uprzedniej zgody organu sądowego na przeprowadzenie kontroli, sądowa kontrola *ex post* powinna oferować zainteresowanemu gwarancje chroniące przed arbitralną ingerencją w jego prawa (zainicjowaniem kontroli) w sposób nieproporcjonalny i uzasadniony celem[29].

Wydając takie rozstrzygnięcie, ETPCz wziął też pod uwagę ogólnikowość upoważnienia do kontroli doręczonego kontrolowanemu: zawierało tylko nazwiska kontrolujących, nie wskazywało faktów i dokumentów, na których opierają się zarzuty[30]. Cel kontroli i podstawy, które skłoniły urząd do jej przeprowadzenia, przedstawione zostały kontrolowanej spółce dopiero w protokole z kontroli[31].

ETPCz dostrzegł, że czeska procedura kontrolna zawierała również elementy ograniczające ryzyko nadużycia uprawnień: prowadzenie kontroli w obecności przedstawicieli spółki skarżącej, prawo Urzędu do sporządzenia kopii dokumentów, a nie do ich zajęcia, zobowiązanie pracowników Urzędu do zachowania poufności. Przy braku jednak skutecznej kontroli *ex post* elementy te nie zostały uznane za wystarczające gwarancje proceduralne[32].

[22] Ibidem, pkt 46.

[23] Wyr. ETPCz z 2.10.2014 r. w sprawie *Delta Pekárny a.s.* przeciwko *Republice Czeskiej*, nr 97/11, pkt 6.

[24] Ibidem, pkt 10–12.

[25] Ibidem, pkt 15–23. W toku postępowania przed sądami krajowymi i w skardze konstytucyjnej ukarany przedsiębiorca kwestionował przepis umożliwiający urzędowi przeprowadzenie kontroli bez uzyskania zgody sądu (pkt 14, 18 i 22) – uznawał, że taka ochrona jest niezbędna z uwagi na szeroki zakres uprawnień dochodzeniowych urzędu (pkt 22).

[26] Wyr. ETPCz z 2.10.2014 r. w sprawie *Delta Pekárny a.s.* przeciwko *Republice Czeskiej*, nr 97/11, pkt 25.

[27] Ibidem, pkt 26–30.

[28] Ibidem, pkt 86–91.

[29] Ibidem, pkt 93.

[30] Ibidem, pkt 85.

[31] Ibidem, pkt 86.

[32] Ibidem, pkt 92.

W omawianym rozstrzygnięciu interesujące jest to, że **stwierdzenie przez ETPCz braku skutecznej kontroli *ex post* nastąpiło w warunkach, gdy prawo czeskie przewidywało szereg prawnych instrumentów umożliwiających kwestionowanie kontroli**, zarówno samego faktu jej przeprowadzenia, jak i sposobu prowadzenia.

Art. 65 czeskiego kodeksu postępowania administracyjnego przewidywał prawo do złożenia odwołania od decyzji przez każdego, którego prawa zostały ograniczone bezpośrednio przez tę decyzję lub w postępowaniu ją poprzedzającym[33]. W tym trybie możliwe było podnoszenie zarzutów dotyczących legalności i proporcjonalności kontroli w odwołaniu: **(i)** od decyzji w sprawie stosowania praktyki ograniczającej konkurencję, o ile takowa została wydana po postępowaniu, w którym przeprowadzono kontrolę; **(ii)** od decyzji stwierdzającej uchybienia kontrolowanego w toku kontroli[34].

Art. 82 czeskiego kodeksu postępowania administracyjnego przewidywał możliwość złożenia do sądu przez każdego, kto uważa, że organ administracyjny naruszył jego prawa przez określone działania (czynności faktyczne) niestanowiące decyzji, **pozwu w sprawie uzyskania ochrony przed taką nielegalną ingerencją**[35]. W świetle praktyki sądów czeskich, ten środek prawny był dostępny dopiero, gdy niemożliwe było ubieganie się o ochronę na innych podstawach prawnych, np. na podstawie art. 65 kpa[36].

Dodatkowo w 1998 r. w prawie czeskim zapewniono możliwość ubiegania się o **odszkodowanie** z tytułu szkód materialnych i zadośćuczynienie z racji niewłaściwie prowadzonego postępowania[37].

Powyższe uregulowania prawne nie zostały przez ETPCz uznane za wystarczające. Według ETPCz dostępne środki odwoławcze **nie pozwalały na pełną weryfikację i ocenę aktu inicjującego kontrolę**. Formułując taką tezę, ETPCz podkreślił, że pozew z art. 82 kpa był niedostępny z uwagi na (wykorzystaną) możliwość podnoszenia zastrzeżeń co do zainicjowania kontroli w odwołaniach od decyzji, zgodnie z art. 65 kpa[38]. Na podstawie analizy wyroków w dwóch sprawach, jakie były rozpatrywane po przeprowadzonej kontroli [decyzji w sprawie kary za utrudnianie kontroli oraz decyzji sprawie praktyki ograniczającej konkurencję] ETPCz doszedł do przekonania, że sądy nie poddawały ocenie elementów stanu faktycznego, z uwagi na które Urząd zainicjował kontrolę[39] – nie badano celowości kontroli.

Z punktu widzenia analizy zgodności polskich rozwiązań ze standardami konwencyjnymi istotne jest to, że z powyższymi konkluzjami nie zgodziła się trójka sędziów ze składu orzekającego, którzy przedstawili **wspólnie zdanie odrębne**. Sędziowie zakwestionowali krytyczną ocenę przez większość składu orzekającego przewidzianej w prawie czeskim kontroli *ex post*, uznając, że „niesprawiedliwie ocenia rozstrzygnięcia sądów”[40]. Według sędziów skuteczna kontrola zgodności z prawem oraz celowości i proporcjonalności przeprowadzenia kontroli została zapewniona w postępowaniu odwoławczym od decyzji w sprawie nałożenia na przedsiębiorcę kary

[33] Ibidem, pkt 42.

[34] Ibidem, pkt 21.

[35] Ibidem, pkt 43.

[36] Wyr. NSA: z 17.04.2009 r. nr 8 Aps 6/2007, z 22.9.2011 r. nr 5 Aps 4/2011. z 13.2.2014 r. nr 7 Aps 4/2013, powołane w pkt 48–50 wyroku ETPCz.

[37] Pkt 50 wyr. ETPCz.

[38] Wyr. ETPCz z 2.10.2014 r. w sprawie *Delta Pekárny a.s.* przeciwko *Republice Czeskiej*, nr 97/11, pkt 89.

[39] Ibidem, pkt 91.

[40] Zdanie odrębne od wyroku ETPCz w sprawie *Delta Pekárny*, pkt 4.

za utrudnianie kontroli[41]. Sędziowie zwrócili uwagę na to, że w trakcie postępowania w sprawie stosowania praktyk antykonkurencyjnych, przedsiębiorca miał możliwość przedstawiania zarzutów uzyskania przez czeski organ antymonopolowy dowodów nielegalnie oraz wszczęcia kontroli bezpodstawnie[42]. W konsekwencji sędziowie uznali, że z uwagi na ramy sądowej kontroli *ex post* nie powinno być stwierdzone naruszenie art. 8 Konwencji[43].

IV. Wnioski – czy potrzebne są zmiany warunków podejmowania kontroli i przeszukań w sprawach antymonopolowych prowadzonych na podstawie uokik?

W konsekwencji nowelizacji uokik z 2014 r. instytucja przeszukania i instytucja kontroli są rozdzielone[44]. Przeszukanie pomieszczeń i rzeczy przedsiębiorcy oraz kontrola to oddzielne instytucje służące pozyskiwaniu informacji i dokumentów u przedsiębiorców. Wspomniana nowelizacja uokik wprowadziła zarazem wiele znaczących zmian w warunkach prowadzenia na podstawie uokik kontroli i przeszukań u przedsiębiorców w sprawach antymonopolowych[45]. Zmiany te dotyczyły również warunków podejmowania kontroli i przeszukań w tych sprawach[46]. Uzasadnia to odrębną analizę w celu odpowiedzi na pytanie o zgodność z art. 8 Konwencji, uregulowań dotyczących „antymonopolowych" kontroli u przedsiębiorców oraz przepisów uokik dotyczących przeszukań u przedsiębiorców.

1. Uregulowania dotyczące kontroli u przedsiębiorców

W świetle przywołanego orzecznictwa ETPCz przeprowadzanie kontroli w sprawach antymonopolowych z uwagi na ich przedmiot może być zasadniczo uznane za uzasadnione dobrobytem gospodarczym kraju i zapobieganiem naruszeniom wymienionych w art. 8 ust. 2 Konwencji[47]. Rozstrzygnięcia wymaga czy przepisy uprawniające Prezesa UOKiK do przeprowadzania kontroli zapewniają jednostce adekwatnych i skutecznych gwarancji ochrony przed arbitralnością i nadużywaniem uprawnień przez władzę publiczną[48].

Z tego punktu widzenia istotne znaczenie ma to, że aktem uprawniającym do zainicjowania kontroli jest upoważnienie Prezesa UOKiK, które nie wymaga akceptacji organu sądowego. Tak jak przed nowelizacją uokik z 2014 r., **nie uwarunkowano podjęcia kontroli u przedsiębiorcy w sprawie antymonopolowej uprzednią zgodą sądu**[49]. Nie przewidziano też środków sądowej

[41] Ibidem, pkt 5.

[42] Ibidem, pkt 6.

[43] Ibidem, pkt 7.

[44] Dotychczas przeszukanie u przedsiębiorcy stanowiło formę inspekcji pomieszczeń i rzeczy przedsiębiorcy w trakcie kontroli. Zgodnie z uchylonym art. 105c uokik Prezes UOKiK był uprawniony do podjęcia przeszukania w toku kontroli u przedsiębiorcy pod warunkiem dysponowania zgodą SOKiK.

[45] Szerzej zob. np. G. Materna, A. Zawłocka-Turno (2015). Materialne i procesowe zmiany w zakresie praktyk ograniczających konkurencję i naruszających zbiorowe interesy konsumentów. iKAR, *2*(4), s. 12–16.

[46] Wskazać należy również na istotne ograniczenie przedmiotowe możliwości prowadzenia przez Prezesa UOKiK przeszukań. Od wejścia w życie nowelizacji uokik przeszukania nie mogą być przeprowadzane w prowadzonych przez Prezesa UOKiK postępowaniach w sprawach kontroli koncentracji, praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów oraz badania rynku.

[47] Wyr. ETPCz z 2.04.2015 r. w sprawie *Vinci Construction et GMT génie civil et services* przeciwko *Francji*, sprawa nr 63629/10 i 60567/10, pkt 74; postanowienie ETPCz z 20.11.2012 r. w sprawie *Debut zrt i inni* przeciwko *Węgrom*, sprawa nr 24851/10, pkt 3; wyr. ETPCz z 2.10.2014 r. w sprawie *Delta Pekárny a.s.* przeciwko *Republice Czeskiej*, nr 97/11, pkt 81; wyr. ETPCz z 21.12.2010 r. w sprawie 29408/08 *Groupe Canal Plus i Sport Plus* przeciwko *Francji*, pkt 54–55.

[48] Wyr. ETPCz z 21.12.2010 r. w sprawie *Société Canal Plus i inni* przeciwko *Francji*, nr 29408/08, pkt 54; wyr. ETPCz z 15.2.2011 r. w sprawie *Heino* przeciwko *Finlandii*, nr 56715/09, pkt 36 i 39–40; wyr. ETPCz z 2.10.2014 r. w sprawie *Delta Pekárny a.s.* przeciwko *Republice Czeskiej*, nr 97/11, pkt 83 i 84.

[49] Obowiązek uzyskania zgody SOKiK wymagany jest w przypadku szczególnego rodzaju kontroli w sprawach z zakresu ochrony konsumentów, wprowadzonego na podstawie ustawy z 5.08.2015 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2015, poz. 1634), która wejdzie w życie 17.04.2016 r.

weryfikacji *ex post* aktu inicjującego kontrolę. W świetle art. 105a uokik aktem wymaganym do legalnego zainicjowania kontroli jest **samo upoważnienie** wystawionego przez Prezesa UOKiK (w niektórych, określonych w ustawie przypadkach także przez dyrektora delegatury UOKiK[50]) pracownikom Urzędu lub innym osobom wskazanym w przepisach uokik. **Prezes UOKiK określa zakres podmiotowy** kontroli (przedsiębiorcę, u którego kontrola się odbywa) **i zakres przedmiotowy**, determinowany (ograniczony) zakresem przedmiotowym postępowania, w ramach którego kontrola ma miejsce.

Podkreślenia przy tym wymaga, że środków sądowej kontroli dopuszczalności samego podjęcia kontroli nie przewiduje ani uokik, ani też ustawa z 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej[51] (dalej: usdg), mająca charakter horyzontalnej regulacji zasad kontroli, stosowanej do kontroli prowadzonych przez różne organy administracji działające na podstawie przepisów ustaw szczególnych, w tym do kontroli prowadzonych na podstawie uokik. Zarazem należy przypomnieć, że w świetle przytoczonego wyżej orzecznictwa taka okoliczność **nie przesądza** jeszcze o naruszeniu art. 8 Konwencji. Jak już bowiem wskazano, brak uzależnienia kontroli od uprzedniej zgody organu sądowego może być zrekompensowany:

- skuteczną następczą kontrolą sądową umożliwiającą badanie kwestii faktycznych i prawnych, legalności i zasadności decyzji inicjującej kontrolę[52];
- zapewnieniem w przepisach i praktyce ich stosowania adekwatnych, skutecznych gwarancji ochrony przed arbitralnością i nadużyciem władzy[53].

Biorąc powyższe pod uwagę, w kontekście zgodności z art. 8 Konwencji należy zauważyć, że przepisy prawa zapewniają uzupełniające się instrumenty sądowej weryfikacji przebiegu kontroli prowadzonych przez Prezesa UOKiK oraz rozwiązania prawne mające zapewnić gwarancje praw kontrolowanego.

Wśród instrumentów sądowej weryfikacji przebiegu kontroli wymienić należy przede wszystkim uregulowaną w usdg instytucję **sprzeciwu** wobec podjęcia i wykonywania czynności kontroli: stwarza ona przedsiębiorcy, co do którego wszczęto kontrolę[54], możliwość kwestionowania niektórych aspektów związanych z wykonywaniem czynności kontroli w sytuacji jej podjęcia i prowadzenia z naruszeniem przepisów regulujących zasady i tryb kontroli[55]. Jakkolwiek sprzeciw rozpatrywany jest przez organ kontrolny, to na postanowienie tego organu wydane w wyniku rozpatrzenia sprzeciwu przysługuje zażalenie[56], które wnosi się do Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (SOKiK)[57]. Co istotne, sprzeciw stanowi instrument umożliwiający osobom zainteresowanym (poddanym kontroli przedsiębiorcom) w pewnym zakresie zapobieżenie kontroli – uznanie zasadności sprzeciwu wiąże się bowiem z odstąpieniem od czynności kontrolnych[58]. Mankamentem tego instrumentu prawnego jest ograniczony zakres zastosowania, który w praktyce

[50] Art. 105a ust. 3 uokik.

[51] T.j. Dz. 2015, poz. 584 ze zm.

[52] Wyr. ETPCz z 7.06.2007 r. w sprawie *Smirnov* przeciwko *Rosji*, nr 71362/01, pkt 45; wyr. ETPCz z 2.10.2014 r. w sprawie *Delta Pekárny a.s.* przeciwko *Republice Czeskiej*, nr 97/11, pkt 87; wyr. ETPCz z 15.02.2011 r. w sprawie *Heino* przeciwko *Finlandii*, sprawa nr 56715/09, pkt 45.

[53] Wyr. ETPCz z 16.04.2002 r. w sprawie *Set Colas Est* i inni przeciwko *Francji*, pkt 48–49; postanowienie ETPCz z 20.11.2012 r. w sprawie *Debut zrt* i inni przeciwko *Węgrom*, sprawa nr 24851/10, pkt 3.

[54] Wyr. WSA w Bydgoszczy z 21.9.2011 r. (II SA/BD 885/11), Legalis nr 395528.

[55] Wyr. NSA z 6.6.2012 r. (I GSK 698/11), Legalis nr 778723.

[56] Art. 84c ust. 10 usdg.

[57] Art. 479^{28} § 1 pkt 2a kpc, dodany w wyniku nowelizacji uokik, która weszła w życie 18.01.2015 r.

[58] Art. 84c ust. 9 usdg. Wniesienie sprzeciwu powoduje też obowiązek wstrzymania czynności kontrolnych przez organ podejmującego i wykonującego kontrolę (art. 84c ust. 5 usdg).

nie daje możliwości kwestionowania legalności podjęcia kontroli[59]. Podstawą sprzeciwu nie jest też uzasadnienie i proporcjonalność podjęcia kontroli.

Wskazać ponadto należy na przewidzianą w uokik możliwość składania **zażalenia na czynności kontrolne** wykraczające poza zakres przedmiotowy kontroli lub inne czynności kontrolne podjęte z naruszeniem przepisów. W świetle art. 105m uokik krąg uprawnionych do jego wniesienia jest ograniczony – obejmuje podmioty, o których mowa w art. 105b ust. 1 pkt 2 uokik, tj. podmioty, których własność stanowią systemy informatyczne zawierające dane kontrolowanego związane z przedmiotem kontroli, do których dostępu kontrolujący może żądać na podstawie ww. przepisu. Ten środek prawny służy kwestionowaniu czynności podejmowanych już w trakcie kontroli, nie stwarza zaś możliwości kwestionowania podstaw do samego jej podjęcia.

Ustawa przewiduje ponadto możliwość składania **zażalenia na postanowienie o zajęciu** nośników informacji i przedmiotów mogących stanowić dowód w sprawie, przysługujące osobom, których prawa zostały naruszone (art. 105g ust. 3 uokik).

Sądowa weryfikacja przebiegu kontroli możliwa jest też poprzez podnoszenie zarzutów co do legalności podjęcia i prowadzenia kontroli **w odwołaniu od decyzji o karach pieniężnych** za uniemożliwianie lub utrudnianie rozpoczęcia lub przeprowadzenia kontroli (art. 106 ust. 2 pkt 3 uokik). Zgodnie z aktualną linią orzeczniczą „w zakresie, w jakim dochodzi do wymierzenia przedsiębiorcy kary pieniężnej, zasady sądowej weryfikacji prawidłowości orzeczenia organu (…) w tym zakresie, powinny odpowiadać wymogom analogicznym do tych, jakie obowiązują sąd orzekający w sprawie karnej”[60]. Sąd orzekający w sprawie z odwołania od decyzji Prezesa UOKiK, w której podnoszone są zarzuty naruszenia przepisów proceduralnych, które dotyczą ochrony słusznych interesów przedsiębiorcy i jego prawa do obrony, może dokonywać merytorycznej oceny zarzutów odnoszących się do postępowania prowadzonego przez Prezesa UOKiK[61].

Wskazać też należy na możliwe podnoszenia przez przedsiębiorcę zarzutów co do legalności kontroli **w odwołaniu od decyzji stwierdzającej praktykę** ograniczającą konkurencję w oparciu o materiał zgromadzonych w trakcie kontroli. Podstawą takiej kontroli jest **art. 77 ust. 6 usdg** przewidujący, że „dowody przeprowadzone w toku kontroli (…) z naruszeniem przepisów prawa w zakresie kontroli działalności gospodarczej przedsiębiorcy (…) nie mogą stanowić dowodu”, a tym samym służyć wykazaniu naruszenia[62].

Wskazać też należy na uprawnienie przedsiębiorcy do **domagania się odszkodowania, gdy przedsiębiorca poniósł szkodę na skutek przeprowadzenia czynności kontrolnych** z naruszeniem przepisów prawa w zakresie kontroli działalności gospodarczej przedsiębiorcy. Na możliwość dochodzenia takiego roszczenia na zasadach i w trybie określonych w odrębnych przepisach wskazuje wprost art. 77 ust. 4 i 5 usdg[63].

[59] Podstawą zarzutów w sprzeciwie może być: (i) naruszenie obowiązków dot. doręczania upoważnień i okazywania dokumentów uprawniających do przystąpienia do wykonywania czynności kontrolnych; (ii) dopuszczenie do czynności kontrolnych osób, których udział nie był dopuszczalny; (iii) prowadzenie kontroli przez osobę, która podlegała wyłączeniu; (iv) naruszenie obowiązku wydania odrębnego upoważnienia przy zmianie osób upoważnionych do wykonania kontroli, zakresu przedmiotowego kontroli lub miejsca wykonywania czynności kontrolnych; (v) niezachowanie wymogów dot. treści upoważnienia; (vi) prowadzenie czynności kontrolnych w sposób wykraczający poza zakres wskazany w upoważnieniu. Zob. G. Materna (2014). W: T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Wydanie 2. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck, s. 1284–1285, Nb 13.

[60] Wyr. SN z 14.4.2010 r. (III SK 1/10), Legalis nr 385429; wyr. SOKiK z 3.2.2014 r. (XVII AmA 32/12), Legalis nr 1315590; wyr. SOKiK z 18.6.2014 r. (XVII AmA 145/11), Legalis nr 1315675.

[61] Wyr. SN z 3.10.2013 r. (III SK 67/12), OSNAPiUS 2014 nr 5, poz. 79, s. 271.

[62] Wymóg pominięcia w toku sądowej oceny rozstrzygnięcia Prezesa UOKiK dowodów, które zostały zebrane z naruszeniem prawa wynika też z orzecznictwa sądowego. Zob. wyr. SN z 19.9.2009 r. (III SK 5/09), OSNAPiUS 2011, Nr 9–10, poz. 144). Por. również: M. Bernatt (2011). *Sprawiedliwość proceduralna w postępowaniu przed organem ochrony konkurencji*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania uw, s. 204.

[63] Uprawnienie to przysługuje przedsiębiorcy niezależnie od przywołanych przepisów usdg, na podstawie art. 417 i art. 417^2 kc.

Niezależnie od wielości przywołanych powyżej środków sądowej weryfikacji kontroli, podkreślić trzeba zarazem, że brak jest bezpośrednich podstaw prawnych, w oparciu o które sądy mogłyby dokonywać oceny, jak tego wymaga ETPCz[64], czy zainicjowanie kontroli uzasadniały elementy stanu faktycznego, tj. aby sądy badały celowość podjęcia kontroli. Wprawdzie zgodnie z ustaloną linią orzeczniczą, zakresem sądowej kontroli w sprawach z zakresu ochrony konkurencji objęte są też zarzuty proceduralne odnoszące się do etapu postępowania administracyjnego[65], a dowody, które zostały przez Prezesa UOKiK zebrane z naruszeniem prawa, powinny być pomijane[66]. Jednak ani przepisy uokik, ani przepisy usdg nie wymagają dla podjęcia kontroli ziszczenia się określonych, szczególnych warunków stanu faktycznego. Zatem **celowość podjęcia kontroli w trakcie postępowania w sprawie antymonopolowej, istnienie okoliczności faktycznych uzasadniających taką kontrolę, nie są elementami spisanej procedury (wymogiem formalnym), poddawanej weryfikacji sądowej**. Sądy mogłyby badać celowość podjęcia kontroli jedynie w oparciu o ogólną zasadę proporcjonalności działania władzy publicznej. Wątpliwe jest jednak, by mogło to przełożyć się na wynik sprawy.

Powyżej wskazano instrumenty sądowej weryfikacji przebiegu kontroli. Poza tym uokik zawiera również rozwiązania prawne mające zapewniać gwarancje ochrony kontrolowanego przed arbitralnością i nadużyciem władzy. Należy wymienić wśród nich w szczególności wprowadzenie ścisłych wymagań co do **treści upoważnienia** do przeprowadzenia kontroli. W szczególności wymagane jest określenie zakresu przedmiotowego kontroli, w tym okresu objętego kontrolą oraz daty rozpoczęcia kontroli i przewidywanej daty jej zakończenia[67]. Wskazany w upoważnieniu zakres przedmiotowy kontroli wyznacza granice ingerencji kontrolujących w działalność kontrolowanego, poza którym nie mogą być podejmowane przez kontrolujących czynności kontrolne[68]. Wymagany w treści upoważnienia zakres przedmiotowy kontroli należy rozumieć jako określenie sfery działalności kontrolowanego przedsiębiorcy, jakiej dotyczy kontrola, a więc rynków i produktów objętych czynnościami kontrolnymi oraz zachowania poddawane kontroli[69], a także wskazanie, w aspekcie jakich domniemanych naruszeń kontrola jest prowadzona.

Podobną funkcję ma ścisłe **uregulowanie uprawnień kontrolującego**, które jakkolwiek są zakreślone szeroko, to zarazem mogą być wykorzystane wyłącznie „w celu uzyskania informacji mogących stanowić dowód w sprawie”[70]. Taka regulacja, zakreślając proceduralne ramy ingerencji organu kontrolnego, ma charakter gwarancyjny z punktu widzenia ochrony praw i wolności przedsiębiorcy i stanowi tamę przed tzw. *fishing expeditions*.

Do rozwiązań prawnych zapewniających ochronę praw kontrolowanego zaliczyć należy również obowiązek sporządzania przez kontrolującego po zakończeniu czynności kontrolnych **protokołu przebiegu przeprowadzonej kontroli** (art. 105j ust. 1). Protokół powinien możliwie najwierniej przedstawiać przebieg kontroli, opisując czynności kontroli mające istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy. Odgrywa to rolę gwarancyjną, na co zwrócił uwagę SOKiK w jednym

64 Wyr. ETPCz z 2.10.2014 r. w sprawie *Delta Pekárny a.s.* przeciwko *Republice Czeskiej*, nr 97/11, pkt 91.

65 Np. wyr. SN z 3.10.2013 r. (III SK 67/12), OSNAPiUS 2014 nr 5, poz. 79, s. 271.

66 Wyr. SN z 19.9.2009 r. (III SK 5/09) OSNAPiUS 2011, Nr 9–10, poz. 144.

67 Art. 105a ust. 4 pkt 6 i 7 uokik.

68 Por. art. 79a ust. 8 usdg.

69 Np. polityka cenowa, stosowane zasady dystrybucji, reguły współpracy z kooperantami itp.

70 Art. 105b uokik.

z orzeczeń[71]. Sąd wskazał w szczególności, że: (i) wymogi co do treści protokołu zabezpieczają przed ewentualnymi nadużyciami organu; (ii) po sporządzeniu protokołu organ nie może dokonywać dodatkowych ustaleń co do okoliczności kontroli, jeśli nie zostały one zawarte w protokole.

W tej samej kategorii rozwiązań prawnych mieści się przyjęta w uokik zasada, że **zainicjowanie kontroli możliwe jest co do zasady w obecności kontrolowanego** lub jego przedstawiciela (osoby przez niego upoważnionej); osobom tym powinno być doręczone upoważnienie do przeprowadzenia kontroli oraz okazane dokumenty identyfikujące kontrolujących lub osoby upoważnione do udziału w kontroli[72]. Od tej zasady przewidziano jednak wyjątki[73].

Za rozwiązania mające gwarantować ochronę praw kontrolowanego niewątpliwie uznać należy również wprowadzenie zasady sporządzania z dokumentów pozyskanych w trakcie kontroli **kopii**, a nie dokonywanie ich zajęcia[74], a także zobowiązanie pracowników Urzędu do zachowania **poufności**[75].

Pomimo istnienia wielu wskazanych powyżej instrumentów kontroli następczej działań UOKiK oraz gwarancji praw kontrolowanego, analiza orzecznictwa ETPCz, w szczególności stanowiska wyrażonego w wyroku w sprawie Delta Pekárny, **nie pozwala z całą pewnością stwierdzić zgodności z art. 8 Konwencji polskiej procedury kontroli u przedsiębiorcy w sprawach z zakresu ochrony konkurencji**. Wynika to z następujących okoliczności.

Przepisy o kontroli u przedsiębiorcy w postępowaniach przed Prezesem UOKiK, zawarte w uokik oraz w rozdziale usdg dotyczącym kontroli działalności gospodarczej przedsiębiorcy, bezsprzecznie nie przewidują uprzedniej sądowej weryfikacji decyzji organu o inicjacji kontroli.

Ponadto przepisy dotyczące kontroli przewidują szereg uzupełniających się, przedstawionych powyżej, instrumentów następczej sądowej weryfikacji kontroli. Dotyczą one jednak wyłącznie przebiegu kontroli i obejmują badanie czynności podejmowanych w jej toku przez Prezesa UOKiK. Nie przewidują natomiast badania kwestii faktycznych i prawnych, legalności i zasadności samej decyzji o zainicjowaniu kontroli.

Wydaje się, że **ochrona prawna, jaką kontrolowanemu przedsiębiorcy zapewnia prawo polskie jest co najmniej porównywalna z tą, jaka obowiązywała w prawie czeskim i została uwzględnionym w sprawie *Delta Pekárny***. W szczególności dotyczy to możliwości podnoszenia przez kontrolowanego zarzutów dotyczących przebiegu kontroli zarówno w ewentualnych decyzjach wydanych przeciwko przedsiębiorcy w wyniku przeprowadzonej kontroli, jak i uprawnienia przedsiębiorcy do domagania się odszkodowania, gdy przedsiębiorca poniósł szkodę na skutek przeprowadzenia czynności kontrolnych. W prawie polskim przewidzianych jest również dodatkowo szereg instrumentów sądowej weryfikacji czynności podejmowanych w toku kontroli. Polskie prawo nie zapewnia jednak obecnie możliwości kwestionowania przed sądem działań organu administracji niestanowiących decyzji, jeżeli naruszyły jego prawa, co w analizowanym przez

[71] Wyr. SOKiK z 18.6.2014 r. (XVII AmA 145/11), Legalis nr 1315675.

[72] Art. 105a ust. 6 uokik.

[73] Wyjątek: w przypadku niemożności dokonania doręczenia – w obecności pracownika kontrolowanego, który może być uznany za osobę, o której mowa w art. 97 kc lub przywołanego świadka, którym powinien być funkcjonariusz publiczny, niebędący jednak pracownikiem organu przeprowadzającego kontrolę (art. 105a ust. 7 uokik). Ponadto dopuszczalne jest prowadzenie kontroli pod nieobecność kontrolowanego lub osoby przez niego upoważnionej (art. 80 ust. 2 pkt 3 usdg), co wzbudza wątpliwości w doktrynie. Zob. M. Bernatt (2011). *Sprawiedliwość proceduralna*…, s. 200.

[74] Wyjątek: art. 105g-105h uokik, umożliwiające zajęcie pism i dokumentów lub informatycznych nośników danych oraz innych przedmiotów mogących stanowić dowód. Podkreślenia wymagają ograniczenia w zakresie zastosowania tego uprawnienia (czas niezbędny do przeprowadzenia kontroli, nie dłuższy niż 7 dni) oraz możliwość zażalenia się przez osoby, których prawa zostały naruszone, na postanowienie o zajęciu (art. 105g ust. 3 uokik).

[75] Art. 71 uokik.

ETPCz stanie prawnym przewidywał art. 82 czeskiego kodeksu postępowania administracyjnego. Wskazać zarazem należy, że w prawie polskim obowiązywało rozwiązanie mogące uchodzić za odpowiednik przywoływanego uprawnienia w prawie czeskim. Zgodnie z art. 52 § 3 w związku z art. 3 § 2 pkt 4 ustawy z 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (t.j. Dz.U. 2012, poz. 270) każdy, kto miał w tym interes prawny, miał prawo do wniesienia skargi na inne niż decyzje i postanowienia akty lub czynności z zakresu administracji publicznej dotyczące uprawnień lub obowiązków wynikających z przepisów prawa, w stosunku do których nie przewidziano środków zaskarżenia. Na podstawie art. 146 tej ustawy, sąd mógł uchylić ten akt albo stwierdzić bezskuteczność czynności. Wydaje się, że za akt, o którym mowa w tym przepisie, mogło być uznane np. wydane na podstawie art. 105a uokik upoważnienie Prezesa UOKiK do kontroli u przedsiębiorcy. Jego bowiem treść decyduje o powstaniu określonych obowiązków po stronie kontrolowanego (obowiązek poddania się kontroli) i o zakresie tego obowiązku. Z uwagi na nowelizację art. 3 § 2 pkt 4 ustawy – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi, która weszła w życie 15 sierpnia 2015 r.[76], obecnie opisane uprawnienie do wzruszenia „innych niż decyzje i postanowienia aktów lub czynności z zakresu administracji publicznej", do których – jak się wydaje – można byłoby zaliczyć upoważnienia Prezesa UOKiK do przeprowadzenia kontroli u przedsiębiorcy, nie wynika już z prawa o postępowaniu przed sądami administracyjnymi. Ustawa ta nie odnosi się bowiem do tego rodzaju aktów lub czynności.

Należy zarazem podkreślić, że w uregulowanej w uokik i usdg polskiej procedurze prowadzenia kontroli u przedsiębiorcy znajduje się szereg wymienionych wyżej instrumentów o charakterze gwarancyjnym, ograniczających ryzyko nadużycia uprawnień przez organ kontrolny.

Analizując wyrok w sprawie *Delta Pekárny*, można zaryzykować twierdzenie, że **gwarancje te są częściowo porównywalne, a częściowo nawet sięgają dalej niż gwarancje zidentyfikowane przez ETPCz w prawie czeskim w orzeczeniu w sprawie *Delta Pekárny***. W szczególności wskazać można na wyższe wymagania w prawie polskim co do treści upoważnienia do przeprowadzenia kontroli. Z uzasadnienia wyroku ETPCz wynika, że w prawie czeskim upoważnienie do kontroli doręczane kontrolowanemu zawierało tylko nazwiska kontrolujących, nie wskazując faktów i dokumentów, na których opierają się zarzuty, a także nie określając celu kontroli i podstaw, które skłoniły urząd do jej przeprowadzenia[77]. Poza tym, wspólne dla obu regulacji prawnych – obecnej polskiej i ówczesnej czeskiej – są: zasada prowadzenie kontroli w obecności przedstawicieli kontrolowanego przedsiębiorcy, zasada sporządzania kopii z dokumentów pozyskanych w trakcie kontroli, a nie dokonywanie ich zajęcia, a także zobowiązanie pracowników Urzędu do zachowania poufności. Należy jednocześnie zauważyć, że istnienie tych gwarancji w prawie czeskim zostało wzięte pod uwagę przez ETPCz w sprawie *Delta Pekárny*, ale nie wpłynęło na ostateczne rozstrzygnięcie. Wobec bowiem braku skutecznej kontroli *ex post* ETPCz uznał te elementy za niewystarczające gwarancje proceduralne[78].

Powyższa analiza może **prowadzić do wniosku, że w świetle wyroku ETPCz w sprawie *Delta Pekárny*** polskie uregulowania dotyczące warunków inicjowania kontroli u przedsiębiorców **mogą nie zapewniać zgodności z art. 8 Konwencji przez brak uprzedniej zgody sądu na**

[76] Art. 1 pkt 1 lit. 1 ustawy z 9.4.2015 r. o zmianie ustawy – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz.U. 2015, poz. 658).

[77] Wyr. ETPCz z 2.10.2014 r. w sprawie *Delta Pekárny a.s.* przeciwko *Republice Czeskiej*, nr 97/11, pkt 86.

[78] Ibidem, pkt 92.

podjęcie kontroli, który to brak nie jest rekompensowany środkami następczej sądowej kontroli umożliwiającymi zbadanie legalności i zasadności wydania aktu inicjującego kontrolę ani wymaganymi przez ETPCz gwarancjami ochrony przed arbitralnością i nadużyciem władzy.

W tym kontekście należałoby postulować **weryfikację i modyfikację obecnych warunków inicjowania kontroli u przedsiębiorców**. Wniosek ten dotyczy przy tym nie tyle (nie tylko) przepisów o ochronie konkurencji, ile przepisów o swobodzie działalności gospodarczej, które w sposób horyzontalny regulują zasady inicjowania i prowadzenia kontroli działalności gospodarczej przez różne organy administracji, w tym przez Prezesa UOKiK.

Wskazać zarazem należy, że ewentualne zmiany powinny uwzględniać kierunek niezrealizowanych prac nad nowym prawem działalności gospodarczej, które były prowadzone przez rząd w poprzedniej kadencji sejmu. Projekt zmian zakładał w szczególności zasadę prowadzenia kontroli na podstawie „analizy prawdopodobieństwa naruszenia prawa przez przedsiębiorców" obejmującej „identyfikację obszarów, w których ryzyko naruszenia przepisów jest największe, lub przedsiębiorców, u których ryzyko naruszenia przepisów jest największe"[79]. Wydaje się, że wprowadzenie takiego wymogu w połączeniu z możliwością choćby następczego weryfikowania tej analizy na drodze sądowej mogłoby przy spełnieniu określonych warunków odpowiadać konwencyjnemu wymogowi zapewnienia następczej kontroli sądowej umożliwiającej zbadanie istotnych kwestii faktycznych i prawnych, zarówno legalności, jak i zasadności wydania aktu inicjującego kontrolę.

Zarazem należy podkreślić, że wnioski co do zgodności polskich przepisów dotyczących kontroli z art. 8 Konwencji mogłyby być inne w przypadku, gdyby punktem odniesienia uczynić **stanowisko trójki sędziów, którzy podpisali się pod wspólnym zdaniem odrębnym od wyroku w sprawie *Delta Pekárny***. Sędziowie uznali, że w analizowanym stanie prawnym zapewniona została wystarczająca sądowa weryfikacja podstaw prawnych podjęcia kontroli i jej proporcjonalności *ex post*, w decyzjach w sprawie kary za utrudnianie kontroli[80], a nadto możliwość przedstawiania przez przedsiębiorcę zarzutów uzyskania dowodów nielegalnie w toku postępowania administracyjnego prowadzącego do wydania decyzji w sprawie praktyk ograniczających konkurencję[81].

Biorąc pod uwagę porównywalność w powyższym zakresie regulacji będącej podstawą analizy ETPCz i obecnych uregulowań w prawie polskim, przyjęcie optyki sędziów, którzy złożyli zdanie odrębne, mogłoby oznaczać zgodność polskich uregulowań dotyczących inicjowania antymonopolowej kontroli u przedsiębiorcy z art. 8 Konwencji.

2. Uregulowania dotyczące przeszukań u przedsiębiorców

Zastrzeżenia co do zgodności z art. 8 Konwencji uregulowań dotyczących kontroli u przedsiębiorcy nie przekładają się bezpośrednio na ocenę uregulowań uokik dotyczących przeszukania u przedsiębiorcy. Wydaje się, że uwzględniając zmiany wprowadzone w wyniku nowelizacji uokik z 2014 r. warunki inicjowania przeszukaniu mogą być uznane za zgodne z omówionym powyżej standardem konwencyjnym.

Przede wszystkim wskazać należy, że w odróżnieniu od przepisów o kontroli u przedsiębiorcy, przeszukanie pomieszczeń i rzeczy przedsiębiorcy Prezes UOKiK może zainicjować pod

[79] Art. 89 ust. 6 projektu ustawy – Prawo działalności gospodarczej. Druk sejmowy 3807. Pobrano z: http://www.sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/druk.xsp?nr=3807.

[80] Zdanie odrębne od wyroku ETPCz w sprawie *Delta Pekárny*, pkt 5.

[81] Ibidem, pkt 6.

warunkiem uzyskania zgody na zastosowanie tego środka kontrolnego wydanej przez SOKiK[82]. Sąd rozpatruje wniosek Prezesa UOKiK w ciągu 48 godzin i w razie jego akceptacji wydaje postanowienie, na które nie przysługuje zażalenie[83]. Analogiczny wymóg uzyskania przez Prezesa UOKiK sądowej akceptacji zastosowania procedur dochodzeniowych był sformułowany również przed nowelizacją uokik w odniesieniu do kontroli z przeszukaniem u przedsiębiorcy[84].

Zmianą, na którą warto zwrócić uwagę, jest **modyfikacja warunków**, pod jakimi zgoda sądu może być udzielana. Obecnie wnioskując o zgodę sądu przeszukanie pomieszczeń i rzeczy przedsiębiorcy, Prezes UOKiK zobligowany jest: wskazać **cel przeszukania**, jakim może być „znalezienie i uzyskanie informacji (…) oraz (…) przedmiotów mogących stanowić dowód w sprawie"[85] (nowość w stosunku do regulacji sprzed nowelizacji); wykazać „istnienie **uzasadnionych podstaw do przypuszczenia**, że wymienione informacje lub przedmioty" znajdują się w pomieszczeniach i rzeczach przedsiębiorcy, którego dotyczy wniosek[86] (nowość w stosunku do regulacji sprzed nowelizacji); umotywować istnienie „uzasadnionego **podejrzenia poważnego naruszenia** przepisów ustawy", w szczególności możliwości **zatarcia dowodów** – jeżeli Prezes UOKiK występuje z wnioskiem o zgodę na przeprowadzenie przeszukania w toku postępowania wyjaśniającego[87].

Tym samym SOKiK, dokonując oceny wniosku Prezesa UOKiK o zgodę na przeszukanie, zobowiązany jest zbadać legalność celu przeszukania sformułowanego we wniosku, a także badać istnienie uzasadnienia do podjęcia przeszukania u przedsiębiorcy (Prezes UOKiK musi wykazać we wniosku istnienie uzasadnionych podstaw do przypuszczenia, że wymienione informacje lub przedmioty znajdują się w pomieszczeniach i rzeczach przedsiębiorcy, którego dotyczy wniosek).

Ustawa ogranicza też, zgodnie z zasadą proporcjonalności, stosowanie przeszukania w postępowaniach wyjaśniających (postępowaniach w sprawie, prowadzonych przed postawieniem przedsiębiorcom zarzutów) tylko do przypadków najcięższych naruszeń oraz przypadków niecierpiących zwłoki (ryzyko zatarcia dowodów)[88].

W tym kontekście **możliwe jest stawianie tezy o zgodności z art. 8 Konwencji polskiej procedury inicjowania przeszukania u przedsiębiorcy** w sprawach antymonopolowych, już z uwagi na to, że procedury te warunkują przeprowadzenie przeszukania uprzednią weryfikacją sądu, pozwalającego na badanie zarówno legalności, jak i zasadności podjęcia przeszukania.

Niezależnie od powyższego podkreślić należy, że uregulowane w uokik instrumenty weryfikacji czynności podejmowanych w trakcie przeszukania prowadzonego na podstawie uokik są szersze niż te przewidziane dla kontroli. Po nowelizacji uokik z 2014 r. legalność czynności podejmowanych w przeszukaniu prowadzonym na podstawie tej ustawy mogą kwestionować w drodze zażalenia nie tylko poddani przeszukaniu przedsiębiorcy, lecz także inne „osoby, których

[82] Art. 105n ust. 2 uokik.

[83] Art. 105n ust. 4 uokik.

[84] Art. 105c ust. 1 uokik sprzed nowelizacji z 2014 r.

[85] Art. 105n ust. 1 uokik.

[86] Art. 105n ust. 1 uokik. Wprowadzenie tej przesłanki do uokik uznać można za inkorporację rozwiązania przyjętego w art. 219 § 1 kpk, w świetle którego przeszukania pomieszczeń i innych miejsc można dokonać pod warunkiem, że istnieją uzasadnione podstawy do przypuszczenia, że osoba podejrzana lub wymienione rzeczy tam się znajdują – w celu wykrycia lub zatrzymania albo przymusowego doprowadzenia osoby podejrzanej, a także w celu znalezienia rzeczy mogących stanowić dowód w sprawie lub podlegających zajęciu w postępowaniu karnym.

[87] Art. 105n ust. 3 uokik.

[88] Art. 105n ust. 3 uokik.

prawa zostały naruszone w toku przeszukania”[89]. Zażalenie może dotyczyć wszelkich czynności przeszukania wykraczających poza zakres przedmiotowy przeszukania lub podjętych z naruszeniem przepisów.

Poza tym możliwe wydaje się, przynajmniej do pewnego stopnia, **podnoszenie zarzutów co do legalności podjęcia przeszukania w postępowaniu odwoławczym w sprawach ewentualnych decyzji o karach pieniężnych** za uniemożliwianie lub utrudnianie rozpoczęcia lub przeprowadzenia przeszukania[90] oraz **decyzji stwierdzającej praktyki** ograniczającej konkurencję – jeżeli w postępowaniu opierano się na materiale zgromadzonym w trakcie przeszukania. Zgodnie z przywoływaną już linią orzeczniczą, zakresem sądowej kontroli w sprawach z zakresu ochrony konkurencji objęte są też zarzuty proceduralne odnoszące się do etapu postępowania administracyjnego[91], a dowody, które zostały przez Prezesa UOKiK zebrane z naruszeniem prawa, powinny być pomijane[92]. Podstawy do tego, żeby na tych późniejszych etapach sprawy sąd badał istnienie podstaw do wszczęcia przeszukania wynikają z faktu wymienienia w uokik konkretnych przesłanek podjęcia przeszukania (art. 105n) – inaczej niż ma to miejsce w przypadku instytucji kontroli u przedsiębiorcy[93].

Powyższa analiza może prowadzić do wniosku, że w świetle orzecznictwa ETPCz, a przede wszystkim w świetle wyroku w sprawie *Delta Pekárny*, **z punktu widzenia art. 8 Konwencji nie istnienie potrzeba modyfikacji obecnych warunków inicjowania przeszukania u przedsiębiorców.**

V. Zakończenie

Przeprowadzona analiza prowadzi do wniosku, że w świetle orzecznictwa ETPCz, a przede wszystkim w świetle wyroku w sprawie *Delta Pekárny*, istnieje **potrzeba weryfikacji i modyfikacji uregulowań określających warunki inicjowania kontroli** u przedsiębiorców. Ponieważ uregulowania te w prawie polskim zawarte są w znacznym stopniu w przepisach usdg, to ustawa ta powinna być poddana modyfikacji. Punktem wyjścia mogłyby być propozycje zawarte w niezrealizowanym rządowym projekcie nowego prawa działalności gospodarczej z 2015 r., przewidujące poprzedzanie kontroli analizą prawdopodobieństwa naruszenia prawa[94], które należałoby uzupełnić o możliwość choćby następczej weryfikacji tej analizy na drodze sądowej.

Wydaje się zarazem, że zawarte w uokik **uregulowania dotyczące warunków inicjowania przeszukania u przedsiębiorców spełniają standardy zgodności z art. 8 Konwencji** wypracowane w orzecznictwie ETPCz.Na zakończenie należy podkreślić, że wyrok w sprawie *Delta Pekárny* nadal nie czyni jasną sprawy wymaganych standardów podejmowania kontroli i przeszukań. Po pierwsze z uwagi na widoczne rozbieżności wśród sędziów ETPCz co do tego, jak daleko mają sięgać gwarancje ochrony przed nadmierną ingerencją organów władzy. Po drugie, z uwagi na ścisłe powiązanie oceny zgodności z art. 8 Konwencji tytułowych warunków podejmo-

[89] Art. 105p uokik.

[90] Art. 106 ust. 2 pkt 4 uokik.

[91] Np. wyr. SN z 3.10.2013 r. (III SK 67/12), OSNAPiUS 2014 nr 5, poz. 79, s. 271.

[92] Wyr. SN z 19.9.2009 r. (III SK 5/09) OSNAPiUS 2011, Nr 9–10, poz. 144.

[93] Zasadniczo trudno przyjąć, że w postępowaniu odwoławczym od decyzji antymonopolowych SOKiK badać będzie zasadność wydania postanowienia o zgodzie na przeszukanie przez ten sam sąd. Ocena spełnienia ustawowych przesłanek podjęcia przeszukania (zgody na przeszukanie) mogłaby jednak być analizowana w kolejnej instancji sądowej.

[94] Art. 89 ust. 6 projektu ustawy – Prawo działalności gospodarczej. Druk sejmowy 3807. Pobrano z: http://www.sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/druk.xsp?nr=3807.

wania kontroli i przeszukań z zakresem gwarancji udzielonych jednostce w prawie krajowym do efektywnego zaskarżenia sposobu prowadzenia inspekcji. Wskazać bowiem należy, że zakres tych gwarancji jest systematycznie pogłębiany i konkretyzowany[95]. Sposób, w jaki prawo krajowe uwzględnia te standardy i zapewnia adekwatne, skuteczne zabezpieczenie przed nadużyciami ze strony organu kontrolnego, może wpływać na ocenę dopuszczalności ingerencji władzy publicznej w prawa chronione na podstawie art. 8 Konwencji.

Zastrzec należy również, że przeprowadzona tu analiza nie przesądza o zgodności polskich uregulowań dotyczących warunków inicjowania kontroli i przeszukań z perspektywy innych niż art. 8 przepisów Konwencji[96].

[95] W ostatnim czasie warto wskazać np. na orzeczenie w sprawie nr 63629/10 i 60567/10 Vinci Construction dotyczące warunków, na jakich organ kontrolny może dokonywać zajęcia dokumentów w trakcie kontroli oraz warunków sądowej weryfikacji sposobu postępowania z dokumentami zawierającymi tajemnicę obrończą. Zob. wyr. ETPCz z 2.4.2015 r. w sprawie *Vinci Construction et GMT génie civil et services* przeciwko *Francji*, sprawa nr 63629/10 i 60567/10.

[96] Wskazać należy na wyr. ETPCz z 21.12.2010 r. w sprawie 29613/08 *Primagaz* przeciwko *Francji* i w sprawie 29408/08 *Groupe Canal Plus i Sport Plus* przeciwko *Francji*, w których zakwestionowano zgodność francuskich uregulowań dotyczących przeszukań prowadzonych przez organ antymonopolowy z art. 6 § 1 Konwencji z uwagi na brak skutecznej kontroli sądowej przeszukania prowadzonego przez organ antymonopolowy.

Marta Michałek-Gervais*

Granice zakresu uprawnień kontrolnych Komisji Europejskiej w świetle najnowszego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej

Spis treści

I. Wstęp
II. Obowiązek uzasadnienia decyzji zarządzającej inspekcję
III. *Fishing expeditions*
  1. Sprawa *Nexans*
  2. Sprawa *Deutsche Bahn*
IV. Kopiowanie całych nośników danych elektronicznych w celu ich późniejszej analizy poza siedzibą przedsiębiorcy
V. Skutki bezprawnego rozszerzenia zakresu inspekcji
  1. Wady decyzji zarządzającej inspekcję
  2. Bezprawnie zajęte dokumenty
VI. Podsumowanie

Streszczenie

Artykuł analizuje wybrane granice uprawnień kontrolnych Komisji w świetle najnowszego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, tj. spraw *Nexans* i *Deutsche Bahn*. Autorka analizuje obowiązek uzasadniania decyzji zarządzających inspekcje, kwestie problematyczne związane z nadużyciem uprawnień kontrolnych Komisji (*fishing expeditions* czy praktyka kopiowania całości nośników danych elektronicznych w celu ich późniejszego przeszukania w siedzibie Komisji) oraz problematykę skutków przekroczenia przez Komisję granic swoich uprawnień kontrolnych. W ramach podsumowania przedstawione są postulaty zmian zmierzających do wzmocnienia pewności prawnej i ochrony praw przedsiębiorców.

Słowa kluczowe: inspekcje; uprawnienia kontrolne; obowiązek uzasadnienia; *fishing expeditions*; prawa podstawowe przedsiębiorców.

JEL: K21

* Marta Michałek-Gervais – doktor nauk prawnych; prawnik w kancelarii Clifford Chance; e-mail: marta.michalek@cliffordchance.com; niniejszy artykuł oparty jest na książce autorki poświęconej prawu przedsiębiorców do obrony w kontekście inspekcji Komisji Europejskiej. Zob. M. Michałek (2015). *Right to defence in EU competition law: The case of inspections*. Warszawa: Wydawnictwo Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego.

I. Wstęp

Inspekcje[1] przeprowadzone przez Komisję Europejską (dalej: Komisja) stanowią niewątpliwie skuteczne narzędzie, prowadzące do wykrywania naruszeń prawa konkurencji popełnionych przez przedsiębiorców. Inspekcje są uważane za znacznie bardziej skuteczne, jeśli są przeprowadzone bez uprzedzenia[2], ponieważ to właśnie efekt zaskoczenia zwykle umożliwia zebranie kluczowych dowodów. Z tego powodu tzw. *dawn raids* często stanowią znaczący krok prowadzący do późniejszego stwierdzenia naruszenia prawa konkurencji oraz nałożenia znacznych kar pieniężnych[3].

Niemniej jednak realizacja tak daleko idących uprawnień kontrolnych przyznanych Komisji stanowi istotną ingerencję w sferę prywatności przedsiębiorców. Należy podkreślić, że inspekcje kolidują z licznymi prawami i przywilejami przedsiębiorców, a mianowicie: prawem do obrony, w tym wolnością od samooskarżenia się, ochroną ochrona poufności komunikacji między prawnikiem a klientem (*legal professional privilege*; dalej: LPP), zasadą proporcjonalności, prawem do skutecznej ochrony sądowej, jak również z prawem do prywatności[4].

Stąd ze względu na skalę ingerencji w działalność i prawa przedsiębiorców, decyzja zarządzająca przeprowadzenie inspekcji nie może być podjęta w oparciu o uznanie organu. Niezbędne jest bowiem wskazanie granic uprawnień kontrolnych Komisji, jak również wprowadzenie odpowiednich gwarancji dla przedsiębiorców w celu zapobieżenia nadużyciu tych uprawnień.

Celem tego artykułu jest przedstawienie wybranych granic uprawnień kontrolnych Komisji w świetle najnowszego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: TSUE), tj. spraw *Nexans*[5] i *Deutsche Bahn*[6]. Wpierw omówiony zostanie obowiązek uzasadniania decyzji zarządzających inspekcje. W drugiej kolejności wskazane zostaną kwestie problematyczne związane z nadużyciem uprawnień kontrolnych Komisji, tj. *fishing expeditions* czy praktyka kopiowania całości nośników danych elektronicznych w celu ich późniejszej analizy w siedzibie Komisji. Następnie poruszona zostanie problematyka skutków przekroczenia przez Komisję granic swoich uprawnień kontrolnych. W ramach podsumowania przedstawione zostaną postulaty zmian zmierzających do wzmocnienia pewności prawnej i ochrony praw przedsiębiorców.

II. Obowiązek uzasadnienia decyzji zarządzającej inspekcję

Ogólny obowiązek uzasadniania aktów Unii Europejskiej wynika z artykułu 296 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej: TFUE) i został również wprowadzony w ramach prawa do dobrej administracji, w artykule 41 (2) Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej (dalej: KPP). Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem TSUE, każda instytucja UE, która przyjmuje akt

[1] W przeciwieństwie do polskiego prawa konkurencji, które rozróżnia pomiędzy kontrolą a przeszukaniem, w prawie konkurencji UE uprawnienia kontrolne Komisji Europejskiej obejmują zawsze kompetencje do przeprowadzenia kontroli z przeszukaniem. Stąd, by zachować tę odrębność, autorka będzie posługiwała się terminem „inspekcja" w odniesieniu do działań Komisji. Zob. wyr. ETS z 21 września 1989 r. w sprawach połączonych 46/87 i 227/89 *Hoechst* przeciwko *Komisji*, pkt 27; M. Bernatt (2011). *Sprawiedliwość proceduralna w postępowaniu przed organem ochrony konkurencji*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego, s. 192 i 207.

[2] M. Bernatt (2011). Powers of Inspection of the Polish Competition Authority. Question of Proportionality, *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, *4*(5), s. 58.

[3] Wysokość nakładanych prze Komisję kar stale wzrasta, ze względu na dążenie Komisji do silniejszego odstraszania przedsiębiorców od naruszania prawa konkurencji. W sprawie wzrostu nakładanych kar, patrz np. I.S. Forrester (2009). *Due Process in EC competition cases: A distinguished institution with flawed procedures*. 34 ELRev, s. 824–826.

[4] M. Michałek (2015). *Right to defence*…, s. 15–16.

[5] Wyr. Sądu z 14 listopada 2012 r. w sprawie T-135/09 *Nexans* przeciwko *Komisji* i wyr. Trybunału Sprawiedliwości (dalej: Trybunał) w sprawie C-37/13 P *Nexans SA and Nexans France SAS* przeciwko *Komisji*.

[6] Wyr. Sądu w sprawie T-289/11 *Deutsche Bahn* przeciwko *Komisja* i wyr. Trybunału z 18 czerwca 2015 r. w sprawie C-583-13 P *Deutsche Bahn* przeciwko *Komisji*.

musi przedstawić w jego uzasadnieniu swoje rozumowanie w jasny i jednoznaczny sposób, pozwalający zainteresowanym stronom na zrozumienie uzasadnienia podejmowanych działań oraz umożliwiający TSUE sprawowanie kontroli sądowej[7]. W kontekście inspekcji przeprowadzanych w ramach prawa konkurencji, Artykuł 20 (4) Rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003 z 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu (dalej: Rozporządzenie 1/2003) precyzuje wymaganą treść i zakres obowiązku uzasadnienia decyzji zarządzających inspekcję. Zgodnie z jego treścią, taka decyzja musi określić między innymi przedmiot i cel zarządzanej inspekcji. Przepis ten ma kluczowe znaczenie dla zapewnienia, że zarządzana inspekcja nie stanowi *fishing expedition*, czyli że nie jest przeprowadzana przez Komisję bez konkretnych podejrzeń, na podstawie czystych spekulacji[8].

TSUE podkreślił w wielu sprawach, że ten szczególny obowiązek uzasadnienia jest wymogiem fundamentalnym, ponieważ „ma nie tylko pokazać, że planowane wejście na teren przedsiębiorców jest uzasadnione, ale ma również umożliwić tym przedsiębiorcom dokonanie oceny zakresu ich obowiązku współpracy, zabezpieczając przez to ich prawa do obrony[9]". Prawo przedsiębiorców do obrony byłoby poważnie osłabione, gdyby Komisja mogła się powoływać na uzyskane w trakcie inspekcji dowody, które nie były związane z jej przedmiotem i celem[10]. Zatem, obowiązek uzasadnienia decyzji nie może zostać ograniczony nawet w celu zapewnienia lepszej skuteczności postępowania Komisji[11].

Ostatnio Trybunał szczegółowo odniósł się do kwestii wymogów uzasadnienia decyzji w wyroku w sprawie *Nexans*. Spółka zarzuciła, że Sąd „nie wziął pod uwagę wymogów, jakie należy zastosować wobec Komisji w przypadku uzasadnienia decyzji w sprawie kontroli, po pierwsze, ze względu na to, że oddalił on ich argument oparty na tym, iż spornej decyzji zabrakło precyzji, jeśli chodzi o prawdopodobnie światowy zakres naruszenia, którego istnienie podejrzewała Komisja, i po drugie, pominął orzecznictwo Trybunału, zgodnie z którym instytucja ta winna przedstawić w decyzji w sprawie kontroli domniemania, jakie zamierza zweryfikować[12]".

Trybunał najpierw przypomniał dotychczasowe orzecznictwo TSUE dot. wymogu uzasadniania decyzji zarządzających inspekcje. Trybunał podkreślił, że „uzasadnienie aktów, jakiego wymaga od instytucji Unii art. 296 TFUE, powinno być dostosowane do charakteru danego aktu i przedstawiać w sposób jasny i jednoznaczny tok rozumowania instytucji, która wydała akt, tak aby umożliwić zainteresowanym zaznajomienie się z podstawą podjętego rozstrzygnięcia, a właściwemu sądowi – dokonanie jego kontroli[13]". Obowiązek ten stanowi podstawowy warunek dotyczący proporcjo-

[7] Zobacz wyr. Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (dalej: ETS) z dnia 2 kwietnia 1998 roku w sprawie C 367/95 P *Komisja* przeciwko *Sytraval i Brink*, pkt 63; wyr. ETS z dnia 10 lipca 2008 roku w sprawie C 413/06 P *Bertelsmann i Sony Corporation of America* przeciwko *Impala*, ust. 166; i wyr. Trybunału Sprawiedliwości z dnia 11 lipca 2013 w sprawie C 439/11 P *Ziegler* przeciwko *Komisji*, pkt 115; Zobacz również opinię RG. Kokott z 3 kwietnia 2014 r. w sprawie C-37/13 P *Nexans SA and Nexans France SAS* przeciwko *Komisja*, pkt 42.

[8] Zobacz w tym względzie opinię RG J. Mischa w sprawach 46/87 i 227/88 *Hoechst* przeciwko *Komisji*, pkt 206 i opinię RG Kokott w sprawie C 109/10 P, *Solvay* przeciwko *Komisji*, pkt 138.

[9] Wyr. w sprawie *Hoechst*, pkt 29; wyr. ETS w sprawie 85/87 *Dow Benelux*, pkt 8 i 40; wyr. ETS z dnia 17 października 1989 r w sprawach połączonych 97/87 do 99/87 *Dow Chemical Ibérica i in* przeciwko *Komisji*, Zb 1989, 03165, pkt 26 i 45; oraz wyr. ETS w sprawie *Roquette Frères*, pkt 47. Podobnie wyr. ETS z dnia 15 października 2002 roku w sprawie *Limburgse Vinyl Maatschappij*, pkt 299. (wyrok ten dotyczy przepisu poprzedniego rozporządzenia 17, jednak łatwo odnieść je do artykułu 20(4) rozporządzenia nr 1/2003). Zobacz także opinia RG J. Kokott w sprawie *Nexans*, ust. 44.

[10] Wyr. w sprawie *Dow Benelux*, pkt 18, oraz wyr. w sprawie *Roquette Frères*, pkt 48.

[11] L.O. Blanco, *European Community Competition Procedure*, No. 8.11, s. 301

[12] Wyr. Trybunału w sprawie *Nexans*, pkt 29

[13] Wyr. Trybunału w sprawie *Nexans*, pkt 31; Zobacz również wyr. Trybunału z 14 kwietnia 2011 roku w sprawie C-455/11 P *Solvay* przeciwko *Komisja*, C 2013, 796, ust. 90.

nalności planowanej interwencji, umożliwiający kontrolowanym przedsiębiorcom zrozumienie ich zakresu obowiązku współpracy i gwarantujący ich prawo do obrony[14].

Niemniej jednak wymóg ten należy oceniać w odniesieniu do okoliczności danej sprawy, obejmujących między innymi treść danego aktu, charakter powołanych argumentów, a także interes adresatów środka[15] w uzyskaniu dalszych wyjaśnień. W kontekście, w którym przeprowadzone zostały inspekcje Komisji oraz w świetle wszystkich zasad prawnych regulujących tę kwestie, określenie w uzasadnieniu Komisji wszystkich istotnych okoliczności faktycznych i prawnych nie jest konieczne do spełnienia wymogów z art. 296 TFUE[16].

Zgodnie z odpowiednimi przepisami prawnymi decyzja zarządzająca inspekcję musi wskazywać między innymi jej przedmiot i cel. Natomiast zgodnie z utrwalonym orzecznictwem TSUE, nie jest wymagane od Komisji przekazanie przedsiębiorcy – adresatowi takiej decyzji, wszystkich będących w jej posiadaniu informacji dotyczących podejrzewanego naruszenia ani też przedstawienie dokładnej prawnej analizy podejrzewanych naruszeń, pod warunkiem, że domniemane fakty, które mają być ustalone podczas inspekcji, są wyraźnie wskazane w decyzji ją zarządzającej[17].

Trybunał podkreślił, że skoro inspekcje odbywają się w początkowym stadium postępowania[18], Komisja na tym etapie nie posiada jeszcze precyzyjnych informacji wystarczających do dokonania szczegółowej oceny prawnej[19]. Przeprowadzenie inspekcji, w celu zebrania dowodów w sprawie podejrzewanego naruszenia, powinno właśnie umożliwić Komisji sprawdzenie poprawności swoich podejrzeń oraz zakresu zdarzeń, które faktycznie miały miejsce[20].

Stąd, zdaniem Trybunału, Komisja jest zatem zobowiązana jedynie do wskazania, tak dokładnie, jak to możliwe: (i) jakie dowody są poszukiwane oraz (ii) kwestii, których ma dotyczyć inspekcja[21]; jednak nie jest wymagane: (1) precyzyjne określenie rynku właściwego (w szczególności rynku geograficznego); (2) wskazanie dokładnego charakteru prawnego podejrzewanego naruszenia prawa konkurencji[22] ani (3) określenie okresu, w którym te naruszenia zostały popełnione[23].

Warto ponadto wskazać, że w świetle innych spraw rozstrzygniętych wcześniej przez TSUE, aby przekonać o zasadności inspekcji, Komisja jest zobowiązana wykazać w decyzji ją zarządzającej, że posiada informacje i poważne wskazówki pozwalające jej podejrzewać, że przedsiębiorca, u którego ma być przeprowadzona inspekcja, dopuścił się podejrzewanego naruszenia, aczkolwiek nie jest ona zobowiązana do podania dowodów i poszlak, na których oparła decyzje[24].

14 Pkt 34; wyr. w sprawie *Hoechst*, pkt 29.

15 Lub inne osoby, których to dotyczy bezpośrednio i indywidualnie.

16 Wyr. Trybunału w sprawie *Nexans*, pkt 32–33; wyr. w sprawie *Solvay* pkt 91 i przytoczone tam orzecznictwo.

17 Wyr. Trybunału w sprawie *Nexans*, pkt 35, i wyr. w sprawie *Dow Chemical Iberica*, pkt 45.

18 Przed przygotowaniem *Statement of Objections*; Patrz Nota Komisji w sprawie najlepszych praktyk w zakresie prowadzenia postępowań dotyczących artykułów 101 i 102 TFUE, pkt 50; zob. także R. Whish, D. Bailey, *Competition Law*, 6 wyd., s. 285.

19 Zobacz podobnie wyrok w sprawie *National Panasonic*, pkt 21, jak również opinia AG J. Mischa z 29 lutego 1989 w sprawie 46/87 i 227/88 *Hoechst* przeciwko *Komisja*, pkt 174; i Opinia AG Kokott w sprawie *Solvay*, pkt 143; W odniesieniu do kwestii ustalenia czy naruszenie art 101 lub 102 TFUE zostało popełnione, patrz opinia RG J. Mischa w sprawie *Hoechst*, pkt 176, opinia AG J. Kokott w sprawie *Solvay*, ust. 144 i opinia AG Kokott w sprawie *Nexans*, pkt 48.

20 Zobacz opinię RG J. Kokott w sprawie *Nexans*, pkt 48; Zobacz również wyrok w sprawie *Roquette Frères*, pkt 55 i przytoczone tam orzecznictwo.

21 Wyr. Trybunału w sprawie *Nexans*, pkt 36. Zob. też wyr. w sprawie *Hoechst*, pkt 41; wyr. w sprawie *Dow Benelux*, pkt 10; wyr. w *sprawie Dow Chemical Iberica*, par. 45, wyr. w sprawie *Roquette Frères*, pkt 83 oraz opinia RG Kokott w sprawie *Solvay*, ust. 138.

22 Wystarczające jest wskazanie „istotnych cech" podejrzenia naruszenia prawa. Zobacz wyr. w sprawie *France Télécom*, pkt 58 i 59.

23 Wyr. Trybunału w sprawie *Nexans*, pkt 36; Zobacz również wyr. w sprawie *Hoechst*, pkt 41; wyr. w sprawie *Dow Benelux*, pkt 10; wyrok w sprawie *Dow Chemical Iberica*, pkt 45–46; oraz wyr. w sprawie *Roquette Frères*, pkt 82; Opinia AG Kokott w sprawie *Nexans*, pkt 49.

24 Wyr. w sprawie *France Télécom*, pkt 60 i 123 i wyr. w sprawie *Roquette Frères*, pkt 62.

Podejście przyjęte przez TSUE w odniesieniu do oceny wymogów prawnych uzasadnienia decyzji zarządzających inspekcje może wydawać się być zbyt łagodne[25]. Mając na względzie wyżej wymienione argumenty odnoszące się do przeprowadzania inspekcji na wczesnym etapie postępowania, doktryna zakłada jednak, że, w celu uniknięcia potencjalnych nadużyć uprawnień kontrolnych, zakres inspekcji (w tym definicja wszystkich rynków właściwych) nie może być wskazany nieprecyzyjnie[26]. Zbyt wyrozumiale podejście może bowiem umożliwiać arbitralną i nieproporcjonalną interwencję Komisji i godzić ochronę prawa przedsiębiorców do obrony.

III. Zakaz *fishing expeditions*

Bezwarunkowe uprawnienie do przeprowadzania kontroli mogłoby prowadzić do arbitralnej lub nieproporcjonalnej ingerencji władz publicznych w prywatną sferę przedsiębiorców. Przykładowo mogłoby ono skutkować prowadzeniem *fishing expeditions*. Termin ten odnosi się do kontroli przeprowadzanych bez podstawy faktycznej lub prawnej, które są oparte jedynie na bezpodstawnym podejrzeniu potencjalnego naruszenia[27]. *Fishing expeditions* są zabronione, ponieważ stanowią nadużycie władzy publicznej przez organ ochrony konkurencji, co między innymi zostało ostatnio potwierdzone przez TSUE w dwóch przełomowych sprawach dotyczących dozwolonego zakresu uprawnień kontrolnych Komisji, tj. ww. sprawie *Nexans* i sprawie *Deutsche Bahn*.

1. Sprawa *Nexans*

Sprawa *Nexans*, znana również jako sprawa *kabli elektrycznych* (*Power Cable Case*)[28], dotyczyła skargi o stwierdzenie nieważności decyzji, na podstawie której pracownicy Komisji przeprowadzili w 2009 roku inspekcje w siedzibie Nexans we Francji w związku z podejrzeniem kartelu w sektorze kabli energetycznych. Nexans podniosła zarzuty dotyczące zarówno decyzji zarządzającej inspekcję, jak i działań podjętych przez Komisję w czasie *dawn raids*. Spółka zaskarżyła mianowicie zakres decyzji zarządzającej inspekcję, który będąc zbyt szeroki i nieprecyzyjny, tak w odniesieniu do zakresu produktowego, jak i geograficznego, obejmował w praktyce całość działalności spółki, czyli wszystkie sektory, na których prowadzi ona działalność. Dlatego, zdaniem Nexans, inspekcja stanowiła *de facto fishing expedition*. Komisja nie wykazała bowiem, że miała zasadne podstawy (stanowiące warunek legalności przeprowadzenia inspekcji) do podejrzewania naruszenia prawa konkurencji w odniesieniu do wszystkich rodzajów kabli elektrycznych.

W wyroku wydanym 14 listopada 2012 r. Sąd potwierdził, że Komisja nie ma uprawnień do prowadzenia *fishing expeditions*. Inspekcja ma służyć zebraniu niezbędnych dowodów w celu sprawdzenia czy rzeczywiście doszło do wystąpienia stanu faktycznego i prawnego, o którego zakresie Komisja posiada już pewne informacje i ustalenia. W celu ochrony podstawowych praw przedsiębiorców, to znaczy, w celu umożliwienia kontrolowanej spółce ograniczenia jej współpracy jedynie w zakresie, w jakim Komisja ma uzasadnione podstawy do podejrzewania naruszenia prawa konkurencji, decyzja zarządzająca inspekcję musi przynajmniej zawierać niezbędne cechy charakterystyczne podejrzewanego naruszenia i określić sektory objęte zarzucanym naruszeniem[29].

[25] L.O. Blanco, *European Community Competition Procedure*, No. 8.11, p. 301; Ch. Kerse, N. Khan, *EU Antitrust Procedure*, No. 3–043.

[26] C. Kosikowski (2013). *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*. Wyd. 7. Warszawa: LexisNexis, s. 519.

[27] M. Michałek (2015). *Right to defence*…, s. 181–200; H. Andersson, E. Legnerfalt (2008). *Dawn raids in sector inquiries – fishing expeditions in disguise*, ECLR, *29*(8), s. 444 i nast.; M. Bernatt (2011). *Powers of Inspection*…

[28] Zob. wyr. Sądu i Trybunału w sprawie *Nexans* i wyr. Sądu w sprawie T-475/14 *Prysmian i Prysmian cavi e sistemi* przeciwko *Komisja*.

[29] Wyr. Sądu w sprawie *Nexans*, pkt 44–45.

W odniesieniu do sektorów objętych inspekcją, Sąd, po rozpatrzeniu dowodów, którymi dysponowała Komisja w momencie podejmowania decyzji zarządzającej inspekcję, uznał, że Komisja miała uzasadnione podstawy, aby zarządzić inspekcję jedynie w odniesieniu do dostaw podwodnych i podziemnych kabli elektrycznych wysokiego napięcia (i związanych z nimi materiałów), tj. kabli w odniesieniu, do których Komisja otrzymała wniosek *leniency*. Dlatego Sąd uchylił decyzję zarządzającą inspekcję w części dotyczącej jakiegokolwiek innego rodzaju kabli elektrycznych.

Nexans wniósł jednak odwołanie do Trybunału, które skoncentrowało się na kwestii doprecyzowania i ograniczenia geograficznego zasięgu decyzji zarządzającej inspekcję[30].

25 czerwca 2014 r. Trybunał wydał wyrok, w którym oddalił apelację Nexans. Trybunał podzielił stanowisko RG Kokott w kwestii zasięgu geograficznego i stwierdził, że Komisja nie była zobowiązana do ograniczenia inspekcji do dokumentów odnoszących się do projektów, które wywołały skutek na wspólnym rynku. Pomimo zarzutów podnoszonych przez Nexans, że Komisja przyznała sobie *de facto carte blanche* do przeszukania dokumentów bez względu na jurysdykcję, zdaniem Trybunału, Sąd słusznie orzekł, że Komisja nie jest zobowiązana do ograniczenia swojego dochodzenia tylko do dokumentów dotyczących zachowań, które wywołały skutki w obrębie UE. Wręcz przeciwnie, Komisja ma prawo badać także dokumenty dotyczące innych terytoriów, jeśli robi to w celu wykrycia zachowań, które mogą mieć wpływ na konkurencję na wspólnym rynku. Zdaniem Trybunału, skoro Komisja podejrzewała naruszenie prawdopodobnie o zasięgu globalnym, dokumenty odnoszące się do zdarzeń mających miejsce poza UE mogły dostarczyć stosownych informacji również na temat podejrzewanego naruszenia prawa konkurencji UE[31].

W odniesieniu do drugiej części zarzutów Nexans, że Sąd nie zbadał czy Komisja miała uzasadnione podstawy do podejrzeń, że dane naruszenie dotyczące projektów zlokalizowanych poza UE może rzeczywiście wywołać skutki na wspólnym rynku, Trybunał zauważył, że zarzut ten nie został podniesiony przed Sądem i dlatego musi on zostać odrzucony jako „w oczywisty sposób niedopuszczalny[32]". Trybunał przypomniał, że jego kompetencje w postępowaniu odwoławczym są ograniczone i zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, umożliwienie stronie podniesienia po raz pierwszy przed Trybunałem nowego zarzutu, który to mogła już podnieść na etapie postępowania przed Sądem, lecz tego nie uczyniła, oznaczałoby umożliwienie tej stronie wniesienia do Trybunału sprawy o zakresie szerszym od sprawy rozpoznawanej przez Sąd[33].

W świetle sprawy *Nexans*, zakaz *fishing expeditions* oznacza zdaniem TSUE, że z jednej strony, Komisja ma prawo do badania jedynie tych obszarów produktowych, co do których ma „zasadne podstawy", aby podejrzewać naruszenie prawa konkurencji, z drugiej zaś – zachowuje ona szeroki zakres uznania w odniesieniu do geograficznego, jak i czasowego zakresu inspekcji[34].

[30] Istota sporu dotyczyła pytania czy wskazanie przez Komisję w decyzji „prawdopodobnie globalnej" skali podejrzewanych naruszeń prawa konkurencji w sposób wystarczający określało przedmiot i cel inspekcji. Spółka zarzuciła, że Sąd, po pierwsze, nie dopełnił obowiązku wskazania zasadnych podstaw dotyczących wyznaczenia geograficznego zakresu decyzji zarządzającej inspekcję, a po drugie, popełnił błąd nie badając czy rzeczywiście istniały zasadne podstawy do podejrzewania globalnej skali naruszenia. Patrz opinia RG J. Kokott w sprawie *Nexans*, pkt 22 i 45.

[31] Wyr. Trybunału w sprawie *Nexans*, pkt 40.

[32] Wyr. Trybunału w sprawie *Nexans*, pkt 47.

[33] Należy wskazać na ważny wniosek praktyczny wynikający z tej sprawy dla przedsiębiorców i ich doradców prawnych. Strategia dotycząca zarzutów podniesionych w postępowaniu sądowym powinna być jasna i dobrze przygotowana od samego początku. Wszystkie istotne argumenty muszą zostać podniesione na etapie postępowania przed Sądem i powinny zostać odpowiednio zaakcentowane. Wyr. Trybunału w sprawie *Nexans*, pkt 45; Zobacz też wyr. Trybunału z dnia 19 lipca 2012 w sprawie C-628/10 P *Alliance One International i Standard Commercial Tobacco* przeciwko *Komisji*, w sprawie C-14/11 P *Komisja* przeciwko *Alliance One International i inni*, pkt 111, oraz w sprawie C-58/12 P *Groupe Gascogne* przeciwko *Komisji*, ECR 2013, 770, pkt 35.

[34] M. Michałek (2015). *Right to defence*…, s. 193.

Sprawa *Nexans* jest na pewno sprawą przełomową, gdyż po praz pierwszy TSUE wyraźnie zakazał przeprowadzania *fishing expeditions*. W następstwie tej sprawy stało się jasne, że Komisja musi wykazać „zasadne podstawy" swojego podejrzenia wystąpienia naruszenia prawa konkurencji, by móc przeprowadzić inspekcję dotyczącą określonych produktów i nie może przeprowadzić inspekcji poza zakresem produktowym określonym w swojej decyzji (zarządzającej inspekcję) w nadziei na znalezienie dowodów szerszego lub nowego naruszenia prawa konkurencji.

Należy zgodzić się z RG Kokott, że „(w)yrok Trybunału w niniejszej sprawie będzie miał poważne znaczenie dla przyszłej praktyki administracyjnej Komisji[35]". Dlatego watro zauważyć, że podczas gdy wyrok Sądu może być postrzegany jako znaczące zwycięstwo przedsiębiorcy w kwestii granic uprawnień kontrolnych Komisji, wyrok Trybunału[36] stanowi jednak potwierdzenie szerokiego zakresu uznania, jakim Komisja dysponuje w odniesieniu do zakresu geograficznego inspekcji oraz, w szczególności, prawa Komisji do wykorzystania informacji dotyczących działań przedsiębiorców, które nie miały miejsca w UE (pod warunkiem jednak, że Komisja podejrzewa globalną skalę badanego naruszenia lub jeśli koordynacja naruszenia całkowicie lub częściowo prowadzona jest poza UE).

Niepokojącym jest, że zakres uznania Komisji w odniesieniu do geograficznego zakresu inspekcji jest prawie nieograniczony. Tak łagodne stanowisko TSUE wzbudza wątpliwości i może prowadzić do nadużyć uprawnień kontrolnych Komisji. Tymczasem, w celu zapobiegania takim nadużyciom oraz w celu umożliwienia przedsiębiorcom lepszego wykonywania swojego prawa do obrony, podczas ustalania zakresu inspekcji akcent powinien być położony nie tylko na aspekcie produktowym, lecz także na terytorialnym[37].

2. Sprawa *Deutsche Bahn*

Druga istotna sprawa w kontekście granic dozwolonego zakresu inspekcji dotyczyła wniesienia przez *Deutsche Bahn*[38] skargi o stwierdzenie nieważności trzech decyzji Komisji zarządzających inspekcje oraz wszelkich działań podejmowanych w ich wyniku[39].

Sprawa dotyczyła następującego stanu faktycznego. W marcu 2011 r. Komisja przeprowadziła *dawn raids* w różnych siedzibach Deutsche Bahn[40], w zw. z podejrzeniem nadużywania pozycji dominującej (zabronionego przez art. 102 TFUE) w zakresie dostaw operatorów z trakcji elektrycznej, poprzez przyznawanie preferencyjnych rabatów spółkom zależnym Deutsche Bahn. Niemniej jednak, przed inspekcją pracownicy Komisji zostali powiadomieni o istnieniu skargi na spółkę zależną Deutsche Bahn (DUSS) dotyczącej innego zarzucanego naruszenia prawa, tj. stosowania dyskryminacyjnych warunków w sektorze transportu kolejowego lub odmowy dostępu do terminali. I (dziwnym trafem) w trakcie inspekcji pracownicy Komisji wykryli również dokumenty wskazujące właśnie na to drugie nadużycie pozycji dominującej. W celu legalnego uzyskania dowodów drugiego naruszenia prawa konkurencji Komisja natychmiast[41] wydała drugą decyzję

35 Opinia RG Kokott w sprawie *Nexans*.

36 Pomimo powtórzenia zakazu *fishing expeditions*.

37 M. Michałek (2015). *Right to defence*…, s. 194.

38 Wyr. Sądu w sprawie T-289/11 *Deutsche Bahn* przeciwko *Komisja* i wyr. Trybunału z 18 czerwca 2015 r. w sprawie C-583-13 P *Deutsche Bahn* przeciwko *Komisja*.

39 Inspekcji, które odbyły się na podstawie tych zaskarżonych decyzji.

40 Decyzja zarządzająca inspekcję z 14 marca 2011 r. objęła wszystkie spółki zależne Deutsche Bahn.

41 Gdy inspektorzy nadal przebywali w siedzibie Deutsche Bahn.

zarządzającą inspekcję. Ponadto, w lipcu 2011 r. Komisja wydała trzecią decyzję, uprawniającą pracowników do powrotu do pomieszczeń Deutsche Bahn w celu poszukiwania dalszych dowodów ewentualnych nadużyć pozycji dominującej na wszystkich rynkach przewozów kolejowych.

Deutsche Bahn zakwestionował legalność wszystkich trzech decyzji zarządzających inspekcje, w szczególności drugą i trzecią inspekcję, które zostały zarządzone na podstawie informacji uzyskanych nielegalnie podczas pierwszej inspekcji. Spółka zarzuciła Komisji, że przeprowadziła bezprawne przeszukanie, stanowiące *fishing expeditions*, ponieważ wykorzystała decyzję zarządzającą pierwszą inspekcję[42], aby *de facto* znaleźć dowody innego potencjalnego naruszenia prawa konkurencji przez Deutsche Bahn w innym sektorze[43]. Spółka podkreśliła, że takie dowody nie powinny służyć jako podstawa dla dalszych decyzji zarządzających inspekcję i wniosła o nakazanie Komisji zwrotu wszystkich kopii dokumentów uzyskanych w czasie zaskarżonych inspekcji.

Sąd, w wyroku wydanym 6 września 2013 r., oddalił zarzut Deutsche Bahn i uznał, że Komisja miała prawo do „upieczenia dwóch pieczeni na jednym ogniu", czyli do niezwłocznego wydania nowej decyzji zarządzającej inspekcję uprawniającej swoich pracowników do legalnego zebrania dokumentów dotyczących nowego naruszenia prawa konkurencji, nieobjętego pierwszą decyzją. Sąd potwierdził podejście ustanowione w orzecznictwie TSUE[44], z którego wynika, że wykorzystanie przez Komisję przypadkowo odkrytych dokumentów jako „informację" (*intelligence*, a nie jako dowód) nie jest niezgodne z prawem. Sąd przypominał sprawę *Dow Benelux*, w której spółka zakwestionowała fakt, że Komisja oparła się na informacjach uzyskanych w trakcie wcześniejszych inspekcji, w celu otwarcia nowego dochodzenia w sprawie ewentualnego innego naruszenia prawa konkurencji. ETS[45] stwierdził wówczas, że mimo iż informacje uzyskane w trakcie inspekcji nie mogą być wykorzystywane do celów innych niż wskazane w decyzji ją zarządzającej i pomimo faktu, że prawa do obrony przedsiębiorców, w tym ochrony zawodowej prywatności, byłyby poważnie zagrożone, jeśli Komisja mogłaby powoływać się na dowody przeciwko przedsiębiorcom, które zostały uzyskane w trakcie dochodzenia niezwiązanego z jego przedmiotem lub celem[46], „nie można stwierdzić, że Komisja nie może wszcząć dochodzenia w celu weryfikacji lub uzupełnienia informacji, które przypadkowo uzyskała podczas poprzedniego dochodzenia, jeżeli informacje te wskazują na istnienie zachowań sprzecznych z zasadami konkurencji[47]". Według ETS, całkowity zakaz brania pod uwagę inspekcyjnych odkryć wykraczałby poza to, co jest konieczne dla ochrony LPP i prawa przedsiębiorców do obrony, a zatem stanowiłby nieuzasadnioną przeszkodę dla skuteczności misji Komisji polegającej na zapewnienia zgodności z prawem konkurencji wewnątrz wspólnego rynku, a także na wykrywaniu i karaniu naruszeń art. 101 i 102 TFUE[48].

Po przeanalizowaniu okoliczności odkrycia dodatkowych dokumentów, mimo faktu uprzedzenia pracowników Komisji o istnieniu skargi zarzucającej DUSS inne naruszenie prawa konkurencji, Sąd stwierdził, że Deutsche Bahn nie udało się wykazać, że pracownicy Komisji specjalnie szukali

42 W odniesieniu do dostaw trakcji elektrycznej.

43 Tj. sektorze transportu kolejowego.

44 Ustanowionego od wyroku w sprawie *Dow Benelux*.

45 Aktualnie nazywany Trybunałem Sprawiedliwości.

46 Wyr. w sprawie *Dow Benelux*, pkt 17.

47 Ibidem, pkt 19.

48 Ibidem.

dokumentów niepowiązanych z przedmiotem inspekcji[49]. Sąd uznał, że sporne dokumenty zostały odkryte przypadkowo podczas poszukiwania dowodów dotyczących naruszenia określonego w pierwszej decyzji. Zdaniem Sądu, Komisja nie powinna była przymykać oczu na dokumenty potencjalnie wskazujące nowe naruszenia prawa konkurencji, nawet jeśli zostały one odkryte przez przypadek w trakcie dochodzenia w sprawie innego antykonkurencyjnego działania.

Wyrok Sądu, czyli potwierdzenie legalności przeprowadzenia inspekcji przez podtrzymanie ważności wszystkich trzech decyzji Komisji zarządzających inspekcje, jak również odrzucenie argumentów Deutsche Bahn, dotyczących wszelkich naruszeń praw podstawowych przedsiębiorcy, należało ocenić krytycznie. Szczególnie w kontekście wyraźnego zakazu dokonywania *fishing expeditions* stwierdzonym w wyroku *Nexans*, Sąd powinien był przyjąć surowe podejście co do legalności późniejszego znaczącego wykorzystania przez Komisję odkryć, których przypadkowy charakter wzbudzał znaczące wątpliwości. Rozumowanie Sądu przedstawione w wyroku w sprawie *Deutsche Bahn* mogło być postrzegane jako dające Komisji zielone światło do prowadzenia *fishing expeditions*, a zatem sprzeczne ze stanowiskiem przyjętym wcześniej w wyroku *Nexans*.

Nie było zatem zaskoczeniem, że Deutsche Bahn wniosła apelację[50] od wyroku Sądu, podnosząc m.in., że Sąd błędnie uznał sporne dokumenty za „przypadkowe odkrycia", w zw. z czym pracownicy Komisji nie mogli wykorzystać dokumentów, które zostały uzyskane bezprawnie, tj. w ramach wykroczenia poza zakres dochodzenia. Trybunał w wyroku wydanym 18 lipca 2015 r. częściowo uwzględnił apelację Deutsche Bahn[51] i skorygował błędy Sądu. Trybunał stwierdził, że prawo Deutsche Bahn do obrony zostało naruszone w wyniku nieprawidłowości podważających legalność przebiegu pierwszej inspekcji. Trybunał nie zgodził się z poglądem wyrażonym przez Sąd i uznał, że zgłoszenie przed pierwszą inspekcją odrębnej skargi, która to nie stanowiła części ogólnych informacji na temat sprawy, nie było związane z przedmiotem pierwszej decyzji zarządzającej inspekcję. W związku z tym, pracownicy Komisji nie powinni byli zostać o tej skardze poinformowani. Ponadto, brak jakiegokolwiek odniesienia do tego zarzutu w opisie przedmiotu pierwszej decyzji zarządzającej inspekcję stanowił naruszenie obowiązku Komisji uzasadnienia decyzji, a co za tym idzie naruszenie prawa Deutsche Bahn do obrony. „Pierwsza z kontroli była zatem dotknięta nieprawidłowością ze względu na to, że urzędnicy Komisji, dysponujący jeszcze przed jej przeprowadzeniem pewnymi informacjami pozbawionymi związku z przedmiotem tej kontroli, dokonali zajęcia dokumentów nieobjętych określonym w pierwszej spornej decyzji zakresem tej kontroli"[52]. Trybunał podkreślił, że „uprzednia informacja w oczywisty sposób nie [była] objęta przedmiotem tej pierwszej decyzji w sprawie kontroli oraz [pomijała] gwarancje, jakie winny być zapewnione w ramach wykonywania przez Komisję przysługujących jej uprawnień kontrolnych"[53]. W konsekwencji Trybunał uchylił wyrok Sądu w zakresie, w jakim Sąd oddalił wniesione skargi dotyczące drugiej i trzeciej decyzji zarządzającej inspekcje i uchylił powyższe decyzje jako oparte na dokumentach nielegalnie odkrytych podczas pierwszej inspekcji.

[49] Ponadto, podczas kontroli Deutsche Bahn nigdy formalnie nie sprzeciwił się (np. nie zgłosił swoich zastrzeżeń w protokole) sposobowi, w jaki inspekcja była prowadzona. Sąd przypomniał, że obowiązkiem przedstawiciela prawnego przedsiębiorcy jest formalne zgłaszanie zastrzeżeń w momencie, w którym rzekome nielegalne działanie jest dokonywane.

[50] 15 listopada 2013 r.

[51] Wyr. Trybunału w sprawie *Deutsche Bahn*.

[52] Wyr. Trybunału w sprawie *Deutsche Bahn*, pkt 66.

[53] Ibidem, pkt 67.

Znaczenie orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości dla ochrony przedsiębiorców przed przeprowadzaniem *fishing expeditions* jest niepodważalne i stanowi wyraźną przestrogę dla Komisji, że próby nadużycia jej uprawnień kontrolnych w tym zakresie nie będą tolerowane przez TSUE.

IV. Kopiowanie całych nośników danych elektronicznych w celu ich późniejszej analizy poza siedzibą przedsiębiorcy

Chociaż możliwość skrócenia czasu trwania inspekcji i zminimalizowania zakłóceń w działalności przedsiębiorstwa spowodowanych jej przeprowadzeniem może wydawać się kusząca, to jednak kopiowanie w całości twardych dysków i innych nośników danych elektronicznych w celu ich późniejszej analizy w siedzibie Komisji może skutkować niebezpiecznymi konsekwencjami dla przedsiębiorców. Praktyka ta stanowi bowiem nadmierną ingerencję Komisji w sferę prywatności przedsiębiorców. Pozwala ona Komisji na uzyskanie dostępu do dokumentów, które wykraczają poza zakres inspekcji, w tym stanowią dokumenty prywatne[54] lub objęte LPP. Stąd działanie to łatwo może skutkować przeprowadzeniem *fishing expeditions*[55]. Ponadto, wymuszanie przekazania całości danych elektronicznych może być również krytykowane w kontekście możliwości naruszenia wolności od samooskarżania się[56].

Warto podkreślić, ze w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej: ETPCz), szczególnie sprawy *Robathin*[57], praktyka ta została uznana za naruszenie art. 8 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (dalej: EKPCz) i zasady proporcjonalności, ponieważ wykracza ona poza to, co jest konieczne do osiągnięcia zgodnego z prawem celu.

Niestety TSUE dotychczas nie wypowiedział się jasno w kwestii oceny coraz bardziej powszechnej praktyki Komisji[58]. Można by wręcz zaryzykować stwierdzenie, że w sprawie *Nexans* Sąd celowo uniknął zajęcia stanowiska w kwestii legalności tej praktyki.

Jak wskazano w omówieniu tej sprawy, w druga część zarzutów postawionych przez Nexans dotyczyła działań podjętych przez pracowników Komisji w czasie inspekcji, polegających właśnie na skopiowaniu w całości twardych dysków i wyniesieniu ich z pomieszczeń spółki w celu późniejszego przeszukiwania ich zawartości w siedzibie Komisji. Niestety, Sąd zamiast dokonać oceny zakwestionowanej praktyki, stwierdził po prostu, że zarzut ten był niedopuszczalny[59]. Zdaniem Sądu sporne działania Komisji nie mogą być zaskarżone w postępowaniu dot. decyzji zarządzającej inspekcję, ponieważ stanowią jedynie środki wykonawcze takiej decyzji, które mogą zostać zakwestionowane dopiero w odwołaniu od ostatecznej decyzji Komisji w sprawie stwierdzenia naruszenia lub w decyzji Komisji nakładającej karę proceduralną za brak współpracy[60]. Taki stan przyczynia się do niepewności prawnej[61], ponieważ prowadzi do nieuzasadnionych (zazwyczaj kilkuletnich) opóźnień pomiędzy przeprowadzaniem inspekcji a kontrolą sadową działań w ramach niej podjętych. Co więcej, możliwość podniesienia zarzutów jest warunkowa – jest ona

54 Chronione prawem do prywatności.

55 L.O. Blanco, *European Community Competition Procedure*, No. 8.35, p. 316.

56 Wyr. ETPCz z 3 maja 2001 roku w sprawie *JB* przeciwko *Szwajcaria*, nr skargi 31827/96.

57 Wyr. ETPCz z 3 lipca 2012 roku, w sprawie *Robathin* przeciwko *Austria*, nr skarga 30457/06, pkt 64–71 i w sprawie *Funke*, pkt 44. Zobacz też M. Michalek (2015). *Right to defence*…, s. 202–203.

58 Jak również krajowych organów ochrony konkurencji.

59 Wyr. Sądu w sprawie *Nexans*, pkt 119–125 i 132.

60 M. Michałek (2015). *Right to defence*…, s. 189.

61 Teoretyczna możliwość wniesienia skargi z art. 268 TFUE jest w praktyce nieskuteczna.

uzależniona od wydania decyzji stwierdzającej naruszenie lub nakładającej karę proceduralną, co może się nie zdarzyć[62]. Warto podkreślić, że wyroku w sprawie *Primagaz*[63], bezpośrednio dotyczących prawa konkurencji, ETPCz jasno stwierdził, że niezbędne jest sprawienie, by kontrolowani przedsiębiorcy mieli „pewność (…) uzyskania skutecznej kontroli sądowej spornego środka w rozsądnym terminie"[64].

Kontrowersyjność oraz brak natychmiastowej możliwości zaskarżenia tej praktyki, zwiększają potrzebę szczegółowego jej uregulowania w przepisach wiążącego prawa UE[65]. Należy wprowadzić postanowienia, które wyznaczą granice kompetencji Komisji i zapewnią gwarancje proceduralne dla przedsiębiorców, w celu zapobieżenia, by przeszukiwanie elektronicznych (cyfrowych) dowodów było równoznaczne z przeprowadzeniem *fishing expeditions*.

Należy postulować przyznanie przedsiębiorcom prawa do decydowania o miejscu przeszukiwania danych elektronicznych. W szczególności, powinni oni mieć wybór między pozwoleniem inspektorom zabrania skopiowanych danych do ich późniejszej analizy w siedzibie Komisji a zaproszeniem Komisji do przeprowadzenia przeszukiwania elektronicznych danych w siedzibie przedsiębiorcy[66]. I Komisja powinna zaakceptować rozwiązanie wybrane przez przedsiębiorcę[67].

V. Skutki bezprawnego rozszerzenia zakresu inspekcji

1. Wady decyzji zarządzającej inspekcję

Niezgodność z prawem decyzji zarządzającej inspekcję, w tym jej nieproporcjonalny charakter, uniemożliwia Komisji wykorzystanie jakichkolwiek dowodów, które zostały uzyskane w ramach tej inspekcji. Jest to istotna gwarancja w świetle ochrony prawa przedsiębiorców do obrony, ponieważ w przypadku unieważnienia przez TSUE decyzji zarządzającej inspekcję, Komisja nie może wykorzystywać do celów jakiegokolwiek postępowania dotyczącego naruszenia prawa konkurencji, jakichkolwiek dokumentów lub dowodów, które zostały uzyskane w trakcie zakwestionowanej inspekcji.

W przeciwnym razie, takie bezprawne działanie Komisji będzie stanowić podstawę do uchylenia przez TSUE ostatecznej decyzji w sprawie naruszenia prawa konkurencji w zakresie, w jakim została ona oparta na takich nielegalnych dowodach[68]. Jest to znaczące w szczególności wów-

[62] Zobacz wyr. SPI sprawie Akzo Nobel, pkt 47; D. Théophile, I. Simic (2012). Legal Challenges to Dawn Raid Inspections under the Principles of EU, French and ECHR Law, *Journal of European Competition Law & Practice*, *3*(6), s. 519; M. Michałek (2014). Fishing Expeditions and Subsequent Electronic Searches in the Light of the Principle of Proportionality of Inspectionsin Competition Law Cases in Europe. *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, *7*(10), s. 129–158.

[63] Wyr. ETPCz z dnia 21 grudnia 2010 r. *Primagaz*, skarga nr 29613/08.

[64] Wyr. w sprawie *Primagaz*, pkt 28.

[65] Opublikowanie pewnych wyjaśnień w tej kwestii w Nocie wyjaśniającej Komisji upoważnienia do przeprowadzenia kontroli w wykonaniu decyzji Komisji na mocy artykułu 20(4) Rozporządzenia Rady nr 1/2003, na pewno nie jest wystarczające ze względu na daleko idące konsekwencje w odniesieniu do kwestionowanej praktyki.

[66] W specjalnym pomieszczeniu przygotowanym dla Komisji, który zostanie zapieczętowany za każdym razem podczas przerw i na noc, w celu zapewnienia, że dane nie będą manipulowane przez przedsiębiorcę. Opcja ta nie powinna mieć żadnych negatywnych konsekwencji dla postępowania Komisji. Natomiast, może to znacznie lepiej chronić prawa przedsiębiorców.

[67] M. Michałek (2015). *Right to defence*…, s. 210.

[68] Zob. postanowienie Prezesa ETS z 26 marca 1987 r. w sprawie 46/87 R *Hoechst* przeciwko *Komisja*, pkt 34; postanowienie Prezesa ETS z 28 października 1987 r. w sprawie 85/87 R *Dow Chemical* przeciwko *Komisja*, Zb 1987, 4367, pkt 17; wyrok w sprawie *Roquette Freres*, pkt 49; wyrok w sprawie C-121/04 *Minoan Lines* przeciwko *Komisja*, ust. 56; wyrok SPI z 11 grudnia 2003 roku w sprawie T-59/99 *Ventouris Grupa Enterprises SA* przeciwko *Komisji*, ECR II-5257, ust. 126. Zob. też H. Andersson, E. Legnerfalt (2008). *Dawn raids in sector inquiries*…, p. 444; M. Bernatt (2011). *Powers of Inspection*…, p. 63 i M. Michałek (2015). *Right to defence*…, s. 312.

czas, gdy w konsekwencji unieważnienia bezprawnie uzyskanych dowodów Komisja nie posiada innych dowodów wystarczających do stwierdzenia naruszenia[69].

Niemniej jednak należy podkreślić, że zakwestionowana decyzja jest ważna do momentu uprawomocnienia się wyroku TSUE stwierdzającego jej nieważność, a zatem nie może być z wyprzedzeniem traktowana jako nieważna przez przedsiębiorcę kwestionującego jej zgodność z prawem[70].

2. Bezprawnie zajęte dokumenty

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem TSUE, Komisja nie musi ograniczać się do poszukiwania i badania tylko tych dokumentów, które jest w stanie precyzyjnie określić z góry, ponieważ takie ograniczenie uniemożliwiałoby realizację jej uprawnień kontrolnych przyznanych art. 20 ust. lit. b Rozporządzenia nr 1/2003[71]. Wręcz przeciwnie, uprawnienie do przeprowadzania niezapowiedzianych inspekcji oznacza w szczególności kompetencję Komisji do szukania innych, czyli nieznanych jeszcze lub nie w pełni zidentyfikowanych źródeł informacji[72]. Niemniej jednak oczywistym jest, że uprawnienia Komisji są ograniczone wyłącznie do przedmiotu sprawy, dlatego inspektorzy, podczas przeprowadzania inspekcji, mają prawo szukać i badać jedynie te dokumenty, które są związane z danym postępowaniem[73].

Dlatego też, jeżeli dokumenty pozostające poza zakresem inspekcji zostały jednak zajęte przez Komisję, kluczowym dla ochrony praw przedsiębiorców jest, po pierwsze, możliwość natychmiastowej reakcji, czyli sięgnięcia po środek prawny w celu zakwestionowania zajęcia spornych dokumentów przed Sądem oraz, po drugie, zobowiązanie Komisji do zwrócenia takich nielegalnie uzyskanych dokumentów danemu przedsiębiorcy[74].

Zgodnie ze stanowiskiem TSUE, działania podjęte podczas inspekcji[75] nie mogą być przedmiotem zarzutów w skardze dot. nieważności decyzji zarządzającej inspekcje. Zdaniem Sądu takie działania nie mogą być zaskarżone w postępowaniu dot. decyzji zarządzającej inspekcję, ponieważ stanowią jedynie środki wykonawcze decyzji i dlatego mogą zostać zakwestionowane dopiero w odwołaniu od decyzji Komisji stwierdzającej naruszenie prawa konkurencji lub decyzji Komisji nakładającej karę proceduralną za brak współpracy[76]. Jedyny wyjątek przewidziany został dla przypadku zajęcia dokumentów objętych LPP. Aktualny brak środków odwoławczych

[69] M. Michałek (2015). *Right to defence*…, s. 350. Cała decyzja została uchylona z powodu braku wystarczających dowodów w wyr. ETS z dnia 20 stycznia 1994 roku w sprawach połączonych C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 do C-125/85 do C-129 / 85 *Ahlström Osakeyhtiöand ors* przeciwko *Komisji*, Zb 1993, I-1307; wyr. SPI z 15 marca 2000 roku w sprawie T-337/94 *Enso-Gutzeit* przeciwko *Komisja*, Zb 1998, II-1571 pkt 144, 148–154; wyr. Sądu z dnia 13 lipca 2011 roku w sprawie T-44/07 *Kaucuk* przeciwko *Komisja*, pkt 59–68; wyr. Sądu z 13 lipca 2011 roku w sprawie T-45/07 *Unipetrol* przeciwko *Komisja* pkt 59–68; wyr. Sądu z 13 lipca 2011 roku w sprawie T-53/07 *Komisja* przeciwko *Stomil handlem*, pkt 73–78. Warto zauważyć, że w innych przypadkach decyzje dotyczące karteli zostały częściowo unieważnione ze względu na fakt, że Komisja nie wzięła pod uwagę wszystkich dowodów, wniesionych przez zgłaszającego. Wyr. Sądu z 16 czerwca 2011 r. w sprawie T-185/06 L *Air Liquide* przeciwko *Komisji*, pkt 74–83; wyr. Sądu z 16 czerwca 2011 r. w sprawie T-196/06 *Edison* przeciwko *Komisji*, pkt 87–94.

[70] Wyr. ETS z 13 lutego 1979 r. w sprawie 101/78 *Granaria* przeciwko *Hoofdporduktschap voor Akkerbouwprodukten vs Komisja*, ECR 1979, 623 oraz wyr. w sprawie *Hoechst*, pkt 64. Ch. Kerse, N. Khan, EU Antitrust Procedure, No. 3-076, p. 146. M. Michałek (2015). *Right to defence*…, s. 351.

[71] Wyr. w sprawie *Roquette Frères*, pkt 84. Zobacz również wyr. w sprawie *Hoechst*, pkt 27; wyr. w sprawie *Dow Benelux*, pkt 38; oraz wyr. w sprawie *Dow Chemical Iberica*, pkt 24.

[72] Ibidem; zobacz również opinię RG J. Kokott w sprawie *Nexans*, pkt 61.

[73] Zobacz w tym względzie w motyw 24 preambuły i art. 4 Rozporządzenia nr 1/2003. Zobacz także wyr. w sprawie *National Panasonic*, pkt 20; wyr. w sprawie *AM&S*, pkt 15; wyrok w sprawie *Hoechst*, pkt 25; wyr. w sprawie *Dow Benelux*, pkt 36; wyr. w sprawie *Dow Chemical Iberica*, pkt 22 i wyr. w sprawie *Roquette Frères*, pkt 45 i 47. Ograniczenie to nie musi być jednak wyraźnie wskazane w uzasadnieniu. Zobacz opinię RG J. Kokott w sprawie *Nexans*, pkt 62.

[74] M. Michałek (2015). *Right to Defence*…, s. 186.

[75] Np. skopiowanie w całości twardego dysku (zawierającego również dokumenty prywatne, objęte LPP lub wychodzące poza zakres inspekcji) i zabranie go w celu późniejszego przeszukania w siedzibie Komisji.

[76] Wyr. Sądu w sprawie *Nexans*, pkt 119–125 i 132.

godzi jednak w prawo przedsiębiorców do obrony. Jak podkreślono wyżej, nawet tymczasowa niepewność co do możliwości wniesienia środka prawnego oraz długi okres oczekiwania na jego wniesienie, zdaniem ETPCz, naruszają art. 6 EKPCz[77].

W aktualnym stanie prawnym przedsiębiorcy muszą czekać parę lat na możliwość podniesienia takiego zarzutu. Ponadto, zakwestionowanie działania Komisji jest uzależnione od wydania decyzji w postępowaniu głównym stwierdzającej naruszenie prawa konkurencji lub decyzji nakładającej proceduralną karę, co nie zawsze musi mieć miejsce.

Jeśli natomiast dokumenty uzyskane bezprawnie, tj. wychodzące poza zakres inspekcji, pozwoliły Komisji wszcząć postępowanie w nowej sprawie, nie można zaprzeczyć, że wówczas wystąpiły „nieodwracalne skutki[78]" uzasadniające, jak w przypadku LPP, możliwość natychmiastowego, tj. bez czekania na wydanie decyzji kończącej główne postępowanie lub nakładającej proceduralną karę, odwołania się do Sądu[79]. Warto zauważyć, że choć zgodnie z orzecznictwem TSUE, informacje i dokumenty uzyskane w trakcie inspekcji nie mogą być użyte do celów innych niż ten, wyraźnie określony w decyzji zarządzającej inspekcję, to Komisja nie może jednak przymykać oczu na obciążające dokumenty, na które natknęła się przypadkowo (tzw. *chance discoveries*). Dokumenty takie mogą wówczas zostać wykorzystane przez Komisję jako „informacja"[80]. Stąd brak środków odwoławczych w tej sytuacji może zachęcić Komisję do prowadzenia *fishing expeditions* mających na celu odkrycie dowodów dotyczących zupełnie nowego naruszenia prawa konkurencji[81]. Ten problem został mianowicie podkreślony w omówionej wyżej sprawie *Deutsche Bahn*[82].

Zobowiązanie Komisji do zwrócenia takich nielegalnie uzyskanych dokumentów danemu przedsiębiorcy stanowi kolejny znaczący problem. Takie dokumenty nie mogą bowiem pozostać w bezprawnym posiadaniu Komisji.

Niestety, przedsiębiorcy nie mają zagwarantowanych wystarczających instrumentów prawnych umożliwiających im doprowadzenie do zwrotu tych dokumentów. Mianowicie, prawo UE nie przewiduje kompetencji sądów UE do wydawania dokładnych instrukcji w celu określenia skutków stwierdzenia nieważności decyzji. Przykładowo, Sąd nie jest uprawniony do nakazania Komisji zwrócenie przedsiębiorcy wszystkich dokumentów zebranych w ramach unieważnionych części decyzji zarządzającej inspekcję[83]. W omówionym wyroku w sprawie *Nexans* Sąd, właśnie na tej podstawie, odrzucił wniosek Nexans o nakazanie Komisji, aby zwróciła bezprawnie uzyskane dokumenty. Sąd stwierdził, że w gestii Komisji leży podjęcie działań, tj. zdecydowanie czy zwróci przedsiębiorcy dokumenty wykraczające poza zakres dochodzenia. Niemniej jednak dokumenty, które zostały uzyskane nielegalnie absolutnie nie powinny pozostać w posiadaniu Komisji – powinny one obligatoryjnie zostać wyłączone z akt sprawy i zwrócone danemu przedsiębiorcy. Stąd

77 Wyr. w sprawie *Primagaz*, pkt 28.

78 Wyr. Sądu w sprawie *Deutsche Bahn*.

79 Por. wyr. Sądu w sprawie *Akzo Nobel*, pkt 45: „Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem do aktów, które mogą być przedmiotem skargi o stwierdzenie nieważności w rozumieniu art. 230 WE zaliczają się środki wywołujące wiążące skutki prawne, które mogą mieć wpływ na interes prawny skarżącego, w istotny sposób zmieniając jego sytuację prawną(…) Z orzecznictwa wynika jednak, że decyzje wydane w ramach postępowania przygotowawczego, które same stanowiły akty zamykające procedurę specjalną, odrębną od tej, której zadaniem jest umożliwienie Komisji podjęcia decyzji co do istoty, wywołujące wiążące skutki prawne, które mogą wywrzeć wpływ na interes prawny skarżącego i zmienić w istotny sposób jego sytuację prawną, także stanowią akty zaskarżalne".

80 Wyr. w sprawie *Dow Benelux* i wyr. Sądu w sprawie *Deutsche Bahn*.

81 M. Michałek (2015). *Right to defence*…, s. 332.

82 Ibidem, s. 181–200.

83 Wyr. Sądu w sprawie *Nexans*, pkt 136. Na podstawie art. 266 TFUE, to do Komisji należy wyciągnąć konsekwencje stwierdzenia nieważności decyzji jest. Jeśli przedsiębiorstwo jest chęć odbioru zakwestionowanych dokumentów z Komisji, a Komisja nie robić spontanicznie lub po wniosek zakładu ubezpieczeń, dane przedsiębiorstwo musi wnieść, w tym celu, skargi na bezczynność na podstawie art 264 TFUE.

wielce uzasadnionym byłoby przyznanie takiej kompetencji TSUE, w szczególności ze względu na brak innych środków prawnych chroniących interesy przedsiębiorców w tej szczególnej kwestii.

Konieczność wprowadzenia specjalnego środka odwoławczego oraz udzielenia Sądowi dodatkowego uprawnienia jest wzmocniona przez fakt, iż zgodnie z Obwieszczeniem Komisji w sprawie zasad dostępu do akt Komisji[84], dokumenty uznane za niezwiązane z zakresem przedmiotowym sprawy (jedynie) „mogą[85]" zostać zwrócone przedsiębiorcy, u którego zostały one uzyskane i wówczas przestaną wchodzić w skład akt sprawy. Mimo że z praktyki Komisji wynika, że zazwyczaj takie dokumenty są rzeczywiście zwracane przedsiębiorcom, należy skrytykować brak regulacji prawnej w tej kwestii, wyraźnie obligującej Komisję do zwrotu nielegalnie uzyskanych dokumentów[86], a przez to wzmacniającej pewność prawną i prawa przedsiębiorców.

VI. Podsumowanie

Niewątpliwie „(i)nspekcje są kluczowym narzędziem w walce z kartelami, ponieważ przedsiębiorcy rzadko dobrowolnie przekazują dowody praktyk antykonkurencyjnych[87]" i, jak podkreślił, były dyrektor generalny DG Competition, P. Lowe, „znaczny wzrost" liczby przeprowadzonych inspekcji przyczynił się do zwiększenia ilości wydanych decyzji kartelowych[88]. Niemniej jednak, w ramach wykonywania swoich rozległych uprawnień kontrolnych, przyznanych na mocy Rozporządzenia nr 1/2003, Komisja jest zobowiązana do przestrzegania prawa kontrolowanych przedsiębiorców do obrony. W przełomowym wyroku w sprawie *Hoechst* TSUE podkreślił, że koniecznym jest zapobieganie nieodwracalnemu naruszeniu prawa do obrony już na wstępnym etapie postępowania, w szczególności podczas inspekcji, które mogą być decydujące w kwestii zdobycia dowodów bezprawnego charakteru działań przedsiębiorców[89].

Można jednak mieć wątpliwości czy daleko idące uprawnienia kontrolne przyznane Komisji są wystarczająco zrównoważone gwarancjami przyznanymi przedsiębiorcom. Pomimo pewnej poprawy[90], sytuacja prawna przedsiębiorców podlegających kontroli Komisji pozostaje słaba. W celu jej wzmocnienia zarówno w prawie, jak i w praktyce muszą zostać wprowadzone dalsze skuteczne zabezpieczenia przed możliwymi nadużyciami i arbitralnymi działaniami organu ds. ochrony konkurencji UE.

W odniesieniu do kwestii *fishing expeditions*, ich zakaz powinien być traktowany jako podstawowe i zasadnicze zabezpieczenie praw przedsiębiorców, uniemożliwiające dowolną lub nieproporcjonalną ingerencję władz publicznych w prywatną sferę przedsiębiorców. Postulowana przez wiele lat, przez doktrynę, bezprawność prowadzenia *fishing expeditions* została ostatecznie potwierdzona przez TSUE. Niemniej jednak, zgodnie z interpretacją przedstawioną przez sądy UE w sprawie *Nexans*, zakaz prowadzenia *fishing expeditions* dotyczy wyłącznie produktowego zakresu inspekcji. Podczas gdy w celu przeprowadzenia inspekcji Komisja jest zobowiązana

[84] Obwieszczenie Komisji dotyczącego zasad dostępu do akt Komisji w sprawach na mocy art. 81 i 82 Traktatu WE, art. 53, 54 i 57 Porozumienia EOG oraz rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004, Dz.U. 2015/C 256/03, par. 9.

[85] Zamiast „muszą".

[86] M. Michałek (2015). *Right to defence*…, s. 187.

[87] J. Almunia, były Komisarz ds. Konkurencji, komunikat prasowy, IP/11/632 Brussels, 24 maja 2011.

[88] N. Kroes (2005). *The First Hundred Days*. 40th Anniversary of the Studienvereiniging Kartellrecht 1965–2005. International Forum on European Competition Law, Brussels, 7 April 2005 r.; P. Lowe, *What the future for Cartel Enforcement*, Brussels, wystąpienie z 11 lutego 2003.

[89] Wyr. w sprawie *Hoechst*, pkt 15 i wyr. SPI w sprawie T-66/99 *Minoan Lines* przeciwko *Komisja*, Zb II-5515, pkt 48.

[90] Na przykład zakazu *fishing expeditions* wyraźnie stwierdzonego przez TSUE w sprawie *Nexans*.

do podania „zasadnych podstaw" podejrzewania naruszenia prawa konkurencji dotyczącego określonych produktów, zachowuje ona jednak szeroki zakres uznania w odniesieniu do geograficznego zakresu inspekcji. Zalecane byłoby jednak wprowadzenie również ograniczenia zakresu geograficznego podejrzewanego naruszenia, określonego w decyzji zarządzającej inspekcję.

Stąd TSUE powinien stosować ścisłą wykładnię wymogu wystarczającego podejrzenia[91] (*sufficient suspicion*) w stosunku do wszystkich właściwych zakresów kontroli. Aby lepiej chronić przedsiębiorców przed nadużywaniem uprawnień przez inspektorów oraz arbitralną lub nieproporcjonalną ingerencją w ich sprawy, obowiązek szczegółowego określenia w decyzji zarządzającej inspekcję jej celu[92] i zakresu powinien obejmować wszystkie istotne aspekty mianowicie produkty, czas i terytorium[93].

Niewątpliwie znalezienie równowagi pomiędzy skutecznością postępowań Komisji a ochroną prawa przedsiębiorców do obrony jest trudnym zadaniem[94].

Z jednej strony, ze względu na specyficzny charakter naruszeń prawa konkurencji, w szczególności trudności w wykryciu dowodów, możliwość skorzystania z „przypadkowych odkryć" jest istotna dla skutecznego zastosowania tego prawa. W przeciwnym razie, tj. oczekiwania, że Komisja przymknie oko na potencjalnie obciążające dokumenty, efektywność uprawnień Komisji byłaby osłabiona.

Z drugiej strony, Komisja jest uprawniona jedynie do poszukiwania dowodów związanych z zakresem określonym w decyzji zarządzającej inspekcję. Zatem Komisja nie może, podczas przeprowadzenia inspekcji w jednej sprawie, skorzystać z okazji, aby szukać obciążających dokumentów dotyczących innych możliwych naruszeń i prowadzących do wszczęcia odrębnego postępowania. Jak potwierdził Trybunał prawo przedsiębiorców do obrony „byłoby poważnie zagrożone, jeżeli Komisja mogłaby powoływać się na uzyskane w trakcie inspekcji dowody, które nie były związane z jej przedmiotem lub jej celem[95]". Stąd, skoro, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem TSUE, dokumenty wykraczające poza zakres inspekcji nie mogą być wykorzystane przez Komisję jako dowód, to nie powinny one w pierwszej kolejności być zbadane lub zajęte przez Komisję[96].

Dlatego za każdym razem, gdy TSUE staje przed tym problemem, powinien on ściśle przeanalizować czy sporne dokumenty zostały w rzeczywistości odkryte jedynie przypadkowo, czy też ich odkrycie wynikało z faktu, że inspektorzy przeprowadzili przeszukanie wykraczające poza zakres decyzji zarządzającej inspekcję. Udzielenie Komisji zbyt szerokiego zakresu uznania w tej kwestii, tj. zbyt łatwe akceptowanie uzasadnienia, że sporne dokumenty stanowią wyłącznie „przypadkowe odkrycia", które nie mogły zostać zignorowane przez organ ochrony konkurencji, może prowadzić do nadużyć, w szczególności do sytuacji, gdy Komisja mogłaby wykorzystać decyzję zarządzającą inspekcję związaną z jednym naruszeniem, aby jednocześnie skupić się na innym podejrzewanym bezprawnym działaniu kontrolowanego przedsiębiorcy (co do którego jednak nie

[91] W tym sprawdzanie jego komponenty (takie jak uprzedniej posiadaniu dostatecznych dowodów).

[92] Faktów, które Komisja pragnie ustalić za pomocą inspekcji.

[93] M. Michalek (2014). *Fishing expeditions*…, s. 129–158.

[94] M. Michałek (2015). *Right to defence*…, s. 372–373.

[95] Wyr. w sprawie *Dow Benelux*, pkt 18 oraz wyr. w sprawie *Roquette Frères*, pkt 48.

[96] Y. Botteman, J.-F. Guillardeau (2013). *The General Court's Ruling in Deutsche Bahn: A Review of the European Commission's Dawn Raid Practices and Ways to Challenge Them*, September 24. Pobrano z: http://www.steptoe.com/publications-9064.html.

ma wystarczających podstaw, by wydać decyzje zarządzającą inspekcję) lub prowadzić ogólne *fishing expeditions*[97].

Stąd należy bardzo pozytywnie ocenić tegoroczny wyrok w sprawie *Deutsche Bahn*, ponieważ Trybunał właściwie ocenił okoliczności przeprowadzenia inspekcji i wydania późniejszych decyzji zarządzających inspekcje w odrębnej sprawie, a przez to skorygował wcześniejsze błędne rozstrzygniecie Sądu, które mogło być postrzegane jako zielone światło dla Komisji do nadużywania swych uprawnień. Tymczasem Trybunał dał wyraźny znak Komisji, że próby wykorzystania bezprawnie zdobytych dowodów nie będą akceptowane.

Poważne obiekcje w kontekście dozwolonego zakresu inspekcji, budzi obecna praktyka kopiowania całych cyfrowych nośników danych (takich jak twarde dyski) w celu późniejszego ich przeszukania w siedzibie Komisji. Praktyka ta stanowi zbyt daleko idącą ingerencję, niezgodną z zasadą proporcjonalności i nie zapewnia ona wystarczającej ochrony praw podstawowych przedsiębiorców[98]. Jeśli praktyka ta nie może być całkowicie zakazana, to przynajmniej jej stosowanie powinno być ograniczone tylko do sytuacji wyjątkowych[99]. Praktyka ta powinna być używana wyłącznie wtedy, gdy dany przedsiębiorca wyraźnie zgadza się na ograniczenie ochrony swoich praw i zezwala inspektorom na takie działanie. Dokładniej, dany przedsiębiorca powinien mieć prawo wyboru między pozwoleniem inspektorom na skopiowanie całego nośnika danych i zabrania kopii do siedziby Komisji a obstawaniem przy tym, by Komisja przeszukała elektroniczne dane w siedzibie przedsiębiorcy. Wybór przedsiębiorcy powinien być dla Komisji wiążący, ew. Sąd powinien rozstrzygnąć spór w tej kwestii.

Ponadto, by zwiększyć pewność prawną oraz wyeliminować potencjalne nadużycia (w tym prowadzenie *fishing expeditions* podczas przeszukiwania zawartości skopiowanych nośników danych) uprawnienie do użycia takiego środka przez Komisję oraz warunki jego zastosowania muszą zostać wprowadzone w przepisach wiążącego prawa[100]. Poza przyznaniem Komisji stosownej kompetencji, należy również ustanowić odpowiednie gwarancje proceduralne chroniące kontrolowanych przedsiębiorców. Oczekuje się również, że TSUE, w końcu wyrazi jasne stanowisko w kwestii legalności tej kontrowersyjnej praktyki[101].

Wreszcie, przedsiębiorcy powinni mieć zagwarantowane środki prawne umożliwiające im natychmiastowe zakwestionowanie zajęcia przez Komisję dokumentów wykraczających poza zakres decyzji zarządzającej inspekcję i nakazujące Komisji zwrot przedsiębiorcy takich nielegalnie uzyskanych dokumentów[102].

97 M. Michałek (2015). *Right to defence*…, s. 373.

98 Ibidem.

99 Zgodnie z wymogami ustanowionymi w wyr. w sprawie *Robathin* (pkt 50–52), przeszukiwanie całości danych elektronicznych powinno być uzasadnione szczególnymi względami i proporcjonalny do okoliczności sprawy. Zobacz wyr. w sprawie *Robathin* przeciwko *Austrii*, nr 30457/06 aplikacji.

100 Na poziomie Rozporządzenia nr 1/2003. Opublikowanie wyjaśnień w tej kwestii w Nocie wyjaśniającej Komisji dotyczącej upoważnienia do przeprowadzenia inspekcji w wykonaniu decyzji Komisji na mocy artykułu 20 (4) rozporządzenia Rady nr 1/2003, zdecydowanie nie jest wystarczającym „uregulowaniem" stosowania tej praktyki.

101 M. Michałek (2015). *Right to defence*…, s. 374.

102 Ibidem, s. 379 i 384.

Bibliografia

Andersson, H. i Legnerfalt, E. (2008). Dawn raids in sector inquiries – fishing expeditions in disguise. ECLR, *29*(8).

Bernatt, M. (2011). Powers of Inspection of the Polish Competition Authority. Question of Proportionality. *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, *4*(5).

Bernatt, M. (2011). *Sprawiedliwość proceduralna w postępowaniu przed organem ochrony konkurencji*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego.

Botteman, Y. i Guillardeau, J.-F. (2013). *The General Court's Ruling in Deutsche Bahn: A Review of the European Commission's Dawn Raid Practices and Ways to Challenge Them*, September 24. Pobrano z: http://www.steptoe.com/publications-9064.html.

Forrester, I.S. (2009). Due Process in EC competition cases: A distinguished institution with flawed procedures. ELRev, 34.

Kosikowski, C. (2013). *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*. Wyd. 7. Warszawa: LexisNexis.

Kroes, N. (2005). *The First Hundred Days*. 40th Anniversary of the Studienvereiniging Kartellrecht 1965–2005. International Forum on European Competition Law, Brussels, 7 April 2005 r.

Michałek, M. (2015). *Right to defence in EU competition law: The case of inspections.* Warszawa: Wydawnictwo Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego.

Théophile, D. i Simic, I. (2012). Legal Challenges to Dawn Raid Inspections under the Principles of EU, French and ECHR Law*. Journal of European Competition Law & Practice*, *3*(6).

Joanna Affre*, Piotr Skołubowicz**

„Premia od obrotu", „rabat posprzedażowy" oraz „opłata inna niż marża handlowa". Zasada wyrażona w uchwale Sądu Najwyższego z 18 listopada 2015 r. (III CZP 73/15) i jej praktyczne zastosowanie

Spis treści

I. Uchwała Sądu Najwyższego z 18 listopada 2015 r. (III CZP 73/15)
II. Dlaczego rabat posprzedażowy nie stanowi „opłaty innej niż marża handlowa"?
  1. Opłata inna niż marża handlowa jako opłata pozacenowa
  2. Rabat posprzedażowy jako mechanizm cenotwórczy
III. Jak badać czy dana „premia pieniężna" jest rabatem posprzedażowym?
  1. Mechanizm rabatu posprzedażowego w umowach i jego funkcje
  2. Rabaty posprzedażowe a ekwiwalentność świadczeń
IV. Zakończenie

Streszczenie

Celem artykułu jest analiza argumentów, które w ocenie autorów w istotny sposób wpłynęły na odpowiedź Sądu Najwyższego na pytanie prawne: czy rabat posprzedażowy stanowi opłatę inną niż marża handlowa z art. 15 ust. 1 pkt 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji? Autorzy podzielają stanowisko Sądu Najwyższego co do twierdzenia, iż rabat posprzedażowy nie jest inną niż marża handlowa opłatą za przyjęcie towaru do sprzedaży, jednocześnie wyrażając wątpliwość co do poglądu, że nie każda premia od obrotu jest rabatem posprzedażowym. Artykuł zawiera również przegląd i analizę dotychczasowego orzecznictwa dotyczącego umieszczania w umowach rozmaitych premii/bonusów/opustów, wskazując, kiedy orzecznictwo uznaje je za rabaty posprzedażowe.

Słowa kluczowe: rabaty posprzedażowe; zwalczanie nieuczciwej konkurencji; opłaty półkowe; marża handlowa; premia pieniężna; bonus; ekwiwalentność świadczeń.

JEL: K29

* Joanna Affe – adwokat; absolwentka Uniwersytetu Wrocławskiego oraz studiów podyplomowych z zakresu nauk politycznych (IEP Strasbourg Francja), prawa wspólnotowego (Lyon III Francja) i prawa konkurencji (King's College, Londyn, Wielka Brytania); pozarządowy doradca Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (*non-governmental advisor*) w Międzynarodowej Sieci Konkurencji (*International Competition Network*); e-mail: joanna.affre@affre.pl.

** Piotr Skołubowicz – absolwent Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego; e-mail: piotr.skolubowicz@affre.pl.

I. Uchwała Sądu Najwyższego z 18 listopada 2015 r. (III CZP 73/15)

Do Sądu Apelacyjnego w Katowicach wpłynęła apelacja w typowej sprawie o naruszenie art. 15 ust. 1 pkt 4 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. 2003 Nr 153, poz. 1503, z późn. zm.; dalej: uznk)[1]. Dotyczyła stanu faktycznego, w którym sieć marketów budowlanych naliczała swojemu dostawcy należności z tytułu premii pieniężnej. Premia ta przysługiwała sieci w przypadku osiągnięcia określonego poziomu obrotów. Dostawca po zakończeniu współpracy wniósł pozew, w którym żądał zwrotu tych premii jako utrudniających mu dostęp do rynku „innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży", czyli tzw. opłat półkowych. Pobieranie premii miało w ocenie dostawcy stanowić czyn nieuczciwej konkurencji, ponieważ nabywca towarów miał otrzymywać nieuzasadnioną gratyfikację w związku ze zwiększonymi obrotami. Z kolei nabywca, sieć handlowa, argumentował, że premia była rabatem posprzedażowym, dozwolonym mechanizmem wyznaczania ceny. Jako rabat premia ta nie była więc „inna niż marża handlowa" i jej pobieranie było zgodne z prawem.

Problem, który rozstrzygnąć miał Sąd Apelacyjny w Katowicach doczekał się bardzo bogatego, ale jednocześnie niejednolitego orzecznictwa. W ciągu ostatnich dwóch lat Sąd Najwyższy wydał kilka wyroków różnie oceniających rabaty posprzedażowe: albo jako zakazane na gruncie art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk opłaty półkowe[2], albo, co do zasady, dozwolone sposoby ustalenia ceny[3]. Jest to o tyle istotny problem, że taka metoda rozliczeń cieszy się na rynku dużą popularnością – nie tylko w relacjach pomiędzy sieciami handlowymi a ich dostawcami. W umowach określane są one różnie, najczęściej jako „premie pieniężne", „bonusy" lub „rabaty posttransakcyjne". W ciągu ostatnich lat pogląd o dopuszczalności rabatów posprzedażowych zaczął zyskiwać na popularności w judykaturze. Spór interpretacyjny wciąż pozostawał jednak nierozstrzygnięty.

W związku z tym, Sąd Apelacyjny w Katowicach postanowił zwrócić się o interpretację do Sądu Najwyższego[4]. W dniu 24 lipca 2015 r. wpłynęło do Sądu Najwyższego pytanie prawne o następującej treści (sygn. akt III CZP 73/15):

> *Czy rabat posprzedażowy wypłacany kupującemu przez sprzedawcę w razie osiągnięcia określonej przez strony wielkości sprzedaży stanowi opłatę inną niż marża handlowa, przewidzianą w art. 15 ust. 1 pkt 4 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jednolity Dz.U. 2003 Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.)?*

Na pytanie to Sąd Najwyższy odpowiedział uchwałą z dnia 18 listopada 2015 r. w następujący sposób:

> *W stosunkach handlowych między nabywcą prowadzącym sieć sklepów a dostawcą nie jest wyłączone uznanie zastrzeżonej w umowie premii pieniężnej uzależnionej od wielkości obrotów za rabat posprzedażowy niestanowiący opłaty przewidzianej w art. 15 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (jedn. tekst: Dz.U. 2003 Nr 153, poz. 1503 ze zm.).*

[1] Sygn. akt V ACa 814/14.

[2] Wyr. SN: z 8.11.2013 r., I CSK 46/13, LEX nr 1399866; z 23.10.2014 r., I CSK 615/13, LEX nr 1583211; z 23.10.2014 r., I CSK 597/13, LEX nr 1545133; z 28.01.2015 r., I CSK 748/13, LEX nr 1663391.

[3] Wyr. SN z 20.02.2014 r., I CSK 236/13, LEX nr 1466623; z dnia 6.06.2014 r., III CSK 228/13, LEX nr 1506548; z 17 kwietnia 2015 r., I CSK 136/14, LEX nr 1710335; z 24 czerwca 2014 r., I CSK 431/13, LEX nr 1511100; z 23.07.2015 r., I CSK 587/14, Legalis nr 1331166.

[4] Postanowienie SA w Katowicach z 8.05.2015 r., V ACa 814/14.

Odpowiedź SN zawiera w sobie dwa twierdzenia:

a) „premia pieniężna uzależniona od wielkości obrotów" może być „rabatem posprzedażowym";
b) „rabat posprzedażowy" nie jest „opłatą przewidzianą w art. 15 ust. 1 pkt 4" uznk (opłatą półkową).

Twierdzenie z punktu b) rozwiązuje istotny spór obecny w orzecznictwie, jednoznacznie wskazując, że stosowanie rabatów, w tym rabatów posprzedażowych, nie może być uznane za mechanizm służący pobieraniu opłat półkowych.

Jednakże teza Sądu Najwyższego opisana w punkcie a) rodzi liczne wątpliwości. SN, odnosząc się do zdefiniowanego przez Sąd Apelacyjny w Katowicach „rabatu posprzedażowego wypłacanego w razie osiągnięcia określonej wielkości sprzedaży", wyodrębnił dwie kategorie: „rabat posprzedażowy" oraz „premię pieniężną uzależnioną od wielkości obrotów". Według Sądu Najwyższego nie są one tożsame. Premia uzależniona od wielkości obrotów może, ale nie musi być rabatem posprzedażowym (twierdzenie a), zawsze dozwolonym na gruncie art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk (twierdzenie b).

Wątpliwości budzi natomiast twierdzenie, że premia pieniężna uzależniona od wielkości obrotów może być rabatem posprzedażowym – a nie po prostu, że jest takim rabatem.

Z uchwały SN nie wynika co oznacza „premia pieniężna uzależniona od wielkości obrotów" i na czym polega jej „uzależnienie". Może chodzić o formę wyrażenia opłaty – przykładowo o przewidzianą w umowie premię pieniężną w wysokości 5% obrotu. W takiej formie wyrażane są różne opłaty przewidziane w umowach z dostawcami, np. opłaty za marketing czy logistykę. W tym ujęciu nie stanowiłyby one rabatów posprzedażowych, mimo że ich wysokość jest rzeczywiście „uzależniona od wielkości obrotu".

„Uzależnienie od obrotu" może także oznaczać, że taka opłata należna jest, gdy osiągnięty zostanie pomiędzy stronami określony poziom obrotów. W tym przypadku należy przedstawić pogląd, że już sam fakt uzależnienia premii pieniężnej (wyrażonej w formie procenta od obrotu) od osiągnięcia określonego poziomu obrotów przez strony świadczy o tym, że jest to rabat posprzedażowy.

Z pewnością część wątpliwości rozwieje pisemne uzasadnienie uchwały, wskazując argumentację uwzględnioną przez SN. Do chwili złożenia tego artykułu nie zostało ono jeszcze sporządzone.

Już teraz jednak warto omówić dwie kwestie poruszone w uchwale. Pierwszą będzie wyjaśnienie, dlaczego rabat posprzedażowy nie może być uznany za opłatę „inną niż marża handlowa" i w efekcie nie stanowi opłaty półkowej. Przedstawione zostaną relacje pomiędzy tymi pojęciami i teoretyczne tło podniesionego przed Sądem Najwyższym problemu. Drugą kwestią będzie wskazana w uchwale relacja pomiędzy przewidzianą w konkretnej umowie „premią pieniężną" a rabatem posprzedażowym. Opisane zostaną kryteria, jakie dotychczas stosowały doktryna i orzecznictwo dla oceny czy w danym przypadku pomiędzy dostawcą a nabywcą funkcjonował mechanizm rabatu posprzedażowego.

II. Dlaczego rabat posprzedażowy nie stanowi „opłaty innej niż marża handlowa"?

Pytanie skierowane do Sądu Najwyższego dotyczyło relacji pomiędzy zakresami pojęć „rabat posprzedażowy" i „opłata inna niż marża handlowa". Aby wyjaśnić te relacje, należy przystąpić do zdefiniowania „opłaty innej niż marża handlowa" oraz „rabatu posprzedażowego", a następnie oceny czy „rabat posprzedażowy" jest „inny niż marża handlowa" w rozumieniu uznk.

1. Opłata inna niż marża handlowa jako opłata pozacenowa

Art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk zakazuje pobierania innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży, które w nieuczciwy sposób utrudnia innemu przedsiębiorcy dostęp do rynku, określanych potocznie jako opłaty półkowe. Wszystkie przesłanki zawarte w przepisie muszą być spełnione łącznie, aby doszło do opisanego czynu nieuczciwej konkurencji. Jedną z przesłanek jest pobieranie „opłaty innej niż marża handlowa". Wystarczy wykazać, że dana opłata nie jest „inna niż marża handlowa", aby udowodnić, że jej pobieranie nie stanowi zakazanego przez art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk czynu nieuczciwej konkurencji.

Próbę zdefiniowania tej przesłanki należy rozpocząć od wyjaśnienia pojęcia „marży handlowej". W uznk nie sformułowano jego definicji legalnej. Pomocniczo posłużyć się można definicją z art. 3 ust. 1 pkt 6 ustawy z 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz.U. 2001 Nr 97, poz. 1050) – obowiązującej w momencie wprowadzenia art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk – według której marża handlowa oznacza „różnicę między ceną płaconą przez kupującego a ceną uprzednio zapłaconą przez przedsiębiorcę, wynikającą z kosztów i zysku przedsiębiorcy; marża handlowa może być wyrażona kwotowo lub w procentach". Do tej definicji odwołuje się także orzecznictwo, orzekając na podstawie art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk[5].

Szukając ustawowej definicji marży handlowej, właściwej dla prawa konkurencji, należy również odnieść się do art. 4 ust. 8 ustawy z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. 2007 Nr 50, poz. 331, z późn. zm.), który stanowi, że „ilekroć w ustawie jest mowa o cenach – rozumie się przez to ceny, jak również opłaty o charakterze cen, marże handlowe, prowizje i narzuty do cen". Definicja ta jest wyrazem traktowania w prawie konkurencji marży handlowej jako składnika ceny.

Niezależnie od powyższego, należy podkreślić, że marża handlowa jest pojęciem z zakresu ekonomii. Przedsiębiorca pokrywa z niej koszty stałe swojej działalności handlowej, a różnica pomiędzy wysokością marży a kosztami stałymi wyznacza zysk. Istnieją dwa sposoby powiększania marży przez nabywcę – albo musi dążyć do obniżenia ceny nabycia, albo do podwyższenia ceny sprzedaży. Sieci handlowe konkurują ze sobą niską ceną, stąd wybór pierwszej opcji jest dla nich koniecznością.

Z istoty marży handlowej wynika, że nie jest ona pobierana przez nabywcę (np. sieć handlową) od dostawcy, ale przez nabywcę od dalszych klientów, którym sprzedaje nabyte od dostawcy towary (np. konsumentów)[6]. Z kolei dostawca pobiera swoją własną marżę od nabywcy. Zwrot

[5] Wyr. SN z 20.02.2014 r., I CSK 236/13, LEX nr 1466623; wyr. SA w Warszawie z 26.07.2012 r., I ACa 1331/11, LEX nr 1392076; z 13.03.2013 r., I ACa 1123/12, LEX nr 1322068; wyr. SA w Krakowie z 2.10.2012 r., I ACa 864/12, Legalis nr 719574; wyr. SA w Szczecinie z 22.08.2013 r., I ACa 53/13, Legalis nr 776430.

[6] D. Wolski (2013). Wybrane zagadnienia na tle orzeczeń dotyczących opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży. iKAR, *1*(2), s. 111.

zawarty w art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk jest zatem obarczony błędem logicznym i wymaga dodatkowego wyjaśnienia.

Pomocne może być odniesienie się do *ratio legis* przepisu, czyli do kwestii źródeł zysku nabywcy. Nieuczciwość przy pobieraniu opłat półkowych polega na tym, że nabywca utrudnia innym przedsiębiorcom dostęp do rynku, domagając się zapłaty za samo nawiązanie współpracy. Natomiast nabywca ma prawo czerpać zyski ze współpracy, ale w inny sposób – generując w drodze dalszej odsprzedaży marżę handlową[7].

Tak więc zawarte w art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk pojęcie „pobieranie innych niż marża handlowa opłat" należy rozumieć jako pobieranie opłat zapewniających dodatkowy – obok zawartego w marży – zysk dla nabywcy w związku ze sprzedawaniem towarów. Ustawodawca za nieuczciwą uznał praktykę polegającą na tym, że nabywca osiąga zysk poprzez pobieranie opłat za samo przyjęcie towaru, bez względu na to czy uda mu się go sprzedać i utrudnia w ten sposób dostawcy dostęp do rynku. Tymczasem swój zysk nabywca powinien wypracowywać poprzez pobieranie marży handlowej (co wymaga od niego także efektywnego prowadzenia sprzedaży).

Przesłanka pobierania opłat „innych niż marża handlowa" wyłącza więc z zakresu art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk mechanizmy, które kształtują cenę nabycia. Tym samym należy uznać ją za równoznaczną z pojęciem „opłaty pozacenowej". Gdy dostawca towarów musi opłacić należności na rzecz nabywcy, które nie mają samodzielnego charakteru, ale są powiązane z ceną, służą do jej wyznaczenia – nie można mówić o pobieraniu opłat półkowych.

Inne, dosłowne rozumienie pojęcia „opłata inna niż marża handlowa" prowadziłoby do absurdu i wymuszałoby konieczność ignorowania tej przesłanki w ogóle. Ponieważ marża handlowa nigdy nie jest pobierana przez kupującego od sprzedającego, to każda opłata, jaką nabywca może pobrać od dostawcy byłaby „inną niż marża handlowa opłatą"[8].

2. Rabat posprzedażowy jako mechanizm cenotwórczy

Należy również zbadać czym jest rabat posprzedażowy – czy jest sposobem kształtowania ceny, czyli mechanizmem cenotwórczym, czy też, przeciwnie, jest od ceny niezależny, stanowi opłatę pozacenową. Rabat jest terminem ustawowym, zawartym m.in. w art. 28 ust. 2 ustawy o rachunkowości z 29 września 1994 r. (Dz.U. 1994 Nr 121, poz. 591 z późn. zm.), który stanowi, że obliczając cenę nabycia, należy odjąć od ceny zakupu „rabaty, opusty, inne podobne zmniejszenia i odzyski". Z przepisu tego wynika, że według ustawodawcy rabat jest „zmniejszeniem" ceny lub „odzyskiem" jej części.

Rabat to pojęcie ekonomiczne, oznaczające obniżenie ceny nabycia towaru lub usługi przez zbywcę. W języku polskim określa się taki mechanizm także przy użyciu pojęć „premia", „bonus", „opust", „upust", „skonto", „dekort", „bonifikata". W zakresie pojęcia „rabat" zawiera się zarówno proste obniżenie kwoty wymaganej tytułem zapłaty („zmniejszenie"), jak i dokonany już po zapłacie ceny zwrot nadpłaty („odzysk").

Rabat posprzedażowy to ten drugi rodzaj rabatu – czyli odzysk. W języku angielskim odpowiednik terminu „rabat", słowo *rebate*, oznacza właśnie rabat posprzedażowy[9]. Mechanizm ten

[7] M. Marek (2014). Opłaty półkowe a mechanizmy cenotwórcze. iKAR, *9*(3), s. 48, 54–55.

[8] J. Markiewicz (2014). Znaczenie i rola pojęcia „marży handlowej" na tle art. 15 ust. 1 pkt 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. *Przegląd Prawniczy Ekonomiczny i Społeczny*, *3*, s. 133.

[9] M. Marek (2014). *Opłaty półkowe*…, s. 50.

popularny jest również w Niemczech, gdzie nazywany jest *Rückvergütung* (z niem. zwrot, rekompensata, wynagrodzenie zwrotne)[10].

Rabat posprzedażowy (retroaktywny) stanowi następczy mechanizm kształtowania ceny towaru. Służy on zagwarantowaniu nabywcy niższej ceny w przypadku, gdy spełnione zostaną określone w umowie warunki, np. dotyczące wielkości zamówień, ich wartości lub częstotliwości. Konstrukcja ta znajduje zastosowanie w przypadku okresowych kontraktów ramowych pomiędzy dostawcą towarów a detalistą nabywającym go w celu dalszej odsprzedaży. W momencie ich zawarcia nie jest jeszcze wiadome, jak będzie się kształtować współpraca. Przede wszystkim nie jest znana ostateczna wielkość zamówień składanych przez nabywcę u dostawcy. Stąd ustalane są generalne zasady opisujące podstawy wyznaczenia ceny. Określenie „posprzedażowy" bierze się stąd, że rabat ten rozliczany jest okresowo, po tym, jak doszło kilkakrotnie do wydania towarów i zapłaty ceny.

Ekonomicznie odgrywa on taką samą rolę, jak rabat zmniejszający cenę w chwili podpisania umowy. Zawarcie w umowie możliwości późniejszego zwrotu ewentualnej nadpłaty, obliczonej według obiektywnie wymiernych czynników, jest w pełni akceptowalną i równoprawną formą udzielania rabatu. Przypomnieć należy w tym kontekście art. 536 § 1 kodeksu cywilnego, zgodnie z którym wysokość ceny określić można poprzez wskazanie podstaw do jej ustalenia.

Należy podkreślić, że z ekonomicznego punktu widzenia różne modele cenotwórcze mogą być po prostu różnymi sposobami ukształtowania tej samej ceny. Nie ma znaczenia czy jest ona wyznaczona sztywno na poziomie 9 zł, czy też towar kosztuje w cenniku 10 zł, ale kupujący uzyskuje 10% rabatu. Nie ma też znaczenia czy rabat ten naliczony jest w chwili zakupu (np. z tytułu wyboru kilku wariantów produktu) lub później, z tytułu osiągnięcia obrotów rzędu 10 000 zł[11]. Druga opcja jest nawet bardziej korzystna dla dostawcy – w jego posiadaniu jest wtedy więcej środków pieniężnych, przy czym musi liczyć się z obowiązkiem ewentualnego zwrotu nadpłaty.

Tę ostateczną cenę, 9 zł, kształtuje rynek. Naiwnością byłoby sądzić, że zakazując rabatów posprzedażowych, pomoże się dostawcom i w opisanym wyżej przykładzie uzyskają oni cenę 10 zł. Przeciwnie, brak rabatów posprzedażowych tylko im zaszkodzi – ich towary nadal kupowane będą za 9 zł, a dostawcy pozbawieni będą gwarancji wynikających z konstrukcji rabatu, takich jak próg 10 000 zł, od których naliczana jest niższa cena. Orzecznictwo potwierdza taki skutek odejścia przez sieć handlową od stosowania rabatów posprzedażowych[12].

Powyższe twierdzenia znalazły odzwierciedlenie w orzecznictwie, które przyznaje, że rabat posprzedażowy pozwala na korektę ceny już po tym, kiedy ostatecznie znana jest wielkość realnego popytu w minionym okresie[13]. W warunkach gospodarki rynkowej wpływ na wysokość cen powinny mieć przede wszystkim ekonomiczne prawa popytu i podaży, a stosowanie rabatów posprzedażowych urzeczywistnia tę regułę.

W tym kontekście wskazać można również, jak rabat rozumiany jest przez sądy administracyjne. Naczelny Sąd Administracyjny podkreślił, że służy on do wyznaczenia ceny, nawet jeżeli został naliczony później. W ocenie NSA rabat „to zniżka, upust od ustalonej ceny towaru. Nie

[10] I. Nestoruk (2015). Swoboda dostępu do rynku a swoboda kontraktowania w kontekście zakazu „opłat półkowych" – stan aktualny. *Przegląd Prawa Handlowego*, 3, s. 25.

[11] G. Kaniecki (2013). „Opłaty półkowe" z punktu widzenia ekonomicznej analizy prawa. iKAR, *2*(2), s. 48.

[12] Wyr. SA w Warszawie z 25.06.2014 r., I ACa 1712/13, LEX nr 1521180.

[13] Wyr. SA w Warszawie z 24.07.2014 r., I ACa 536/14, LEX nr 1506312.

można zatem rabatu oderwać od ceny towaru, przyjąć, że nie jest on elementem kształtującym tę cenę na tej tylko podstawie, że miał służyć jako wsparcie finansowe importera albo że udzielono go dopiero po wprowadzeniu towaru importowanego na polski obszar celny. Rabat, jeżeli jest świadczeniem odnoszącym się do ceny towaru, kształtuje tę cenę, niezależnie od tego, kiedy został faktycznie przyznany i jakie intencje kryją się za jego udzieleniem[14]".

Podsumowując, istotą rabatu, bez względu na to kiedy jest rozliczany, jest obniżenie ceny. Ma on bezpośredni wpływ na jej wysokość, ma zatem charakter cenotwórczy, a jako taki nie może być uznany za opłatę inną niż marża handlowa (pozacenową) w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk.

III. Jak badać czy dana „premia pieniężna" jest rabatem posprzedażowym?

1. Konstrukcja rabatu posprzedażowego w umowach i jego funkcje

Rabaty posprzedażowe występują w obrocie pod różnymi nazwami, między innymi jako „bonus[15]" czy „rabat potransakcyjny[16]". Popularnym określeniem jest również „premia pieniężna[17]". Orzecznictwo sądów administracyjnych wskazuje, że takie konstrukcje, gdy są procentowo uzależnione od obrotu, stanowią rabat. „W ocenie Naczelnego Sądu Administracyjnego analiza pojęć „rabatu" i „premii pieniężnej" przemawia za przyjęciem stanowiska, że w znaczeniu gospodarczym pojęcia te pokrywają się. Efekt ekonomiczny w danym okresie, przyznania np. premii pieniężnej wyrażonej procentowo w stosunku do obrotu oraz udzielenia rabatu w stosunku do wszystkich transakcji z określonym kontrahentem w tymże okresie, z uwzględnieniem tego samego procentu, będzie zbliżony w tym sensie, że wiązać się będzie z przekazaniem nabywcy przez sprzedawcę określonej kwoty premii obliczonej procentowo w stosunku do obrotu lub odpowiadającej jej kwoty rabatu ustalonego w stosunku do poszczególnych transakcji, z uwzględnieniem tego samego procentu[18]".

Uchwała Sądu Najwyższego z 18 listopada 2015 r. (III CZP 73/15) mniej definitywnie określa relację pomiędzy pojęciem „premii pieniężnej" a „rabatu posprzedażowego", ale w gruncie rzeczy wnioski z niej płynące są podobne. Sąd Najwyższy wskazuje, że nie jest wyłączone, że dana premia pieniężna od wielkości obrotów przewidziana w umowie jest rabatem posprzedażowym. Nie wyklucza jednak, że konkretna konstrukcja określona w umowie jako „premia pieniężna" może być opłatą półkową. Należy rozważyć, jak w takim razie zidentyfikować czy dany zapis umowny ustanawia rabat, czy też, przeciwnie, służy naliczaniu bezprawnych opłat dodatkowych.

Najbardziej liberalne stanowisko wskazuje, że każdy mechanizm, który przewiduje naliczanie należności w formie procenta od obrotu, stanowi rabat posprzedażowy kształtujący cenę[19]. Z ekonomicznego punktu widzenia rzeczywiście należność po stronie dostawcy, wyrażona w formie procenta od obrotu, oznacza obniżkę ceny o określony procent. W takich warunkach nie ma znaczenia, dlaczego właściwie strony przyjęły złożony model wyznaczania ceny. Autorzy artykułu

[14] Wyr. NSA z 17.05.2005 r., I GSK 280/05, Legalis nr 1111380.

[15] Wyr. SA w Krakowie z 27.02.2009 r., I ACa 94/09, LEX nr 516523; wyr. SA w Poznaniu z 25.02.2010, I ACa 107/10, LEX nr 628174; wyr. SA w Warszawie z 2.06.2010 r., I ACa 294/10, LEX nr 785625.

[16] Wyr. SA w Warszawie z 12.11.2009 r., VI ACa 432/09, LEX nr 1120263.

[17] Wyr. SA w Warszawie z 25.06.2014 r., I ACa 1712/13, LEX nr 1521180.

[18] Wyr. NSA z 11.02.2014 r., I FSK 310/13, LEX nr 1449677.

[19] P. Podrecki (2014). Opłaty półkowe. *Monitor Prawniczy*, 6, s. 20.

przychylają się do tego poglądu, przy założeniu, że inne cechy danej „premii pieniężnej", opisane poniżej, również mogą potwierdzać, że jest ona rabatem[20].

Argumentacja ta nie jest jednak przychylnie przyjmowana przez orzecznictwo. Dla judykatury bardziej niż to, jak wyrażona jest należność, istotny jest cel i szczegółowy charakter mechanizmu przewidzianego w umowie. Dlatego oceniając czy dana konstrukcja zostanie w postępowaniu uznana za opłatę półkową, czy też za dozwolony rabat posprzedażowy należy zweryfikować, czy spełnia ona funkcje rabatu.

Generalnie rabat może mieć różne uzasadnienie ekonomiczne, najczęściej jednak prowadzić ma do zwiększenia ogólnego zysku sprzedawcy (dostawcy) wskutek zbycia większej ilości towarów. Rabat posprzedażowy uzależniony od obrotu przewiduje „nagrodę" dla nabywcy, jeżeli obrót będzie większy (funkcja motywacyjna) lub „sankcję" w postaci zastosowania ceny podstawowej z cennika, gdy istotnie się on zmniejszy (funkcja gwarancyjna)[21]. Jeżeli sąd oceni, że badany mechanizm spełnia jedną z tych funkcji, można domniemywać, że rzeczywiście jest to rabat, a nie opłata dodatkowa, niezależna od ceny towaru.

Podejrzenia co do realnego charakteru rabatu pojawiają się, jeżeli brak jest związku pomiędzy jego wysokością a ilością zakupionego towaru, częstotliwością zamówień lub wysokością obrotu pomiędzy stronami porozumienia[22]. Trudno wtedy sądowi namierzyć ekonomiczny sens takiego mechanizmu. Na przykład nie są uznawane za rabaty posprzedażowe konstrukcje, na podstawie których, bez uzależnienia tego od żadnych warunków, dostawca zobowiązany jest po prostu regularnie wnosić na rzecz nabywcy określoną w umowie opłatę[23].

Sądy kwestionują rzeczywisty charakter rabatu, jeżeli nie przewidziano progu obrotu lub innego podobnego warunku, od którego wystąpienia zależy czy będzie on naliczany. Sąd Najwyższy orzekł, że „uznanie przez Sąd Apelacyjny w oparciu o treść porozumienia, że o pobieraniu przez pozwanego innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży świadczy pobieranie 5% rabatu od obrotu bez określenia w porozumieniu jakiegokolwiek progu obrotów do jego pobierania, przy równoczesnym braku określenia jakiegokolwiek ekwiwalentu, należy ocenić jako prawidłowe i uzasadniające subsumpcję art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk"[24].

Orzecznictwo za czyny nieuczciwej konkurencji uznaje takie konstrukcje, przy których opusty oblicza się w oparciu o obrót wypracowany przez sieć handlową w stosunkach z konsumentami, a nie z dostawcą[25]. W praktyce sytuacja taka może zajść, jeżeli próg obrotu, od którego uzależnione jest naliczenie premii, będzie odnosił się do tego, jak towar się sprzedaje w sklepach nabywcy. Tymczasem wielkość rabatu opartego na modelu progresywnym powinna być uzależniona od tego, ile towaru nabywca rzeczywiście zakupił od dostawcy, a nie ile udało mu się odsprzedać.

Część orzecznictwa traktuje jako obejście zakazu pobierania opłat półkowych sytuację, w której próg obrotu, od którego należny jest rabat, jest „symboliczny" w stosunku do rzeczywiście

[20] Taką cechą może być np. uzależnienie naliczania premii od osiągnięcia w stosunkach pomiędzy dostawcą a nabywcą określonego progu obrotów, wskazane w pytaniu prawnym do Sądu Najwyższego (sygn. akt. III CZP 73/15).

[21] Por. J. Rusek (2010). Rabat czynem nieuczciwej konkurencji: o premiach pieniężnych raz jeszcze. *Biuletyn Instytutu Studiów Podatkowych*, 2, s. 6; G. Kaniecki (2013). *„Opłaty półkowe"*…, s. 49–50.

[22] Wyr. SA w Krakowie z 5.10.2012 r., I ACa 891/12, www.orzeczenia.krakow.sa.gov.pl; wyr. SA w Poznaniu z 28.01.2010 r., I ACa 993/09, LEX nr 1642440.

[23] Wyr. SN z 16.01.2015 r., sygn. III CSK 244/14, Legalis nr 1186371; wyr. SA w Warszawie z 28.01.2015 r., I ACa 1111/14, LEX nr 1754209; z 12.03.2015 r., I ACa 1159/14, LEX nr 1682909;

[24] Wyr. SN z 16.01.2015 r., sygn. III CSK 244/14, Legalis nr 1186371.

[25] Wyr. SA w Poznaniu z 5.12.2012 r., I ACa 966/12, LEX nr 1271929; podobnie: wyr. SA w Poznaniu z 14.09.2012 r., I ACa 600/12, Legalis nr 664109; wyr. SA w Warszawie z 12.11.2009 r., VI ACa 432/09, LEX nr 1120263.

osiągniętego obrotu, a stawka rabatu jest bardzo wysoka[26]. Pogląd taki jest nietrafny. Nawet przy bardzo niskim progu działać może wskazana wyżej funkcja gwarancyjna rabatu. Jeżeli stawka procentowa rabatu jest wysoka, a próg, od którego jest on należny – niski, to umowa taka faktycznie gwarantuje dostawcy, że nabywca kupi co najmniej tyle towaru, ile wynosi wartość progu. Jest to o tyle istotne, że sama umowa ramowa najczęściej nie gwarantuje dostawcy minimalnej wartości dostaw. Ze strony nabywcy umowa dotrzymana będzie nawet wtedy, kiedy szybko porzuci on współpracę z dostawcą i wartość zamówionego przez niego towaru będzie minimalna. Przed takim zagrożeniem chroni dostawcę mechanizm kształtowania ceny, z którego wynika, że przy zakupie niewielkich ilości towaru, nabywca dużo więcej za niego zapłaci. Natomiast jeżeli współpraca między stronami będzie układać się pomyślnie przez cały okres obowiązywania umowy, ostatecznie wypracowany obrót może okazać się dużo wyższy niż próg gwarantowany w umowie. Nie sprawia to jednak, że rabat posprzedażowy traci przez to swój charakter ekonomiczny i staje się opłatą półkową.

Nietrafny jest również pogląd, że dana konstrukcja nie może być rabatem, ponieważ w innym miejscu umowy uregulowane zostały odmienne rabaty zmniejszające cenę w formie „obniżenia ceny na fakturze[27]". Jak wskazano powyżej zarówno „zmniejszenie", jak i „odzysk" to dwie równoprawne formy udzielenie rabatu, a korzystanie z jednej nie wyłącza równoczesnego korzystania z drugiej.

Kwestii premii pieniężnych nie podniósł, niestety, Trybunał Konstytucyjny, orzekając w sprawie konstytucyjności art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk. Co prawda wymienił on „bonusy od obrotu" oraz „rabaty potransakcyjne" wśród konstrukcji, które były kwestionowane, nie rozważał jednak kwestii ich legalności. Wniosek dotyczył innego rodzaju rozliczeń między nabywcą a dostawcą – opłat za usługi marketingowe[28] – dlatego zapewne Trybunał nie odniósł się do zagadnienia rabatów posprzedażowych. Mimo to słusznie można oceniać, że stosowanie zakazu opłat półkowych do metod wyznaczania ceny jest sprzeczne z Konstytucją. Sądowa kontrola cen narusza zasadę społecznej gospodarki rynkowej (art. 20 Konstytucji).

Na uwagę zasługuje jeszcze inny wątek. Trybunał wskazał, że przy ocenie danego zapisu umownego pod kątem zgodności z art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk, każdorazowo należy badać czy dochodzi do nieuczciwego utrudniania dostępu do rynku. Wskazał także, że ciężar dowodu w tej sprawie spoczywa po stronie dostawcy[29]. Tak więc, mimo braku wyraźnego odniesienia mechanizmu rabatu, na podstawie wyroku Trybunału można sformułować następującą dyrektywę interpretacyjną: powód, dążący do zwrotu należności z tytułu premii pieniężnych, powinien udowodnić, że taki sposób kształtowania ceny utrudniał mu dostęp do rynku.

2. Rabaty posprzedażowe a ekwiwalentność świadczeń

Wskazówek, służących badaniu czy dana konstrukcja jest rabatem nie należy mylić z testem ekwiwalentności świadczeń. Rabat nie jest zapłatą za żadną dodatkową usługę, a obniżką ceny przysługującą w określonych warunkach nabywcy. Stąd nie ma znaczenia czy nabywca podjął istotny wysiłek w celu zwiększenia sprzedaży towarów dostawcy oraz czy wymierną korzyść z wprowadzenia do umowy konstrukcji rabatu odniosły obie strony, czy sam nabywca.

[26] Wyr. SN z 8.11.2013 r., I CSK 46/13, LEX nr 1399866.

[27] Wyr. SN z 23.10.2014 r., I CSK 615/13, LEX nr 1583211.

[28] Wyr. TK z 16.10.2014 r., SK 20/12.

[29] Ibidem.

Skoro kategoria ekwiwalentności świadczeń nie ma zastosowania do badania mechanizmów cenotwórczych, zastanawiać się można, dlaczego zaczęła ona być brana pod uwagę przez sądy przy ocenie rabatów. Główną przyczyną było to, że sieci handlowe często dokumentowały pobranie rabatów posprzedażowych za pomocą faktury za usługę (zwykle nazywaną po prostu premią lub bonusem, rzadziej „usługą wzmożonej aktywności[30]"). Skoro sąd stwierdzał, że żadnej usługi nie było, powstawało podejrzenie, że w istocie chodziło o opłatę za przyjęcie towaru do sprzedaży. Należy podkreślić, że w zgodnej opinii doktryny oraz judykatury spełnienie warunku umownego w postaci osiągnięcia określonej wysokości obrotów pomiędzy stronami w żadnym razie nie może być uznane za „usługę"[31].

Aby zrozumieć tę praktykę sieci handlowych, należy spojrzeć na problem w kontekście prawa podatkowego. Przez długi czas niejasne było, jak należy dokumentować naliczenie rabatu posprzedażowego – czy powinna znaleźć w tym przypadku zastosowanie faktura korygująca, czy odrębna faktura? Kwestia ta wzbudziła spór w doktrynie. Część piśmiennictwa wskazywała, że rabaty posprzedażowe powinny być rozliczane za pomocą noty księgowej[32]. Problem stał się wreszcie przedmiotem rozważań sądów administracyjnych[33].

Ostatecznie rozstrzygnęła ten spór uchwała Naczelnego Sądu Administracyjnego. NSA stwierdził, że należy dokumentować naliczenie rabatu posprzedażowego poprzez wystawienie faktury korygującej, ponieważ – i to uzasadnienie jest kluczowe dla problemu poruszonego w tym artykule – nie ma różnic pomiędzy rabatem posprzedażowym a rabatem w rozumieniu ustawy o VAT[34]. Pogląd ten przyjęty został częściowo także w orzecznictwie Sądu Najwyższego i sądów powszechnych, które wprost odwołują się do stanowiska NSA[35].

Jednak zanim zostało to jednoznacznie rozstrzygnięte, sieci handlowe wystawiały swoim dostawcom faktury z tytułu premii/bonusów/opustów. Taki bonus czy opust często traktowany był tak, jak „usługa marketingowa" czy „usługa logistyczna" – naliczania wskazanych w fakturze należności nie uznawano za mechanizm kształtujący cenę, ale za zapłatę za coś „ekstra", niezależnego od umowy sprzedaży. Przy takiej interpretacji spełniony był warunek pobierania „opłaty innej niż marża handlowa". Skoro po stronie sieci handlowej sąd nie odnalazł ekwiwalentnego świadczenia, identyfikował ją jako „opłatę za przyjęcie towaru do sprzedaży", ukrytą pod postacią zapłaty za usługę. Prawdopodobieństwo takiej oceny rosło, jeżeli sąd uznawał również, że premia była „narzucona", czyli stanowiła warunek nawiązania współpracy.

Kwestia rozliczania rabatów posprzedażowych fakturami „usługowymi" straciła na aktualności. Sieci handlowe przechodzą na system rozliczania rabatów posprzedażowych przy użyciu faktur korygujących, co daje się zauważyć w orzecznictwie[36]. Jednak należy podkreślić, że w żaden sposób nie zmienił się charakter ekonomiczny mechanizmu naliczania rabatów. To, jakimi do-

[30] Wyr. SN z 20.02.2014 r., I CSK 236/13, LEX nr 1466623; z 23.10.2014 r., I CSK 597/13, LEX nr 1545133; wyr. SA w Warszawie z 27.09.2013 r., I ACa 420/13, LEX nr 1378902.

[31] Wyr. NSA z 6.02.2007 r., I FSK 94/06, LEX nr 238905; M. Pawlik (2008). Premia pieniężna – rabat czy usługa?, *Przegląd Podatkowy*, 1, s. 20.

[32] J. Szajkowski (2010). O premiach pieniężnych... do skutku. *Biuletyn Instytutu Studiów Podatkowych* 2010, 2, s. 12.

[33] Szerzej na temat toczącego się sporu w doktrynie, rozbieżnych interpretacjach podatkowych i dojściu do obecnej linii orzeczniczej sądów administracyjnych: J. Rusek (2010). *Rabat czynem*…, s. 7–8.

[34] Uchwała siedmiu sędziów NSA z 25.06.2012 r., I FPS 2/12, LEX nr 1166015; wyr. Naczelnego Sądu Administracyjnego z 13.11.2012 r., I FSK 767/11, LEX nr 1291239.

[35] Wyr. SN z 20.02.2014 r., I CSK 236/13, LEX nr 1466623; z 6.06.2014 r., III CSK 228/13, LEX nr 1506548; z 23.07.2015 r., I CSK 587/14, Legalis nr 1331166; wyroki SA w Warszawie z 22.02.2013 r., I ACa 790/12, LEX nr 1315731; z 6.06.2014 r., I ACa 1777/13, LEX nr 1527268; z 12.06.2014 r., I ACa 1713/13 LEX nr 1496117.

[36] Wyr. SA w Warszawie z 22.12.2014 r., I ACa 964/14, LEX nr 1649336.

kumentami księgowymi opisano należność nie ma wpływu na jej istotę, a różnica ma znaczenie wyłącznie na gruncie przepisów podatkowych.

Mimo to część judykatury wciąż posługuje się kategorią ekwiwalentności świadczeń przy ocenie rabatów posprzedażowych. Praktyka taka może prowadzić do nadmiernej ingerencji w wolność działalności gospodarczej. Przykładowo, w oparciu o koncepcję ekwiwalentności świadczeń, Sąd Apelacyjny w Krakowie stwierdził, że z art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk zgodne mogą być tylko „godziwe" rabaty. Następnie arbitralnie ustalił, że w konkretnym przypadku rabat byłby „godziwy", gdyby próg, od którego jest należny, był wyższy niż w rzeczywistości (50.000 zł zamiast 20.000 zł) i na tej podstawie obniżył wysokość należnej nabywcy opłaty[37]. Odgórny sposób ustalania wysokości „godziwych" rabatów w obrocie profesjonalnym to niezwykle dotkliwe ograniczenie zasady swobody umów. Stąd koncepcję przedstawioną przez sąd należy skrytykować.

Podobnie nietrafne jest badanie czy strona uprawniona do rabatu podejmowała szczególny wysiłek w celu zwiększenia obrotów. Rabat posprzedażowy nie jest wynagrodzeniem, ale zwrotem nadpłaty należnym przy spełnieniu określonych warunków. Nie ma więc znaczenia czy strona, której rabat przysługuje podjęła jakiekolwiek działania, aby ten warunek się ziścił. Stąd za nietrafne należy uznać orzeczenie Sądu Okręgowego w Katowicach, który ocenił, że ponieważ nabywca otwierał nowe sklepy w okresie kryzysu gospodarczego, to podjął wyjątkowy trud w celu zwiększenia obrotów i rabat mu się należy. Natomiast w latach, w których nie dało się zauważyć takich nadzwyczajnych działań, według Sądu Okręgowego nabywca na rabat nie zasłużył[38].

Jest to wniosek kuriozalny, zupełnie oderwany od realiów planowania inwestycji oraz prowadzenia sprzedaży w kanale dystrybucyjnym. Dobrze natomiast obrazuje on, jakie problemy napotykają sądy przy ocenie poszczególnych premii pieniężnych i jak rozpaczliwie poszukują kryteriów do oceny. Właśnie w oparciu o ten stan faktyczny, na podstawie którego Sąd Okręgowy w Katowicach wydał wspomniane orzeczenie, Sąd Apelacyjny w Katowicach zwrócił się z pytaniem prawnym do Sądu Najwyższego, czego efektem była uchwała z 18 listopada 2015 r. (III CZP 73/15).

Podsumowując, postulować należy odcięcie kwestii ekwiwalentności świadczeń od rabatów posprzedażowych. Pogląd ten zaczyna przyjmować się w orzecznictwie[39].

IV. Zakończenie

Doktryna postuluje badanie ekonomicznego sensu zapisów umownych oraz potrzebę racjonalizacji zagadnienia rabatów posprzedażowych[40]. Jednak orzecznictwo wciąż pozostaje niejednolite. Równolegle wydawane były orzeczenia, w których sądy stwierdzały, że rabat posprzedażowy nigdy nie jest opłatą półkową[41], zawsze nią jest[42], jak i takie, które wskazywały, że czasem może nią być[43]. Pojawiły się wyroki, w których jednoznacznie stwierdzano, że rabat posprzedażowy uzależniony od rocznych czy miesięcznych obrotów, jako mechanizm cenotwórczy, słusznie nie

[37] Wyr. SA w Krakowie z 14.04.2015 r., I ACa 90/15, Legalis nr 1285563.

[38] Wyr. SO w Katowicach z 4.06.2014 r., XIV GC 14/13.

[39] Przykładowo wyr. SA w Warszawie z 10.09.2014 r., I ACa 1116/14, LEX nr 1527262.

[40] M.in. G. Kaniecki (2013). *„Opłaty półkowe"*…; J. Sroczyński (2013). Rabat retroaktywny a tzw. opłata półkowa:potrzeba racjonalizacji. iKAR, *2*(2); L. Kański (2013). Rodzaje i formy kształtowania rozliczeń między dostawcą a przedsiębiorcą handlowym w praktyce a orzecznictwo sądów. iKAR, *2*(2); M. Marek (2014). *Opłaty*…; J. Markiewicz (2014). *Znaczenie i rola*…; P. Węc (2013). Dopuszczalność stosowania bonusów (premii pieniężnych), opustów i rabatów w świetle przepisu art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. iKAR, *2*(2).

[41] Wyr. SA w Warszawie z 10.09.2014 r., I ACa 1116/14, LEX nr 1527262.

[42] Wyr. SA w Warszawie z 24.01.2013 r., I ACa 856/12, LEX nr 1293057.

[43] Wyr. SA w Warszawie z 29.05.2014 r., I ACa 1771/13, LEX nr 1499063.

jest uznawany za opłatę inną niż marża handlowa[44] – ale i takie, w których sąd ocenia, że takie rabaty charakteru cenotwórczego nie mają[45].

Uchwała Sądu Najwyższego z 18 listopada 2015 r. (III CZP 73/15) rozstrzygnęła problem jedynie połowicznie. Co prawda jednoznacznie potwierdziła, że rabat posprzedażowy nie stanowi opłaty półkowej, jednakże stwierdziła również, że nie każda premia uzależniona od obrotu jest rabatem posprzedażowym. Tym samym problem zgodności z prawem premii pieniężnych wciąż pozostaje otwarty.

Pytanie prawne postawione przed Sądem Najwyższym stanowiło okazję do kompleksowego rozstrzygnięcia problemu premii pieniężnych od obrotu. Sentencja Uchwały nie dostarczyła jednak definitywnej odpowiedzi, wskazując, że ciężar oceny czy premia pieniężna jest dozwolona, spoczywa na sądzie *meriti*.

Bibliografia

Kaniecki, G. (2013). „Opłaty półkowe" z punktu widzenia ekonomicznej analizy prawa. iKAR, *2*(2).

Kański, L. (2013). Rodzaje i formy kształtowania rozliczeń między dostawcą a przedsiębiorcą handlowym w praktyce a orzecznictwo sądów. iKAR, *2*(2).

Marek, M. (2014). Opłaty półkowe a mechanizmy cenotwórcze. iKAR, *9*(3).

Markiewicz, J. (2014). Znaczenie i rola pojęcia „marży handlowej" na tle art. 15 ust. 1 pkt 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. *Przegląd Prawniczy Ekonomiczny i Społeczny*, *3*.

Nestoruk, I. (2015). Swoboda dostępu do rynku a swoboda kontraktowania w kontekście zakazu „opłat półkowych" – stan aktualny. *Przegląd Prawa Handlowego*, *3.*

Pawlik, M. (2010). Premia pieniężna – rabat czy usługa?. *Przegląd Podatkowy*, *1*.

Podrecki, P. (2014). Opłaty półkowe. *Monitor Prawniczy*, *6*.

Rusek, J. (2010). Rabat czynem nieuczciwej konkurencji: o premiach pieniężnych raz jeszcze. *Biuletyn Instytutu Studiów Podatkowych*, *2*.

Sroczyński, J. (2013). Rabat retroaktywny a tzw. opłata półkowa: potrzeba racjonalizacji. iKAR, *2*(2).

Szajkowski, J. (2010). O premiach pieniężnych… do skutku. *Biuletyn Instytutu Studiów Podatkowych*, *2*.

Węc, P. (2013). Dopuszczalność stosowania bonusów (premii pieniężnych), opustów i rabatów w świetle przepisu art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. iKAR, *2*(2).

Wolski, D. (2013). Wybrane zagadnienia na tle orzeczeń dotyczących opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży. iKAR, *1*(2).

[44] Wyr. SA w Warszawie z 19.11.2014 r., I ACa 727/14, LEX nr 1587376; wyr. SA w Krakowie z 16.01.2013 r., I ACa 1301/12, LEX nr 1362733.

[45] Wyr. SA w Krakowie z 16.04.2013 r., I ACa 188/13, Legalis nr 797381.

Małgorzata Salitra*

Jeżeli nie możesz ich pokonać, dołącz do nich zgodnie z prawem – konsorcjum przetargowe w świetle ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów

Spis treści

I. Wprowadzenie
II. Próba sformułowania definicji konsorcjum przetargowego
III. Dopuszczalność oceny konsorcjum przetargowego pod kątem prawa ochrony konkurencji
IV. Ocena legalności konsorcjum przetargowego w świetle prawa ochrony konkurencji
V. Wyłączenia konsorcjum przetargowego spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję
VI. Podsumowanie

Streszczenie

Artykuł prezentuje wybrane, problematyczne kwestie związane z oceną konsorcjów przetargowych w świetle prawa ochrony konkurencji. Rozważania przedstawione w niniejszym artykule służą ustaleniu granic pomiędzy dozwolonym konsorcjum przetargowym, mogącym rodzić korzyści dla gospodarki a zakazaną współpracą konsorcjantów, prowadzącą do zniekształcenia konkurencji. Konsorcjum tworzone przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu może bowiem zostać uznane na gruncie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów za zakazane porozumienie ograniczające konkurencję, jeśli jego celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji.

Słowa kluczowe: konsorcjum przetargowe; zmowa przetargowa; porozumienie, zamówienia publiczne.

JEL: K 21

I. Wprowadzenie

Tworzenie konsorcjów przetargowych polegających na współpracy wykonawców celem złożenia przez nich jednej, wspólnej oferty w ramach konkretnego przetargu dopuszczalne jest na podstawie przepisu art. 23 ust. 1 ustawy z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (dalej: Pzp)[1]. Z utworzeniem konsorcjum mogą wiązać się zarówno korzyści w postaci dopusz-

* Małgorzata Salitra – doktorantka w Katedrze Prawa Gospodarczego Publicznego Uniwersytetu Szczecińskiego; pracownik Departamentu Ochrony Konkurencji w UOKiK; e-mail: m.salitra@op.pl. Wszelkie opinie wyrażone w niniejszym artykule są osobistymi opiniami autorki i nie powinny być utożsamiane ze stanowiskiem UOKiK.

[1] Dz.U. 2013, poz. 907, ze zm.; dalej: Pzp.

czenia do udziału w przetargu szerszego kręgu podmiotów, jak i może ono w określonych sytuacjach prowadzić do ograniczenia konkurencji. Należy zarazem podkreślić, że sam fakt, że ustawa Pzp zezwala na tworzenie konsorcjów przetargowych nie wyłącza ich spod oceny prawa ochrony konkurencji. Konsorcjum tworzone przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu może zostać uznane za porozumienie zakazane na mocy art. 6 ustawy z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów[2], jeśli jego celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji.

Obawy co do negatywnego odziaływania konsorcjów przetargowych na konkurencję nie są niczym nowym. Już w 1970 roku w Stanach Zjednoczonych coraz powszechniejsze stało się składanie przez dwie lub więcej z największych firm naftowych wspólnych ofert na dzierżawę rządowych granic naftowego szelfu kontynentalnego (*federal outer-continental shelf (OCS) oil lease tracts*). Podejrzewano wtedy, że wspólny udział firm naftowych w przetargach OCS był próbą ograniczenia liczby oferentów w celu obniżenia ceny zakupu. W związku z tym, w 1975 roku ustanowiono regulacje zakazujące niektórym przedsiębiorstwom naftowym składania wspólnych ofert w przetargach[3].

II. Próba sformułowania definicji konsorcjum przetargowego

Pojęcie konsorcjum nie jest definiowane w polskim prawie, jednakże istnienie tak określonego zjawiska odnotowuje orzecznictwo oraz literatura prawnicza.

W orzecznictwie konsorcjum jawi się jako „twór powołany w drodze umowy przez podmioty prowadzące działalność gospodarczą, które zobowiązują się wspólnie dążyć do osiągnięcia wytyczonego celu gospodarczego”[4]. Zauważa się przy tym, że konsorcjum nie musi posiadać oznaczonej struktury organizacyjnej ani też być wyposażone w majątek własny, wyodrębniony z majątków jego uczestników. Konsorcjum nie podlega także żadnemu obowiązkowi rejestrowemu, a jedynym dokumentem potwierdzającym fakt jego istnienia jest umowa podpisana przez jego uczestników[5].

W literaturze prawniczej wskazuje się na podobieństwo umowy konsorcjum do umowy spółki cywilnej, uregulowanej w art. 860 i n. ustawy z 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (dalej: k.c.)[6]. Istota konsorcjum wyraża się bowiem w zobowiązaniu jego uczestników do współdziałania dla osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego poprzez podejmowanie oznaczonych w umowie działań. Tak rozumiane konsorcjum mieści się w modelu spółki cywilnej uregulowanej w kodeksie cywilnym z tą różnicą, że osiągnięcie wspólnego celu gospodarczego przez konsorcjantów z zasady nie przybiera formy wniesienia wkładów. W konsekwencji nie powstaje także wspólny majątek konsorcjantów, do którego powstania dochodzi w przypadku typowej spółki cywilnej[7].

Jest wiele uzasadnionych powodów, dla których przedsiębiorcy decydują się na utworzenie konsorcjum w celu złożenia wspólnej oferty w przetargu publicznym. Do przykładowych można zaliczyć[8]:

[2] Dz.U. 2015, poz. 184, ze zm.; dalej: uokik.

[3] E.M. Bailey (2007). *Are private equity consortia anticompetitive? The economics of club bidding*, kwiecień, s. 3. Pobrano z: www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/antitrust_source/Apr07_Bailey4_27f.authcheckdam.pdf.

[4] Wyr. Sądu Okręgowego w Olsztynie z 20.02.2007 r., IX CA 50/07 (LEX nr 621228).

[5] Ibidem.

[6] Dz.U. 2014, poz. 121 ze zm.; dalej: k.c.

[7] M. Stachowiak (2014). Komentarz do art. 23 ustawy – Prawo Zamówień Publicznych. W: W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak (red.), *Prawo zamówień publicznych, Komentarz*. wyd. 6. Warszawa: LEX.

[8] Irlandzki Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, *Consortium bidding. How to comply with competition law when tendering as part of a consortium. A Guide for Small and Medium Enterprises (SMEs)*, grudzień 2014, s. 3–4.

1) niemożność samodzielnego świadczenia przez przedsiębiorców usług wymaganych w umowie z uwagi na zbyt duży zakres prac;
2) brak spełnienia przez przedsiębiorców kryterium odpowiednich przychodów lub brak zdolności finansowej wymaganej przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu;
3) nieposiadanie przez przedsiębiorców wszystkich maszyn, urządzeń lub środków technicznych niezbędnych do wykonywania zamówienia;
4) nieposiadanie przez przedsiębiorców wszystkich niezbędnych umiejętności lub wiedzy do wykonania zamówienia.

Istotą konsorcjum jest zatem połączenie przez przedsiębiorców ich potencjałów ekonomicznych, finansowych, doświadczenia czy zasobów technicznych itp. w celu wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego i realizacji danego przedsięwzięcia. Celem zawiązania konsorcjum jest najczęściej wspólne działanie podmiotów, których możliwości finansowe, kadrowe czy sprzętowe nie pozwalają na samodzielny udział w postępowaniu i realizację zamówienia[9].

Podstawą zawiązania konsorcjum może być także chęć optymalizacji wykorzystania dostępnych zasobów przedsiębiorcy pomiędzy różne projekty, zarówno pomiędzy te, które wykonawca realizuje w momencie zawiązania konsorcjum, jak i te, które zamierza realizować w przyszłości. Wspólne działanie kilku podmiotów ma bowiem znaczenie dla celów dopuszczenia do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, ale również dla przyszłej realizacji zamówienia. Zawieranie tego rodzaju umów jest także elementem rynkowej rywalizacji przedsiębiorców[10].

W piśmiennictwie wyrażony został także pogląd, iż: „bezsprzecznie celem zawarcia porozumienia w sprawie wspólnego ubiegania się o zamówienie jest także rozłożenie ryzyka między wszystkich uczestników porozumienia. Rozłożenie ryzyka może mieć znamiona zmowy, czyli zamierzonego działania w celu naruszenia konkurencyjności[11]".

Należy także podkreślić, że utworzenie konsorcjum umożliwia małym i średnim przedsiębiorcom (dalej: MSP) akumulację wiedzy i doświadczenia, a w konsekwencji oferowanie zamawiającemu wyższej jakości produktów i bardziej innowacyjnych rozwiązań[12]. Rozwój gospodarczy Polski uzależniony jest od aktywności przedsiębiorców, wśród których ogromną rolę odgrywają mali i średni przedsiębiorcy. Jednakże, biorąc pod uwagę kryterium stabilność i siłę ekonomiczną, warunki ich działania są w porównaniu z dużymi podmiotami gospodarczymi odpowiednio trudniejsze. Mały potencjał wykonawczy przedsiębiorców sektora MSP w wielu przypadkach staje się przeszkodą w uzyskaniu zamówienia publicznego. Mali i średni przedsiębiorcy są często na gruncie specyfikacji istotnych warunków zamówienia w gorszej pozycji niż przedsiębiorcy dysponujący dużym potencjałem kadrowym i finansowym, zatem ułatwienie tym przedsiębiorcom udziału w przetargach jest jedną z form zapewnienia rozwoju przedsiębiorców sektora MSP. Zlecenia uzyskiwane od podmiotów publicznych dają tym podmiotom pewną stabilizację działalności i zapewnienie podstaw do rozwoju w warunkach gospodarki rynkowej. Możliwość wspólnego ubiegania się o zamówienie jest główną szansą dla działających wspólnie małych i średnich przedsiębiorców na pozyskiwanie zamówień publicznych oraz skuteczne konkurowanie z dużymi przedsiębiorcami. Wspólne działanie powinno pozwolić im na wyrównanie szans wynikających z nierówności

[9] M. Sieradzka (2014). *Konsorcjum a podwykonawcy zamówienia publicznego*. LEX.

[10] Wyr. KIO z 12.07.2013 r., KIO 1544/13, KIO 1545/13, dostępny pod adresem: www.uzp.gov.pl

[11] S. Mosur-Bleze (2014). Niekonkurencyjne konsorcjum. *Przetargi Publiczne*, *3*, s. 23.

[12] Irlandzki Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, *Consortium bidding*…, s. 5.

potencjałów organizacyjnych i ekonomicznych, jakie istnieją między przedsiębiorcami sektora MSP a przedsiębiorcami posiadającymi silną pozycję na danym rynku właściwym[13].

Reasumując, w praktyce z tworzeniem konsorcjów będziemy mieć najczęściej do czynienia, gdy występuje jedna bądź więcej z następujących przesłanek:

1) wysokie skomplikowanie techniczne przedmiotu zamówienia;
2) spora wielkość zamówienia;
3) wysokie koszty realizacji zamówienia,
4) długi okres realizacji zamówienia, który może wynikać z równoczesnego wystąpienia wspomnianych już wcześniej przesłanek[14].

III. Dopuszczalność oceny konsorcjum przetargowego pod kątem prawa ochrony konkurencji

Tworzenie konsorcjów przetargowych dopuszczalne jest zarówno na podstawie prawa unijnego, jak i krajowego. Należy bowiem nadmienić, iż ustawa Pzp stanowi odzwierciedlenie odpowiednich regulacji unijnych dotyczących zamówień publicznych. Zgodnie z art. 4 ust. 2 zd. 1 obowiązującej dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2004/18/WE z 31 marca 2004r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, grupy wykonawców mogą składać oferty lub wysuwać swoje kandydatury. Regulacja ta została utrzymana i doprecyzowana w dyrektywie **Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE** poprzez wskazanie, że grupy wykonawców, w tym tymczasowe stowarzyszenia, mogą brać udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia[15]. Natomiast w polskim ustawodawstwie krajowym możliwość złożenia jednej oferty przez kilku przedsiębiorców wynika z przepisu art. 23 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, iż „wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia". Należy zarazem podnieść, że dopuszczalność zawierania tego typu kontraktów jest niepodważalna w świetle obowiązującej zasady swobody umów. Zgodnie z jej treścią, strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego (art. 353^1 k.c.)[16].

Uznać zatem należy, że co do zasady konsorcja przetargowe, polegające na złożeniu przez dwóch lub więcej niezależnych przedsiębiorców jednej oferty w ramach danego przetargu nie naruszają zakazu porozumień ograniczających konkurencję w rozumieniu art. 6 ust. 1 uokik[17]. Na tego rodzaju kooperację przedsiębiorców zezwala bowiem wprost art. 23 ust. 1 ustawy Pzp. Podobne stanowisko zajmuje A. Zawłocka-Turno, zastrzegając przy tym, że dopuszczalność funkcjonowania

[13] K. Horubski, T. Kocowski (2011). Konsorcjum jako instrument wsparcia małych i średnich przedsiębiorców w systemie zamówień publicznych. W: J. Niczyporuk, J. Sadowy, M. Urbanek (red.), *Nowe podejście do zamówień publicznych. Zamówienia publiczne jako instrument zwiększenia innowacyjności gospodarki i zrównoważonego rozwoju. Doświadczenia polskie i zagraniczne*. Część I, *Honorowy Patronat Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej Bronisława Komorowskiego*. IV konferencja naukowa 20–21.06.2011 r., Kazimierz Dolny, s. 45–48

[14] Decyzja Prezesa UOKiK z 31.12.2012 r., RLU- 38/2012, s. 10.

[15] Art. 19 ust. 2 zd. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26.02.2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE 2014 L 94/65). Przy czym należy wyjaśnić, że dyrektywa 2004/18/WE ma zostać uchylona po upływie 24 miesięcy od dnia wejścia w życie dyrektywy z 26.02.2014 r. (art. 91 dyrektywy 2014/24/UE). Nowa dyrektywa ma wejść w życie dwudziestego dnia po jej opublikowaniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (art. 93 dyrektywy 2014/24/UE). Wymaga zatem podkreślenia, iż zasadniczy cel nowej dyrektywy zostanie osiągnięty dopiero po wdrożeniu jej przepisów do krajowych porządków prawnych, co powinno nastąpić przed 18.4.2016 r.

[16] M. Stachowiak (2014). *Komentarz do art. 23 ustawy Prawo Zamówień Publicznych*…

[17] A. Jurkowska-Gomułka (2014). Komentarz do art. 6. W: T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck, s. 301–302; K. Kohutek (2014). Komentarz do art. 6. W: K. Kohutek, M. Sieradzka (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: LEX.

konsorcjów warunkowana jest przesłankami wyłączenia przewidzianego w art. 8 uokik[18], o czym będzie mowa w dalszej części artykułu. Z kolei w opinii K. Kohutka konsorcja przetargowe nie mają statusu zmowy przetargowej, jednakże niekiedy mogą być uznane za naruszające prawo ochrony konkurencji[19].

Należy jednak zaznaczyć, że ani powołany przepis art. 23 ust. 1 Pzp, ani także inne przepisy tej ustawy nie wyłączają zastosowania ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Zatem sam fakt, iż prawo zamówień publicznych zezwala na tworzenie konsorcjów przetargowych nie wyłącza ich spod oceny prawa konkurencji. Z powyższego płynie wniosek, że każde współdziałanie kilku wykonawców i zawiązanie przez nich porozumienia, nawet gdy w świetle prawa zamówień publicznych przybiera formę legalnego konsorcjum może podlegać ocenie pod kątem naruszenia art. 6 ust. 1 uokik, tak jak każde inne porozumienie pomiędzy przedsiębiorcami[20]. Jeśli celem lub skutkiem utworzenia konsorcjum przetargowego jest ograniczenie konkurencji stanowi ono zakazane porozumienie ograniczające konkurencję.

W kontekście prezentowanej problematyki na uwagę zasługuje wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (SOKiK) z 19 lutego 2015 r.[21], wydany na skutek wniesienia przez strony odwołania od decyzji Prezesa UOKiK nr RLU 38/2012 uznającej konsorcjum za zmowę przetargową[22], w którym to wyroku Sąd stwierdził, że „jako zakazane w rozumieniu ustawy [uokik – dop. autorki] można uznać jedynie te porozumienia, które zawierane są przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu osobno. Zatem, co do zasady naruszeniem zakazu porozumień nie będzie działalność konsorcjów przetargowych, tworzonych w celu wspólnego przedłożenia ofert. Warunkiem dopuszczalności konsorcjum jest to, aby uczestnicy konsorcjum wystąpili z jedną wspólną ofertą, a nie tylko uzgodnili warunki własnych ofert.”. Pogląd ten uzasadniony został tym, że współpraca między przedsiębiorcami, zarówno konkurującymi ze sobą, jak i tymi, którzy działają na różnych szczeblach obrotu, jest jednym z filarów funkcjonowania gospodarki rynkowej. W ocenie Sądu współpraca taka wymaga zawierania porozumień, z których większość wywołuje prokonkurencyjne skutki albo jest co najmniej neutralna z punktu widzenia konkurencji na rynku. W mojej ocenie, powyższego orzeczenia SOKiK nie należy odczytywać jako generalnego zakazu uznawania konsorcjów za porozumienia antykonkurencyjne tylko niezasadności kwalifikacji ich jako zmowy przetargowe. Przepis art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik nie wskazuje bowiem na uzgadnianie treści jednej oferty przez konsorcjantów tylko mówi wprost o uzgadnianiu warunków składanych ofert przez co najmniej dwóch niezależnych przedsiębiorców. Przyjmując taką interpretację stanowisko SOKiK zgodnie, z którym zakazane w rozumieniu ustawy [uokik – dop. autorki] można uznać jedynie te porozumienia, które zawierane są przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu osobno należałby uznać za trafne. Na marginesie należy także pozytywnie ocenić stanowisko SOKiK potwierdzające swobodę udziału w postępowaniu wykonawców zamówienia publicznego,

[18] A. Zawłocka-Turno (2012). Zmowa przetargowa czy działanie zgodne z prawem? Problemy na styku prawa konkurencji i prawa zamówień publicznych. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, *4*(1), s. 46.

[19] K. Kohutek (2014). W: K. Kohutek, M. Sieradzka (red.), *Ustawa o ochronie*…, s. 287–288.

[20] Decyzja Prezesa UOKiK z 31.12.2012 r., RLU- 38/2012, s. 40.

[21] AmA 73/13 (LEX nr 1711479).

[22] Wymienioną decyzją stwierdzona została praktyka ograniczająca konkurencję i naruszająca zakaz, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik, polegająca na zawarciu porozumienia przez spółki Astwa i MPO na lokalnym rynku odbioru i transportu odpadów komunalnych z terenu miasta Białystok, poprzez uzgodnienie przez tych przedsiębiorców przystępujących do przetargu ogłoszonego przez Zarząd Mienia Komunalnego w Białymstoku warunków składanych ofert dotyczących zakresu prac i ceny usługi. Prezes UOKiK uznał, że celem konsorcjum stało się wyłączenie konkurencji między konsorcjantami, gdyż każdy z nich były w stanie wykonać przedmiot zamówienia samodzielnie. SOKiK uchylił przedmiotową decyzję wyrokiem z 19.02.2015 r., XVII AmA 73/13.

a tym samym możliwości zawierania przez nich konsorcjów przetargowych oraz wskazujące na korzyści wynikające z tej współpracy.

Zbliżone stanowisko zostało uprzednio wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej (KIO) z 22 kwietnia 2010 r.[23], w którym Izba stwierdziła, iż „ustawa Pzp dopuszcza możliwość współdziałania kilku podmiotów, wykonawców i zawiązanie przez nich porozumienia, którego celem jest wspólna realizacja przedsięwzięcia. Zawieranie porozumień, łączenie się w grupy celem realizacji określonych przedsięwzięć jest naturalnym zjawiskiem w obrocie gospodarczym. Pozwala ono na uzyskanie pożądanego efektu przez połączenie potencjału kadrowego i sprzętu czy choćby rozłożenie ryzyka danego przedsięwzięcia pomiędzy jego członków. Oczywiste jest, że podmioty zawierające konsorcjum wyłączają istnienie pomiędzy sobą konkurencji w zdobyciu i realizacji konkretnego zamówienia publicznego, gdyż istotą konsorcjum jest wspólne dążenie do realizacji tego zamówienia, a nie konkurowanie między sobą. Podkreślić należy, że wyłączenie konkurencji pomiędzy podmiotami zawierającymi konsorcjum ma charakter czasowy i dotyczy wyłącznie konkretnego zadania. Zatem ujęcie w umowie konsorcjum klauzuli zobowiązującej uczestników konsorcjum do współpracy w ramach konkretnego zamówienia, nieskładania samodzielnie ofert i unikania innych form konkurencji jest klauzulą powszechnie stosowaną w tego typu umowach, nienaruszającą zasady uczciwej konkurencji. Klauzula taka nie może świadczyć o istnieniu pomiędzy członkami konsorcjum zmowy przetargowej”. Wydaje się jednak, że prezentowane stanowisko KIO jest niepełne, zabrakło w nim stwierdzenia dotyczącego możliwości oceny klauzuli zobowiązującej uczestników konsorcjum do współpracy w ramach konkretnego zamówienia pod kątem naruszenia zakazu praktyk naruszających konkurencję.

W świetle powyższych orzeczeń SOKiK oraz KIO, przyjmując bezspornie, iż umowa konsorcjum, tak jak każde inne porozumienie pomiędzy przedsiębiorcami, podlega ocenie pod kątem zgodności z art. 6 ust. 1 uokik, należałoby zastanowić się nad kwalifikacją umowy konsorcjum jako praktyki ograniczającej konkurencję. Biorąc pod uwagę wcześniej poczynione ustalenia, wątpliwe jest czy konsorcjum powinno być kwalifikowane jako porozumienie opisane w art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik. Zgodnie bowiem z tym przepisem zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny. Należy zatem zaznaczyć, że przepis ten nie wskazuje na uzgadnianie treści jednej oferty przez konsorcjantów tylko mówi wprost o uzgadnianiu warunków składanych ofert przez co najmniej dwóch niezależnych przedsiębiorców. Jednakże, jak wskazuje A. Jurkowska-Gomułka, nawet jeśli przyjąć, że niektóre działania przedsiębiorców nie mogą być uznane za zmowy przetargowe w rozumieniu art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik, nie oznacza to, że praktyki te są wykluczone spod oddziaływania zakazu praktyk ograniczających konkurencję, można je bowiem zakwalifikować jako inną praktykę z katalogu art. 6 ust. 1 uokik bądź jako porozumienie nienazwane[24].

[23] KIO/UZP 567/10, wyr. dostępny pod adresem: www.uzp.gov.pl.

[24] A. Jurkowska-Gomułka (2014). Komentarz do art. 6 uokik z 2007 r. W: T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów*…, s. 299.

IV. Ocena legalności konsorcjum przetargowego w świetle prawa ochrony konkurencji

W pierwszej kolejności należy podkreślić, że przy wykładni przepisów krajowych wskazane jest posiłkowanie się interpretacją analogicznych przepisów prawa unijnego. Dokonując zatem analizy konsorcjów, warto odwołać się do Wytycznych Komisji Europejskiej w sprawie stosowania art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej: TFUE) do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych[25], w których zawarto zasady dokonywania na podstawie art. 101 TFUE (tj. analogicznego do art. 6 uokik przepisu prawa unijnego) oceny porozumień pomiędzy przedsiębiorstwami, decyzji związków przedsiębiorstw i praktyk uzgodnionych dotyczących współpracy horyzontalnej[26].

Przed przystąpieniem do właściwej analizy legalności konsorcjum przetargowego należy podkreślić, że zakaz antykonkurencyjnych porozumień nie obejmuje wszelkich przejawów współpracy między przedsiębiorcami, a jedynie takie, które negatywnie oddziałują na stan konkurencji na rynku. Tym samym o naruszeniu zakazu decyduje czy określone relacje między przedsiębiorcami mogą być uznane za porozumienie oraz czy relacje te mogą ograniczać lub w inny sposób zakłócać konkurencję. Samo podjęcie przez przedsiębiorców współpracy nie oznacza naruszenia zakazu, a jedynie możliwość oceny ich praktyki rynkowej według kryteriów wynikających z prawa ochrony konkurencji. Jednocześnie kwestią warunkującą samo podjęcie oceny określonej praktyki rynkowej w tym aspekcie jest czy stanowi ona porozumienie między przedsiębiorstwami[27].

W świetle art. 4 pkt 5 uokik przez porozumienie rozumie się umowy zawierane między przedsiębiorcami, między związkami przedsiębiorców oraz między przedsiębiorcami i ich związkami albo niektóre postanowienia tych umów, uzgodnienia dokonane w jakiejkolwiek formie przez dwóch lub więcej przedsiębiorców lub ich związki, uchwały lub inne akty związków przedsiębiorców lub ich organów statutowych. Definicja porozumień jest więc bardzo szeroka i pozwala na objęcie zakazami wynikającymi z art. 6 uokik wszelkich form skoordynowanych działań niezależnie funkcjonujących przedsiębiorców. Również z orzecznictwa SOKiK jednoznacznie wynika, iż zakaz porozumień ograniczających konkurencję obejmuje wszelkie formy koordynacji działań między przedsiębiorcami, które w sposób celowy prowadzą, w wyniku praktycznej współpracy, do wyeliminowania konkurencji oraz ryzyka gospodarczego i które powodują powstawanie warunków rynkowych sprzecznych z regułami wolnej konkurencji[28].

Przechodząc do właściwej analizy legalności konsorcjum przetargowego w pierwszej kolejności należy wskazać, że konsorcjum przetargowe zasadniczo nie prowadzi do naruszenia reguł konkurencji, jeżeli:

1) członkowie konsorcjum nie są faktycznymi lub potencjalnymi konkurentami lub
2) członkowie konsorcjum należą do tej samej grupy kapitałowej i tworzą „jeden organizm gospodarczy" (*single economic unit*)[29].

[25] Komunikat KE. Wytyczne w sprawie stosowania art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych (Dz. Urz. UE 2011, C 11/01).

[26] Ibidem, pkt 237.

[27] G. Materna (2013). Kooperencja z perspektywy prawa ochrony konkurencji. W: J. Cygler, M. Aluchna, E. Marciszewska, M.K. Witek-Hajduk, G. Materna, *Kooperacja przedsiębiorstw w dobie globalizacji. Wyzwania strategiczne, uwarunkowania prawne*. Warszawa: Wolters Kluwer, s. 66–67.

[28] Wyr. SOKiK z 29.05.2008 r., XVII Ama 53/07 (Dz. Urz. UOKiK 2008/4/37); wyr. SOKiK z 13.09.2006 r., XVI ACa 185/06 (Dz. Urz. UOKiK 2007/1/12).

[29] Irlandzki Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, *Consortium bidding*…, s. 9.

1. Konkurenci

Definicja pojęcia konkurentów zawarta została w art. 4 pkt 11 uokik, gdzie przez pojęcie konkurentów rozumie się przedsiębiorców, którzy wprowadzają lub mogą wprowadzać albo nabywają lub mogą nabywać, w tym samym czasie, towary na rynku właściwym. Kierując się treścią ww. przepisu, należy przyjąć, że ustawa wyróżnia dwa rodzaje konkurentów:

1) konkurentów rzeczywistych oraz
2) konkurentów potencjalnych.

Dwaj przedsiębiorcy traktowani są jako rzeczywiści konkurenci, jeżeli działają na tym samym rynku właściwym[30]. Konkurentami rzeczywistymi (faktycznymi) są przedsiębiorcy, którzy w tym samym lub zbliżonym czasie prowadzą działalność konkurencyjną, wprowadzając, dystrybuując bądź kupując towary tożsame lub substytucyjne, czyli innymi słowy towary, które są w stosunku do siebie „konkurencyjne”[31].

Przedsiębiorca traktowany jest jako potencjalny konkurent innego przedsiębiorcy, jeżeli istnieje prawdopodobieństwo, że przy braku porozumienia ten pierwszy przedsiębiorca w przypadku niewielkiego, ale trwałego wzrostu cen względnych przeprowadziłby w krótkim czasie konieczne dodatkowe inwestycje lub poniósłby inne niezbędne koszty dostosowawcze w celu wejścia na rynek właściwy, na którym prowadzi działalność drugi przedsiębiorca[32]. Zatem, konkurenci potencjalni to przedsiębiorcy, którzy nie działają jeszcze na danym rynku właściwym a dopiero planują lub ubiegają się o wejście na dany rynek. Stąd też w praktyce określenie, jakie podmioty uznać należy za takich konkurentów, może nastręczać trudności. Konkurencja potencjalna to taka, która realnie mogłaby powstać[33]. Ta ocena musi opierać się na realistycznych podstawach, nie wystarczy czysto teoretyczna możliwość wejścia na dany rynek. Jak słusznie wskazuje K. Kohutek, pojęcie konkurentów ma istotne znaczenie z punktu widzenia regulacji prawa ochrony konkurencji, wskazuje bowiem krąg podmiotów znajdujących się w stanie ekonomicznej rywalizacji[34].

W literaturze wskazuje się, iż w przypadku chęci zawiązania konsorcjum, mali i średni przedsiębiorcy mogą wybrać najczęściej dwa rodzaje podmiotów. Pierwszym z nich są bezpośredni konkurenci z rynku lokalnego. Zaletą wyboru tej opcji jest znajomość bezpośrednich konkurentów, dzięki czemu zainteresowany podmiot może uchronić się przed wybraniem do konsorcjum nierzetelnego partnera oraz w konsekwencji narażeniem się na poniesienie odpowiedzialności za ewentualne problemy powstałe przy realizacji umowy zawartej z zamawiającym. Wadą takiego rozwiązania są zaś trudności w nawiązaniu współpracy z podmiotami, które na co dzień ze sobą konkurują. Drugą grupą potencjalnych kandydatów do zawiązania konsorcjów są podmioty niedziałające w bezpośredniej bliskości geograficznej danego małego lub średniego przedsiębiorcy. Często tacy potencjalni partnerzy posiadają specjalistyczną wiedzę, potencjał, zasoby i doświadczenie, które są niezbędne do ubiegania się o udzielenie zamówienia. Wadą takiego rozwiązania jest zaś wysoka cena, jaką musi zapłacić konsorcjantowi podmiot z sektora MSP. Z uwagi na fakt,

30 Komunikat KE…, pkt. 10.

31 K. Kohutek (2014). Komentarz do art. 4 uokik z 2007 r. W: K. Kohutek, M. Sieradzka (red.), *Ustawa o ochronie…*

32 Komunikat KE…, pkt. 10.

33 E. Stawicki (2011). Komentarz do art. 4 uokik z 2007 r. W: A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: LEX; K. Kohutek (2014). *Komentarz do art. 4 uokik z 2007 r.…*; T. Skoczny, I. Szwedziak-Bork (red.) (2014). *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck, s. 188–189.

34 Ibidem.

iż zazwyczaj silniejszą pozycję ma partner podmiotu MSP w konsorcjum, marża z ewentualnej realizacji umowy jest większa dla partnera zaproszonego do konsorcjum niż dla podmiotu MSP[35].

Wskazać należy, że zasadniczo zakres rynku właściwego w aspekcie produktowym wyznacza rodzaj towarów lub usług, na dostawę lub świadczenie, których zgłosił zapotrzebowanie zamawiający w ramach przetargu. Zatem do przetargu zazwyczaj przystępować będą konkurenci działający na danym rynku właściwym, którzy z uwagi na przedmiot prowadzanej przez siebie działalności gospodarczej są w stanie samodzielnie zrealizować przedmiot zamówienia. Jednakże, do udziału w przetargu mogą zgłaszać się także przedsiębiorcy działający w formie konsorcjum, których możliwości finansowe, kadrowe czy sprzętowe nie pozwalają na samodzielny udział w postępowaniu i realizację zamówienia – mogą to być przedsiębiorcy zarówno niebędący dla siebie konkurentami, jak i konkurenci.

W świetle prawa antymonopolowego uzgodnienia dokonane przez przedsiębiorców niebędących dla siebie konkurentami nie doprowadzą do ograniczenia konkurencji, jeżeli przy założeniu, że podmioty te nie działają na tych samych rynkach właściwych, a tym samym nie prowadzą działalności względem siebie konkurencyjnej przyjmiemy, że uzasadnieniem podjęcia przez tych przedsiębiorców współpracy w ramach konsorcjum jest potrzeba połączenia uzupełniających się potencjałów ekonomicznych, finansowych, doświadczenia czy zasobów technicznych itp. W tej bowiem sytuacji podmioty niebędące konkurentami bez współpracy ze sobą nie mogłyby samodzielnie podjąć wykonania się określonego zadania.

2. *Single economic unit*

Zakaz sformułowany w art. 6 uokik (analogicznie w art. 101 ust. 1 TFUE) odnosi się do porozumień ograniczających konkurencję zawieranych pomiędzy co najmniej dwoma niezależnymi przedsiębiorcami. Jednak dla uznania, że mamy do czynienia z przedsiębiorcami niezależnymi nie wystarcza stwierdzenie, iż są to podmioty odrębne z punktu widzenia formalno-prawnego. Mogą one bowiem tworzyć tzw. jeden organizm gospodarczy[36].

Doktryna jednego podmiotu gospodarczego została wypracowana przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w odniesieniu do porozumień i innych form kooperacji pomiędzy powiązanymi przedsiębiorstwami[37]. Również orzecznictwo SOKiK oraz Sądu Najwyższego uznaje doktrynę *single economic unit* w prawie konkurencji[38].

Single economic unit jest doktryną grupy kapitałowej rozumianej jako jeden organizm gospodarczy, który pomimo że składa się z wielu oddzielnych bytów prawnych, ekonomicznie stanowi jeden podmiot. Zakłada ona, że do przedsiębiorców wchodzących w skład tej samej grupy

[35] W. Płóciennik (2010). Bariery małych i średnich przedsiębiorstw na rynku zamówień publicznych w Polsce – analiza systemowa. W: A. Borowicz, M. Królikowska-Olczak, J. Sadowy, W. Starzyńska (red.), *Ekonomiczne i prawne zagadnienia zamówień publicznych. Polska na tle Unii Europejskiej*. Warszawa: Urząd Zamówień Publicznych, s. 200.

[36] Szerzej na temat doktryny *single economic unit*: C. Banasiński, M. Bychowska (2011). Pojęcie grupy kapitałowej na użytek polskiego i unijnego prawa konkurencji. *Przegląd Prawa Handlowego*, grudzień; A. Zawłocka-Turno (2012). *Zmowa przetargowa*…; P. Semeniuk (2013). „Polskie zmowy przetargowe" – krytyka. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, *1*(2); A. Piszcz (2013). Grupa kapitałowa czy nie, czyli trudności z kwalifikacją i ich skutki. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, *3*(2); UOKiK (2013). *Zmowy przetargowe*, wyd. 2. Warszawa: Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, s. 11–12.

[37] Wyr. TSUE: z 21.2.1973 r. w sprawie 6/72 *Europemballage Corporation i Continental Can.Company Inc.* przeciwko *Komisji* (Zb. Orz. 1973), s. 215; z 31.10.1974 r. wyr. w sprawach 16/74 *Centrafarm B.V i Adriaan de Peiper* p. *Sterling Drug Inc*, (Zb. Orz. 1974), s. 2283; z 24.10.1996 r. w sprawie C-73/95P *Viho Europe BV* przeciwko *Komisji WE* (Zb. Orz. 1996), s. I-5457, powołane za: T. Skoczny, M. Będkowski-Kozioł (red.) (2014). *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck, s. 196–197; wyr. z 18.07.2013 r. w sprawie C-501/11P *Schindler Holding Ltd i in.* przeciwko *Komisji Europejskiej*.

[38] Wyr. SOKiK: z 17.1.1996 r., XVII Amr 54/95 (Wok. 1997, nr 4, s.52); z 5.10.2005 r., XVII Ama 38/04 (Dz. Urz. UOKiK z 2006 r., Nr 1, poz. 13); wyr. SN: z 19.1.2001 r., I CKN 1036/98 Legalis, z 16.1.2003 r., I CKN 1200/00 (OSNC 2004 , Nr 4, poz. 58) powołane za: T. Skoczny, M. Będkowski-Kozioł (red.) (2014). Ustawa o ochronie konkurencji…, s. 197; wyr. SN z 8.05.2013 r., III SK 34/12; wyr. SA w Warszawie z 17.01.2013 r. VI ACa 995/12.

kapitałowej nie stosuje się zakazu porozumień ograniczających konkurencję, co w konsekwencji oznacza, że pozwala się tym przedsiębiorcom zawierać antykonkurencyjne porozumienia. W ramach grupy kapitałowej nie można bowiem co do zasady mówić o relacjach konkurencji, czyli takich jakie występują pomiędzy przedsiębiorcami samodzielnymi (niezależnymi) działającymi w otoczeniu rzeczywiście konkurencyjnym[39].

Zatem doktryna ta wyłącza możliwość zastosowania zakazu porozumień ograniczających konkurencję, ustanowionego w art. 6 uokik, a także zakazu z art. 101 ust. 1 TFUE w stosunku do porozumień zawieranych pomiędzy przedsiębiorcami zależnymi oraz przedsiębiorcą dominującym, należącymi do tej samej grupy, w ramach której przedsiębiorcy zależni nie mają rzeczywistej swobody określania swego postępowania na rynku, nie mogą samodzielnie kierować swym postępowaniem na rynku, lecz muszą stosować się do wytycznych i poleceń wydawanych przez przedsiębiorcę je kontrolującego. W takich przypadkach można bowiem uznać, że to całe grupy kapitałowe konkurują z innymi grupami kapitałowymi lub niezależnymi przedsiębiorcami działającymi na danym rynku relewantnym[40].

W sytuacji zaś, gdy określone porozumienia zawierane są wyłącznie między przedsiębiorcami, którzy dysponują rzeczywistą autonomią w podejmowaniu decyzji na rynku, to takie zachowania przedsiębiorców będą podlegać ocenie pod względem zgodności z przepisami ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów[41].

3. Antykonkurencyjny cel lub skutek porozumienia

Dalsza ocena konsorcjum przetargowego w świetle prawa ochrony konkurencji składa się z następujących kroków. Pierwszym z nich jest zbadanie czy porozumienie ma antykonkurencyjny cel lub przynosi faktyczne lub potencjalne skutki ograniczające konkurencje. Krok drugi stosuje się wyłącznie w przypadku stwierdzenia, że dane porozumienie ogranicza konkurencję w rozumieniu przepisów prawa ochrony konkurencji. Polega on na określeniu korzyści prokonkurencyjnych wynikających z tego porozumienia i ocenie czy takie prokonkurencyjne skutki przeważają nad skutkami ograniczającymi konkurencję. Powyższe etapy oceny konsorcjum zgodne są ze stanowiskiem Prezesa UOKiK wyrażonym w decyzji RLU 38/2012, w myśl którego, aby stwierdzić, iż działania przedsiębiorców polegające na zawarciu porozumienia w formie umowy konsorcjum, o którym mowa w art. 23 ust. 1 ustawy Pzp, stanowią niedozwoloną praktykę polegającą na zawarciu porozumienia ograniczającego konkurencję z art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik, należy wykazać zaistnienie w okolicznościach sprawy przesłanek zakazanego porozumienia, o którym mowa we wskazanym przepisie i jednocześnie zaistnienia okoliczności, z których wynika brak przesłanek dopuszczalności zawarcia umowy konsorcjum[42].

W świetle art. 6 ust. 1 uokik zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym. Dla istnienia ww. praktyki pierwszoplanowe znaczenie ma to czy jej celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji. Cel porozumienia rozumie się jako „wolę jego uczestników wyrażoną w treści

[39] C. Banasiński, M. Bychowska (2011). *Pojęcie grupy kapitałowej*…, s. 31; A. Zawłocka-Turno (2012). *Zmowa przetargowa czy działanie*…, s. 51; E. Stawicki (2011). Komentarz do art. 4 uokik z 2007 r…; K. Kohutek (2014). Komentarz do art. 4 uokik z 2007 r…., decyzje Prezesa UOKiK: z 14.03.2007 r., DOK 34/07, z 8.12.2009 r. nr DOK 8/2009, z 31.12.2010 r. nr DOK 11/10, dostępne na: www.uokik.gov.pl.

[40] Ibidem.

[41] Ibidem.

[42] Decyzja Prezesa UOKiK z 31.12.2012 r., RLU- 38/2012, s. 40.

określonego dokumentu, jak również to czego strony nie określiły w umowie, ale zamierzają osiągnąć" (decyzja Prezesa UOKiK z 29 czerwca 2007 r., nr RWR 20/2007)[43]. Stwierdzenie, że porozumienie ma na celu ograniczenie konkurencji, powinno wynikać z analizy treści porozumienia oraz z kontekstu gospodarczo-prawnego, w jakim doszło do uzgodnień[44]. Za skutek porozumienia należy uznać jego wpływ na relacje między uczestnikami porozumienia oraz wpływ na osoby trzecie (tj. podmioty spoza porozumienia)[45]. Należy wskazać, że przypisanie porozumieniu obiektywnie pojmowanego charakteru ograniczającego konkurencję wyłącza konieczność analizowania przez organ ochrony konkurencji rzeczywistych skutków porozumienia[46].

Oceniając zgodność działań konsorcjów przetargowych z przepisami zakazującymi stosowania porozumień ograniczających konkurencję należy odnieść się także do stanowiska wyrażonego w postanowieniu Sądu Najwyższego z 6 listopada 2012 r., w którym to Sąd wyraźnie podkreślił, że nie każde porozumienie polegające na ustaleniu warunków sprzedaży negatywnie oddziałuje na konkurencję, mimo że formalnie odpowiada praktyce zawartej w ustawowym katalogu praktyk zakazanych. Z jednej bowiem strony, jak wskazał SN, art. 5 ust. 1 uokik z 2000 r. (obecnie: art. 6 ust. 1 uokik) „zakazuje wszelkiego rodzaju porozumień ograniczających konkurencję, bez względu na to czy są to porozumienia wertykalne, horyzontalne, czy też porozumienia między uczestnikami działającymi na różnych, aczkolwiek powiązanych ze sobą rynkach właściwych", z drugiej zaś – przepis ten „zakazuje tylko takich porozumień między przedsiębiorcami, których celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji, przy czym cel ten lub skutek może być konsekwencją zawarcia porozumienia o treści wymienionej w art. 5 ust. 1 pkt 1–7 ustawy". W rezultacie SN podniósł, że „nie każde porozumienie między dwoma przedsiębiorcami, którego przedmiotem jest ustalenie, bezpośrednio lub pośrednio, cen i innych warunków sprzedaży towarów negatywnie oddziałuje na konkurencję"[47].

Odnotowuje się, że porozumienie ma skutki ograniczające konkurencję, kiedy ma ono znaczący, faktyczny lub prawdopodobny, negatywny wpływ na co najmniej jeden z parametrów konkurencji na rynku, takich jak cena, produkcja, jakość, różnorodność lub innowacyjność produktu. Porozumienia mogą powodować takie skutki poprzez znaczne zmniejszenie konkurencji między stronami danego porozumienia lub też pomiędzy jedną ze stron a osobami trzecimi. Oznacza to, że porozumienie musi zmniejszać niezależność stron w podejmowaniu decyzji albo w wyniku zobowiązań zawartych w porozumieniu, które regulują zachowanie na rynku co najmniej jednej ze stron, albo poprzez wpływanie na zachowanie na rynku co najmniej jednej ze stron wskutek wprowadzenia zmiany w działających na nią zachętach[48].

Konsorcja przetargowe jako porozumienia horyzontalne mogą ograniczać konkurencję również na wskazane poniżej sposoby. Porozumienie może:

[43] A. Jurkowska-Gomułka (2014). Komentarz do art. 6…, s. 263–264.

[44] Wyr. SN z 14.1.2009 r., III SK 26/08 (OSNP 2010/13-14/179); wyr. SN z 23.11.2011 r., III SK 21/11 (Legalis nr 473642); wyr. SN z 20.2.2014 r., III SK 26/13 (Legalis nr 993264).

[45] A. Jurkowska-Gomułka (2014). Komentarz do art. 6…, s. 265.

[46] Wyr. SOKiK z 15.07.1998 r., XVII AmA 32/98 (niepubl.); wyr. SOKiK z 10.9.2003 r., XVII AmA 136/02 (Wokanda 2004/7-8/95); wyr. SOKiK z 6.05.2010 r., XVII AmA 54/08 (niepubl.); wyr. SA z 9.10.2009 r., VI ACa 86/09 (niepubl.); A. Jurkowska-Gomułka (2014). Komentarz do art. 6…, s. 267.

[47] Postanowienie SN z 6.11.2012 r., III SK 16/12 (Legalis nr 561251).

[48] Komunikat KE…, pkt 27.

1) mieć charakter wyłączny w tym sensie, że ogranicza możliwość konkurowania przez strony między sobą lub z osobami trzecimi jako niezależne podmioty gospodarcze lub też jako strony innych, konkurencyjnych porozumień;
2) wymagać od stron wniesienia takich aktywów, że ich niezależność w podejmowaniu decyzji zostaje znacznie ograniczona lub
3) wpływać na interesy finansowe stron w sposób znacznie zmniejszający ich niezależność w podejmowaniu decyzji; na potrzeby oceny istotne są interesy finansowe zarówno w porozumieniu, jak i w innych stronach porozumienia[49].

Potencjalnym skutkiem takich porozumień może być zanik konkurencji pomiędzy ich uczestnikami. Konkurenci mogą również odnieść korzyści ze zmniejszenia presji konkurencyjnej, które jest wynikiem porozumienia, i w związku z tym mogą uznać, że podwyższenie cen jest opłacalne. Ograniczenie tych elementów presji konkurencyjnej może prowadzić do wzrostu cen na rynku właściwym. Dla oceny wpływu porozumienia na konkurencję istotne są m.in. następujące czynniki: czy strony porozumienia mają duże udziały w rynku, czy są bliskimi konkurentami, czy ich klienci mają ograniczone możliwości zmiany dostawców, czy jest mało prawdopodobne, że konkurenci zwiększą dostawy, jeżeli ceny wzrosną oraz czy jedna ze stron porozumienia ma dużą siłę konkurencyjną[50].

Prawdopodobieństwo wystąpienia skutków ograniczających konkurencję na rynku właściwym wzrasta w sytuacji, w której można zakładać, że za sprawą porozumienia strony mogłyby w opłacalny sposób podnieść ceny lub ograniczyć wielkość produkcji, innowacyjność lub różnorodność produktów lub obniżyć ich jakość. Powyższe uzależnione będzie od czynników, takich jak np. charakter i treść porozumienia, zakres, w jakim strony indywidualnie lub wspólnie posiadają lub uzyskują pewien poziom władzy rynkowej oraz stopień, w jakim porozumienie przyczynia się do powstania, utrzymania lub wzmocnienia tej władzy rynkowej lub też pozwala stronom na jej wykorzystywanie[51].

4. Ocena możliwości samodzielnego wykonania przedmiotu zamówienia przez konsorcjantów

Oceny tego czy dane porozumienie ma skutki ograniczające konkurencję w rozumieniu 6 ust. 1 uokik należy dokonywać w odniesieniu do faktycznego kontekstu prawnego i gospodarczego, w którym miałaby miejsce konkurencja w przypadku braku porozumienia wraz z jego wszystkimi domniemanymi ograniczeniami (tj. w sytuacji braku porozumienia w postaci istniejącej, jeżeli zostało już wdrożone, lub planowanej, jeżeli nie zostało jeszcze wdrożone, w momencie dokonywania oceny). Dlatego też, aby udowodnić faktyczne lub potencjalne skutki ograniczające konkurencję, należy uwzględnić konkurencję pomiędzy stronami oraz konkurencję ze strony osób trzecich, w szczególności faktyczną lub potencjalną konkurencję, która istniałaby w przypadku braku porozumienia[52].

Jak zasygnalizowano we wcześniejszych akapitach, ryzyko ograniczenia konkurencji w wyniku porozumienia kooperacyjnego zależy w dużym stopniu od tego, jaką władza rynkową dysponują strony porozumienia. Niebezpieczeństwo znacznego ograniczenia konkurencji będzie

[49] Komunikat KE…, pkt 33.
[50] Ibidem, pkt 34.
[51] Ibidem, pkt 28.
[52] Ibidem, pkt 29.

tym większe, im większy będzie udział jego uczestników w rynku. Należy zatem stwierdzić, iż pozytywny wpływ konsorcjum na rynek będzie tym większy, im mniejsze jest prawdopodobieństwo, że jego uczestnicy byliby w stanie wykonać dane zadanie samodzielnie oraz im większa jest komplementarność pomiędzy posiadanymi przez nich zasobami oraz koszt ich uzyskania od podmiotów trzecich. Z kolei niebezpieczeństwo ograniczenia konkurencji przez konsorcjum będzie wzrastać wraz z udziałem w rynku jego uczestników oraz substytucyjnością posiadanych przez nich zasobów. Tym samym stwierdzenie antykonkurencyjnego charakteru konsorcjum zawiązanego przez niewielkich uczestników rynku (lub rynków, jeśli konsorcjum wymaga współdziałania przedsiębiorców o różnej specjalności), dysponujących wysoce komplementarnymi zasobami, z których żaden nie byłby w stanie samodzielnie wykonać zadania stawianego przed konsorcjum jest mało prawdopodobne. Z kolei konsorcjum zawiązane pomiędzy największymi uczestnikami tego samego rynku, realizującymi zadanie, które nie wymaga daleko idącej współpracy między nimi i mogłoby zostać wykonane bez większych dodatkowych kosztów przez każdego z nich, co do zasady uznać należy za porozumienie kartelowe, prowadzące do dotkliwego ograniczenia konkurencji[53].

W związku z powyższym, gdyby okazało się, iż bez zawarcia umowy konsorcjum żaden z uczestników porozumienia nie byłby w stanie wykonać zlecenia samodzielnie lub strony nie mogłyby zrealizować go przy mniej surowych ograniczeniach, utworzenia konsorcjum nie można byłoby uznać za ograniczające konkurencję, tj. naruszające zakaz określony w art. 6 uokik. W takiej bowiem sytuacji alternatywą dla koordynacji zachowań rynkowych przez konsorcjantów byłoby wyeliminowanie ich z puli potencjalnych wykonawców zlecenia, którego żaden z nich nie byłby w stanie wykonać bez współpracy z konkurentem[54]. Co do zasady przyjmuje się, że utworzenie konsorcjum przez przedsiębiorców zdolnych do składania ofert indywidualnie prowadzi do zmniejszenia liczby potencjalnych uczestników przetargu, a w konsekwencji do złagodzenia walki pomiędzy konkurentami i wyższych cen dla zamawiającego. Ten tzw. efekt zmniejszonej konkurencji (*reduced competition effect*) ma zatem negatywne skutki dla konkurencji[55]. Im więcej oferentów, tym większa walka konkurencyjna. Każdy argument, który zaczyna się od założenia, że konsorcjum przetargowe zmniejsza liczbę możliwych oferentów opiera się na założeniu, że wszyscy członkowie konsorcjum braliby udział w przetargu indywidualnie. Jednakże założenie to dla dużych transakcji może okazać się błędne. Większość przedsiębiorców może nie posiadać wystarczających funduszy, umożliwiających im złożenie indywidualnej oferty. W rezultacie, tak jak już wcześniej podkreślono, bez utworzenia konsorcjum, przedsiębiorcy ci w ogóle nie braliby udziału w przetargu, a to doprowadziłoby do zmniejszenia liczby uczestników przetargu i skutkowałoby potencjalnie wyższymi cenami ofert[56].

W tym miejscu warto także przywołać stanowisko D. Miąsika, wedle którego „konsorcja mogą stanowić przeciwwagę dla podmiotów o znacznej, ugruntowanej sile rynkowej i w ten sposób oddziaływać prokonkurencyjnie. Dotyczy to przede wszystkim konsorcjów tworzonych przez małe

[53] Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, Raport System zamówień publicznych a rozwój konkurencji w gospodarce, Warszawa, wrzesień 2013 r., s. 80; decyzja Prezesa UOKiK z 31.12.2012 r., nr RLU 38/2012, s. 40.

[54] Decyzja Prezesa UOKiK z 31.12.2012 r., RLU- 38/2012, s. 50; A. Zawłocka-Turno (2012). *Zmowa przetargowa*…, s. 47; Komunikat KE…, pkt 30.

[55] A. Zawłocka-Turno (2012). *Zmowa przetargowa*…, s. 46–47.

[56] E.M. Bailey (2007). *Are private equity consortia*…, s. 2–3.

i średnie przedsiębiorstwa. Korzyści wynikające ze wspólnego składania ofert „mogą być istotne zarówno dla występujących w przetargu, jak i dla oferenta”[57].

Reasumując, podstawową kwestią oceny antyonkurencyjnego charakteru konsorcjum jest zbadanie tzw. jego obiektywnej niezbędności poprzez ustalenie czy uczestniczący w nim wykonawcy mogliby w danym przetargu złożyć oferty samodzielnie[58]. W sytuacji, gdy konsorcjanci mogli wystąpić samodzielnie o pozyskanie zamówienia co do zasady uznać należy, że porozumienie zawarte w formie umowy konsorcjum narusza przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, przedsiębiorcy bowiem, którzy mogliby złożyć indywidualne oferty i efektywnie rywalizować o klienta, wyłączają walkę konkurencyjną na rzecz nieuzasadnionej współpracy. Wykazanie obiektywnego braku możliwości złożenia odrębnych ofert indywidualnie przez każdego z członków konsorcjum prowadzi do wniosku, że konsorcjum nie ogranicza konkurencji, albowiem w sytuacji, gdyby konsorcjum nie zostało zawiązane, jego uczestnicy w ogóle nie wzięliby udziału w przetargu[59].

Powyższe stanowisko zgodne jest z linią orzeczniczą w sprawach rozstrzyganych w trybie odwołań przedsiębiorców na podstawie ustawy Pzp oraz ze stanowiskiem doktryny. W wyroku z 7 lipca 2006 r. Zespół Arbitrów Urzędu Zamówień Publicznych, sygn. akt UZP/ZO/0-1928/-6, stwierdził iż: „umowę konsorcjum co do zasady wykonawcy zawierają w sytuacji, gdy samodzielnie nie są w stanie spełnić warunków udziału w konsorcjum (…)”[60]. Takie samo stanowisko prezentowane jest przez komentatorów, którzy wskazują, iż celem art. 23 ust. 1 ustawy Pzp jest „wspólne działanie mające doprowadzić do wykonania zamówienia publicznego, które ze względu na swój rozmiar lub specyfikę przekracza możliwości wykonania go przez jednego wykonawcę. W takim przypadku posiadane przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie doświadczenie i wiedza, dysponowanie odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, a także ich sytuacja finansowa umożliwia im uzyskanie zamówienia, którego ze względu na wielkość lub specyfikę nie byliby w stanie uzyskać samodzielnie[61]”.

Tworzenie przez wcześniejszych konkurentów konsorcjów na potrzeby startu w przetargach, w których poszczególni członkowie konsorcjum mogliby występować z odrębnymi ofertami było uznawane za ograniczenie konkurencji również przez inne niż polski organy ochrony konkurencji[62]. *The Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* (włoski urząd ochrony konkurencji), na posiedzeniu w dniu 2 sierpnia 2012 r. stwierdził, że przedsiębiorcy działający na rynku dystrybucji gazu ziemnego zawarli porozumienie ograniczające konkurencję polegające na utworzeniu tymczasowego konsorcjum na potrzeby udziału w przetargu organizowanego przez Gminę Casalmaggiore, mimo że konsorcjanci mogli samodzielnie bez współpracy ze sobą wziąć udział w przetargu. Uczestnicy konsorcjum po wygraniu przetargu w rzeczywistości podzielili rynek pomiędzy siebie i świadczyli usługi dystrybucji gazu niezależnie od siebie, dokładnie w takich samych

[57] D. Miąsik (2004). *Reguła rozsądku w prawie antymonopolowym: studium prawnoporównawcze*. Kraków: Zakamycze, s. 497.

[58] P. Soszyńska-Purtak, *Zmowa przetargowa*, cz. II. LEX ABC nr 205290; A. Zawłocka-Turno (2012). *Zmowa przetargowa*…, s. 47.

[59] Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, *Raport*…, s. 80–81.

[60] Decyzja Prezesa UOKiK z 31.12.2012r, RLU- 38/2012, s. 40–41.

[61] J.E. Nowicki (2014). Komentarz do art. 23 ust. 1 ustawy Pzp. W: *Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz*. A. Bazan, J.E. Nowicki (red.) Warszawa: LEX.

[62] Komunikat Autorita Garante della Concorrenza e del Mercato (włoski urząd ochrony konkurencji) http://www.agcm.it/en/newsroom/press-releases/2011-i740-gas-distribution-2igas-linea-distribuzione-and-their-parent-companies-fined-for-competition-restricting-agreement.html. W: G. Materna (2014). *Formy zmów przetargowych oraz instrumenty ich zwalczania w prawie antymonopolowym – trudności w wykryciu niedozwolonych porozumień*, s. 11. W: *Rola urzędów administracji państwowej w identyfikowaniu nieprawidłowości w zamówieniach publicznych.* IV Międzynarodowa Konferencja Antykorupcyjna. Materiały pokonferencyjne, Warszawa.

gminach, w których każdy wcześniej dostarczał usługi. Członkowie konsorcjum wyłączyli konkurencję pomiędzy sobą w celu uzyskania optymalnych warunków ekonomicznych. Konsorcjum było jedynym uczestnikiem przetargu i zaproponowało minimalną możliwą cenę.

5. Ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

W związku z tym, że udział w postępowaniu możliwy jest jedynie po spełnieniu ustanowionych przez zamawiającego warunków, należy przy ocenie legalności konsorcjum zastanowić się także nad potwierdzeniem ich spełniania przez uczestników. To właśnie spełnienie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego należy uznać za cel tworzenia konsorcjum, zwłaszcza przez mniejszych przedsiębiorców. Jak zostało wcześniej powiedziane, celem udziału w konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego może być korzystanie z potencjału innych podmiotów (członków konsorcjum)[63]. W orzecznictwie podkreśla się, że „prawo do tworzenia konsorcjum i wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia ma właśnie na celu umożliwienie sprostania wymaganiom SIWZ i ubiegania się o zamówienie przez wykonawców, którzy nie posiadają odpowiedniego potencjału do samodzielnego złożenia oferty[64]".

Wychodząc z założenia, że zasadniczym celem zawiązywania porozumień konsorcjalnych jest dążenie przedsiębiorców do wspólnego spełnienia wymogów koniecznych dla uzyskania zamówienia publicznego, podstawową kwestią staje się wskazanie sytuacji, w których wymogi te musi spełnić odrębnie każdy z uczestników konsorcjum oraz sposobów dopuszczalnego łączenia potencjałów podmiotowych członków konsorcjum. Rozważając tę kwestię, należy w pierwszej kolejności odnieść się do stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej zawartego w wyroku w sprawie KIO/1197/10[65], w którym stwierdziła ona, że możliwość sumowania potencjału „poszczególnych wykonawców tworzących konsorcjum w celu uznania, iż spełniają warunki udziału w postępowaniu, nie jest zasadą absolutną, którą można generalnie rozciągnąć na wszystkie sytuacje oraz wszystkie warunki udziału w postępowaniu (…). Natomiast fakt, że konkretne żądanie spełniania i wykazywania danego warunku przez wszystkich wykonawców ubiegających się razem o udzielenie zamówienia jest sprzeczne z istotą i celem zawierania konsorcjów, a tym samym narusza konkurencję, należałoby udowodnić". Do wyjątków podlegających odstępstwu od zasady łączenia potencjałów należy zaliczyć warunki, które wynikają z istoty danego kryterium podmiotowego ściśle związanego z osobą każdego wykonawcy (np. przesłanki wykluczenia wykonawcy określone w art. 24 ust. 1 Pzp) oraz te wynikające z obiektywnie uwarunkowanych względów prawidłowości realizacji konkretnego przedmiotu zamówienia. Przesłanki wykluczenia wykonawcy dotyczą jego wiarygodności oraz związanych z każdym uczestnikiem konsorcjum aspektów rzetelności prowadzonej przez niego działalności, w związku z tym mają ściśle personalny charakter i muszą być weryfikowane odrębnie wobec każdego z podmiotów wspólnie ubiegających się o zamówienie. W tym zakresie nie występuje sytuacja potencjałów nadających się do sumowania[66].

Przy ustalaniu czy konsorcjanci mieli możliwość wystąpienia z samodzielnymi ofertami zasadnym jest odwołanie się do przepisu art. 22 ust. 1 ustawy Pzp oraz zbadanie, czy przedsię-

[63] M. Sieradzka, *Konsorcjum a podwykonawcy*….

[64] Wyr. KIO z 2.09.2010 r., KIO/UZP 1794/10, dostępny pod adresem: www.uzp.gov.pl.

[65] Wyr. KIO z 2.07.2010 r., KIO/1197/10, dostępny pod adresem: www.uzp.gov.pl.

[66] K. Horubski, T. Kocowski, *Konsorcjum*…, s. 53.

biorcy spełnili określone w tym przepisie warunki, niezbędne celem ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego. Do warunków tych zalicza się:

1) posiadanie uprawnienia do wykonywania określonej działalności,
2) posiadanie wiedzy i doświadczenia,
3) dysponowanie odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia,
4) sytuacja ekonomiczna i finansowa.

Odnosząc się do ww. kwestii posiadania przez konsorcjantów uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, należy wskazać na dwie odmienne koncepcje, które pojawiały w poglądach doktryny. Zgodnie z jedną z nich należałoby odrębnie badać uprawnienia do wykonywania określonej działalności w stosunku do każdego z wspólnie ubiegających się o zamówienie. Koncepcja ta zakładała możliwość brania pod uwagę łącznego potencjału technicznego i kadrowego, kwalifikacji, doświadczenia oraz sytuacji ekonomicznej wykonawców, przy założeniu, że każdy uczestnik konsorcjum musi odrębnie udokumentować posiadanie niezbędnych uprawnień. Druga z koncepcji zakładała zaś możliwość poddania tego warunku łącznej ocenie w ramach sumowania potencjału członków konsorcjum. Stanowisko te zostało potwierdzone w wyroku Zespołu Arbitrów w sprawie UZP/ZO/0-43/05115, w którym ustalono, że odpowiednio stosując na podstawie art. 23 ust. 3 Pzp przepisy dotyczące warunków udziału w postępowaniu, należy przyjąć, że wymagane jest „łączne spełnienie tych warunków przez członków konsorcjum. Tylko taka interpretacja bowiem zapewnia zachowanie zasady równego traktowania wykonawców. Do takiego wniosku prowadzi również wykładnia celowościowa, zgodnie z którą konsorcjum zawiązywane jest w celu łącznego ubiegania się o zamówienie przez wykonawców, którzy samodzielnie nie są w stanie wypełnić warunków postawionych przez zamawiającego". Wniosek ten dotyczy wszystkich pozytywnych warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1–4 Pzp. Aktualnie przyjmuje się, że wystarczającym jest, by jeden z wykonawców posiadał komplet uprawnień w zakresie, w jakim wymagają tego przepisy prawa lub by wykonawcy komplementarnie dopełniali się w tym aspekcie, legitymując się różnymi koniecznymi uprawnieniami niezbędnymi do realizacji zamówienia[67].

6. Wymiana informacji pomiędzy konkurentami

Przy ocenie czy porozumienie ogranicza konkurencję należy uwzględnić także, czy prowadzi ono do takiego ujawniania informacji strategicznych, które zwiększa prawdopodobieństwo koordynacji działań pomiędzy stronami w obszarze współpracy lub poza nim oraz czy może spowodować wysoki stopień uwspólnienia kosztów (tj. części kosztów zmiennych, które są wspólne dla stron), wskutek czego strony mogą łatwiej koordynować ceny rynkowe i wielkość produkcji[68].

Należy w tym miejscu zaznaczyć, że konsorcjum przetargowe może budzić wątpliwości w aspekcie porozumienia dotyczącego wymiany informacji pomiędzy jego uczestnikami. Wymiana informacji pomiędzy konkurentami może stanowić źródło korzyści dla przedsiębiorców i konsumentów lub też mieć antykonkurencyjny cel lub skutek[69]. Porozumienia dotyczące wymiany informacji

[67] Ibidem, s. 54–55.

[68] Komunikat KE…, pkt 35.

[69] Szerzej na temat wymiany informacji: UOKiK (2011). *Wymiana informacji między konkurentami jako praktyka ograniczająca konkurencję – kierunki rozwoju analizy prawno-ekonomicznej*. Warszawa: Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, wrzesień.

są niezgodne z zasadami konkurencji, jeżeli zmniejszają lub eliminują poziom niepewności co do działalności konkurentów na określonym rynku, będący podstawą gry konkurencyjnej między przedsiębiorcami, co skutkuje ograniczeniem konkurencji i zastąpieniem jej przez współpracę między tymi podmiotami[70]. Odnosząc powyższe do omawianego zagadnienia, współpraca członków konsorcjum może stwarzać ryzyko sztucznej przejrzystości co do strategii handlowej konkurentów go tworzących w odniesieniu do innych, przyszłych postępowań przetargowych, w których będą ze sobą konkurować. Wobec powyższego, aby uniknąć zarzutu naruszenia zakazu porozumień ograniczających konkurencję poprzez wymianę poufnych, wrażliwych informacji biznesowych, konsorcjanci powinni ograniczyć wymianę informacji do niezbędnego minimum, koniecznego, aby wspólnie ubiegać się o konkretne zamówienie[71].

Reasumując, co do zasady konsorcjum przetargowe nie prowadzi do naruszenia reguł konkurencji jeżeli:

1) żaden z członków konsorcjum nie jest w stanie niezależnie zrealizować projektu lub działania będącego przedmiotem współpracy,
2) uczestnicy konsorcjum nie są w stanie zrealizować projektu lub działania będącego przedmiotem współpracy z mniejszą liczbą stron niż liczba faktycznych uczestników konsorcjum,
3) wymiana informacji pomiędzy konsorcjantami ogranicza się do niezbędnego minimum koniecznego, aby wspólnie ubiegać się o konkretne zamówienie,
4) uczestnicy konsorcjum konkurują ze sobą na rynku poza przetargiem[72].

7. Ekonomiczne uzasadnienie udziału konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jako przesłanka niezbędności zawarcia umowy konsorcjum

Należy także zastanowić się czy ocena celu udziału konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego może opierać się jedynie na badaniu przesłanki samodzielnego udziału lub wykonania zamówienia publicznego przez konsorcjantów, czy przypadkiem nie należałoby także dodatkowo ustalić czy spełniona została przesłanka niezbędności zawarcia umowy konsorcjum. Odpowiadając na wyżej postawione pytanie, należy odwołać się do słusznego w mojej ocenie stanowiska M. Sieradzkiej, według której istnienie ekonomicznego uzasadnienia zawarcia umowy konsorcjum wyłącza jego antykonkurencyjny charakter[73]. Jej zdaniem niezbędność utworzenia konsorcjum przetargowego istnieje nie tylko wówczas, gdy konsorcjanci nie są w stanie samodzielnie spełnić warunków udziału w postępowaniu lub wykonać zamówienia, niezbędność utworzenia konsorcjum występuje również, gdy jego udział w postępowaniu jest ekonomicznie uzasadniony. Ocena czy konsorcjum jest zgodne z prawem konkurencji wymaga przeprowadzenia wszechstronnej analizy stanu faktycznego sprawy. W pierwszej kolejności rodzaju oraz przedmiotu zamówienia publicznego. Duży, skomplikowany przedmiot zamówienia, krótki okres jego realizacji mogą uzasadniać potrzebę zawarcia umowy konsorcjum, nawet gdy każdy z konsorcjantów może wykonać zamówienie samodzielnie. Połączenie posiadanych zasobów jest wówczas uzasadnio-

[70] Ibidem, s. 10.

[71] A. Zawłocka-Turno (2012). *Zmowa przetargowa*…, s. 50.

[72] Irlandzki Urząd Ochrony Konkurencji I Konsumentów, *Consortium bidding*, Grudzień 2014, s. 9.

[73] M. Sieradzka (2015). Antykonkurencyjny czy prokonkurencyjny cel udziału konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – analiza i ocena. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, nr *5*(4), s. 43; M. Sieradzka (2015). *Istnienie ekonomicznego uzasadnienia zawarcia umowy konsorcjum wyłącza jego antykonkurencyjny charakter*, Glosa do wyroku SOKiK z dnia 10 marca 2015 r., XVII AmA 73/13.

ne specyfiką zamówienia publicznego[74]. Ponadto, pomimo możliwości samodzielnego udziału w postępowaniu lub wykonania zamówienia publicznego przez konsorcjantów utworzenie konsorcjum nie powinno ograniczać konkurencji w sytuacji, gdy np. współpraca w ramach konsorcjum pozwala efektywniej wykonać zamówienie, wykonawcy z uwagi na realizację innych zamówień nie są w stanie indywidualnie w określonym terminie wykonać zamówienia, połączenie zasobów pozwala na oszczędność kosztów wykonania zamówienia[75].

Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów umożliwia wykonawcom wykazanie (udowodnienie), że cel utworzenia konsorcjum nie jest antykonkurencyjny, nawet gdy konsorcjanci mogą samodzielnie wziąć udział w postępowaniu lub wykonać zamówienie. W praktyce mamy zatem do czynienia z porozumieniem zakazanym (art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik), które jednak z uwagi na spełnienie przesłanek zwolnienia z art. 8 ust. 1 pkt 1–4 uokik nie będzie kwalifikowane jako zakazane[76].

V. Wyłączenia spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję

Zasadą w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów oraz w unijnym prawie ochrony konkurencji jest to, że porozumienia ograniczające konkurencję są zakazane, o ile nie zostały wyłączone spod zakazu. Przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przewidują trzy rodzaje wyłączeń:

1) tzw. zasadę *de minimis* – art. 7 uokik;
2) tzw. wyłączenia grupowe – na mocy rozporządzenia Rady Ministrów wydanego na podstawie art. 8 ust. 3 uokik;
3) tzw. wyłączenia indywidualne – art. 8 ust. 1 uokik.

Porozumienia mogą być usprawiedliwione, dzięki zastosowaniu reguły rozsądku, przez pojęcie której należy rozumieć metodę analizy zgodności porozumienia zawartego między niezależnymi przedsiębiorcami z przepisami prawa antymonopolowego. Zgodnie z omawianą regułą, nawet gdy zostanie ustalone, że porozumienie ogranicza konkurencję, to zachowanie przedsiębiorców może być uzasadnione. Z sytuacją taką mamy do czynienia, gdy porozumienie prowadzi do ograniczenia konkurencji w jednym obszarze, jednocześnie zaś zwiększa konkurencję w innym obszarze[77]. Pozytywne skutki płynące z porozumienia mogą prowadzić do uznania jego dopuszczalności, jeżeli osiągnięcie ich byłoby niemożliwe z pomocą środków mniej restrykcyjnych. Badana jest wówczas proporcjonalność między ograniczeniem konkurencji a zakładanymi lub wywołanymi pozytywnymi skutkami[78].

Zgodnie z art. 7 ust. 1 uokik zakazu, o którym mowa w art. 6 uokik, nie stosuje się do porozumień zawieranych pomiędzy przedsiębiorcami, którzy nie są konkurentami, jeżeli udział posiadany w rynku przez któregokolwiek z nich w roku kalendarzowym poprzedzającym zawarcie porozumienia nie przekracza 10%. Powyższego wyłączenia nie stosuje się do tzw. zmów przetargowych, czyli porozumień z art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik, do których można zaliczyć w określonych wypadkach antykonkurencyjne konsorcja przetargowe. Należy również wskazać, że nie zostało

[74] M. Sieradzka (2015). *Istnienie ekonomicznego uzasadnienia*…, s. 118.
[75] M. Sieradzka (2015). *Antykonkurencyjny czy prokonkurencyjny*…, s. 44.
[76] Ibidem, s. 45.
[77] D. Miąsik (2007). *Reguła rozsądku*…, s. 20–21.
[78] Ibidem, s. 21.

wydane rozporządzenie grupowe, wyłączające ten rodzaj porozumień spod zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję.

Jednakże, nawet jeśli utworzenie konsorcjum narusza art. 6 ust. uokik to może ono zostać uznane za wyłączone spod zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję na podstawie art. 8 ust. 1 uokik. Przepis ten stanowi, iż zakazu, o którym mowa w art. 6 ust. 1 uokik nie stosuje się do porozumień, które jednocześnie:

1) przyczyniają się do polepszenia produkcji, dystrybucji towarów lub do postępu technicznego lub gospodarczego;
2) zapewniają nabywcy lub użytkownikowi odpowiednią część wynikających z porozumień korzyści;
3) nie nakładają na zainteresowanych przedsiębiorców ograniczeń, które nie są niezbędne do osiągnięcia tych celów;
4) nie stwarzają tym przedsiębiorcom możliwości wyeliminowania konkurencji na rynku właściwym w zakresie znacznej części określonych towarów.

Przepis art. 8 ust. 1 uokik wymienia dwie negatywne (pkt 3 i 4) i dwie pozytywne przesłanki (pkt 1 i 2), których łączne spełnienie wyłącza określone porozumienie spod zakazu praktyk ograniczających konkurencję. Wyżej wskazane czynniki powinny być brane przez przedsiębiorców pod uwagę przy dokonywaniu analizy przewagi prokonkurencyjnych korzyści nad antykonkurencyjnymi skutkami. Są one tożsame z określonymi w art. 101 ust. 3 TFUE kryteriami wyłączenia spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję. Wykazanie spełnienia przez umowę konsorcjum wszystkich przesłanek z art. 8 ust. 1 uokik wymaga wszechstronnej analizy stanu faktycznego sprawy. Przedsiębiorca musi wykazać, że konsorcjum nie ma antykonkurencyjnych skutków lub są one minimalne. Przedsiębiorcy muszą udowodnić, że pomimo antykonkurencyjnego celu konsorcjum, można je uzasadnić określonymi korzyściami, np. racjonalizacją wydatków, obniżeniem kosztów dla odbiorców finalnych, prowadzeniem efektywniejszej działalności. Korzyści z zawarcia umowy konsorcjum dzielą się na korzyści ekonomiczne związane z obniżeniem cen, co jest szczególnie korzystne dla zamawiającego oraz korzyści poza ekonomiczne, do których można zaliczyć, np. wzrost jakości świadczonych usług stanowiących przedmiot zamówienia publicznego, efektywniejsze wykonanie zamówienia[79].

Należałoby wobec tego przyjąć, że nawet jeśli konsorcjanci mieli możliwość złożenia ofert samodzielnie, to i tak utworzenie konsorcjum mogłoby zostać uznane za zgodne z prawem konkurencji, jeśli spełniłoby przesłanki wyłączenia indywidualnego określone w art. 8 ust. 1 uokik, tj. przyczyniało się do polepszenia produkcji, dystrybucji towarów lub do postępu technicznego lub gospodarczego, zapewniało nabywcy odpowiednią część wynikających z porozumienia korzyści, nie nakładając zarazem na zainteresowanych przedsiębiorców ograniczeń, które nie są niezbędne do osiągnięcia tych celów i nie stwarzając tym przedsiębiorcom możliwości wyeliminowania konkurencji na rynku właściwym w zakresie znacznej części określonych towarów[80].

Utworzenie konsorcjum może skutkować efektywniejszym wykonaniem określonego zadania, przekładającym się na korzyści dla zamawiającego, które przeważają nad ewentualnymi szkodami dla konkurencji. Zwiększenie efektywności uczestników konsorcjum może być z korzyścią

[79] M. Sieradzka (2015). *Antykonkurencyjny czy prokonkurencyjny*…, s. 46.

[80] Raport System zamówień publicznych..., s. 81, decyzja Prezesa UOKiK z 31.12.2012 r., RLU-38/2012, s. 50; A. Zawłocka-Turno (2012). *Zmowa przetargowa*…, s. 48.

dla zamawiającego, skutkuje bowiem zintensyfikowaniem konkurencji pomiędzy istniejącymi oferentami[81]. Okoliczność ta winna być więc rozpatrywana nie na etapie badania naruszenia art. 6 uokik (jak w przypadku ww. braku możliwości złożenia samodzielnej oferty), lecz na etapie badania spełnienia przesłanek z art. 8 ust. 1 uokik, tj. indywidualnego wyłączenia spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję. W takiej jednak sytuacji, stosownie do art. 8 ust. 2 uokik konsorcjanci powinni być w stanie wykazać, że warunki wspólnie złożonej oferty są znacznie bardziej korzystne dla zamawiającego, niż gdyby składali oddzielne oferty, czyli że utworzenie konsorcjum przynosi wymierne korzyści zamawiającemu[82]. Należy przy tym wskazać, że ciężar dowodu w zakresie wykazania czy porozumienie ogranicza konkurencję, tj. narusza art. 6 uokik spoczywa na organie antymonopolowym. Z kolei obowiązek wykazania, że nawet jeśli porozumienie narusza art. 6 uokik, to jednak korzysta z wyłączenia spod tego zakazu na podstawie art. 8 ust. 1 uokik – zgodnie z art. 8 ust. 2 uokik spoczywa na przedsiębiorcy[83]. Członkowie konsorcjum powinni zidentyfikować prokonkurencyjne korzyści wynikające ze złożenia przez nich wspólnej oferty, a następnie ocenić czy przeważają one nad antykonkurencyjnymi skutkami.

W literaturze wskazuje się, że ustalenie w konkretnej sprawie, jaki jest charakter konsorcjum nastręcza wiele trudności, utworzenie konsorcjum może bowiem wywierać skutki zarówno pro-, jak i antykonkurencyjne[84].

Prokonkurencyjne skutki płynące z utworzenia konsorcjum pojawiają się w sytuacji, gdy dzięki powołaniu konsorcjum grupa przedsiębiorców może podjąć się zadania, które przekraczałoby możliwości każdego z nich z osobna. Sytuacja taka będzie szczególnie korzystna, jeśli pozwoli grupie mniejszych podmiotów na nawiązanie rywalizacji z większymi przedsiębiorcami, którzy dotychczas nie byli poddani presji konkurencyjnej. Także współpraca między dużymi rynkowymi graczami może być korzystna dla ich kontrahentów, np. jeśli umożliwia obsługę dużych zamówień, których żaden z przedsiębiorców nie byłby w stanie wykonać samodzielnie. W takiej sytuacji porozumienie jest niezbędne dla zaistnienia oferty przedsiębiorców biorących udział w konsorcjum na określonym rynku i jako takie nie może zostać uznane za antykonkurencyjne.

Drugą przykładową korzyścią z utworzenia konsorcjum jest połączenie komplementarnych aktywów. Utworzenie konsorcjum może wspierać konkurencję, jeśli pozwala firmom, które samodzielnie nie mogą dostarczyć komplementarnych składników połączyć siły z innymi przedsiębiorcami umożliwiając wspólne dostarczenie tych towarów[85].

Zadanie, które stawiane jest konsorcjum, może bowiem wymagać różnorodnych zasobów i umiejętności, z których wszystkie naraz nie będą w posiadaniu żadnego z jego uczestników. W takiej sytuacji, nawet jeśli – hipotetycznie – każdy z uczestników konsorcjum dysponowałby finansowymi środkami umożliwiającymi wykonanie zadania (przy założeniu, że brakujące środki techniczne i know-how mógłby zakupić lub wynająć), połączenie przez nich sił mogłoby doprowadzić do wykonania zadania po koszcie niższym niż ten, który zostałby poniesiony przez każdego z nich wykonującego dane zadanie samodzielnie. Obniżka kosztów byłaby tym większa, im bardziej komplementarne zasoby i im większe byłyby koszty uzyskania brakujących zasobów na rynku.

[81] Ibidem.

[82] Ibidem.

[83] Decyzja Prezesa UOKiK z 31.12.2012 r., RLU-38/2012, s. 50.

[84] A. Zawłocka-Turno (2012). *Zmowa przetargowa*…, s. 46.

[85] Ibidem.

W takiej sytuacji, nawet jeśli konsorcjum eliminuje konkurencję pomiędzy jego uczestnikami w danym obszarze, korzyści dla potencjalnych lub rzeczywistych kontrahentów konsorcjum w postaci obniżenia kosztów lub poprawy jakości – wynikające z porozumienia co najmniej rekompensują straty związane z mniejszą konkurencją[86].

Kolejnym argumentem na to, że konsorcja przetargowe mogą wpływać korzystnie na oferty cenowe jest to, że udział w konsorcjum umożliwia przedsiębiorcom wymianę informacji (*information effect*). Wspiera ona bardziej agresywną licytację ze względu na akumulację informacji (*information pooling*). Wskazuje się, że oferenci szacują wartość zamówienia na podstawie indywidualnej wiedzy oraz doświadczenia. Niektórzy z nich posiadają odpowiednią wiedzę fachową oraz wieloletnie doświadczenie, które pozwala na przygotowanie oferty korzystniejszej, optymalnej kosztowo, z uwzględnieniem potrzeb zamawiającego przy jednoczesnym zachowaniu atrakcyjności oferowanego wynagrodzenia. Zatem, poprzez drugą opinię konsorcjanta, prawdopodobieństwo, że oferta wybranego oferenta będzie znacznie powyżej prawdziwej wartości zamówienia jest znacznie ograniczona[87].

VI. Podsumowanie

Konsorcja przetargowe, tak jak każde inne porozumienia pomiędzy przedsiębiorcami, podlegają ocenie pod kątem naruszenia art. 6 ust. 1 uokik, mimo że na podstawie art. 23 Pzp są prawnie dopuszczalną formą udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Reguły ochrony konkurencji ograniczają bowiem swobodę prowadzenia działalności gospodarczej przez przedsiębiorców, w tym wyboru metod i zakresu podejmowanej przez nich współpracy. Konsorcjanci nie mogą zatem abstrahować od ograniczeń przewidzianych w prawie ochrony konkurencji, tak by nie narażać się na sankcje ze strony organów ochrony konkurencji. Ocena czy konsorcjum jest zgodne z prawem konkurencji wymaga przede wszystkim przeprowadzenia wszechstronnej analizy stanu faktycznego sprawy, a w szczególności przedmiotu zamówienia publicznego, okoliczności towarzyszących składaniu wspólnej oferty, skutku jej złożenia, a także rozróżnienia pomiędzy prokonkurencyjnym a antykonkurencyjnym celem udziału w postępowaniu. W mojej ocenie konieczne jest także ustalenie czy w danej sprawie występuje ekonomiczne uzasadnienie złożenia przez konsorcjantów wspólnej oferty. Istnienie ekonomicznego uzasadnienia zawarcia umowy konsorcjum wyklucza bowiem antykonkurencyjny charakter konsorcjum[88]. Niewątpliwie brak spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub brak możliwości samodzielnego wykonania zamówienia należy uznać za ekonomiczny sens zawarcia konsorcjum. Jednakże, ustalenie w ramach tej oceny, że każdy z konsorcjantów posiada wystarczające zasoby do samodzielnej realizacji w całości przedmiotowego zamówienia nie może automatycznie przesądzać o jego antykonkurencyjnym charakterze, wymagane jest dodatkowo ustalenie czy spełniona została przesłanka niezbędności zawarcia umowy konsorcjum.

[86] Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, *Raport*…, s. 79–80; Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, *Zmowy przetargowe*, Warszawa, wyd. 2, 2013 r., s. 12; decyzja Prezesa UOKiK z dnia 31.12.2012 r., nr RLU 30/2012, s. 39.

[87] A. Zawłocka-Turno (2012). *Zmowa przetargowa*…, s. 46, E.M. Bailey (2007). *Are private equity*…, s. 5.

[88] M. Sieradzka (2015). *Antykonkurencyjny czy prokonkurencyjny*…, s. 43.

Bibliografia

Bailey, E.M. (2007). *Are private equity consortia anticompetitive? The economics of club bidding*, kwiecień, s. 3. Pobrano z: www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/antitrust_source/Apr07_Bailey4_27f.authcheckdam.pdf.

Banasiński, C. i Bychowska, M. (2011). Pojęcie grupy kapitałowej na użytek polskiego i unijnego prawa konkurencji. *Przegląd Prawa Handlowego*, grudzień.

Horubski, K. i Kocowski, T. (2011). Konsorcjum jako instrument wsparcia małych i średnich przedsiębiorców w systemie zamówień publicznych. W: J. Niczyporuk, J. Sadowy, M. Urbanek (red.), *Nowe podejście do zamówień publicznych. Zamówienia publiczne jako instrument zwiększenia innowacyjności gospodarki i zrównoważonego rozwoju. Doświadczenia polskie i zagraniczne*. Część I, Honorowy Patronat Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej Bronisława Komorowskiego. IV konferencja naukowa 20–21.06.2011 r., Kazimierz Dolny.

Irlandzki Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, Consortium bidding. How to comply with competition law when tendering as part of a consortium. A Guide for Small and Medium Enterprises (SMEs), grudzień 2014, s. 3–4.

Jurkowska-Gomułka, A. (2014). Komentarz do art. 6. W: T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck.

Kohutek, K. (2014). Komentarz do art. 6. W: K. Kohutek, M. Sieradzka (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: LEX.

Materna, G. (2014). Formy zmów przetargowych oraz instrumenty ich zwalczania w prawie antymonopolowym – trudności w wykryciu niedozwolonych porozumień, s. 11. W: *Rola urzędów administracji państwowej w identyfikowaniu nieprawidłowości w zamówieniach publicznych*. IV Międzynarodowa Konferencja Antykorupcyjna. Materiały pokonferencyjne, Warszawa.

Materna, G. (2013). Kooperencja z perspektywy prawa ochrony konkurencji. W: J. Cygler, M. Aluchna, E. Marciszewska, M.K. Witek-Hajduk, G. Materna, *Kooperacja przedsiębiorstw w dobie globalizacji. Wyzwania strategiczne, uwarunkowania prawne.* Warszawa: Wolters Kluwer.

Miąsik, D. (2004). *Reguła rozsądku w prawie antymonopolowym: studium prawnoporównawcze*. Kraków: Zakamycze.

Mosur-Bleze, S. (2014). Niekonkurencyjne konsorcjum. *Przetargi Publiczne*, *3*, s. 23.

Nowicki, J.E. (2014). Komentarz do art. 23 ust. 1 ustawy Pzp. W: *Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz*. Warszawa: LEX.

Piszcz, A. (2013). Grupa kapitałowa czy nie, czyli trudności z kwalifikacją i ich skutki. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, *3*(2).

Płóciennik, W. (2010). Bariery małych i średnich przedsiębiorstw na rynku zamówień publicznych w Polsce – analiza systemowa. W: A. Borowicz, M. Królikowska-Olczak, J. Sadowy, W. Starzyńska (red.), *Ekonomiczne i prawne zagadnienia zamówień publicznych. Polska na tle Unii Europejskiej*. Warszawa: Urząd Zamówień Publicznych.

Semeniuk, P. (2013). „Polskie zmowy przetargowe" – krytyka. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, *1*(2).

Sieradzka, M. (2015). Antykonkurencyjny czy prokonkurencyjny cel udziału konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – analiza i ocena. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, *5*(4), s. 43.

Sieradzka, M. (2015). *Istnienie ekonomicznego uzasadnienia zawarcia umowy konsorcjum wyłącza jego antkonkurencyjny charakter*, Glosa do wyroku SOKiK z dnia 10 marca 2015 r., XVII AmA 73/13.

Sieradzka, M. (2014). *Konsorcjum a podwykonawcy zamówienia publicznego*, LEX.

Skoczny, T. i Będkowski-Kozioł, M. (red.) (2014). *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck,

Soszyńska-Purtak, P. (2014). *Zmowa przetargowa*, cz. II. LEX ABC nr 205290.

Stachowiak, M. (2014). Komentarz do art. 23 ustawy – Prawo Zamówień Publicznych. W: W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak (red.), *Prawo zamówień publicznych, Komentarz*. wyd. 6. Warszawa: LEX.

Stawicki, E. (2011). Komentarz do art. 4 uokik z 2007 r. W: A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: LEX;

UOKiK (2011). *Wymiana informacji między konkurentami jako praktyka ograniczająca konkurencję – kierunki rozwoju analizy prawno-ekonomicznej*. Warszawa: Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, wrzesień.

UOKiK (2013). *Zmowy przetargowe,* wyd. 2. Warszawa: Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Zawłocka-Turno, A. (2012). Zmowa przetargowa czy działanie zgodne z prawem? Problemy na styku prawa konkurencji i prawa zamówień publicznych. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, *4*(1), s. 46.

Mateusz Radziński*

Wybrane aspekty dotyczące formy prawnej i własnościowej operatora systemu przesyłowego w Polsce na przykładzie Polskich Sieci Elektroenergetycznych S.A.

Spis treści

I. Wprowadzenie
II. Wyznaczenie i procedura certyfikacji OSP – zarys regulacji
III. Kryteria niezależności OSP
IV. Forma prawna i własnościowa OSP w świetle art. 9k ustawy – Prawo energetyczne
V. Podsumowanie

Streszczenie

Celem artykułu jest analiza formy prawnej i własnościowej operatora systemu przesyłowego elektroenergetycznego (OSPe) w Polsce, m.in. w kontekście niezależności OSP, której granice wyznaczają zasady związane z rozdziałem właścicielskim.

Słowa kluczowe: operator systemu przesyłowego; wyznaczenie OSP; niezależność OSP; procedura certyfikacji.

JEL: K23

I. Wprowadzenie

Operatorzy systemów przesyłowych odgrywają istotną rolę w zakresie powstania wewnętrznego rynku energii elektrycznej (jak również gazu) w Unii Europejskiej (dalej: UE). Należy bowiem zauważyć, iż wspólny rynek energii elektrycznej obejmujący wszystkie państwa członkowskie UE wymaga „fizycznego przemieszczania" energii za pomocą sieci przesyłowych eksploatowanych[1] przez krajowych operatorów sieci przesyłowych (dalej: OSP)[2]. Obowiązki, do realizacji których zobowiązane są niniejsze podmioty zarządzające infrastrukturą sieciową, stanowią warunek *sine qua non* funkcjonowania rynków energii elektrycznej w sposób transparentny, niedyskryminacyjny, weryfikowalny i gwarantujący unijnym przedsiębiorstwom energetycznym równość dostępu do konsumentów krajowych[3].

* Mateusz Radziński – doktorant na Wydziale Prawa i Administracji w Katedrze Prawa Gospodarczego Publicznego Uniwersytetu Łódzkiego; e-mail: matrad23@gmail.com.

1 Eksploatacja sieci obejmuje szereg działań m.in. utrzymanie, zarządzanie, rozbudowywanie czy też udostępnianie innym przedsiębiorstwom w celu przesyłania energii; M. Szydło (2005). Dostęp do sieci infrastrukturalnych na zliberalizowanych rynkach Unii europejskiej. PiP, 1, s. 79.

2 A. Walaszek-Pyzioł (2012). ENTSO-E – nowa forma instytucjonalnego współdziałania w celu stworzenia wspólnego rynku energii elektrycznej na obszarze Unii Europejskiej. PUG, 9, s. 2.

3 M. Nowacki (2013). Model prawny i własnościowy operatorów systemów przesyłowych w Polsce – uwagi *de lege lata i de lege ferenda* w świetle prawa Unii Europejskiej. W: A. Walaszek-Pyzioł (red.), *Regulacja – innowacja w sektorze energetycznym*. Warszawa: C.H. Beck, s. 152.

Główny trzon regulacji dotyczącej zasad funkcjonowania operatorów systemów przesyłowych w Polsce – w kontekście tematu niniejszego artykułu – został implementowany przez polskiego ustawodawcę w art. 9d, 9h, 9h¹, 9h² oraz 9k ustawy – Prawo energetyczne (dalej: Pe). Artykuł 9d reguluje kwestie związane z zapewnieniem niezależności OSP[4]. Artykuł 9h odnosi się po pierwsze, do procedury wyznaczania niezależnych operatorów przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki, po drugie, determinuje liczbę OSP działających na terytorium Polski[5]. Artykuł 9h¹ oraz 9h² stanowią implementację przepisów związanych z procedurą certyfikacji OSP, mającą na celu zbadanie czy dany podmiot wypełnia wszystkie wymogi niezależności konieczne do wyznaczenia go na operatora sieci przesyłowej. Z kolei art. 9k przesądza o formie prawnej i strukturze własnościowej operatora sieci przesyłowej, stanowiąc, że może nim być jedynie spółka akcyjna, której jedynym akcjonariuszem jest Skarb Państwa.

II. Wyznaczenie OSP – zarys regulacji

OSP następuje w drodze decyzji prezesa URE, wydanej na czas określony na wniosek lub z urzędu[6]. Operatorem może zostać albo właściciel infrastruktury przesyłowej, albo przedsiębiorstwo energetyczne posiadające koncesję na przesyłanie energii elektrycznej, z którym właściciel infrastruktury przesyłowej zawarł umowę powierzającą temu operatorowi pełnienie obowiązków operatorskich z jej wykorzystaniem[7]. Przy czym należy zauważyć, iż dyrektywa 2009/72/WE[8] wprowadziła istotne zmiany w stosunku do poprzednio obowiązujących regulacji w omawianym zakresie[9]. Otóż obecnie dany podmiot może zostać zatwierdzony i powołany na operatora systemu przesyłowego po uzyskaniu certyfikacji potwierdzającej spełnienie kryteriów niezależności, o których mowa w art. 9d ust. 1a ustawy Pe[10]. Uzyskanie takowego „certyfikatu niezależności" stanowi zatem warunek *sine qua non* wyznaczenia danego przedsiębiorstwa energetycznego operatorem systemu przesyłowego[11].

[4] Problematyka niezależności OSP wiąże się bezpośrednio z zagadnieniem dotyczącym instytucji *unbundlingu*, tj. instytucji zmierzającej do odseparowania od siebie z jednej strony działalności mającej za przedmiot przesyłanie i dystrybucję energii oraz z drugiej – działalności mającej za przedmiot jej wytwarzanie oraz sprzedaż. Innymi słowy ma ona za zadanie usuwać lub minimalizować konflikt interesów powstający tam, gdzie w ramach danego przedsiębiorstwa prowadzona jest jednocześnie działalność mająca charakter monopolu naturalnego oraz nieposiadająca takiego atrybutu, tj. działalność, co do której istnieją przesłanki, aby ją wykonywać w warunkach konkurencji. Istotą *unbundlingu* jest więc ingerencja w strukturę przedsiębiorstw energetycznych zintegrowanych pionowo (chodzi tu zarówno o strukturę księgową, organizacyjną, personalną, własnościową, kapitałową), zmierzająca do zapewnienia równych i efektywnych warunków konkurencji wszystkim uczestnikom rynku energetycznego. Natężenie tej ingerencji, czyli stopień wpływu *unbundlingu* na strukturę wewnętrzną przedsiębiorstwa zintegrowanego pionowo zależeć będzie od przyjętej formy rozdziału (od najłagodniejszej w postaci *unbundlingu* księgowego, poprzez pogłębione formy *unbundlingu* prawnego i funkcjonalnego, aż po najbardziej rygorystyczny *ownership unbundling*, tj. rozdział własnościowy). *Unbundling* nie jest zatem instrumentem jednolitym i różni się co do charakteru, zakresu i sposobu oraz skutków dla sytuacji prawnej przedsiębiorstw energetycznych; M. Radziński (2015). Rozdział własnościowy przedsiębiorstw energetycznych zintegrowanych pionowo a problematyka inwestorów finansowych w świetle przepisów dyrektywy 2009/72/WE. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, *3*, s. 8–9; zob. również: M. Szydło (2007). Unbundling własnościowy (ownership unbundling) jako instrument regulacyjny w sektorze energetycznym (cz. I i II). PUG, 2–3; M. Pawełczyk (2011). Unbundling jako przejaw prokonkurencyjnych mechanizmów europeizacji prawa energetycznego. W: H. Gronkiewicz-Waltz, K. Jaroszyński (red.), *Europeizacja publicznego prawa gospodarczego*. Warszawa: C.H. Beck, s. 431–448; M. Będkowski-Kozioł (2014). Regulacja prokonkurencyjna w sektorze energetycznym – elektroenergetyce, gazownictwie i energetyce cieplne. W: M. Kępiński (red.), *System Prawa Prywatnego. Tom XV. Prawo konkurencji*. Warszawa: C.H. Beck, Instytut Nauk Prawnych PAN, s. 1391–1415; K. Strzyczkowski (2011). *Prawo Gospodarcze Publiczne*. Warszawa: LexisNexis, s. 566–570.

[5] Zgodnie z art. 9h ust. 2 ustawy PE *na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej wyznacza się jednego operatora systemu przesyłowego gazowego albo jednego operatora systemu połączonego gazowego i jednego operatora systemu przesyłowego elektroenergetycznego albo jednego operatora systemu połączonego elektroenergetycznego.*

[6] Zob. art. 9h ust. 1 oraz art. 9h ust. 9 ustawy Pe.

[7] Zob. art. 9h ust. 3 ustawy Pe.

[8] Dyrektywa 2009/72/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 13.07.2009 r. dotycząca wspólnych zasad rynku wewnętrznego energii elektrycznej i uchylająca dyrektywę 2003/54/WE (Dz. Urz. UE z 14.8.2009 r. L 211/55).

[9] Na gruncie Dyrektywy 2003/54/WE państwa członkowskie były zobowiązane do wyznaczenia lub nałożenia na przedsiębiorstwo posiadające systemy przesyłowe obowiązku wyznaczenia jednego lub więcej operatorów systemu, na okres wskazany przez państwo członkowskie przy uwzględnieniu wymogu skuteczności i równowagi gospodarczej. Ponadto państwa członkowskie zobowiązane były do zapewnienia, iż tak wyznaczone podmioty są odpowiednio wydzielone i zachowują odpowiedni poziom poufności (art. 8 Dyrektywy 2003/54/WE).

[10] Zob. art. 9h¹ ust. 1 ustawy Pe.

[11] T. Długosz (2013). W: R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel (red.), *System Prawa Administracyjnego. Publiczne prawo gospodarcze* (t. 8b). Warszawa: C.H. Beck, s. 227.

Prezes URE wyznacza OSP na wniosek właściciela sieci przesyłowej, z którym ten powinien wystąpić w terminie 30 dni liczonych od dnia uzyskania przez przedsiębiorstwo energetyczne certyfikatu niezależności lub upływu terminu do jego wydania[12]. Należy przy tym zgodzić się z opinią, w świetle której w miejsce właściciela z wnioskiem o wyznaczenie na operatora systemu nie może wystąpić podmiot dysponujący koncesją na wykonywanie działalności w danej sieci lub instalacji[13]. Ponadto, Prezes URE jest uprawniony do wyznaczenia z urzędu koncesjonowanego przedsiębiorstwa energetycznego na operatora systemu w sytuacji, gdy właściciel sieci przesyłowej nie złożył wniosku o wyznaczenia operatora lub gdy Prezes URE odmówił wyznaczenia operatora określonego we wniosku złożonym przez właściciela[14].

Prezes URE wyznaczając operatora systemu, bierze pod uwagę efektywność ekonomiczną, skuteczność zarządzania systemem elektroenergetycznym, bezpieczeństwo dostaw energii elektrycznej, spełnienie przez operatora warunków i kryteriów niezależności, okres obowiązywania koncesji, jak również zdolność do wypełniania obowiązków wynikających z odpowiednich rozporządzeń unijnych dotyczących przesyłu energii elektrycznej[15]. W sytuacji, w której dany podmiot nie spełnia warunków i kryteriów gwarantujących właściwe funkcjonowanie systemu, Prezes URE odmawia wyznaczenia OSP[16].

U źródeł procedury certyfikacji, w której bierze udział Komisja Europejska oraz w pewnych wypadkach Agencja ds. Współpracy Organów Regulacji Energetyki (ACER), leży chęć zagwarantowania większej kontroli nad podmiotami odgrywającymi rolę operatorów przesyłowych oraz zagwarantowania większej transparentności co do ich powiązań[17]. Wprowadzenie tego dodatkowego wymogu ma służyć przede wszystkim zapewnieniu, iż podmiot wyznaczony na operatora systemu przesyłowego spełnia wymogi w zakresie wybranej formy rozdziału (tj. rozdziału własności, ISO, ITO lub ITO+)[18].

Procedura certyfikacji implementowana została do krajowego porządku w ramach art. 9h¹ ustawy PE[19]. Zgodnie z niniejszym artykułem potwierdzeniem spełnienia przez operatora systemu przesyłowego kryteriów niezależności od innej działalności niezwiązanej z przesyłaniem jest certyfikat niezależności przyznawany przez Prezesa URE. Prezes Urzędu Regulacji Energetyki przyznaje certyfikat niezależności na wniosek właściciela sieci przesyłowej, z urzędu

[12] Zob. art. 9h ust. 6 ustawy Pe.

[13] Z. Muras (2010). W: M. Swora, Z. Muras, *Prawo energetyczne. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer, s. 728.

[14] Zob. art. 9h ust. 9 ustawy Pe.

[15] Zob. art. 9h ust. 7 ustawy Pe.

[16] Zob. art. 9h ust. 8 ustawy Pe.

[17] R. Zajdler (2011). Komentarz do dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/72/WE z dnia 13 lipca 2009 r. dotyczącej wspólnych zasad rynku wewnętrznego energii elektrycznej i uchylającej dyrektywę 2003/54/WE (Dz Urz. UE L 09.211.55), Lex/el., s. 14.
Znaczenie procedury certyfikacji podkreślone zostało ponadto w motywie 24 preambuły Dyrektywy 2009/72/WE, zgodnie z którym: *W pełni skuteczne oddzielenie działalności sieciowej i działalności w zakresie dostaw i wytwarzania powinno mieć zastosowanie w całej Wspólnocie, zarówno wobec przedsiębiorstw ze Wspólnoty, jak i tych spoza Wspólnoty. W celu zapewnienia, aby działalność sieciowa oraz działalność w zakresie dostaw i wytwarzania w całej Wspólnocie były od siebie niezależne, organy regulacyjne powinny zostać uprawnione do odmowy przyznania certyfikacji operatorom systemów przesyłowych, którzy nie spełniają kryteriów rozdziału. Aby zapewnić konsekwentne stosowanie tych zasad na całym obszarze Wspólnoty, organy regulacyjne powinny w jak najwyższym stopniu uwzględniać opinię Komisji przy podejmowaniu decyzji w sprawie certyfikacji. Ponadto w celu zapewnienia przestrzegania zobowiązań międzynarodowych Wspólnoty oraz solidarności i bezpieczeństwa energetycznego we Wspólnocie, Komisja powinna mieć prawo do wydawania opinii w sprawie certyfikacji w odniesieniu do właściciela systemu przesyłowego lub operatora systemu przesyłowego kontrolowanego przez osobę lub osoby z kraju trzeciego lub z krajów trzecich.*

[18] Commission staff working paper on *certification of Transmission System Operators of networks for electricity and natural gas in the European Union,* 21.09.2011, SEC(2011) 1095 final, s. 2.

[19] W przypadku gdy o certyfikację występuje podmiot, który jest kontrolowany przez osobę lub osoby z kraju trzeciego lub z krajów trzecich, procedura zawarta w art. 9h¹ ustawy Pe zastępowana jest procedurą określoną w art. 9h² dotyczącym certyfikacji w odniesieni do krajów trzecich. Można więc uznać, iż art. 9h² ustawy Pe stanowi *lex specialis* w stosunku do art. 9h¹ ustawy Pe.

(w przypadku braku stosownego wniosku właściciela sieci przesyłowej) lub na wniosek Komisji Europejskiej[20].

Nowe regulacje prawne przewidują znacznie szerszy zakres współpracy i koordynacji na poziomie Unii Europejskiej przy wyznaczaniu OSP[21]. Należy bowiem zauważyć, iż Prezes URE przed przyznaniem certyfikatu niezależności zajmuje stanowisko w sprawie jego przyznania i przekazuje je Komisji Europejskiej wraz z wnioskiem o wydanie opinii w sprawie spełniania warunków i kryteriów niezależności[22]. Tym samym procedura certyfikacji przebiega niejako dwuetapowo, tj. decyzja krajowego organu regulacyjnego uzyskuje moc wiążącą dopiero po przeprowadzeniu konsultacji z Komisją Europejską[23].

Jeżeli Komisja nie wyda opinii w terminie dwóch miesięcy (lub w przypadku zwrócenia się przez Komisję do ACER, danego państwa członkowskiego UE lub innego zainteresowanego podmiotu z wnioskiem o zajęcie stanowiska, w terminie czterech miesięcy), przyjmuje się, że opinia Komisji jest pozytywna[24]. Prezes URE po stwierdzeniu, iż dane przedsiębiorstwo energetyczne spełnia kryteria niezależności przyznaje temu przedsiębiorstwu certyfikat niezależności w terminie dwóch miesięcy od wydania przez Komisję opinii[25] (lub upływie terminu – dwóch lub czterech miesięcy – do jej wydania)[26]. Jeżeli Prezes URE nie wyda w wzmiankowanym powyżej terminie decyzji, przyjmuje się, iż certyfikat został przyznany[27]. W sytuacji, w której stwierdzone zostanie, iż dany podmiot nie spełnia kryteriów niezależności, Prezes URE określa w drodze decyzji kryteria, które nie zostały spełnione oraz wyznacza termin na podjęcie działań mających na celu ich spełnienie[28].

Decyzja Prezesa URE dotycząca przyznania danemu przedsiębiorstwu certyfikatu niezależności, wraz z opinią Komisji Europejskiej, ogłaszana jest niezwłocznie w Biuletynie URE[29].

Kończąc tę część rozważań, należy zauważyć, iż przedsiębiorstwo energetyczne, któremu przyznano certyfikat niezależności, jest zobowiązane poinformować Prezesa URE o planowanych transakcjach lub działaniach, które mogą mieć wpływ na spełnienie przez to przedsiębiorstwo kryteriów niezależności, w terminie 14 dni od dnia podjęcia decyzji lub powzięcia wiadomości o tych transakcjach lub działaniach[30]. Wydaje się, iż celem niniejszego przepisu jest zwiększenie nadzoru nad operatorem przez organ regulacyjny poprzez umożliwienie mu kontroli zmian, np. w zakresie

[20] Zob. art. 9h[1] ust. 2 ustawy Pe. Można w tym miejscu podkreślić, iż procedura certyfikacji odnosi się w jednakowym stopniu do podmiotów prywatnych, jak i publicznych.

[21] R. Zajdler (2011). Komentarz do dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/72/WE…, s. 15.

[22] Zob. art. 9h[1] ust. 3 ustawy Pe. Tym samym KE, w trakcie niniejszego postępowania, może zgłosić swoje uwagi, zob. M. Nowacki (2015). *Model prawny i własnościowy operatorów systemów przesyłowych*…, s. 164.

[23] Z. Muras (2013). Niezależność operatorów systemu – jako jeden z podstawowych desygnatów liberalizacji rynku gazu i energii *de lege lata i de lege ferenda*. W: M. Rudnicki, K. Sobieraj (red.), *Nowe prawo energetyczne*. Lublin: Wydawnictwo KUL, s. 180.

[24] Zob. art. 9h[1] ust. 4 ustawy Pe.

[25] Pomimo iż przedmiotowa opinia nie ma charakteru wiążącego, wydaje się, iż w praktyce jakiekolwiek odstępstwo ze strony krajowego organu regulacyjnego w tym zakresie wymagać będzie wyraźnego wskazania i uzasadnienia danych rozbieżności. Nieco odmiennie wygląda sytuacja w przypadku certyfikacji OSP w oparciu o model ISO+. W tej sytuacji bowiem decyzja KE o udzieleniu zgody na certyfikację takiego operatora (lub też jej odmowa) ma charakter wiążący, zob. C. Jones (ed.) (2010). *EU Energy Law Volume I: The Internal Energy Market – The Third Liberalisation Package*, Claeys & Casteels, s. 114; R. Zajdler (2011). Komentarz do dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/72/WE z dnia 13 lipca 2009 r. dotyczącej wspólnych zasad rynku wewnętrznego energii elektrycznej i uchylającej dyrektywę 2003/54/WE (Dz. Urz. UE L 09.211.55), Lex/el. 2011, art. 9 ust. 10 dyrektywy 2009/72/WE.

[26] Zob. art. 9h[1] ust. 5 ustawy Pe.

[27] Zob. art. 9h[1] ust. 6 ustawy Pe.

[28] Zob. art. 9h[1] ust. 12 ustawy Pe.

[29] Zob. art. 9h[1] ust. 9 ustawy Pe.

[30] Zob. art. 9h[1] ust. 10 ustawy Pe.

struktury prawnej, organizacyjnej, personalnej, czy kapitałowej, będących wynikiem określonych transakcji lub działań, które w istotny sposób mogłyby wpłynąć na kwestie istniejących na rynku energii elektrycznej powiązań, zagrażając tym samym niezależności samego OSP.

III. Kryteria niezależności OSP

Kryteria niezależności operatora systemu przesyłowego zostały unormowane w art. 9d ust. 1–1c ustawy Pe[31]. Zgodnie z art. 9d ust. 1 ustawy Pe operator systemu przesyłowego oraz operator systemu połączonego pozostają pod względem formy prawnej i organizacyjnej oraz podejmowania decyzji niezależni od wykonywania innych działalności niezwiązanych z:

1) przesyłaniem, dystrybucją lub magazynowaniem paliw gazowych, lub skraplaniem gazu ziemnego, lub regazyfikacją skroplonego gazu ziemnego w instalacjach skroplonego gazu ziemnego albo
2) przesyłaniem lub dystrybucją energii elektrycznej.

W celu zapewniania niezależności OSP, art. 9d ust. 1a ustawy PE stanowi, iż po pierwsze, ta sama osoba lub podmiot nie może bezpośrednio lub pośrednio wywierać decydującego wpływu[32] lub wykonywać innych praw[33] względem przedsiębiorstwa energetycznego zajmującego się produkcją, wytwarzaniem lub obrotem paliwami gazowymi albo wytwarzaniem lub obrotem energią elektryczną oraz bezpośrednio lub pośrednio wywierać decydującego wpływu lub wykonywać innych praw względem operatora systemu przesyłowego lub połączonego ani wywierać decydującego wpływu na system przesyłowy lub system połączony. Zasady te uniemożliwiają zatem jednoczesne sprawowanie kontroli nad OSP i posiadanie jakichkolwiek praw lub jakiejkolwiek kontroli nad działalnością w zakresie wytwarzania i dostaw i *vice versa*.

Po drugie, osoba taka nie może powoływać członków rady nadzorczej, zarządu lub innych organów uprawnionych do reprezentacji operatora systemu przesyłowego lub operatora systemu połączonego ani względem systemu przesyłowego lub połączonego oraz bezpośrednio lub pośrednio wywierać decydującego wpływu, lub wykonywać praw względem przedsiębiorstwa energetycznego zajmującego się produkcją, wytwarzaniem lub obrotem paliwami gazowymi albo wytwarzaniem lub obrotem energią elektryczną. Celem tej zasady jest, aby podmiot mający jakikolwiek wpływ na działalność w zakresie dostaw lub wytwarzana nie mógł mieć wpływu na

[31] Są to kryteria swoiste dla instytucji *unbundlingu* własnościowego stanowiącego najbardziej radykalną formę ingerencji w strukturę przedsiębiorstw energetycznych zintegrowanych pionowo, tj. powodującą najgłębsze rozdzielenie działalności sieciowej od pozostałych rodzajów działalności w sektorze energetycznym. Jak słusznie zauważa M. Będkowski-Kozioł, instrument ten jakkolwiek może przybrać różne formy, zasadniczo polega na ingerencji w dwa rodzaje uprawnień majątkowych przysługujących pionowo zintegrowanemu przedsiębiorstwu energetycznemu. Po pierwsze, rozdział ten prowadzi do ingerencji w prawo własności związane z aktywami sieciowymi. Po drugie obejmuje swoim zakresem prawo własności, którego przedmiotem są udziały albo akcje przedsiębiorstw energetycznych. M. Będkowski-Kozioł (2014). *Regulacja prokonkurencyjna w sektorze energetycznym*…, s. 1399.

[32] Przez pojęcie decydującego wpływu należy rozumieć w szczególności wykonywanie uprawnień, o których mowa w art. 4 pkt. 4 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 z późn. zm.). Szerzej na temat pojęcia „decydującego wpływu" zob.: M. Radziński (2015). *Rozdział własnościowy przedsiębiorstw energetycznych zintegrowanych pionowo*…, s. 14–17 zob. też: M. Będkowski-Kozioł (2009). Komentarz do art. 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. W: T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck; K. Kohutek (2008). Komentarz do art. 4. W: K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów: komentarz*. Lex/el.; K. Kohutek (2005). Komentarz do rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 z dnia 20 stycznia 2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz. Urz.UE L 04.24.1), Lex/el.

[33] Pojęcie „wykonywania prawa" odnosi się do: prawa wykonywania prawa głosu; prawa do powoływania członków rady nadzorczej, zarządu lub organów uprawnionych do reprezentacji prawnej przedsiębiorstwa lub posiadania pakietu większościowego (zob. art. 9d ust. 1b ustawy PE).Wymagania związane z prawem głosu oraz powoływaniem organów zarządzających lub nadzorujących oznaczają, iż posiadanie pakietu akcji (udziałów) wiąże się jedynie z prawami majątkowymi takimi jak, np. prawo do dywidendy (zob. C. Jones (2010). *EU Energy Law*…, s. 132). Wynika z tego, iż posiadanie takowych akcji (udziałów) nie daje jakichkolwiek praw korporacyjnych pozwalających wpływać na stosunki w spółce, współdecydować o jej organizacji i funkcjonowaniu. Innymi słowy wyłączona zostaje możliwość uczestniczenia w procesie decyzyjnym przedsiębiorstwa lub wywierania na niego wpływu. Pewna wątpliwość może nasuwać się na gruncie interpretacji sformułowania „pakietu większościowego", ustawa nie wyjaśnia bowiem czy należy przez to rozumieć pakiet obejmujący ponad 50% akcji (udziałów), czy raczej ilość akcji (udziałów) większą niż każdy inny podmiot (R. Zajdler (2011). Komentarz do dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/72/WE…, s. 14). Za pierwszy rozumieniem przemawia interpretacja literalna, z kolei za drugim cel regulacji, tj. maksymalne wyeliminowanie kontroli, R. Zajdler (2011). Komentarz do dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/72/WE…, s. 14.

powoływanie określonych organów operatora systemu przesyłowego lub właściciela systemu przesyłowego[34]. Posiadając bowiem tego typu uprawnienie, dany podmiot miałby możliwość obsadzenia organów zarządzających lub nadzorujących zaufanymi osobami, uzyskując w ten sposób istotny wpływ na operatora systemu przesyłowego[35].

Po trzecie, osoba taka nie może pełnić funkcji członka rady nadzorczej, zarządu lub innych organów uprawnionych do reprezentacji operatora systemu przesyłowego lub połączonego ani względem systemu przesyłowego lub systemu połączonego oraz pełnić tych funkcji w przedsiębiorstwie energetycznym zajmującym się produkcją, wytwarzaniem lub obrotem paliwami gazowymi albo wytwarzaniem lub obrotem energią elektryczną. Zakazanie jednoczesnego sprawowania takich funkcji w dwu lub większej liczbie przedsiębiorstw przez te same osoby miało zagwarantować, że interesy przedsiębiorstw w ten sposób powiązanych nie będą szczególnie uprzywilejowane[36]. Przepis ten w praktyce zakazuje tzw. unii personalnych polegających na łączeniu stanowisk w organach odrębnych prawnie podmiotów przez tę samą osobę[37]. Unia personalna może być bowiem źródłem posiadania przez jednego przedsiębiorcę kontroli nad drugim, nawet bez konieczności posiadania w nim większości kapitałowej[38].

IV. Forma prawna i własnościowa OSP w świetle art. 9k ustawy – Prawo energetyczne

Obecnie w Polsce funkcjonuje jeden OSP, którym w zakresie energii elektrycznej[39] jest PSE S.A. (tj. Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A.), będący jednoosobową spółką Skarbu Państwa i właścicielem majątku przesyłowego[40]. Przy czym Skarb Państwa posiada dodatkowo spore udziały w innych spółkach energetycznych prowadzących działalność w zakresie zarówno produkcji, jak i sprzedaży energii elektrycznej[41].

Dyrektywa 2003/54/WE umożliwiała państwu członkowskiemu wyznaczenie jednego lub kilku operatorów systemów przesyłowych[42]. Polska, implementując niniejszą dyrektywę, wybrała model istnienia jednego operatora systemu przesyłowego, dodatkowo zaznaczając, iż ma to być spółka

[34] R. Zajdler (2010). Komentarz do dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/72/WE…, s. 13; zob. też: Commission staff working paper, *Interpretative note on directive 2009/72/EC concerning common rules for internal market in electricity and directive 2009/73/EC concerning common rules for the internal market in natural gas. The unbundling regime*, 22.01.2010, s. 10 (dalej: *Interpretative note on directive 2009/72/EC*).

[35] K. Kohutek (2005). Komentarz do rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 z dnia 20 stycznia 2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz Urz. UE L 04.24.1), Lex/el.

[36] R. Zajdler (2011). Komentarz do dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/72/WE…, s. 13; zob. też: C. Jones (ed.) (2010). *EU Energy Law*…, s. 141.

[37] M. Będkowski-Kozioł (2009). *K*omentarz do art. 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. W: T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck, s. 158.

[38] Ibidem.

[39] W sektorze gazowym rolę OSP odgrywa GAZ-SYSTEM S.A.

[40] PSE są właścicielem całej polskiej sieci przesyłowej z wyjątkiem pewnego ograniczonego majątku, z którego korzystają na podstawie umów o użytkowanie, na mocy których prawni właściciele majątku upoważniają PSE do korzystania z instalacji. Dotyczy to przede wszystkim linii oraz pól 220 kV połączeń międzysystemowych lub krótkich odcinków linii 220 kV, umiejscowionych na terenie pięciu przedsiębiorstw (duże przedsiębiorstwa chemiczne, kopalnie węgla), Komisja Europejska, Opinia Komisji z dnia 9.04.2014 r. na podstawie art. 3 ust. 1 rozporządzenia (WE) nr 714/2009 oraz art. 10 dyrektywy 2009/72/WE – Polska – Polskie Sieci Elektroenergetyczne, C(2014) 2471 final, s. 3 (dalej: Opinia Komisji w sprawie PSE); zob. też: Raport Krajowy Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki 2013 r., s. 16; B. Nowak (2008). Adaptation of the Polish Gas and Electricity Sector to the Requirements of the EU Internal Market Directices- How far to the Competitive Electricity and Gas Market? Legal and Business Perspective. YPES 11/2007-2008, s. 62.

[41] Np. w PGE Polska Grupa Energetyczna S.A., Skarb Państwa jest głównym akcjonariuszem posiadając 61,89% akcji, zob. ww.gkpge.pl.

[42] Zgodnie bowiem z art. 8 dyrektywy 2003/54/WE *Państwa Członkowskie wyznaczają lub żądają wyznaczenia przez przedsiębiorstwa posiadające systemy przesyłowe, na okres, jaki jest ustalany przez Państwa Członkowskie, uwzględniając wymogi skuteczności i równowagi gospodarczej, jednego lub więcej operatorów systemu przesyłowego.*

będąca własnością Skarbu Państwa[43]. Ukształtowanie takiego modelu OSP uzasadniano m.in., wskazując, iż *wprowadzenie wyłączności na terenie Polski wykonywania działalności operatora systemu przesyłowego (…) zapewni optymalizację rozwoju krajowego systemu (…) elektroenergetycznego, a w szczególności sieci przesyłowej (…). Służyć to powinno wysokiemu bezpieczeństwu dostaw (…) energii elektrycznej w Polsce*[44]. Zasadniczo więc przepisy te, jak zauważa R. Zajdler, nadają monopol PSE S.A. na działalność operatorską na istniejącej sieci przesyłowej oraz na przyszłych sieciach przesyłowych w Polsce[45]. Monopol ten rozciąga się ponadto, jak podkreśla autor, na wszelkie połączenia wzajemne[46] (tzw. interkonektory) z innymi państwami członkowskimi Unii[47]. W praktyce oznacza to, iż w sytuacji, w której na terytorium Polski właścicielem sieci przesyłowej byłby podmiot prywatny, czy też podmiot z innego kraju członkowskiego UE, byłby on zmuszony do rezygnacji z zarządzania infrastrukturą na rzecz OSP, którego jedynym właścicielem jest SP[48]. Brak możliwości starania się o status OSP na wybudowanej przez siebie sieci przesyłowej może działać, jak podkreśla M. Nowacki, demotywująco na potencjalnych inwestorów do inwestycji w takie sieci na terytorium Polski[49].

O ile ograniczenie ilości OSP na terytorium Polski było dopuszczalne na gruncie drugiego pakietu energetycznego, o tyle obecnie budzi to uzasadnione wątpliwości. Należy bowiem zauważyć, iż przepisy trzeciego pakietu energetycznego umożliwiają istnienie więcej niż jednego operatora sytemu przesyłowego. Gwarantują one bowiem, iż operatorem systemu przesyłowego może być każde przedsiębiorstwo, które jest właścicielem systemu przesyłowego[50] i jednocześnie uzyskało certyfikację ze strony krajowego organu regulacyjnego, potwierdzającą jego niezależność od przedsiębiorstwa zintegrowanego pionowo[51]. Tym samym można uznać, iż regulacje krajowe w niniejszym zakresie stoją w sprzeczności z przepisami dyrektywy energetycznej[52]. Ponadto, jak słusznie podkreśla się w literaturze, prowadzą one do ograniczenia swobody zarówno przepływu kapitału, jak i przedsiębiorczości[53]. Należy przy tym zauważyć, iż sprzeczność ta nie znajduje usprawiedliwienia w argumentacji, zgodnie z którą OSP odgrywa szczególną rolę w zakresie bezpieczeństwa energii elektrycznej. Przyjęte bowiem w ramach trzeciego pakietu energetycznego

[43] R. Zajdler (b.d.). Należy umożliwić istnienie wielu operatorów systemu przesyłowego elektroenergetycznego w Polsce w projekcie ustawy Prawo energetyczne. Pobrano z: http://www.cire.pl/item,59325,2,0,0,0,0,0,nalezy-umozliwic-istnienie-wielu-operatorom-systemu-przesylowego-elektroenergetycznego-w-polsce-w-projekcie-ustawy-prawo-energetyczne.html (29.10.2013).

[44] M. Nowacki (2013). *Model prawny i własnościowy operatorów systemów przesyłowych*…, s. 155–156.

[45] R. Zajdler (b.d.). *Należy umożliwić istnienie wielu operatorów*…, www.cire.pl.

[46] Połączenia wzajemne stanowią, co zostało bezpośrednio podkreślone w art. 194 ust. 1 lit. d, istotny element funkcjonowania rynku wewnętrznego. Zapewniają one bowiem z jednej strony bezpieczeństwo energetyczne państwa, pozwalając na dostarczanie energii z innych państw, z drugiej zaś – zwiększają możliwość konkurencji na rynku krajowym poszerzając tym samym ofertę dla odbiorców, zob. R. Zajdler (b.d.). *Należy umożliwić istnienie wielu operatorów*…, www.cire.pl.

[47] Ibidem.

[48] M. Nowacki (2013). *Model prawny i własnościowy operatorów systemów przesyłowych*…, s. 157; zob. też: Z. Muras (2013). W: Z. Muras, M. Swora, *Prawo energetyczne*…, s. 729.

[49] Ibidem, s. 168.

[50] Tym samym, jak zauważa R. Zajdler inwestor, który wybuduje np. nowe wzajemne połączenia przesyłowe nie będzie zmuszony do pozbycia się jego własności na rzecz istniejących obecnie operatorów, tylko będzie mógł ubiegać się o pełnienie funkcji operatora na tym systemie, zob. R. Zajdler (b.d.). *Ilu będzie operatorów sieci przesyłowej w Polsce?* Pobrano z: http://www.codozasady.pl/ilu-bedzie-operatorow-sieci-przesylowej-w-polsce (26.11.2015).

[51] Zob. art. 9 ust. 1 lit. a oraz art. 10 ust. 2 dyrektywy 2009/72/WE.
Analiza niniejszych przepisów pozwala uznać, iż statusu OSP nie uzyska podmiot, który: a) nie spełnia wymagań w zakresie zasad dotyczących *unbundlingu*; b) nie posiada finansowych i technicznych możliwości prowadzenia działalności operatorskiej; c) nie przeszedł pozytywnie weryfikacji w ramach procedury certyfikacji tj. nie uzyskał certyfikatu niezależności (jest przy tym oczywiste, iż ostatnia z przyczyn nie uzyskania statusu OSP jest niejako wynikiem zaistnienia wcześniej wskazanych sytuacji), zob. M. Nowacki (2013). *Model prawny i własnościowy operatorów systemów przesyłowych*…, s. 162.

[52] R. Zajdler (b.d.). *Należy umożliwić istnienie wielu operatorów*…, www.cire.pl.
Przy czym należy w tym miejscu zasygnalizować, iż ustanowienie więcej niż jednego operatora systemu przesyłowego w Polsce skutkowałoby jednocześnie koniecznością przeprowadzenia daleko idących zmian w zakresie funkcjonowaniu m.in. rynku bilansującego zarządzanego przez OSP. Szersze omówienie przedmiotowego zagadnienia wykracza jednak poza ramy niniejszego artykułu.

[53] M. Nowacki (2013). *Model prawny i własnościowy operatorów systemów przesyłowych*…, s. 157.

rozwiązania umożliwiają szczegółową weryfikację podmiotu chcącego uzyskać status operatora systemu przesyłowego zarówno z innego kraju członkowskiego, jak i kraju trzeciego. Procedura certyfikacji, podczas której badana jest niezależność danego podmiotu oraz jego zaplecze finansowo-techniczne stanowi gwarancję prawidłowego wypełniania zadań operatorskich przez dany podmiot[54]. Można więc uznać, iż wykorzystanie przyjętych w dyrektywie instrumentów jest wystarczające do zapewnienia bezpieczeństwa energetycznego kraju, a tym samym nie ma podstaw, które uzasadniałyby wprowadzenie przedmiotowych ograniczeń względami bezpieczeństwa czy też innymi przesłankami o ogólnym publicznym charakterze[55].

Zauważyć należy, iż zgodnie z art. 12a ustawy Pe uprawnienia Ministra Skarbu Państwa względem spółki PSE S.A. (OSP elektroenergetycznego) wykonuje Minister Gospodarki[56]. W celu wykluczenia zatem konfliktu interesów nadzór właścicielski przeniesiony został z kompetencji Ministra Skarbu Państwa na rzecz Ministra Gospodarki[57]. Oceniając więc niezależność OSP, należy przede wszystkim odnieść się do przepisów dyrektywy, zgodnie z którymi dwa różne podmioty publiczne powinny być traktowane jako dwa niezależne podmioty[58]. Dotychczas wydane przez Komisję opinie[59] w ramach procedury certyfikacji – w tym opinia Komisji dotycząca certyfikacji PSE[60] – wskazują, iż Komisja nie neguje sprawowania kontroli przez jednego z ministrów nad OSP w sytuacji, w której inny z ministrów kontroluje przedsiębiorstwa działające w innym obszarze łańcucha elektroenergetycznego[61]. Jak stwierdzono w opinii Komisji dotyczącej duńskiej spółki Energinet.dk, elementem ustanawiającym prawdziwe odseparowanie od siebie podmiotów publicznych jest niezależna pozycja ministrów w obszarach ich kompetencji[62]. Komisja potwierdziła następnie niniejsze stanowisko w sprawie certyfikacji czeskiego operatora systemu przesyłowego CEPS[63].

Na gruncie prawa polskiego, zdaniem URE *wystarczający stopień rozdziału pomiędzy Ministerstwem Gospodarki oraz Ministerstwa Skarbu Państwa istnieje na podstawie polskiej*

[54] Ibidem, s. 167.

[55] R. Zajdler (b.d.). *Należy umożliwić istnienie wielu operatorów*…, www.cire.pl.

[56] Przekazanie zarządzania PSE z Ministerstwa Skarbu do Ministerstwa Gospodarki odbyło się we wrześniu 2013 r., w celu wdrożenia regulacji zawartych w III pakiecie energetycznym.

[57] Uprawnienia wykonywane przez Ministra Gospodarki – o których mowa w art. 12a ustawy Pe – *to wykonywanie praw z akcji należących do Skarbu Państwa, łącznie z wynikającymi z nich prawami osobistymi oraz udzielanie zgody na rozporządzanie składnikami aktywów trwałych, zaliczonymi do wartości niematerialnych i prawnych, rzeczowych aktywów trwałych lub inwestycji długoterminowych, w tym oddanie tych składników do korzystania innym podmiotom na podstawie umów prawa cywilnego lub ich wniesienie, jak wkład do spółki lub spółdzielni, jeżeli wartość rynkowa przedmiotu rozporządzenia przekracza równowartość w złotych kwoty 50 000 euro*, zob. Decyzja Prezesa URE nr DRE-4710-(13)2013/2014/4988/ZJ z dnia 4 czerwca 2014 r., Przyznanie Polskim Sieciom Energetycznym SA certyfikatu spełnienia kryteriów niezależności, *Biuletyn Branżowy URE – Energia elektryczna*, nr 81 (1677), 4 czerwca 2014 r. (dalej: Decyzja Prezesa URE w sprawie PSE), s. 26.

[58] Zob. art. 9 ust. 6 dyrektywy 2009/72/WE.

[59] Zob. m.in.: Commission's Opinion on DERA's draft certification decision for Energinet (gas), C (2012) 88, 9.1.2012 r., s. 4; Commission's Opinion on Energy Markets Inspectorate on the certification decision of Affärsverket svenska kraftnät, C (2012) 3011, 30.4.2012 r., s. 3; Opinie dostępne na stronie: http://ec.europa.eu/energy/gas_electricity/interpretative_notes/doc/certification/certifications_decisions.pdf.

[60] Opinia Komisji w sprawie PSE, s. 3–6.

[61] M. Nowacki (2013). *Model prawny i własnościowy operatorów systemów przesyłowych*…, s. 165.
Za przykład ilustrujący taką sytuację może posłużyć sprawa dotycząca certyfikacji duńskiego operatora systemu przesyłowego Energienet.dk. Podmiot ten stanowi w pełni własność państwa posiadającego także 76.49% udziałów w DONG Energy A/S, przedsiębiorstwie energetycznym prowadzącym działalność w zakresie produkcji i dostaw energii elektrycznej i gazu. Nadzór właścicielski nad Energienet.dk. sprawuje duński Minister ds. Klimatu, Energetyki i Budownictwa, podczas gdy nadzór nad DONG powierzony został duńskiemu Ministrowi Finansów. Badając niniejszą sprawę m.in. w oparciu o przepisy duńskiej konstytucji, Komisja doszła do wniosku, iż istnieje wystarczający stopień rozdziału pomiędzy niniejszymi podmiotami, gwarantujący ich niezależność; zob. I. Bernaerts (2013). The Third Internal Market Package and its Implication for Electricity and Gas Infrastructure in the EU and Beyond. W: H. Schmitt von Sydow (ed.), *EU Energy law & Policy: Yearbook 2013.* Claeys & Casteels, s. 136; zob. też: L. Hancher (2013). Unbundling and Certification: The Commision in Control. W: H. Schmitt von Sydow (ed.), *EU Energy law*…, s. 70–71; G. Mortensen i T. Andersen Thrane (2013). *The Internal Energy Market, the Unbundling of Electricity Transmission and Denmark's Road From Full Private Ownership to Full State Ownership.* ULR, *19*(5), s. 188.

[62] Commission's Opinion on DERA's draft certification decision for Energinet (electicity), C (2012) 87, 9.1.2012 r., s. 5.

[63] Commission's Opinion on EROS's draft certification decision for CEPS, C (2012) 7059, 4.10.2012 r., s. 3–4.

Konstytucji i porządku prawnego państwa, a powyższe elementy łącznie zapewniają przestrzeganie zasady indywidualnej odpowiedzialności ministrów[64]*. Mimo że obaj ministrowie są członkami tego samego organu, tj. Rady Ministrów, to są od siebie niezależni, a ich zadania są jasno określone w przepisach ustawowych i w szczegółowych rozporządzeniach sektorowych, które określają zakres kompetencji każdego ministerstwa. Rola premiera polegająca na wydawaniu ministrom poleceń jest ograniczona przez ustawę o Radzie Ministrów, która nie daje premierowi kompetencji do wydawania poleceń w sprawach prowadzonych przez podmioty podległe różnym ministrom*[65]*.* Zdaniem Komisji w oparciu o porządek konstytucyjny państwa polskiego, jak również struktury zarządzania Rady Ministrów występuje odpowiedni stopień oddzielenia tych dwóch podmiotów publicznych, tj. Ministerstwa Skarbu Państwa i Ministerstwa Gospodarki[66] oraz tych dwóch organów i premiera[67]. Można by zatem uznać, iż w Polsce działa jeden OSP w *formule pełnego rozdziału właścicielskiego*[68].

Pomimo iż Komisja dopuszcza w ramach rozdziału własności możliwość, w której dwa ministerstwa kontrolują z jednej strony działalność w zakresie wytwarzania i dostaw, a z drugiej – działalność przesyłową, może to budzić uzasadnione wątpliwości, gdyż w rzeczywistości podmioty te pozostają nadal pod wspólnym wpływem tego samego podmiotu, tj. premiera/rządu. Mimo iż formalnie rola premiera w zakresie wydawania ministrom poleceń jest ograniczona przez ustawę o Radzie Ministrów, nie można zapomnieć, iż ministrowie ponoszą też polityczną odpowiedzialność przed prezesem Rady Ministrów, który w każdym czasie i z każdego powodu może zażądać od nich złożenia rezygnacji ze stanowiska[69], co w rzeczywistości może mieć istotny wpływ na niezależność decyzyjną danego ministra. Wydaje się zatem, iż obecne regulacje nie zapewniają właściwych mechanizmów ograniczających możliwość pośredniego wpływania przez Prezesa RM

[64] Zgodnie z art. 149 ust. 1 Konstytucji, *ministrowie kierują określonymi działami administracji rządowej lub wypełniają zadania wyznaczone im przez Prezesa Rady Ministrów.* Ponadto zgodnie z art. 156 ust. 1 Konstytucji, *członkowie Rady Ministrów ponoszą odpowiedzialność przed Trybunałem Stanu za naruszenie Konstytucji lub ustaw, a także za przestępstwa popełnione w związku z zajmowanym stanowiskiem.*

[65] Opinia Komisji w sprawie PSE, s. 4; Decyzja Prezesa URE w sprawie PSE, s. 35–42.

[66] Przy czym Komisja zwróciła uwagę na fakt, iż Ministerstwo Gospodarki wykonuje prawa z akcji posiadanych przez Skarb Państwa w czterech spółkach funkcjonujących w obszarze wytwarzania i dostaw energii elektrycznej oraz gazu ziemnego. Wszystkie te podmioty (tj. Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A. w Bytomiu, Katowicki Holding Węglowy S.A. w Katowicach, Kompania Węglowa S.A. w Katowicach oraz Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. w Jastrzębiu Zdroju) prowadzą działalność w sektorze węglowym nad którym nadzór sprawuje Minister Gospodarki. Niemniej jednak Komisja wyraziła zgodę, w odniesieniu do trzech z tych spółek wskazując, iż biorąc pod uwagę *niewielkie ilości wytwarzanej energii elektrycznej (łącznie jest to ilość mniejsza niż 0,05 % energii elektrycznej wytwarzanej w Polsce) oraz uwzględniając fakt, że energia elektryczna jest wytwarzana w wydzielonych systemach, które nie są podłączone do sieci przesyłowej PSE, Ministerstwo Gospodarki nie ma powodów ani możliwości, aby nadużywać swoich wpływów w celu promowania swoich interesów w tych spółkach ze szkodą dla użytkowników sieci PSE. Komisja uważa jednak za istotne, aby URE nadal monitorował działalność tych spółek i zapewniał, by pozostawała ona ograniczona do wydzielonych obszarów, w których obecnie prowadzą działalność.* Natomiast pewne obawy Komisja wyraziła w stosunku do czwartego podmiotu, tj. Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A., wskazując, iż *spółka ta posiada 100 % akcji w Spółce Energetycznej „Jastrzębie" S.A., która wytwarza energię elektryczną i ciepło w elektrociepłowniach: EC Moszczenica, EC Zofiówka, EC Pniówek i EC Suszec o łącznej mocy 125 MWe i 598 MWt. Spółka ta posiada koncesję na wytwarzanie energii elektrycznej oraz na wytwarzanie i przesyłanie ciepła. Z projektu decyzji nie wynika w jasny sposób czy w przypadku tej spółki mają zastosowanie takie same ograniczenia, jak w przypadku trzech innych spółek. W informacjach dodatkowych przedłożonych przez URE wyjaśniono dodatkowo, że 96% energii elektrycznej wytworzonej przez Spółkę Energetyczną „Jastrzębie" S.A. wykorzystuje jej spółka dominująca – Jastrzębska Spółka Węglowa S.A., a cała pozostała sprzedaż ogranicza się do rynku lokalnego. W związku z powyższym Komisja zaleca, by URE uwzględnił te dodatkowe informacje i ocenił w decyzji ostatecznej, czy Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. również spełnia odpowiednie kryteria. Ponadto Komisja uważa za istotne, aby URE nadal monitorował działalność tej spółki i zapewniał, by pozostawała ona ograniczona do wydzielonych obszarów, w których prowadzi ona obecnie działalność,* Opinia Komisji w sprawie PSE, s. 4–5.

[67] Opinia Komisji w sprawie PSE, s. 4; Decyzja Prezesa URE w sprawie PSE, s. 35–42.
Ponadto jak podkreślono w decyzji Prezesa URE w sprawie PSE, *Minister Skarbu Państwa nie jest uprawniony do wykonywania wobec PSE bezpośrednio ani pośrednio jakichkolwiek praw ani wywierania jakiegokolwiek wpływu, gdyż w odniesieniu do akcji PSE, Skarb Państwa reprezentowany jest przez Ministra Gospodarki. Oba te podmioty są, jak wskazano w przedmiotowej decyzji, całkowicie od siebie niezależne w zakresie swych czynności w obszarze obrotu prywatnego i nawet fakt zasiadania we wspólnym organie, jakim jest Rada Ministrów, nie powoduje pomiędzy nimi jakichkolwiek zależności o charakterze prywatnoprawnym (sfera dominium). Rada Ministrów jest bowiem organem państwa w sferze imperium i sprawuje swe funkcje władcze w zakresie publicznoprawnym. Nie ma i nie może mieć wpływu na decyzje poszczególnych funkcjonariuszy (organów) państwowych w odniesieniu do ich czynności podejmowanych w zakresie reprezentacji Skarbu Państwa w obrocie prywatnoprawnym,* Decyzja Prezesa URE w sprawie PSE, s. 35.

[68] Raport Krajowy Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki 2013 r., s. 16; zob. też: M. Izbicki (2013). *Ewolucja unijnej regulacji unbundlingu a projekt ustawy – Prawo energetyczne*. EPS, z. 5, Lex/el.

[69] L. Garlicki (2007). *Polskie prawo konstytucyjne – zarys wykładu*. Warszawa: LIBER, s. 282–289.

na Ministra Gospodarki w zakresie sprawowanego przez niego nadzoru właścicielskiego nad PSE S.A. Ponadto należy pamiętać, iż premier określa w drodze rozporządzenia szczególny zakres działania ministra. Co więcej, wątpliwości budzi, w świetle konieczności zachowania niezależności przez danych ministrów w obszarach ich kompetencji, możliwość połączenia przez premiera, w wyniku zmian personalnych i strukturalnych w rządzie, dwóch odrębnych do tej pory ministerstw (a tym samym skupienie różnych obszarów działalności w obrębie jednego podmiotu). Wydaje się w tej sytuacji, iż bezpieczniejszym rozwiązaniem byłoby ustanowienie przez państwo niezależnej agencji (będącej własnością publiczną), tj. prawnie odrębnego i funkcjonalnie samodzielnego podmiotu, minimalizując tym samym w znaczący sposób ryzyko pośredniego ograniczenia jego niezależności decyzyjnej[70].

V. Podsumowanie

Zmiany wprowadzone w ramach trzeciego pakietu energetycznego stawiają pod znakiem zapytania dalsze utrzymywanie dotychczasowego krajowego modelu funkcjonowania operatora systemu przesyłowego. Wydaje się, iż fundamentalnej zmiany wymaga zasada, zgodnie z którą na terytorium Polski może funkcjonować wyłącznie jeden OSP nadzorowany przez organ administracji publicznej. Przepisy dyrektywy 2009/72/WE umożliwiają bowiem funkcjonowanie więcej niż jednego operatora systemu przesyłowego w Polsce. Regulacje krajowe w tym zakresie pozostają zatem w sprzeczności z wymaganiami prawa Unii Europejskiej[71]. Zasadnie podkreśla Z. Muras, że biorąc pod uwagę, iż obecnie na terytorium RP zostali już wyznaczeni OSP elektroenergetyczny i OSP gazowy, należy przyjąć, że każde inne przedsiębiorstwo energetyczne posiadające koncesję na przesyłanie energii elektrycznej lub paliw gazowych będzie musiało powierzyć wykonywanie funkcji operatora już istniejącym podmiotom[72]. Nie ma bowiem *ex lege*, jak podkreśla autor, możliwości wyznaczenia więcej aniżeli jednego operatora systemu przesyłowego[73]. Oznacza to w praktyce pełną kontrolę państwa nad wszystkimi OSP. Ponadto wątpliwości – w kontekście zapewnienia niezależności OSP – budzi sytuacja, w której dwa ministerstwa kontrolują z jednej strony działalność w zakresie wytwarzania i dostaw, a z drugiej – działalność przesyłową. Jak słusznie bowiem zauważa F. Grzegorczyk, *jest oczywistą nieprawdą, iż dwaj ministrowie tego samego rządu stanowią niepowiązane ze sobą organy władzy publicznej*[74]. Nie można bowiem, jak wskazuje autor, *dwóch ministrów tego samego rządu traktować (w sensie obiektywnym) jako podmiotów odrębnych*[75]. Pomimo iż dyrektywa 2009/72/WE dopuszcza taką możliwość, niemniej jednak jest to błędne założenie. Wydaje się bowiem, iż takie rozwiązanie nie zapewnia właściwych

[70] Podobnie: R. Zajdler (2011). Komentarz do dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/72/WE…, s. 14. Ustanowienie takiego podmiotu wiązałoby się więc w praktyce z koniecznością zapewnienia mu niezależności pod względem „organizacji" i „procesu decyzyjnego". Tym samym dla właściwego wykonywania swoich obowiązków podmiot taki musiałby dysponować niezbędnymi zasobami kadrowymi, fizycznymi, technicznymi oraz finansowymi. Ponadto kluczową kwestią byłoby zagwarantowanie mu niezależności decyzyjnej rozumianej przede wszystkim jako możliwość samodzielnego podejmowania decyzji we wszystkich sprawach dotyczących jego działalności, zgodnie z przepisami prawa i w celu wykonania powierzonych mu zadań. Ingerencja ze strony organów państwowych dotycząca m.in. możliwości podejmowania decyzji w zakresie jego działalności powinna być ograniczone tylko do przypadków określonych w ustawie.

[71] R. Zajdler (b.d.). *Należy umożliwić istnienie wielu operatorom systemu przesyłowego*…, www.cire.pl.

[72] Z. Muras (2013). W: Z. Muras, M. Swora (red.), *Prawo energetyczne*…, s. 729.

[73] Ibidem.

[74] F. Grzegorczyk (2009). *Przedsiębiorstwo publiczne kontrolowane przez państwo.* Warszawa: LexisNexis, s. 239 oraz s. 395.

[75] Ibidem. Odmienne stanowisko zdaje się prezentować Z. Muras, który wskazuje, *iż odpowiednim sposobem uregulowania kwestii sprawowania kontroli nad OSP, w związku z przepisami dotyczącymi procedury certyfikacji, jest przyznanie nadzoru nad operatorami systemu przesyłowego ministrowi, który w ramach powierzonych mu zadań nie sprawuje kontroli nad przedsiębiorstwami prowadzącymi działalność w zakresie wytwarzania lub sprzedaży energii elektrycznej lub gazu*. Niemniej jednak należy zauważyć, iż autor w swojej opinii nie odnosi się do istniejących „zależności" pomiędzy danym ministrem a premierem, Z. Muras (2013). *Niezależność operatorów systemu – jako jeden z podstawowych desygnatów liberalizacji*…, s. 182.

mechanizmów gwarantujących niezależność decyzyjną Ministra Gospodarki – w ramach sprawowanego przez niego nadzoru właścicielskiego nad PSE S.A. – co rodzić może uzasadnione ryzyko pośredniego wpływania na jego decyzje np. ze strony Prezesa RM. Co więcej, wydaje się, iż uregulowanie dopuszczające możliwość, w której dwa ministerstwa kontrolują z jednej strony działalność w zakresie wytwarzania i dostaw, z drugiej zaś – działalność przesyłową, a jednocześnie nadal pozostają pod wspólnym wpływem tego samego podmiotu, tj. premiera, stoi w sprzeczności z wykładnią celowościową przepisów dotyczących rozdziału własności, który zmierza do zapewnienia całkowitej niezależności eksploatacji infrastruktury sieciowej od interesów związanych z dostawami i wytwarzaniem energii elektrycznej oraz uniemożliwienia wymiany jakichkolwiek informacji poufnych.

Bibliografia

Bernaerts, I. (2013). The Third Internal Market Package and its Implication for Electricity and Gas Infrastructure in the EU and Beyond. W: H. Schmitt von Sydow (ed.), *EU Energy law & Policy: Yearbook 2013.* Claeys & Casteels.

Będkowski-Kozioł, M. (2009). Komentarz do art. 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. W: T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck.

Będkowski-Kozioł, M. (2014). Regulacja prokonkurencyjna w sektorze energetycznym – elektroenergetyce, gazownictwie i energetyce cieplnej. W: M. Kępiński (red.), *System Prawa Prywatnego*. Tom XV. *Prawo konkurencji*. Warszawa: C.H. Beck, Instytut Nauk Prawnych PAN.

Garlicki, L. (2007). *Polskie prawo konstytucyjne – zarys wykładu*. Warszawa: LIBER.

Grzegorczyk, F. (2009). Przedsiębiorstwo publiczne kontrolowane przez państwo. Warszawa: LexisNexis.

Hancher, L. (2013). Unbundling and Certification: The Commision in Control. W: H. Schmitt von Sydow (ed.), *EU Energy law & Policy: Yearbook 2013*. Claeys & Casteels.

Hauser, R., Niewiadomski, Z. i Wróbel, A. (red.) (2013). *System Prawa Administracyjnego. Publiczne prawo gospodarcze* (t. 8b). Warszawa: C.H. Beck.

Izbicki, M. (2013). Ewolucja unijnej regulacji unbundlingu a projekt ustawy – Prawo energetyczne. EPS, z. 5, Lex/el.

Jones, C. (ed.) (2010). *EU Energy Law Volume I: The Internal Energy Market – The Third Liberalisation Package*, Deventer, The Netherlands: Claeys & Casteels.

Kohutek, K. (2005). Komentarz do rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 z dnia 20 stycznia 2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz. Urz. UE L 04.24.1), Lex/el.

Kohutek, K. (2008). Komentarz do art. 4. W: K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. komentarz*, Lex/el.

Mortensen, G. i Andersen Thrane, T. (2013). The Internal Energy Market, the Unbundling of Electricity Transmission and Denmark´s Road From Full Private Ownership to Full State Ownership. ULR, *19*(5).

Muras, Z. (2013). Niezależność operatorów systemu – jako jeden z podstawowych desygnatów liberalizacji rynku gazu ii energii de lege lata i de lege ferenda. W: M. Rudnicki, K. Sobieraj (red.), *Nowe prawo energetyczne*. Lublin: Wydawnictwo KUL.

Nowacki, M. (2013). Model prawny i własnościowy operatorów systemów przesyłowych w Polsce – uwagi de lege lata i de lege ferenda w świetle prawa Unii Europejskiej. W: A. Walaszek-Pyzioł (red.), *Regulacja – innowacja w sektorze energetycznym*. Warszawa: C.H. Beck.

Nowak, B. (2008). Adaptation of the Polish Gas and Electricity Sector to the Requirements of the EU Internal Market Directices- How far to the Competitive Electricity and Gas Market? Legal and Business Perspective. YPES 11/2007–2008.

Pawełczyk, M. (2011). Unbundling jako przejaw prokonkurencyjnych mechanizmów europeizacji prawa energetycznego. W: H. Gronkiewicz-Waltz, K. Jaroszyński (red.), *Europeizacja publicznego prawa gospodarczego*. Warszawa: C.H. Beck.

Radziński, M. (2015). Rozdział własnościowy przedsiębiorstw energetycznych zintegrowanych pionowo a problematyka inwestorów finansowych w świetle przepisów dyrektywy 2009/72/WE. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, 3.

Raport Krajowy Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki 2013 r.

Strzyczkowski, K. (2011). *Prawo gospodarcze publiczne*. Warszawa: LexisNexis.

Swora, M. i Muras, Z. (2010). *Prawo energetyczne. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer.

Szydło, M. (2005). Dostęp do sieci infrastrukturalnych na zliberalizowanych rynkach Unii europejskiej. PiP, 1.

Szydło, M. (2007). Unbundling własnościowy (ownership unbundling) jako instrument regulacyjny w sektorze energetycznym (cz. I i II). PUG, 2–3.

Walaszek-Pyzioł, A. (2012). ENTSO-E – nowa forma instytucjonalnego współdziałania w celu stworzenia wspólnego rynku energii elektrycznej na obszarze Unii Europejskiej. PUG, 9.

ww.gkpge.pl.

Zajdler, R. (2011). Komentarz do dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/72/WE z dnia 13 lipca 2009 r. dotyczącej wspólnych zasad rynku wewnętrznego energii elektrycznej i uchylającej dyrektywę 2003/54/WE (Dz.U.UE.L.09.211.55), Lex/el.

Zajdler, R. (b.d.). Ilu będzie operatorów sieci przesyłowej w Polsce? Pobrano z: http://www.codozasady.pl/ilu-bedzie-operatorow-sieci-przesylowej-w-polsce (26.11.2015).

Zajdler, R. (b.d.). Należy umożliwić istnienie wielu operatorów systemu przesyłowego elektroenergetycznego w Polsce w projekcie ustawy Prawo energetyczne. Pobrano z: http://www.cire.pl/item,59325,2,0,0,0,0,0,nalezy-umozliwic-istnienie-wielu-operatorom-systemu-przesylowego-elektroenergetycznego-w-polsce-w-projekcie-ustawy-prawo-energetyczne.html (29.10.2013).

Joanna Affre*, Piotr Skołubowicz**

Analiza problemów związanych z regulacją relacji pomiędzy dostawcami produktów spożywczych i rolnych a sieciami handlowymi na podstawie rozwiązań zaproponowanych w projekcie ustawy PSL o nieuczciwych praktykach rynkowych

Spis treści

I. Wprowadzenie
II. Zakres zastosowania Projektu a obowiązujące przepisy
III. Kierunek w UE
IV. Zakres podmiotowy Projektu
V. Katalog nieuczciwych praktyk
VI. Zakaz pobierania opłat półkowych w Projekcie
VII. Stosowanie przepisów i tryb postępowania
VIII. Ciężar dowodu w sprawach z zakresu nieuczciwych praktyk rynkowych
IX. Zasady Prowadzenia Działalności
X. Zagadnienie zgodności Projektu z konstytucją
XI. Podsumowanie

Streszczenie

Artykuł zawiera ocenę rozwiązań zaproponowanych w złożonym w poprzedniej kadencji Sejmu przez grupę posłów PSL projekcie ustawy o zwalczaniu nieuczciwych praktyk rynkowych przedsiębiorców zajmujących się obrotem produktami spożywczymi lub rolnymi wobec dostawców tych produktów. Autorzy krytycznie oceniają zaproponowaną regulację jako źle zredagowaną, oderwaną od obecnych rozwiązań i stanowiącą próbę odgórnego sterowania procesem zawierania umów w sektorze handlu produktami rolnymi i spożywczymi. Kolejno opisane zostały poszczególne „nieuczciwe praktyki rynkowe", ze szczególnym uwzględnieniem ujętej w nowy sposób kwestii zakazu pobierania opłat półkowych. Autorzy analizują także zaproponowaną procedurę stosowania tych przepisów, wskazując na zagrożenie dla równości stron w postępowaniu (kwestia przerzucenia ciężaru dowodu) i sprawności funkcjonowania UOKiK (ustanowienie trybu wnioskowego postępowania). Artykuł kwestionuje również konstytucyjność rozwiązań zawartych w projekcie ustawy.

* Joanna Affre – adwokat; absolwentka Uniwersytetu Wrocławskiego oraz studiów podyplomowych z zakresu nauk politycznych (IEP Strasbourg Francja), prawa wspólnotowego (Lyon III Francja) i prawa konkurencji (King's College, Londyn, Wielka Brytania); e-mail: joanna.affre@affre.pl.
** Piotr Skołubowicz – absolwent Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego; e-mail: piotr.skolubowicz@affre.pl.

Słowa kluczowe: nieuczciwe praktyki rynkowe; opłaty półkowe; dostawcy; produkty spożywcze; produkty rolne; Konstytucja.

JEL: K29

I. Wprowadzenie

Posłowie PSL złożyli pod koniec poprzedniej kadencji Sejmu projekt ustawy o zwalczaniu nieuczciwych praktyk rynkowych przedsiębiorców zajmujących się obrotem produktami spożywczymi lub rolnymi wobec dostawców tych produktów (dalej: Projekt)[1], który przepadł na skutek działania zasady dyskontynuacji. Z doniesień prasowych i wypowiedzi polityków Prawa i Sprawiedliwości wynika jednak, że również oni planują przedstawić projekt[2] regulujący tę materię, przy użyciu zbliżonych instytucji. Jego złożenie zapowiadane było jeszcze przed wyborami[3].

Na liście 19 projektów proponowanych przez PiS, które mają poprawić sytuację rolników, znalazła się pozycja o tytule łudząco podobnym do Projektu – „ustawa o zapobieganiu nieuczciwym praktykom rynkowym stosowanym wobec dostawców produktów spożywczych i rolnych przez przedsiębiorców zajmujących się obrotem tymi produktami"[4]. Co więcej, można zakładać, że dla rządu będzie ona stanowiła jeden z priorytetów. Krzysztof Jurgiel, obecnie minister rolnictwa w rządzie PiS, wśród najpilniejszych zadań dotyczących rolnictwa wymienił na pierwszym miejscu ustawę zapobiegającą nieuczciwej konkurencji[5].

Wszystko to prowadzi do wniosku, że zagadnienia ujęte w Projekcie pozostają aktualne. Ze względu na ich poważne implikacje dla swobodnego rozwoju handlu w naszym kraju, zasadne jest więc przeprowadzenie analizy przygotowanego w poprzedniej kadencji Sejmu Projektu. W chwili złożenia tego artykułu projekt PiS nie został jeszcze udostępniony publicznie, stąd nie jest możliwa jego szczegółowa ocena. Zakładamy jednak, że poniższe uwagi będą adekwatne również do rozwiązań zaprojektowanych przez PiS, wszędzie tam, gdzie będą one analogiczne do przewidzianych w Projekcie.

Celem Projektu, zgodnie z jego uzasadnieniem, było wyeliminowanie z łańcucha dostaw żywności stosowania nieuczciwych praktyk przez segment handlu, w tym handlu wielkopowierzchniowego. Pod nazwą „nieuczciwe praktyki rynkowe" kryć się miały m.in. takie działania sprzedawców, jak narzucanie niskich cen, wydłużonych terminów płatności czy tzw. opłat półkowych (opłat za przyjęcie towaru dostawcy do sprzedaży).

Autorzy Projektu chcieli osiągnąć zamierzony cel zarówno poprzez stworzenie zamkniętego katalogu zakazanych praktyk i nakładanie kar, jak i działania prewencyjne polegające na nałożeniu obowiązku publikowania przez sieci na stronach internetowych „Zasad Prowadzenia

[1] Druk sejmowy nr 3604. Pobrano z: http://www.sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/PrzebiegProc.xsp?id=5E943389896EAE25C1257E7B004BA7C2.

[2] *Rezolucja PiS w sprawie sytuacji polskiego rolnictwa oraz propozycje ustawowe PiS dla rolników*. Konferencja prasowa z dnia 11.02.2015 r. Pobrano z: http://www.sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/transKonf.xsp?rok=2015&month=02&page=2#3EE73494A94FBDB6C1257DE9003F7BE0.

[3] *PiS z własnymi pomysłami ws. nieuczciwych praktyk*, artykuł z dnia 23.07.2015 r. Pobrano z: http://www.portalspozywczy.pl/handel/wiadomosci/pis-z-wlasnym-pomyslami-ws-nieuczciwychpraktyk,117162.html .

[4] *Ochrona ziemi i ubezpieczenia to dla PiS najpilniejsze sprawy w rolnictwie*, artykuł z dnia 6.11.2015 r. Pobrano z: http://wyborcza.pl/1,91446,19146493,ochrona-ziemi-i-ubezpieczenia-to-dla-pis-najpilniejsze-sprawy.html

[5] *Kowalczyk: priorytety to obrona ziemi oraz ubezpieczenia upraw. Mówi minister rolnictwa?*, artykuł z dnia 1.11.2015 r. Pobrano z: http://kurier.pap.pl/depesza/157835/Kowalczyk-priorytety-to-obrona-ziemi-oraz-ubezpieczenia-upraw--Mowi-minister-rolnictwa.

Działalności" w zakresie usług świadczonych dostawcom. Stosowanie nowego prawa miało stanowić kompetencję Prezesa UOKiK.

Projekt wzbudził liczne kontrowersje związane zarówno z używaną nomenklaturą, zastosowanymi mechanizmami ochrony, jak i techniką legislacyjną i był krytykowany zarówno przez zwolenników, jak i przeciwników dalszej regulacji relacji pomiędzy dostawcami i sieciami.

W związku z zapowiedziami PiS, nadal aktualne jest pytanie czy istnieje potrzeba stworzenia dodatkowej regulacji chroniącej jedną grupę dostawców – dostawców produktów rolnych i spożywczych – skoro ochrona wszystkich przedsiębiorców (bez względu na sektor działalności) realizowana jest na podstawie innych ustaw. Jest to również pytanie o dopuszczalność przyjęcia zawartych w Projekcie rozwiązań z punktu widzenia Konstytucji, jej zgodność z zasadą proporcjonalności i równości. Celem artykułu jest przedstawienie tych problemów i wskazanie potencjalnych konsekwencji prawnych wynikających z zaproponowanych rozwiązań.

II. Zakres zastosowania Projektu a obowiązujące przepisy

Ochrona przedsiębiorców przed nieuczciwymi praktykami partnerów handlowych, w tym dużo silniejszych kontrahentów, realizowana jest już teraz na podstawie obowiązujących przepisów, przede wszystkim ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r. (Dz.U. 1993, Nr 47 poz. 211, z późn. zm.; dalej: uznk). W uznk zdefiniowane zostało ogólne pojęcie „czynu nieuczciwej konkurencji" (art. 3 ust. 1), którym jest każde działanie przedsiębiorcy sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, które zagraża interesowi przedsiębiorcy lub klienta, lub wprost narusza ten interes. Ponadto regulacja ta zawiera otwarty katalog praktyk, które stanowią czyny nieuczciwej konkurencji. Pokrzywdzony przedsiębiorca może na podstawie uznk dochodzić odszkodowania i zwrotu bezprawnie uzyskanych od niego korzyści.

W art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk został zdefiniowany szczególny rodzaj czynu nieuczciwej konkurencji – pobieranie innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży, zwany zakazem pobierania opłat półkowych. Przepis ten najczęściej znajduje zastosowanie w sporach między sieciami handlowymi a dostawcami towarów.

Projekt w art. 3 ust. 2 pkt 1 również zawierał zakaz narzucania takich opłat. Gdyby taka regulacja weszła w życie, istniałyby obok siebie dwa zespoły przepisów służące temu samemu: zwalczaniu opłat półkowych. Mogłoby to prowadzić do zjawiska przeregulowania[6]. Niezależnie od siebie zajmowałyby się tymi samymi sprawami sądy cywilne i organ administracji.

Oceniając stosunek uznk do materii ujętej w Projekcie, należy podkreślić, że obowiązująca ustawa obejmuje zakresem ochrony wszystkich przedsiębiorców – także producentów i dostawców produktów spożywczych i rolnych. Tym samym brakuje uzasadnienia dla wprowadzania kolejnej, szczególnej regulacji adresowanej wyłącznie do relacji pomiędzy odbiorcami a dostawcami działającymi w łańcuchu dostaw produktów spożywczych i rolnych.

Projekt w błędny sposób używał pojęć właściwych dla innych ustaw. Autorzy postanowili posłużyć się pojęciem „nieuczciwych praktyk rynkowych" w odniesieniu do relacji B2B. Przyjęcie takiej nomenklatury jest mylące, gdyż tym samym pojęciem posługuje się ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym z dnia 23 sierpnia 2007 r. (Dz.U. 2007, Nr 171, poz. 1206,

[6] Takie zagrożenie związane z wprowadzaniem przepisów mających na celu administracyjnoprawny model zwalczania opłat półkowych, funkcjonujący obok cywilnoprawnego, wskazywali już C. Banasiński i M. Bychowska (2008). Utrudnianie dostępu do rynku poprzez pobieranie innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży (art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k.). *Przegląd Prawa Handlowego*, 8, s. 17.

z późn zm.; dalej: upnpr), regulująca relacje B2C. Zgodnie z art. 4 ust. 1 upnpr, „praktyka rynkowa stosowana przez przedsiębiorców wobec konsumentów jest nieuczciwa, jeżeli jest sprzeczna z dobrymi obyczajami i w istotny sposób zniekształca zachowanie rynkowe przeciętnego konsumenta przed zawarciem umowy dotyczącej produktu, w trakcie jej zawierania lub po jej zawarciu".

Tymczasem Projekt dotyczył relacji B2B i jego zakres łączył się z czynami nieuczciwej konkurencji. Być może posłużenie się pojęciem do tej pory zarezerwowanym do oceny relacji B2C wynikało również z powierzenia Prezesowi UOKiK pieczy nad stworzonym modelem zwalczania nieuczciwego postępowania przedsiębiorców wobec ich profesjonalnych kontrahentów. To ten organ zazwyczaj rozpatruje sprawy dotyczące istotnych przypadków nieuczciwych praktyk rynkowych, które naruszają zbiorowe interesy konsumentów. Można więc zaryzykować stwierdzenie, że Projekt w zamierzeniu twórców miał być odpowiednikiem upnpr, tyle że odnoszącym się do relacji B2B i to jedynie wtedy, kiedy przedsiębiorca jest dostawcą produktów spożywczych lub rolnych.

Bardziej prawdopodobne wydaje się jednak, że użycie tego pojęcia było skutkiem pomyłki. Inaczej niż polski ustawodawca, prawodawstwo unijne jest konsekwentne: w kontekście relacji B2C posługuje się pojęciem *unfair commercial practices*, przy B2B – *unfair trading practices*. Prawdopodobnie użycie w Projekcie słów „nieuczciwe praktyki rynkowe" wynikło po prostu z nieudanej próby oddania tego drugiego terminu. Jeżeli określenie to się spopularyzuje, dwa zupełnie różne zjawiska będą opisywane tym samym pojęciem, co jest wysoce niepożądane z punktu widzenia zasad poprawnej legislacji[7]. O upowszechnianiu się tej niewłaściwej tendencji świadczy użycie określenia „nieuczciwe praktyki rynkowe" również w tytule tworzonego przez PiS projektu ustawy chroniącej dostawców.

Projekt ingerował również w przepisy innych ustaw, takich jak ustawa o terminach zapłaty w transakcjach handlowych z dnia 8 marca 2013 r. (Dz.U. z 2013 r., poz. 403; dalej: ustawa o terminach zapłaty); ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów z 16 lutego 2007 r. (Dz.U. 2007 Nr 50, poz. 331 z późn. zm.; dalej: uokik) czy ustawa – Kodeks cywilny z dnia 23 kwietnia 1964 r. (Dz.U. 1964 Nr 16, poz. 93 z późn. zm.; dalej: kc). Częściowo powielał dotychczasowe regulacje, częściowo z nimi kolidował.

Porównanie obecnie funkcjonujących regulacji i Projektu oraz konkretne przykłady obowiązujących norm, na które wpływałyby zaproponowane przez posłów PSL przepisy, wskazane zostaną poniżej.

III. Kierunek w UE

Jak przyznali autorzy Projektu w jego uzasadnieniu, dotyczył on materii nieuregulowanej w prawie unijnym. Nieprzypadkowo nie ma w zakresie *unfair trading practices* unijnych dyrektyw lub rozporządzeń. Problem nieuczciwych praktyk w łańcuchu dostaw był wielokrotnie badany przez instytucje Unii Europejskiej, w szczególności Komisję Europejską (dalej: Komisja), która doszła do wniosku, że regulacja taka nie jest obecnie potrzebna.

[7] Zamieszanie potęguje fakt, że polskojęzyczne wersje unijnych dokumentów również posługują się jednym pojęciem, opisując zarówno zjawiska B2C, jak i B2B, przy użyciu sformułowania „nieuczciwa praktyka handlowa". Przykładowo wskazać można Zieloną Księgę w sprawie nieuczciwych praktyk handlowych w łańcuchu dostaw produktów spożywczych i niespożywczych między przedsiębiorstwami (relacje B2B) oraz Dyrektywę 2005/29/WE dotycząca nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów na rynku wewnętrznym (relacje B2C), której implementację stanowi upnpr. Właściwe byłoby uporządkowanie tego systemu, poprzez precyzyjne posługiwanie się pojęciem „nieuczciwa praktyka rynkowa" jako odpowiednikiem dla *unfair commercial practice* (relacje B2C) oraz „nieuczciwa praktyka handlowa" dla *unfair trading practice* (relacje B2B).

W dniu 31 stycznia 2013 r. Komisja opublikowała Zieloną Księgę w sprawie nieuczciwych praktyk handlowych w łańcuchu dostaw produktów spożywczych i niespożywczych między przedsiębiorstwami (dalej: Zielona Księga). Jak wskazuje tytuł tego dokumentu, nieuczciwe praktyki handlowe w relacjach B2B mogą dotknąć zarówno produktów spożywczych jak i niespożywczych i nie ma podstaw do ograniczania ochrony tylko do pierwszej kategorii przedsiębiorców. Co więcej – jak wynika z lektury Zielonej Księgi – „źródłem braku równowagi może być każda ze stron relacji B2B: ofiarami nieuczciwych praktyk handlowych mogą paść tak detaliści, jak i dostawcy, a praktyki te mogą mieć miejsce na każdym etapie łańcucha dostaw B2B produktów detalicznych". Tymczasem Projekt chronił tylko dostawców.

Komisja stwierdziła, iż w różnych krajach problem nieuczciwych praktyk handlowych został różnie rozwiązany. W większości państw funkcjonują odpowiednie przepisy prawa cywilnego i handlowego. W części krajów istnieją regulacje odnoszące się do łańcucha dostaw produktów spożywczych. Inne regulują tę kwestię, ogólnie zakazując nieuczciwych praktyk handlowych we wszystkich sektorach. Komisja scharakteryzowała również zachowania, które mogą nosić znamiona nieuczciwych praktyk handlowych:

1) **wieloznaczne warunki handlowe** – jeżeli umożliwiają późniejsze narzucenie słabszej stronie dodatkowych zobowiązań, które nie wynikałyby w jasny sposób z umowy;
2) **brak pisemnej umowy** – chyba że podpisanie pisemnej umowy jest niewykonalne dla jednej lub obu stron;
3) **zmiany umowy z mocą wsteczną** – jeśli nie zostały uprzednio uzgodnione w odpowiednio precyzyjny sposób;
4) **przenoszenie ryzyka handlowego na słabszego partnera** – w postaci takich zachowań, jak żądanie rekompensaty od słabszej strony za poniesione straty, pobieranie rażąco zawyżonych opłat za usługi lub żądanie opłat za usługi niewykonane;
5) **nieuczciwe wykorzystanie informacji** – na przykład poprzez uchylanie się przez silniejszą stronę od obowiązku poufności, niedopełnienie takiego obowiązku lub wykorzystywanie zdobytych informacji, np. do opracowania własnego produktu;
6) **nagłe i nieuzasadnione rozwiązanie stosunku handlowego** – bez okresu wypowiedzenia, uniemożliwiające odzyskanie zainwestowanych środków;
7) **terytorialne ograniczenia dostaw** – jest to czyn, który popełniają wielonarodowi dostawcy towarów, zainteresowane w uzyskaniu różnych warunków w różnych krajach i z tego względu utrudniający przepływ towarów pomiędzy krajami na dalszych ogniwach łańcucha dostaw. Różnicowanie cen w zależności od kraju jest nieuczciwe, o ile nie uzasadniają tego obiektywne względy wydajności, np. kwestie logistyczne.

Komisja, omawiając każdą z tych praktyk, wskazała, że mogą one stanowić nieuczciwe praktyki, jeśli zostaną spełnione wskazane powyżej kryteria. Zatem praktyki te nie zostały uznane za nieuczciwe *per se*. Jedynym sektorem, w którym doszło do bardziej szczegółowej regulacji jest sektor mleka i przetworów mlecznych[8], jednak i w tym wypadku regulacja dotyczy tylko niektórych kwestii opisanych w punktach 1–7 powyżej.

[8] Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 261/2012 z dnia 14.03.2012 r. w sprawie zmiany rozporządzenia (WE) nr 1234/2007 w odniesieniu do stosunków umownych w sektorze mleka i przetworów mlecznych.

Warto wskazać, że w odniesieniu do rabatów posprzedażowych (opustów), które na gruncie Projektu miałyby być zakazane, Komisja Europejska stwierdziła jedynie, że praktyka ich stosowania mogłaby być uznana za nieuczciwą w sytuacji, gdy rabaty takie nie zostałyby uprzednio uzgodnione w wystarczająco precyzyjny sposób[9]. Ze stanowiska Komisji wynika więc, że gdy rabat posprzedażowy został przez strony określony w precyzyjny sposób, to należy przyjąć, że jest on dozwolony i nie stanowi nieuczciwej praktyki handlowej.

Podkreślić warto, że Komisja w sposób wyraźny różnicuje i oddziela pojęcie rabatu posprzedażowego (jako formy zmiany umowy z mocą wsteczną) od stosowania praktyk „odwróconej marży", czyli opłat półkowych. Tymczasem Projekt zakazywał stosowania opustów jako formy pobierania opłat półkowych. Co więcej, wskazać należy, że również samo pobieranie opłat półkowych nie jest przez Komisję opisane jako czyn nieuczciwy *per se*, ale jako ewentualna forma nieuczciwego przeniesienia ryzyka handlowego.

Komisja w komunikacie prasowym z dnia 15 lipca 2014 r.[10] wyraźnie wskazuje, iż zjawisko nieuczciwych praktyk w łańcuchu dostaw na obecnym etapie nie wymaga ingerencji prawodawcy unijnego. Należy odwołać się do samoregulacji, obecnie intensywnie rozwijanej na szczeblu europejskim[11]. Komisja nawołuje do stosowania dobrowolnych kodeksów dobrych praktyk, przestrzegania ogólnych zasad dobrych praktyk wykształconych na poziomie wspólnotowym oraz skutecznego egzekwowania przepisów krajowych.

Także ostatnie prace Parlamentu Europejskiego nie prowadzą do wniosku, iż powinna nastąpić regulacja za pomocą instrumentu prawnego (dyrektywy bądź rozporządzenia). Dlatego też w podobnym kierunku, wyznaczonym już przez Komisję, powinny zmierzać prace na szczeblu krajowym. Biorąc pod uwagę spójność regulacji krajowych i wspólnotowych, a przede wszystkim swobody traktatowe obowiązujące na rynku wewnętrznym, nie mogą obowiązywać w tym zakresie rozwiązania rozbieżne lub nawet sprzeczne. Dobrowolna regulacja, będąca wyrazem woli przedsiębiorców do zawarcia kompromisu, jest instrumentem lepszym, bardziej skutecznym w porównaniu z regulacją „narzuconą" przedsiębiorcom.

IV. Zakres podmiotowy Projektu

Z tytułu Projektu wynika kogo zaproponowana ustawa miałaby chronić. Kategoria dostawców „produktów rolnych lub spożywczych" nie została jednak dookreślona. Zakres potencjalnych pokrzywdzonych definiowany jest poprzez wykonywaną działalność, polegającą na wytwarzaniu lub przetwarzaniu produktów spożywczych lub rolnych. Projekt ustawy, opisując tę kategorię, odwoływał się do szerokiej definicji środka spożywczego z art. 2 Rozporządzenia nr 178/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) z dnia 28 stycznia 2002 r. ustanawiającego ogólne zasady i wymagania prawa żywnościowego, powołujące Europejski Urząd ds. Bezpieczeństwa Żywności oraz ustanawiające procedury w zakresie bezpieczeństwa żywności. Spodziewać się można, że ze względu na liczne przywileje przewidziane w Projekcie, do kategorii „dostawcy produktów rolnych lub spożywczych" pretendować będzie szerokie grono dostawców artykułów FMCG.

[9] Zielona Księga, s. 21.

[10] http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-831_pl.htm.

[11] Tworzeniem wewnętrznych ram funkcjonowania przedsiębiorców z łańcucha dostaw produktów spożywczych zajmuje się Supply Chain Initiative, zob. http://www.supplychaininitiative.eu.

Nie ma wątpliwości, że Projekt wymierzony był w sieci handlowe. Jednak wynikająca z Projektu definicja „sprzedawcy", który może być karany za nieuczciwe praktyki rynkowe jest szersza: obejmuje każdego przedsiębiorcę, „który sprzedaje produkt spożywczy lub rolny nabyty bezpośrednio lub pośrednio od dostawcy bądź odsprzedaje produkt spożywczy lub rolny bez jego przekształcania (przetwarzania) konsumentowi, jak również osobę trzecią, która świadczy usługi związane z dostawą lub sprzedażą produktów spożywczych lub rolnych".

Projekt obejmował więc swoim zakresem wszystkich przedsiębiorców, którzy mają w swojej ofercie produkty spożywcze i rolne bez względu na skalę prowadzonej działalności. Nie ulega wątpliwości, że niejednokrotnie producent rolny czy przetwórca może dysponować znacznie większą siłą ekonomiczną niż drobne sieci sklepów spożywczych. Środki spożywcze produkowane są również przez korporacje o globalnym zasięgu. Projekt ustawy w żaden sposób nie uwzględniał tego, jak różnie kształtować się może rozkład sił pomiędzy dostawcami a nabywcami ich produktów

Tak więc Projekt zrównywał w tym zakresie drobnych sprzedawców z dużymi sieciami handlowymi. Sankcje za naruszenie ustawy przewidziane w Projekcie były bardzo dotkliwe dla drobnych przedsiębiorców – określony został minimalny pułap kary w wysokości 100 tys. zł, bez względu na rzeczywisty roczny przychód odbiorcy.

V. Katalog nieuczciwych praktyk

Mając w pamięci powyższe uwagi oraz zaproponowaną przez Komisję charakterystykę nieuczciwych praktyk handlowych, warto przyjrzeć się rozwiązaniom zaproponowanym przez Projekt. Art. 3 zawierał zakaz wszelkich nieuczciwych praktyk rynkowych sprzedawcy wobec dostawcy, równocześnie budując zamknięty katalog zakazanych *per se* zachowań. Twórcy Projektu zbudowali go w oparciu o zagadnienia poruszane w sporach między dostawcami i sieciami, jednak zupełnie w oderwaniu od utrwalonego orzecznictwa sądów powszechnych oraz sugestii Komisji. Obok siebie znalazły się zarówno te praktyki, które były już negatywnie zweryfikowane przez orzecznictwo, jak i te, których ocena sądowa nie była tak jednoznaczna i w każdej sprawie była dokonywana indywidualnie – z różnym skutkiem dla stron tych postępowań.

Projekt sformułował bogaty katalog „nieuczciwych praktyk". Wśród szczegółowych postanowień ustawy znalazły się:

1) **zakaz pobierania opłat półkowych** – ze względu na złożoność problemu zagadnienie to omówione zostanie w osobnym rozdziale;
2) **zakaz stosowania dumpingu** – Projekt powielał w ten sposób już obowiązujący przepis, zawarty w art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk;
3) **zakaz narzucania dostawcy obowiązku korzystania z dodatkowych usług, których ten nie potrzebuje lub nie zlecił** – wyraźnie przypomina to regulację zawartą w art. 9 ust. 2 pkt 4 uokik, która zabrania przedsiębiorcy posiadającemu pozycję dominującą „uzależniania zawarcia umowy od przyjęcia lub spełnienia przez drugą stronę innego świadczenia, niemającego rzeczowego ani zwyczajowego związku z przedmiotem umowy"; regulacja zaproponowana w Projekcie jest jednak dużo gorzej skonstruowana – zastanawia na przykład kwestia, w jaki sposób należy właściwie badać czy danej usługi dostawca potrzebował, czy też nie;
4) **zakaz stosowania terminów płatności dłuższych niż 30 dni od dnia odbioru produktów** – problem ten został już uregulowany w ustawie o terminach zapłaty;

5) **wyłączenie prawa nabywcy towarów do dokonywania potrąceń w rozliczeniach z dostawcą bez jego zgody** – taki zapis stanowiłby *lex specialis* w stosunku do reguł potrąceń z kc; według art. 498 kc zarówno dłużnik, jak i wierzyciel może, co do zasady, dokonać potrącenia bez zgody drugiej strony;
6) **zakaz wyłączenia przez nabywcę stosowania w stosunkach z dostawcą odsetek za zwłokę, kar umownych i innych dodatkowych zobowiązań umownych, gwarantujących prawidłowe wykonanie umowy przez sprzedawcę** – treść tego zakazu nie jest jasna w przypadku fakultatywnych zobowiązań nabywcy towarów; zastrzeżenie, np. kary umownej, wynika ze zgodnej woli stron, nie jest obowiązkowym elementem umowy sprzedaży towarów; nabywca musi więc wyrazić zgodę na taki zapis i trudno zrozumieć, co oznaczać ma zakaz jej wyłączania przez tego nabywcę; być może chodziło o to, że jeżeli zastrzeżona została kara umowna, nie można przewidzieć w umowie sytuacji, w których obowiązek jej zapłaty będzie wyłączony; negatywnym skutkiem takiego niejasnego przepisu mogłoby być realne zmniejszenie ochrony dostawców – nie mogąc poczynić dodatkowych zastrzeżeń dotyczących kary umownej, nabywcy w ogóle odmawialiby związania się takim zobowiązaniem.
7) **obowiązek zawarcia umowy pisemnej na żądanie dostawcy**;
8) **zakaz sprzedaży ponad 30% asortymentu pod marką własną** – Projekt nie zawierał żadnego wyjaśnienia przyczyn wprowadzenia takiego zapisu; zapewne służyć miało to ochronie interesów dostawcy związanych z promowaniem własnej marki, a pośrednio również ochronie konkurencji; ustanowienie takiego odgórnego limitu słusznie można jednak uznać za zbyt mechaniczne działanie, dodatkowo w istotny sposób ograniczające zasadę swobody umów; dodatkowo należy przypomnieć, że nie wszyscy dostawcy towarów sprzedawany przez sieć handlową pod marką sieci handlowej posiadają również własne marki, część z nich to mało znani przedsiębiorcy[12]; odgórny limit sprzedaży towarów pod marką własną przez market mógłby negatywnie odbić się na ich przychodach;
9) **zakaz nakładania na dostawcę obowiązku rekompensowania zysku z odsprzedaży towarów mniejszego niż spodziewany** – w celu uniemożliwienia przerzucania przez sieć handlową na dostawcę ryzyka związanego np. z wprowadzaniem nowego produktu na rynek;
10) **zakaz ograniczania dostawcy prawidłowego używania jego znaku towarowego** – można zastanawiać się nad relacją tego generalnego zakazu do ograniczenia opisanego w pkt 8 powyżej oraz nad tym, jak miał się on do powszechnego w marketach sprzedawania produktów pod własną marką, po opatrzeniu ich znakiem towarowym sieci handlowej (zwykle najtańsze produkty);
11) **zakaz narzucania dostawcy obowiązku partycypowania w rabatach udzielonych konsumentom przez okres dłuższy niż czas trwania tych rabatów** – zastanawiać się można czy w świetle innych przepisów Projektu obowiązek partycypowania w rabatach w ogóle byłby zgodny z prawem, również w czasie trwania tych rabatów; przykładowo wprost zakazano opłat „za urodziny marketu", których sensem jest przecież uzyskanie przez sieć handlową środków na różnego rodzaju promocje i bonusy dla konsumentów;

[12] Raport Produkty Żywnościowe oferowane pod własną marką sieci handlowych, kontrole przeprowadzone przez Inspekcję Handlową w roku 2011, s. 51. Pobrano z: https://uokik.gov.pl/download.php?plik=11321.

12) **zakaz wstrzymywania się przez nabywcę towarów od zapłaty bezspornych należności** – to nie przepis prawa, ale okoliczności faktyczne, w szczególności rozliczenia pomiędzy stronami oraz wola stron decydują o tym czy należność jest sporna, czy też nie; nie do zaakceptowania jest sytuacja, w której ustawodawca przesądza o tym a priori w oderwaniu od okoliczności faktycznych sprawy.

VI. Zakaz pobierania opłat półkowych w Projekcie

Art. 3 ust. 2 pkt 1 Projektu zawierał zakaz pobierania opłat półkowych, sformułowany bardzo kazuistycznie jako zakaz narzucania dostawcy bezpośrednich lub pośrednich opłat „z tytułu przyjęcia produktu spożywczego lub rolnego do sprzedaży, w tym opłaty za usługi promocyjne, opłaty za usługi reklamowe, opłaty za przeprowadzenie akcji okolicznościowej, w tym za urodziny sieci, opłaty za przekazywanie informacji o sprzedaży produktów spożywczych lub rolnych w poszczególnych placówkach handlowych, opustów do katalogów i promocji, opustów zakupowych lub promocyjnych, opłaty za wprowadzenie nowego asortymentu, opłaty z tytułu otwarcia nowej placówki handlowej, opłaty za brak zwrotów, opłaty za koszt utylizacji, opłaty za wykonanie projektów w markach własnych sieci przez agencje reklamowe, opłaty warunkowe, bezwarunkowe, opłaty logistyczne lub opłaty za elektroniczną wymianę dokumentów handlowych lub finansowych". Ogólnie Projekt zakazywał również wszelkich opłat „za usługę faktycznie niezrealizowaną". Do zagadnienia opłat półkowych odnosiła się również uregulowana w art. 3 ust. 2 pkt 4 Projektu „nieuczciwa praktyka rynkowa", która polegać miała na tym, że nabywca „żąda od dostawcy opłaty w celu pokrycia poniesionych przez niego lub przez przedsiębiorcę należącego do grupy kapitałowej, do której należy sprzedawca, kosztów operacyjnych związanych z otwarciem nowych placówek handlowych, remontem starych lub przejęciem placówek od innej sieci detalicznej".

Wskazane powyżej postanowienia Projektu służyć miały zwalczaniu tego samego zjawiska ekonomicznego, co art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk, również dotyczący opłat półkowych. Przepis ten stanowi, że „czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez pobieranie innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży".

Zaproponowana przez posłów PSL regulacja była dużo dalej idącym ograniczeniem. W przeciwieństwie do obowiązującej obecnie regulacji, przepis sformułowany w Projekcie zakazywał narzucania wszelkich opłat „z tytułu przyjęcia produktu spożywczego lub rolnego do sprzedaży". Tymczasem art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk dotyczy tylko takich opłat „za przyjęcie towaru do sprzedaży", które dodatkowo są „inne niż marża handlowa" (pozacenowe[13]) i „utrudniają dostęp do rynku". Zaproponowana regulacja pozbawiona była tych dodatkowych przesłanek, co znacznie rozszerzało krąg zabronionych zachowań.

Przyjęcie modelu zwalczania opłat półkowych przewidzianego w Projekcie skutkowałoby tym, że kwestionowano by pobieranie przez sieć handlową opłat kształtujących cenę nabycia

[13] „Przymykając oko na gramatyczną niefrasobliwość tego sformułowania [inna niż marża handlowa opłata za przyjęcie towaru do sprzedaży] (błędnie sugeruje ono, że odbiorca osiąga marżę, przyjmując towar do sprzedaży, podczas gdy w rzeczywistości marżę generuje dopiero dalsza sprzedaż towaru), można z niego wywieść, że – zdaniem ustawodawcy – źródłem zysku sprzedawcy detalicznego nie powinny być inne niż marża opłaty wnoszone przez dostawców, sprzedawca detaliczny może jednak osiągać zyski z różnicy pomiędzy ceną, za jaką sprzedał towar a kosztami jego pozyskania, tj. z marży (to jest obniżek kwoty, jaką odbiorca zobowiązany jest uiścić dostawcy tytułem ceny za dostarczony towar)", za: M. Marek (2014). Opłaty półkowe a mechanizmy cenotwórcze, iKAR, 9(3), s. 48.

(np. rabatów) czy nieutrudniających dostępu do rynku (np. opłat pobieranych przez detalistę od wielkiego koncernu w zamian za pozycjonowanie jego towaru na półce).

Kolejną kwestią świadczącą o tym, że proponowany przez Projekt zakaz pobierania opłat półkowych obejmował dużo szerszy zakres niż art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk było inne rozumienie pojęcia „opłaty za przyjęcie towaru do sprzedaży", które znalazło wyraz w otwartym katalogu zakazanych opłat. Zakazano nie tylko pobierania opłat za pozorne usługi, służących ukryciu opłat półkowych, ale również świadczenia określonych kategorii usług, jeżeli ich odbiorcą byłby dostawca towarów spożywczych lub rolnych.

Projekt całkowicie zakazywał świadczenia niektórych usług, np. reklamowych czy logistycznych, z góry traktując je jako nieuczciwe. Zignorowane zostało bogate orzecznictwo sądowe wypracowane w ramach stosowania art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk dotyczące tzw. testu ekwiwalentności świadczeń, który pozwala odróżnić rzeczywiście świadczone usługi od tych, które są jedynie pretekstem do pobrania opłaty, w rzeczywistości wnoszonej za możliwość współpracy z daną siecią handlową. Temu samemu służyć miały również podnoszone przez orzecznictwo i doktrynę kwestie charakteru relacji pomiędzy przedsiębiorcami, porównania siły rynkowej przedsiębiorców, a także rachunku ekonomicznego (opłacalności współpracy dla obydwu stron).

Warto bliżej przedstawić linię orzeczniczą dotyczącą art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk i porównać płynące z niej wnioski z kształtem zaproponowanego zakazu pobierania opłat półkowych.

Pierwotnie orzecznictwo było, podobnie jak Projekt, niechętne wszelkim dodatkowym usługom świadczonym na rzecz dostawców przez sieci handlowe, dopatrując się w nich sposobu, w jaki ukrywane są opłaty półkowe. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 stycznia 2006 r., II CK 378/05 (Legalis nr 74945), wskazywał nawet, że każde świadczenie, które wprost nie wynika z umowy sprzedaży, należy uznać za opłatę półkową. Późniejsza judykatura złagodziła to stanowisko, wskazując, że świadczenie usług dodatkowych generalnie jest dozwolone, ale świadczenia obu stron muszą być w takim stosunku ekwiwalentne (przykładowo wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 9 sierpnia 2012 r., I ACa 66/12, LEX nr 1267422). W orzecznictwie wskazano również, że „nie jest zakazane, z uwagi na swobodę zawierania umów, takie kształtowanie stosunków między stronami, w których oprócz świadczeń typowych dla umowy sprzedaży, strony będą zobowiązane do świadczeń dodatkowych" (tak: Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 28 października 2011, VI ACa 392/11, LEX nr 1102649). Tak więc, na gruncie art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk, strony mogą skutecznie zastrzec możliwość świadczenia przez kupującego na rzecz sprzedawcy usług dodatkowych za odrębnym wynagrodzeniem, jeżeli są one faktycznie wykonywane w zakresie i w sposób zgodny z umową, za zapłatą ekwiwalentnego wynagrodzenia. Tylko w przypadku, gdy za daną opłatą nie stoją ekwiwalentne świadczenia drugiej strony – gdy nie są faktycznie świadczone lub opłata za nie odbiega od rzeczywistej, rynkowej wartości tego typu usług – możemy mówić o pobieraniu niedozwolonych opłat półkowych.

Jeżeli wynagrodzenie płacone przez dostawcę odpowiada faktycznie wykonanym usługom, a jego wysokość uzasadniona jest rynkowymi kosztami działań promocyjnych czy też świadczenia innych usług dodatkowych, trudno zaakceptować pogląd o nieuczciwym charakterze opłat. Jak wskazał Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z dnia 17 stycznia 2013 r. (V ACa 680/12, LEX nr 1286527): „Nie można mówić o delikcie z art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk w sytuacji, gdy uzgodnionym i pobieranym «opłatom» towarzyszą konkretne czynności wykonywane na rzecz producenta

mające charakter ekwiwalentnych świadczeń i wiążą się z realnie wykonywaną usługą na rzecz dostawcy".

W orzecznictwie z zakresu opłat półkowych podkreślano też m.in., że działania promocyjne (np. w postaci gazetek reklamowych) mają znaczenie nie tylko dla sieci handlowej. Działania marketingowe w oczywisty sposób mogą wpływać na wzrost sprzedaży towarów, a w konsekwencji na wysokość zamówień składanych przez sieć handlową u dostawcy i osiągane przez niego obroty[14]. Możliwość dotarcia do znacznej ilości potencjalnych kupujących, zważywszy na wysokość nakładu gazetek reklamowych, oznacza także dla dostawcy możliwość szerokiego wypromowania swoich towarów, a przez to większą możliwość ich zbywania w innych sieciach handlowych. Sytuację, w której sieć spełnia na rzecz dostawcy świadczenia odpowiadające wartości zapłaconej ceny, niezwiązane z realizacją własnego interesu, np. na życzenie dostawcy umieszcza w sklepie reklamy o treści przez niego określonej lub z nim uzgodnionej albo dokonuje szczególnej akcji promocyjnej uznaje się w orzecznictwie za niemieszczące się w zakresie art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk.

Jak wskazał Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 23 października 2012 r. (sygn. akt: I ACa 346/12), „Dopóki decyzje przedsiębiorców o nawiązaniu współpracy podejmowane są swobodnie, w oparciu o kalkulację ekonomiczną, brak jest podstaw do twierdzenia, że wzajemne świadczenia nie mają charakteru ekwiwalentnego".

Bez wątpienia dla oceny czy dane zachowanie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji istotne jest, czy stanowi ono naruszenie lub zagrożenie interesów przedsiębiorcy oraz czy w ostatecznym rozrachunku jest ono korzystne dla tego przedsiębiorcy[15]. Jak wskazał Trybunał Konstytucyjny, „celem zaskarżonego przepisu jest przeciwdziałanie nadużyciom pozycji rynkowej przez przedsiębiorców w relacjach z innymi przedsiębiorcami, które skutkują utrudnieniem dostępu do rynku. Zaskarżony przepis stanowi reakcję prawodawcy na praktyki przedsiębiorców o silnej pozycji rynkowej. […] Zaskarżony przepis nie powinien być zatem stosowany, gdy podmioty mają podobną pozycję na rynku[16]". Z rozważań Trybunału wysnuć można wniosek, że art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk znajduje zastosowanie, gdy nabywca towarów jest wyraźnie silniejszy rynkowo od dostawcy. Sądy powszechne rozpatrujące sprawy z zakresu opłat półkowych niestety w większości przypadków nie analizują kwestii siły i pozycji stron na rynku.

Trybunał Konstytucyjny dostrzegając wielowątkowość i złożoność ekonomicznych aspektów opłat półkowych, przywołał także stanowisko Komisji Europejskiej, która odnosząc się do przedmiotowo istotnych opłat, wskazała, że „mogą one utrudniać dostęp do rynku mniejszym podmiotom, wykluczać niektórych nabywców, złagodzić konkurencję cenową, skłaniać przedsiębiorcę do sprzedaży swoich towarów tylko jednemu nabywcy (skutek antykonkurencyjny), jak również mogą *in casu* powodować skutek prokonkurencyjny[17]". Podobnie przyjął Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 24 czerwca 2014 r. (sygn. akt: I CSK 431/13), wskazując, „że w relacjach handlowych określona polityka marż i rabatów stosowana jest, co do zasady, dla motywowania kontrahentów do zawierania kolejnych umów i zwiększania obrotów między nimi, gdyż tak prowadzona współpraca ma być źródłem ekonomicznych korzyści dla każdego z nich. Udzieleniem rabatu kupującemu jest

[14] Przykładowo wyr. Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 28.08.2008 r., I ACa 645/08, LEX nr 519238. Orzecznictwo jest jednak w tej kwestii dość niejednolite. Podkreślić jednak należy, że każdorazowo badane są szczegóły konkretnej sprawy, a usługi reklamowe na rzecz dostawców są zakazane tylko wtedy, gdy sąd dojdzie do wniosku, że służą ukryciu opłaty półkowej, a nie, jak w projekcie ustawy, z mocy samego prawa.

[15] Wyr. Sądu Najwyższego z 12.06.2008 r., III CSK 23/08, Legalis nr 108177.

[16] Wyr. Trybunału Konstytucyjnego z dnia 16.10.2014 r., sygn. akt. SK 20/12, Legalis nr 1073343.

[17] Tamże. Trybunał powołał się na Zawiadomienie Komisji z 19.05.2010 r., Wytyczne w sprawie porozumień wertykalnych, 2010/C 130/01.

zastosowanie «upustu od ceny sprzedaży», czyli jej pomniejszenie, co może leżeć w interesie sprzedającego przez zagwarantowanie mu większych obrotów z kupującym". Zdaniem Trybunału „Ocena ekonomiczna «opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży» wymyka się zatem abstrakcyjnej generalizacji i wymaga uwzględnienia szczegółowych warunków każdego wypadku ich pobrania. Podobnie jak w innych obszarach cywilnoprawnej kwalifikacji dynamicznych i zróżnicowanych zachowań podmiotów prawa (np. ochrona dóbr osobistych), ciężar kwalifikacji przenosi się na sądowy proces stosowania prawa".

Nie można zatem z góry zakładać, że wprowadzenie do umów handlowych np. opłat za dodatkowe usługi marketingowe, premii czy rabatów retroaktywnych jest działaniem nieuczciwym. Mimo to Projekt całkowicie pominął ten problem, zakazując w ogóle określonych kategorii usług okołosprzedażowych świadczonych dostawcom oraz innych metod wyznaczania ceny niż prosta kalkulacja kwotowa.

Wspomnieć należy o jeszcze jednym problemie, który utrudnia interpretację art. 3 ust. 2 pkt 1 Projektu. Mylące jest opisanie czynu służącego pobraniu opłat półkowych przy użyciu słowa „narzucanie" – zakazane ma być „narzucanie przez sprzedawcę dostawcy pośrednich i bezpośrednich opłat z tytułu przyjęcia produktu do sprzedaży"[18]. Pojęcie „narzucanie" pojawiało się również w odniesieniu do innych praktyk, którym wnioskodawcy Projektu chcieliby przeciwdziałać, takich jak „narzucanie partycypowania w rabacie dla konsumentów" czy „narzucanie usług, których dostawca nie potrzebuje lub nie zlecił".

Zwrot „narzucanie" nie jest jednocześnie w żaden sposób opisany. Stanowi to zagrożenie dla pewności prawa. O ile przedsiębiorca może zwykle sam ocenić czy jego działanie jest zgodne z prawem i z dobrymi obyczajami (a tym samym nie jest „nieuczciwe" w rozumieniu uznk), o tyle trudno wyznaczyć wyraźną linię, na której kończy się dozwolone negocjowanie, a zaczyna narzucanie warunków – zwłaszcza, że Projekt idzie dość daleko, zakazując np. stosowania rabatów posprzedażowych czy potrąceń bez zgody drugiej strony.

Można by próbować odnieść problem narzucania warunków umownych do omawianej wyżej kwestii siły rynkowej przedsiębiorców. Zadać można pytanie: jaki przedsiębiorca jest w stanie „narzucić" coś kontrahentowi? Musi być to przedsiębiorca o wyjątkowo silnej pozycji, który może dyktować warunki umów w ogóle w oderwaniu od interesów kontrahenta, a ten i tak będzie zmuszony na nie przystać. Takim relacjami zajmuje się jednak prawo antymonopolowe i jeśli w ten sposób rozumiane będzie termin „narzucania" w ustawie, to znaczna jej część powielać będzie regulacje zawarte w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów z 16 lutego 2007 r. (Dz.U. 2007 Nr 50, poz. 331 z późn. zm.), dotyczące zjawiska nadużywania pozycji dominującej.

Przesłanki posiadania przez przedsiębiorcę takiej pozycji są zawarte w art. 4 pkt 10 uokik. Z kolei „nadużycie" – mimo braku definicji ustawowej – jest przedmiotem bogatego orzecznictwa zarówno polskich sądów, jak i Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Warto zaznaczyć, że pojęcie „narzucania" wprost pojawia się w uokik w kontekście nadużywania pozycji dominującej (art. 9 ust. 2 pkt 1 i 6 uokik).

Rozważać więc można, jakie było źródło użycia w Projekcie przesłanki „narzucania" w kontekście zakazu pobierania opłat półkowych. Tę nieprecyzyjną kategorię pomocniczo stosowały

[18] Źródła takiego sposobu użycia terminu „narzucanie" szukać można w orzecznictwie dotyczącym zjawiska opłat półkowych, przykładowo wyr. Sądu Najwyższego z 24.06.2014 r., I CSK 431/13, LEX nr 1511100.

sądy przy ocenie zgodności konkretnych opłat z art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk. Badanie, czy dane postanowienie umowne dotyczące usługi dodatkowej było negocjowane, czy też stanowiło warunek zawarcia umowy, pomóc może sądowi w ocenie czy była to usługa realna, czy pozorna, służąca ukryciu opłaty półkowej w umowie. Kategorię tę należy jednak rozumieć jedynie jako pewną wskazówkę interpretacyjną wytworzoną przez orzecznictwo. Tymczasem w Projekcie kwestia „narzucania" urosła, obok zagadnienia „opłaty za przyjęcie towaru do sprzedaży" omówionego powyżej, do roli centralnej przesłanki decydującej o wystąpieniu „nieuczciwej praktyki rynkowej".

Uzależnienie uznania pobierania określonej opłaty za przyjęcie towaru do sprzedaży za nieuczciwą praktykę wyłącznie od nieostrej przesłanki „narzucania" może mieć w praktyce bardzo niepożądane skutki. Mogłoby to prowadzić wprost do sytuacji, w której każde pojawienie się usług czy innych świadczeń wymienionych w art. 3 Projektu byłoby automatycznie uznawane za nieuczciwą praktykę rynkową. Podpisanej przez obie strony umowie o jasno sformułowanej treści przeciwstawione bowiem zostanie stanowisko dostawcy, że warunki te zostały mu „narzucone" wzmocnione o zawarte w art. 5 Projektu domniemanie narzucania nieuczciwych praktyk rynkowych przez sieć. Jak zostanie wykazane poniżej, domniemanie to stawia nabywcę towarów w skrajnie niekorzystnej sytuacji procesowej.

VII. Stosowanie przepisów i tryb postępowania

Badanie wystąpienia nieuczciwych praktyk rynkowych oraz nakładanie kar według Projektu należałoby do kompetencji Prezesa UOKiK. Tym samym czyny rodzajowo podobne do czynów nieuczciwej konkurencji z uznk oceniano by w zupełnie inny sposób, nie w drodze procesu cywilnego, a postępowania administracyjnego.

Taka zmiana systemowa powinna być należycie uzasadniona, przedyskutowana i poddana szeregowi konsultacji, z udziałem najważniejszych przedstawicieli orzecznictwa i doktryny. Szczególną rolę powinna odegrać tutaj opinia Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego. Zwłaszcza dotkliwość przewidywanych środków powinna być oceniona z perspektywy zasady proporcjonalności. Projekt nie zawierał argumentów dowodzących zasadności tak fundamentalnej zmiany systemowej, jak również dowodu na to, iż została ona poparta opiniami ekspertów.

Według Projektu Prezes UOKiK byłby zobowiązany do przeprowadzenia postępowania z urzędu lub na wniosek pokrzywdzonego (dostawcy lub innego podmiotu) lub organizacji społecznej. Zaproponowany system istotnie różni się od reżimu wynikającego z obecnie obowiązujących przepisów uokik. Pod rządami tej ustawy postępowania przed Prezesem UOKiK są wszczynane tylko z urzędu – nie ma postępowań wnioskowych. Reguła ta wprowadzona została w 2007 r. wskutek złych doświadczeń z wnioskowym trybem rozpoznawania spraw. UOKiK był wcześniej obciążony bardzo dużą liczbą wniosków, których nie mógł pozostawić bez rozpoznania i w konsekwencji zamiast zajmować się ochroną interesu publicznego był zmuszony do zajmowania się partykularnymi interesami poszczególnych przedsiębiorców. Proponując takie narzędzia, jak przewidziane w Projekcie, należy mieć na uwadze zagrożenie, że problem ten może powrócić.

W postępowaniu przewidzianym w Projekcie Prezes UOKiK stosowałby przepisy uokik, a pomocniczo ustawy – Kodeks postępowania administracyjnego z dnia 14 czerwca 1960 r. (Dz.U. 1960 Nr 30, poz. 168, z późn. zm.). Postępowanie trwałoby maksymalnie 4 miesiące. Kończyłoby się decyzją Prezesa UOKiK, w której mógłby on nakazać zaniechanie praktyki oraz nałożyć karę

pieniężną w wysokości do 10% rocznego obrotu naruszyciela, ale nie niższą niż 100.000 zł. Odwołania byłyby wnoszone do Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Przedawnienie w sprawach, których dotyczy Projekt przewidziane było na 2 lata – w przypadku naruszenia o charakterze ciągłym, liczone od momentu ustania naruszenia. Warto w tym kontekście wspomnieć, że w przypadku postępowań dotyczących praktyk ograniczających konkurencję, prowadzonych przez Prezesa UOKiK, od niedawna termin ten jest dłuższy i wynosi 5 lat od końca roku, w którym zaprzestano ich stosowania.

W kontekście przedawnienia zastanawiać może, jak należy rozumieć „ciągły" charakter naruszenia. Przykładowo, obowiązek płacenia opłat półkowych najczęściej wynika z typowych umów ramowych pomiędzy dostawcą a hipermarketem, zawieranych na określony okres, np. kwartał lub rok. Sądy traktowały pobieranie opłat na podstawie każdej kolejnej umowy jako osobny czyn nieuczciwej konkurencji. Ponieważ przedawnienie w przypadku czynów nieuczciwej konkurencji wynosi 3 lata, w praktyce sądy nakazywały zwrot opłat półkowych pobranych w ciągu trzech ostatnich lat przed wniesieniem pozwu, nawet jeśli pobierane były dłużej.

Inną koncepcję wyinterpretować można z zapisów Projektu. Jeżeli powtarzalność umów ramowych prowadziłaby do wniosku, że miała miejsce ciągła praktyka, istniałaby podstawa do karania za zachowania ciągnące się przez długie lata, co z pewnością miałoby wpływ na wysokość kary.

Przy próbie oceny możliwych skutków przyjęcia modelu postępowania opisanego w Projekcie nasuwa się pytanie: czy Prezes UOKiK jest w stanie działać skuteczniej i efektywniej od sądów powszechnych, rozpatrujących obecnie sprawy z zakresu nieuczciwej konkurencji. Projekt przewidywał postępowanie administracyjne, m.in. w sprawach z zakresu opłat półkowych – obecnie zajmują się nimi wyłącznie sądy cywilne, po złożeniu pozwu przez dostawcę. Przewidziany w Projekcie system stwarzał ryzyko, że UOKiK zostanie zalany przez falę wniosków o wszczęcie postępowania, która spowoduje, że dochodzenie roszczeń wynikających z ustawy będzie jeszcze bardziej długotrwałe niż obecnie toczące się postępowania dotyczące opłat półkowych, trwające, przykładowo, przed sądami warszawskimi ok. 2–3 lata. Patrząc na to, jak wiele toczy się tych postępowań przed sądami cywilnymi można dojść do wniosku, że przyjęcie analogicznego rozwiązania grozi również paraliżem UOKiK. Mogłoby dojść do kuriozalnej sytuacji, w której organ powołany do ochrony interesu publicznego w postaci konkurencji oraz zbiorowych interesów konsumentów większość czasu i środków poświęcałby na ochronę określonej kategorii przedsiębiorców – dostawców produktów rolnych i spożywczych.

W pewien sposób ograniczałaby ten problem możliwość odrzucania przez Prezesa UOKiK wniosków oczywiście bezpodstawnych. Projekt przewidywał następującą konstrukcję: „Prezes Urzędu, w drodze decyzji, odmawia wszczęcia postępowania w sprawie naruszenia przepisów ustawy, jeżeli w sposób oczywisty z zawartych we wniosku o wszczęcie tego postępowania lub posiadanych przez Prezesa Urzędu informacji wynika, że nie naruszono przepisów". Sformułowanie użyte w art. 9 ust. 1, „sposób oczywisty", jest jednak pojęciem ocennym, bez wyraźnej treści. Dużo zależałoby więc od tego, jak rozumiałby je Prezes UOKiK i czy odmowa wszczęcia należałaby sytuacji wyjątkowych, czy też byłaby częstą praktyką. Kwestię tę można rozpatrywać w kontekście restrykcyjnych przepisów Projektu. Przy obecnym modelu funkcjonowania rynku łatwo byłoby je złamać, stąd względnie rzadkie są sytuacje, w których już na wstępie z wysokim prawdopodobieństwem można by stwierdzić, że takiego naruszenia nie było.

Projekt zawierał również regulację, która upoważniała Prezesa UOKiK do nadawania rygoru natychmiastowej wykonalności decyzji, jeśli wymaga tego ważny interes dostawcy. Takie postawienie problemu wskazuje, że zaproponowane przez autorów Projektu nowe kompetencje Prezesa UOKiK mają służyć nie interesowi publicznemu, a indywidualnym interesom poszczególnych dostawców.

W przewidzianym w Projekcie modelu postępowania dostawca nie był, jak w systemie proponowanym przez uznk, jedynym dysponentem swojego roszczenia. W celu zagwarantowania skuteczności zaproponowanych przepisów wyłączono możliwość wyrażenia przez niego zgody na „nieuczciwą praktykę rynkową". Sposób regulacji skłania do wniosku, że w tym ujęciu to ustawodawca ma wiedzieć, co leży w interesie dostawcy, lepiej niż sam zainteresowany.

VIII. Ciężar dowodu w sprawach z zakresu nieuczciwych praktyk rynkowych

Istotne wątpliwości budzi rozwiązanie zaproponowane w art. 5 Projektu, który przewidywał, iż ciężar dowodu, że dana praktyka nie stanowi nieuczciwej praktyki rynkowej spoczywa na sprzedawcy (nabywającym towary od dostawcy), np. sieci handlowej. Zbudowanie takiego domniemania praktycznie uniemożliwia obronę – sieć handlowa musiałaby bowiem wykazać okoliczności negatywne, udowodnić, że narzucanie nie miało miejsca.

Zgodnie z teorią postępowania cywilnego, przedmiotem dowodu powinny być tylko okoliczności pozytywne, tj. takie, które da się zaobserwować. Tymczasem, na podstawie art. 5 Projektu, w postępowaniu administracyjnym przed Prezesem UOKiK to sprzedawca (sieć handlowa) musiałby dowodzić swojej „niewinności", czyli tego, że dana praktyka jest zgodna z prawem. Takie rozwiązanie może budzić wątpliwości natury konstytucyjnej. Przykładowo, konstytucyjność zakazu pobierania opłat półkowych z art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk według Trybunału Konstytucyjnego gwarantuje między innymi to, że ciężar dowodu nie spoczywa na naruszycielu (wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 16 października 2014 r., SK 20/12). Skoro więc gwarancja ta została przez autorów Projektu wyłączona w przypadku opłat wnoszonych przez dostawcę produktów rolnych i spożywczych, proponowana regulacja może skutkować nadmiernym ograniczeniem wolności działalności gospodarczej i w efekcie być sprzeczna z Konstytucją.

Takie rozłożenie ciężaru dowodu niewątpliwie inspirowane było orzecznictwem Sądu Najwyższego w sprawach dotyczących opłat półkowych. Należy jednak podkreślić, że w orzecznictwo sformułowano domniemanie dotyczące jednej z ustawowych przesłanek wystąpienia czynu nieuczciwej konkurencji z art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk[19]. Sąd Najwyższy stwierdził, że w przypadku, gdy spełnione są pozostałe przesłanki (nabywca towarów pobiera inną niż marża handlowa opłatę za przyjęcie towaru do sprzedaży) mówić można o domniemaniu utrudniania dostępu do rynku[20].

Natomiast w Projekcie przesłanki utrudniania dostępu do rynku w ogóle nie było, a domniemanie dotyczyło wystąpienia nie jednej z przesłanek przewidzianej w przepisie, a wprost sprzeczności

[19] Pogląd o istnieniu takiego domniemania też jest zresztą dość dyskusyjny. Autorzy artykułu opowiadają się za poglądem, że art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk nie daje podstaw do sformułowania domniemania utrudniania dostępu do rynku. Podobnie stwierdził Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 16.10.2014 r., SK 20/12, taka jest też opinia przeważającej części doktryny, m.in. M. Sieradzka (2014). Opłaty za przyjęcie towaru do sprzedaży – aspekty praktyczne stosowania i egzekwowania. *Monitor Prawniczy*, 6, s. 28; P. Podrecki (2014). Opłaty półkowe. *Monitor Prawniczy*, 6, s. 21; P. Kamela (2013). Interpretacja art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk w świetle koncepcji wykładni Macieja Zielińskiego. iKAR, *2*(2), s. 15–17; W.J. Kocot i A. Stokłosa (2014). Pobieranie innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży – uwagi krytyczne na tle praktyki kontraktowej i aktualnego orzecznictwa. *Przegląd Prawa Handlowego*, 10, s. 14; D. Wolski (2013). Wybrane zagadnienia na tle orzeczeń dotyczących opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży. iKAR, *2*(2), s. 33.

[20] Między innymi wyr. Sądu Najwyższego z 25.10.2012 r., I CSK 147/12, LEX nr 1231301; z 23.10.2014 r., I CSK 597/13, LEX nr 1545133.

z prawem danej praktyki stosowanej wobec dostawcy. Takie rozwiązanie stanowiłoby oczywiste pole do nadużyć i dawałoby możliwość składania absurdalnych wniosków, którymi Prezes UOKiK musiałby się zająć i do których dany nabywca towarów musiałby ustosunkować.

Autorzy Projektu starali się zmniejszyć to zagrożenie, przewidując wspomnianą wyżej możliwość odmowy wszczęcia postępowania. Zabrakło jednak jednoznacznych kryteriów, na podstawie których Prezes UOKiK mógłby podjąć taką decyzję. Trudno uznać to za wystarczającą gwarancję ochrony, równoważącą sprzeczne z podstawowymi zasadami prawa rozłożenie ciężaru dowodu w postępowaniu.

IX. Zasady Prowadzenia Działalności

Autorzy Projektu przewidzieli obok zakazywania określonych praktyk i nakładania kar również działania prewencyjne polegające na nałożeniu obowiązku publikowania przez sprzedawców w Internecie tzw. Zasad Prowadzenia Działalności, podlegających kontroli administracyjnej. Zawierałyby one warunki wykonywania usług na rzecz dostawców. Znalazłyby się tam m.in. maksymalne opłaty należne za takie usługi oraz warunki włączania i wyłączania podmiotów z listy dostawców. Zasady miałyby być przekazywane przez sprzedawców Prezesowi UOKiK, co wydaje się zbędne, skoro i tak ujawniano by je publicznie[21]. Z obowiązku ich tworzenia zwolnieni byliby sprzedawcy, których przychód za ostatni rok rozliczeniowy był niższy niż 5 mln zł.

Obowiązek publicznego ujawniania sposobu prowadzenia działalności gospodarczej prowadzić może do konieczności publikowania przez sieci handlowe tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 uznk. Przyjęty przez daną sieć model biznesowy nie stanowi wiedzy, która powinna być w interesie publicznym powszechnie znana. Z kolei system, w którym zasady te byłyby kontrolowane przez Prezesa UOKiK, stanowiłby istotną ingerencję w wolność działalności gospodarczej. Już sam obowiązek ich zgłoszenia stanowi więc regulację dość restrykcyjną, a dążenie do odgórnego sterowania sposobem, w jaki funkcjonują sieci handlowe jest w swojej istocie antykonkurencyjne.

X. Zagadnienie zgodności Projektu z Konstytucją

Art. 20 Konstytucji Rzeczpospolitej Polskiej stanowi, że „społeczna gospodarka rynkowa oparta na wolności działalności gospodarczej, własności prywatnej oraz solidarności, dialogu i współpracy partnerów społecznych stanowi podstawę ustroju gospodarczego Rzeczypospolitej Polskiej". Zaproponowane w Projekcie przepisy niewątpliwie ograniczałyby wskazaną w przepisie „wolność działalności gospodarczej", zakazując przedsiębiorcom prowadzącym sieci handlowe określonych zachowań. W świetle innych przepisów Konstytucji należy oceniać czy jest to ograniczenie nadmierne, czy nie.

Jak wskazuje art. 22 Konstytucji, „ograniczenie wolności działalności gospodarczej jest dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny". Warunek formalny jest spełniony – proponowana regulacja przedłożona została w formie projektu ustawy. Jeśli chodzi o warunek materialny, precyzuje go art. 30 ust. 3 Konstytucji, który stanowi, że „ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko

[21] Wątpliwość co do sensu takiego obowiązku wyraża nawet przychylna Projektowi *Opinia merytoryczna, dotycząca poselskiego projektu ustawy o zwalczaniu nieuczciwych praktyk rynkowych przedsiębiorców zajmujących się obrotem produktami spożywczymi lub rolnymi wobec dostawców tych produktów* z 20.07.2015 r., sporządzona przez Biuro Analiz Sejmowych, http://orka.sejm.gov.pl/rexdomk7.nsf/Opdodr?OpenPage&nr=3604.

w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw". Warunek ten nazywany jest zasadą proporcjonalności.

Jak wskazuje orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego, stosując zasadę proporcjonalności, należy zbadać czy ograniczenie jest przydatne, niezbędne oraz proporcjonalne w ścisłym znaczeniu (uciążliwość regulacji nie jest nadmierna w stosunku do jej celów).

Wątpliwości można mieć już przy ocenie spełnienia pierwszego z tych warunków. Celem Projektu miało być, według uzasadnienia, rozwiązanie problemu „nierównowagi wśród uczestników łańcucha dostaw żywności". Proponowaną regulację w części dotyczącej opłat półkowych i usług dodatkowych świadczonych na rzecz dostawców trudno uznać za przydatną dla spełnienia tego celu. Zakazując pewnych określonych świadczeń, wcale nie gwarantuje ona poprawy sytuacji rynkowej dostawców, których problemy wynikają z mechanizmów ekonomicznych. Na rynku dostaw towarów na potrzeby wielkopowierzchniowego handlu detalicznego środkami spożywczymi podaż zdecydowanie przewyższa popyt. W takiej sytuacji nieuchronna jest silniejsza co do zasady pozycja kontraktowa nabywców – sieci handlowych. Jeśli zabroni się im uzależniania wyboru kontrahenta na podstawie dodatkowych korzyści gwarantowanych im przez danego dostawcę, po prostu obniżą oni ceny nabycia. Sprzedając swoje towary po niskich cenach, dostawcy jednocześnie pozbawieni będą tych korzyści, które dają im dodatkowe postanowienia, np. zwiększenia obrotu dzięki rabatom lub wzrostu rozpoznawalności produktu dzięki usługom reklamowym.

Zaproponowane regulacje nie wydają się też niezbędne. Fakt, że proponowana ustawa obejmuje swoim zakresem w znacznej części już uregulowaną materię, taką jak opłaty półkowe, terminy zapłaty czy potrącenia, wskazuje na to, że istnieją mniej restrykcyjne środki służące ochronie dostawców środków spożywczych.

Wreszcie wątpliwym jest czy korzyści, jakie dawałoby wprowadzenie przepisów przewidzianych w Projekcie – ułatwienia w interesie dostawców środków spożywczych, równoważą koszt, jakim jest bardzo daleko idące ograniczenie wolności działalności gospodarczej. Projekt ustawy zakazując zawierania określonych porozumień między przedsiębiorcami (m.in. dotyczących świadczenia określonych usług czy stosowania rabatów) dotyka bowiem istotnej części tej wolności, naruszając wywodzoną z wymienionej zasady konstytucyjnej zasadę swobody umów. Brak przy tym w Projekcie jakiegokolwiek uzasadnienia dla wprowadzania tak daleko idących ograniczeń, w szczególności wykazania przywołanego w art. 22 Konstytucji RP ważnego interesu publicznego. Ustawa z pewnością służy pewnemu interesowi branżowemu, ale nie odnosi się w żaden sposób do problematyki dobra publicznego.

Nie można zapominać w tym kontekście o wątku konsumenckim – sieci handlowe, dzięki korzystnym warunkom, jakie uzyskują w umowach z dostawcami, mogą obniżać ceny oferowanych przez siebie towarów. Wejście w życie ustawy i koszty, jakie z tytułu jej funkcjonowania będą ponosić sieci handlowe, wprost przełożą się na wzrost cen na towary najbardziej podstawowe i do pogorszenia sytuacji najbiedniejszej części społeczeństwa. Ewidentnym przykładem możliwego pogorszenia sytuacji konsumentów, zawartym w Projekcie jest „delegalizacja" negocjacji cenowych z dostawcą dotyczących towarów przeznaczonych do akcji promocyjnych w sieciach handlowych.

Szukając interesu publicznego w uchwaleniu proponowanych przepisów, należy również pamiętać, że ułatwienia dla dostawców pogarszają jednocześnie formalną pozycję nabywców w stosunkach umownych. To, a także nierówność stron w proponowanej w Projekcie procedurze administracyjnej budzi wątpliwości z punktu widzenia zasady równości z art. 32 Konstytucji RP. O ile jeszcze można próbować równoważyć te rozwiązania argumentem o faktycznym braku równości ze względu na różnice w sile rynkowej stron kontraktu, to rażąco narusza treść zasady równości zakres podmiotowy ustawy. Nie sposób racjonalnie uzasadnić, dlaczego to właśnie dostawcy produktów spożywczych i rolnych korzystać mają ze specjalnych preferencji i być w szczególny sposób chronieni przez organ powołany do strzeżenia interesu publicznego w postaci konkurencji oraz zbiorowych interesów konsumentów. Jeżeli ustawodawca dochodzi do wniosku, że ustawowa ochrona dostawców przed silniejszymi rynkowo partnerami jest niezbędna, to w równym stopniu zasługują na to, aby być jej beneficjentami znajdujący się niejednokrotnie w gorszej sytuacji dostawcy innych niż produkty rolne i spożywcze towarów.

Badając konstytucyjność postanowień Projektu, należy bliżej przyjrzeć się zaproponowanej w nim formie egzekwowania zakazu pobierania opłat półkowych. Warto przypomnieć, że Trybunał Konstytucyjny wypowiadał się w kwestii stosowania reguł prawa administracyjnego w miejsce prywatnoprawnej ochrony wynikającej z uznk. Trybunał stwierdził, że „«Przeniesienie» przedmiotowo istotnego czynu nieuczciwej konkurencji do przepisów prawa antymonopolowego należałoby uznać z kolei za regulację dalej idącą niż zaskarżony przepis [art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk], co nie znaczy, ze miałaby być ona niekonstytucyjna[22]".

Należy jednak zastrzec, że Trybunał oceniał zakaz ten w kształcie zawartym w uznk, uzależniającym wystąpienie zakazanej praktyki od utrudniania dostępu do rynku oraz przynależności danej opłaty do kategorii „opłat innych niż marża handlowa". Art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk nie zawiera też katalogu opłat, które są zakazane *per se*, pozostawiając sądowi ocenę, czy w konkretnym przypadku opłata była wnoszona za przyjęcie towaru do sprzedaży, czy za realną usługę.

Warto również wskazać, że prywatnoprawny reżim funkcjonowania zakazu opłat półkowych Trybunał Konstytucyjny uznał za jego zaletę – „tymczasem ochrona zapewniana na podstawie ustawodawstwa o zwalczeniu nieuczciwej konkurencji jest inicjowana przez samych zainteresowanych, co jest niewątpliwie rozwiązaniem bardziej elastycznym [niż ewentualny zakaz pobierania opłat półkowych w prawie administracyjnym] i w większym stopniu uwzględnia ich interesy".

Skoro Trybunał uznał administracyjnoprawne egzekwowanie zakazu pobierania opłat półkowych za „dalej idące" ograniczenie wolności działalności gospodarczej niż system zbudowany na gruncie uznk, to tym ostrożniej powinno być ono uregulowane, aby zapewnić, że nie będzie to ograniczenie niekonstytucyjne. W warunkach, w których zakaz obejmuje dużo szerszy zakres, model stosowania przepisów dużo bardziej restrykcyjny, a dodatkowo ciężar dowodu przerzucony jest na tego, komu zarzuca się naruszenie przepisów ustawy, konstytucyjność przyjętego modelu jest bardzo wątpliwa.

Z powyższych względów można się spodziewać, iż w przypadku uchwalenia ustawy zawierającej rozwiązania analogiczne do przewidzianych w Projekcie, jej konstytucyjność byłaby kwestionowana. Jest wysoce prawdopodobne, że Trybunał Konstytucyjny uznałby ją za sprzeczną z Konstytucją RP.

[22] Wyr. Trybunału Konstytucyjnego z dnia 16.10.2014 r., sygn. akt. SK 20/12, Legalis nr 1073343.

XI. Podsumowanie

Projekt należy ocenić zdecydowanie krytycznie. Grupował on i powielał regulacje już obecne w systemie prawa, jednocześnie w sposób tendencyjny przyznając szereg preferencyjnych uprawnień dostawcom produktów rolnych i spożywczych. O ile rozumieć można pobudki posłów PSL, którzy chcieli poprawić sytuację w tych gałęziach gospodarki, zakazy administracyjne i karanie podmiotów silniejszych rynkowo, również za działania, w których nie sposób dopatrzyć się nieuczciwości, nie są do tego dobrymi narzędziami. Takie praktyki legislacyjne to „ręczne sterowanie", którego nie powinno się stosować w systemie gospodarki rynkowej.

Zaproponowane regulacje szły pod prąd tendencjom wyrażanym w unijnym *soft law*. Ponadto Projekt był sprzeczny z konstytucyjnymi zasadami wolności działalności gospodarczej, proporcjonalności oraz równości. Tekst Projektu był nieprecyzyjny, posługiwał się pojęciami w innym znaczeniu niż powszechnie przyjęte, można mieć również istotne zastrzeżenia co do jego zgodności z zasadami poprawnej legislacji. Zaledwie 30-dniowe *vacatio legis* było z kolei zbyt krótkie na należyte dostosowanie sposobu, w jaki działają sieci handlowe do proponowanych przepisów.

Szczegółowe postanowienia Projektu pozostawały w oderwaniu od dotychczasowych regulacji i ich ugruntowanej interpretacji. Jako przykład wskazać można, że Projekt, dążąc do skutecznego wyeliminowania z obrotu zjawiska opłat półkowych, pomijał obecnie stosowane dyrektywy interpretacyjne. Zarówno w świetle postanowień uznk, jak i wymienionych wcześniej orzecznictwa i doktryny dla oceny, czy pobieranie danej opłaty jest nieuczciwe, kluczowe znaczenie mają m.in. takie czynniki, jak utrudnianie dostępu do rynku, ekwiwalentność świadczeń, charakter relacji pomiędzy przedsiębiorcami, a także rachunek ekonomiczny (opłacalność współpracy dla obydwu stron). Jeżeli model przewidziany w Projekcie stanie się kiedyś częścią obowiązującego prawa, można mieć jedynie nadzieję, że Prezes UOKiK będzie brał te okoliczności pod uwagę przy badaniu czy doszło do pobrania opłaty za przyjęcie towaru do sprzedaży.

Zgłoszenie projektu pod koniec poprzedniej kadencji Sejmu czyni zasadnym postrzeganie go w kontekście walki wyborczej. Nośny postulat ochrony polskich rolników oraz walki z „przywilejami supermarketów" sprawił, że Projekt przebił się do serwisów informacyjnych i trafił na pierwsze strony gazet. Jednakże głębsza analiza metod, jakimi autorzy Projektu chcieli zapewnić realizację tych celów, wskazuje, że nie jest on spójny, a częściowo jest sprzeczny z obecnie obowiązującymi przepisami prawa i wypracowaną praktyką opartą o orzecznictwo sądów powszechnych i Sadu Najwyższego.

Projekt spotkał się z brakiem aprobaty, nie tylko wśród sieci handlowych, z których „nadużyciami" miał walczyć. Wskazywano również, że może on obrócić się przeciwko samym dostawcom[23]. Projekt uzyskał krytyczną opinię prawną Biura Analiz Sejmowych, wprost kwestionującą jego konstytucyjność[24]. Szeroka krytyka Projektu, do której dołącza się ten artykuł, może mieć wpływ na dalsze prace legislacyjne dotyczące zagadnienia nieuczciwej konkurencji w stosunkach pomiędzy nabywcami a dostawcami. Pozostaje wyrazić nadzieję, że opisane powyżej rozwiązania

[23] M. Kryszkiewicz (2015). *Powraca spór o opłaty półkowe*. Pobrano z: http://serwisy.gazetaprawna.pl/pit/artykuly/875030,powraca-spor-o-oplaty-polkowe.html (02.06.2015).

[24] *Opinia prawna na temat poselskiego projektu ustawy o zwalczaniu nieuczciwych praktyk rynkowych przedsiębiorców zajmujących się obrotem produktami spożywczymi lub rolnymi wobec dostawców tych produktów* z dnia 20.07.2015 r., sporządzona przez Biuro Analiz Sejmowych. Pobrano z: http://orka.sejm.gov.pl/rexdomk7.nsf/Opdodr?OpenPage&nr=3604.

nie zostaną przyjęte w przygotowywanym przez PiS projekcie ustawy o zapobieganiu nieuczciwym praktykom rynkowym stosowanym wobec dostawców produktów spożywczych i rolnych przez przedsiębiorców zajmujących się obrotem tymi produktami.

Bibliografia

Kamela, P. (2013). Interpretacja art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk w świetle koncepcji wykładni Macieja Zielińskiego. iKAR, *2*(2), s. 15–17.

Kocot, W.J. i Stokłosa, A. (2014). Pobieranie innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży – uwagi krytyczne na tle praktyki kontraktowej i aktualnego orzecznictwa. *Przegląd Prawa Handlowego*, 10, s. 14.

Kryszkiewicz, M. (2015). Powraca spór o opłaty półkowe. Pobrano z: http://serwisy.gazetaprawna.pl/pit/artykuly/875030,powraca-spor-o-oplaty-polkowe.html (02.06.2015).

Marek, M. (2014). Opłaty półkowe a mechanizmy cenotwórcze, iKAR, *9*(3), s. 48.

Podrecki, P. (2014). Opłaty półkowe. *Monitor Prawniczy*, 6, s. 21.

Sieradzka, M. (2014). Opłaty za przyjęcie towaru do sprzedaży – aspekty praktyczne stosowania i egzekwowania. *Monitor Prawniczy*, 6, s. 28.

Wolski, D. (2013). Wybrane zagadnienia na tle orzeczeń dotyczących opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży. iKAR, *2*(2), s. 33.

Uprzednia i następcza kontrola aktów upoważaniających organ ochrony konkurencji do przeprowadzenia niezapowiedzianej kontroli (przeszukania) przedsiębiorcy.

Glosa do wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 2 października 2014 r. w sprawie *Delta Pekárny* przeciwko *Republice Czeskiej*

I. Wstęp

W dniu 2 października 2014 r. Europejski Trybunał Praw Człowieka (dalej: Trybunał lub ETPC) wydał wyrok w sprawie ze skargi złożonej przez spółkę Delta Pekárny a.s. (dalej: także Spółka) przeciwko Republice Czeskiej[1]. Sprawa dotyczyła niezapowiedzianej kontroli, jaką czeski organ antymonopolowy (*Úřad pro ochranu hospodářské soutěže*) w 2003 r. przeprowadził w siedzibie Delta Pekárny. **Trybunał uznał, że przeprowadzenie kontroli bez uprzedniego upoważnienia sądu oraz wobec braku skutecznej następczej kontroli sądowej stanowiło naruszenie prawa Spółki do prywatności, gwarantowanego przez przepisy Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności**[2] (dalej: EKPC).

Wyrok w sprawie *Delta Pekárny* dotyczy więc stosowania zasad konieczności i proporcjonalności do oceny niezapowiedzianych kontroli czy inspekcji przeprowadzanych przez organy antymonopolowe (tzw. *dawn raid-ów*). Trybunał stwierdził, że przedsiębiorca poddany takiej kontroli musi mieć zapewnioną efektywną kontrolę sądową (uprzednią lub następczą), w ramach której sąd oceni przyczyny, zakres, czas trwania kontroli oraz ustali czy była ona konieczna i proporcjonalna.

Pomimo iż wyroki Trybunału są wiążące tylko między stronami, wyznaczają one standard konwencyjny, do którego państwa – strony EKPC powinny się stosować, a nawet mogą ten wyznaczony, minimalny standard podnosić[3]. Orzeczenie w sprawie czeskiej spółki najpewniej będzie miało więc dużo szersze skutki. Tylko bowiem w 14 państwach członkowskich UE prawo przewiduje uprzednią zgodę sądu na przeprowadzenie inspekcji[4]. W tym kontekście warto zastanowić się czy przepisy uokik z 2007 r. regulujące kontrolę i przeszukanie spełniają standardy konwencyjne wyznaczone tym orzeczeniem. Analiza okoliczności sprawy *Delta Pekárny*, przepisów uokik z 2007 r. oraz praktyki działania Prezesa UOKiK i zwłaszcza SOKiK pozwala postawić tezę, że również przeciwko Polsce mogłoby zapaść podobne, jeśli nie identyczne, rozstrzygnięcie.

[1] Pełny tekst wyroku w j. francuskim jest dostępny w bazie orzecznictwa ETPC (HUDOC) pod adresem: http://hudoc.echr.coe.int.

[2] W stosunku do Polski weszła w życie 19.01.1993 r. (Dz.U. 1993 Nr 61, poz. 284 ze zm.).

[3] Zob. np. P. Grzegorczyk (2006). Skutki wyroków Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w krajowym porządku prawnym. *Przegląd Sądowy*, 6, s. 3–42; J. Callewaert (2009). The European Convention on Human Rights and European Union: a long way to harmony. *European Human Rights Law Review*, 6, s. 768–783 oraz M. Bernatt (2011). *Sprawiedliwość proceduralna przed organem ochrony konkurencji*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania UW, s. 64–65.

[4] A. Braun (2014). *No More Dawn Raids in the Czech Republic*. Pobrano z: http://kluwercompetitionlawblog.com/2014/11/18/no-more-dawn-raids-in-the-czech-republic/.

II. Okoliczności faktyczne sprawy

Niezapowiedziana kontrola[5] w biurach Delta Pekárny w Pradze i w Brnie została przeprowadzona 19 listopada 2003 r., w toku wszczętego tego samego dnia postępowania administracyjnego przeciwko Spółce i jej dwóm konkurentom w sprawie rzekomego kartelu polegającego na ustalaniu cen wyrobów piekarskich. W momencie stawienia się w siedzibie Spółki pracownicy organu antymonopolowego przekazali pracownikom Delta Pekárny zawiadomienie o wszczęciu postępowania podpisane przez dyrektora generalnego organu oraz upoważnienie do przeprowadzenia kontroli wydane przez organ[6] (bez zatwierdzania go przez sąd)[7]. Zawiadomienie wskazywało przepisy, o naruszenie których Spółka była podejrzana, na czym to naruszenie polegało oraz powiadomienie o prawach i obowiązkach przysługujących kontrolowanemu. Natomiast upoważnienie do przeprowadzenia kontroli, jak ustalił Trybunał, zawierało jedynie imiona i nazwiska pracowników organu upoważnionych do jej przeprowadzenia. Z przebiegu przeprowadzonych czynności został sporządzony protokół, w którym jako motywy i cel kontroli wskazano zbadanie[8] dokumentów Spółki na potrzeby wszczętego postępowania administracyjnego.

W toku czynności kontrolnych pracownicy urzędu zażądali udostępnienia korespondencji elektronicznej pracowników Spółki. Z niektórych dokumentów wykonano kopie (organ nie miał prawa zajęcia dokumentów), natomiast co do części korespondencji przedstawiciele Delta Pekárny w ogóle odmówili jej przekazania, tłumacząc, że stanowiła ich korespondencję prywatną. Odmówili ponadto wglądu do trzech wewnętrznych wiadomości e-mail. Uznali też, że kopie siedmiu dokumentów zostały wykonane w sposób niezgodny z prawem (bez zgody Spółki i adresatów wiadomości). Dwa ze skopiowanych dokumentów zostały następnie odebrane urzędnikom przez jednego z pracowników Spółki, z uwagi na fakt, że stanowiły jego korespondencję prywatną.

Za odmowę udostępnienia części danych elektronicznych o charakterze handlowym oraz utrudnianie kontroli (poprzez odebranie osobom prowadzącym kontrolę kopii dokumentów) organ antymonopolowy w drodze decyzji nałożył na Delta Pekárny karę w maksymalnej wysokości 300 000 koron czeskich (ok. 11 500 euro).

Spółka odwoływała się od powyższej decyzji, najpierw przed organem antymonopolowym, a następnie przed sądami krajowymi, w tym Trybunałem Konstytucyjnym[9]. Delta Pekárny wniosła również odwołanie od decyzji stwierdzającej zawarcie porozumienia ograniczającego konkurencję i nakładającej karę pieniężną w wysokości 55 milionów koron czeskich (ok. 2,1 miliona euro), w którym kwestionowała legalność pozyskania dowodów podczas kontroli oraz zasadność jej przeprowadzenia[10]. Zdaniem Delta Pekárny przeprowadzenie kontroli bez uprzedniego upoważnienia sądu oraz skutecznej kontroli ze strony niezależnego organu naruszało jej prawo do posza-

[5] Trybunał posługuje się terminem *inspection*, który należy tłumaczyć jako „kontrola, inspekcja".

[6] Z orzeczenia nie wynika, kto podpisał upoważnienie.

[7] Podstawą do przeprowadzenia kontroli był przepis art. 21 § 4 czeskiej ustawy antymonopolowej, zgodnie z którym: *W postępowaniach prowadzonych przez Urząd na podstawie niniejszej ustawy, podmioty gospodarcze są zobowiązane poddać się kontroli prowadzonej przez Urząd. Urząd jest uprawniony żądać, na potrzeby kontroli, (...) dokumentów i informacji niezbędnych do wykonywania swojej misji, jak również do zweryfikowania ich kompletności, prawdziwości i dokładności. W tym celu, pracownicy Urzędu są uprawnieni do wchodzenia na grunt, do wszystkich miejsc, pomieszczeń oraz pojazdów objętych kontrolą, do sprawdzania ksiąg handlowych i innych dokumentów handlowych, do sporządzania z nich kopii/notatek oraz do żądania ustnych wyjaśnień na miejscu* [tłumaczenie własne z j. francuskiego].

[8] Trybunał posługuje się terminem *examen*, który oznacza „zbadanie, przegląd".

[9] Szerzej na temat przebiegu tych postępowań zob. R. Barinka (2010). The Czech Constitutional Court rules that inspection at business premises of a company does not require a prior judicial authorization (Delta Pekarny). *e-Competitions*, August, N° 33217. Pobrano z: www.concurrences.com.

[10] W czasie wydania glosowanego orzeczenia procedura odwoławcza była jeszcze w toku.

nowania siedziby oraz korespondencji i było sprzeczne z czeską konstytucją oraz art. 8 EKPC[11]. W szczególności Spółka powoływała się w postępowaniach przed sądami na wyrok ETPC w sprawie *Société Colas Est i inni* przeciwko *Francji*[12], w którym Trybunał uznał, że przeprowadzenie niezapowiedzianej kontroli bez uprzedniej autoryzacji sądowej naruszało prawo spółki do prywatności. Powyższych argumentów nie podzielił jednak ani organ antymonopolowy, ani następnie sądy krajowe. Sądy uznały, że przeprowadzenie kontroli było zgodne z prawem, a prawo czeskie zapewniało odpowiednie gwarancje kontrolowanym przedsiębiorcom przeciwko nadużyciom ze strony organu prowadzącego kontrolę[13].

III. Stanowisko Trybunału

Trybunał rozpoczął swoje rozważania od ustalenia czy przepis art. 8 EKPC ma w ogóle zastosowanie do Delta Pekárny. Wskazał, że znaczenie terminu „mieszkanie" (fr. *domicile*), użytego w art. 8 ust. 1 EKPC, jest szersze niż pojęcie „domu" i – w pewnych przypadkach – może obejmować także prawo spółki do poszanowania swojej siedziby, oddziału (agencji) czy innych pomieszczeń biurowych. Jednakże ingerencja państwa w odniesieniu do tych miejsc może być dużo dalej idąca niż w przypadku miejsca zamieszkania osób fizycznych. W ocenie Trybunału niezapowiedziana kontrola przeprowadzona przez organ antymonopolowy niewątpliwie stanowiła ingerencję w prawo Spółki do poszanowania „mieszkania" (siedziby) w rozumieniu przepisu art. 8 ust. 1 EKPC. Prawo to obejmuje również ochronę korespondencji, w pewnym zakresie również tej o charakterze prywatnym należącej do pracowników przedsiębiorcy. W tych okolicznościach należało ustalić czy ingerencja ze strony organu była usprawiedliwiona w świetle przesłanek określonych w przepisie art. 8 ust. 2 EKPC, tzn. czy przeprowadzenie niezapowiedzianej kontroli: i) miało oparcie w przepisach prawa (Trybunał uznał, że tak); ii) czy kontrola była przeprowadzona w uzasadnionym celu (Trybunał uznał, że taki cel stanowił „dobrobyt gospodarczy kraju") oraz iii) czy była konieczna?

Rozważania Trybunału skoncentrowały się więc na ustaleniu czy przeprowadzenie kontroli było konieczne oraz proporcjonalne. Przesłanka „konieczności w demokratycznym społeczeństwie" oznacza, że ingerencja w prawa chronione przez przepis art. 8 ust. 1 EKPC musi odpowiadać nadrzędnym potrzebom społecznym oraz być proporcjonalna do uzasadnionego celu, który podlega realizacji. Państwom – stronom EKPC przysługuje pewien margines swobody w ocenie czy ingerencja w „społeczeństwie demokratycznym" jest konieczna. Swoboda ta jest jeszcze większa w przypadku osób prawnych. Jeśli jednak państwo jest zmuszone stosować środki tak dotkliwe, jak przeszukanie[14] czy zajęcie rzeczy w celu uzyskania dowodów na niezgodne z prawem zachowanie, to musi zapewnić odpowiednie i wystarczające gwarancje przeciwko ewentualnym nadużyciom, w szczególności ochronę przed arbitralnością zmierzającą do naruszenia prawa do prywatności. Trybunał wyróżnił kilka elementów, na podstawie których doszedł do wniosku, że

[11] Art. 8 EKPC [Prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego] stanowi, że: *1. Każdy ma prawo do poszanowania swojego życia prywatnego i rodzinnego, swojego mieszkania i swojej korespondencji. 2. Niedopuszczalna jest ingerencja władzy publicznej w korzystanie z tego prawa z wyjątkiem przypadków przewidzianych przez ustawę i koniecznych w demokratycznym społeczeństwie z uwagi na bezpieczeństwo państwowe, bezpieczeństwo publiczne lub dobrobyt gospodarczy kraju, ochronę porządku i zapobieganie przestępstwom, ochronę zdrowia i moralności lub ochronę praw i wolności osób*.

[12] Wyr. ETPC z 16.04.2002 r. w sprawie *Société Colas Est i inni* przeciwko *Francji*, nr skargi 37971/97, dostępny w bazie orzecznictwa ETPC (HUDOC) pod adresem: http://hudoc.echr.coe.int.

[13] Sądy krajowe argumentowały m.in., że czeska procedura przeprowadzania niezapowiedzianych kontroli była podobna do tej, jaką stosowała KE na podstawie art. 20 rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003 (i która nie wymagała uprzedniej zgody krajowego organu sądowego).

[14] Trybunał posługuje się terminem *perquisition*, które oznacza „poszukiwanie, przeszukanie".

uprawnienia czeskiego organu były bardzo szerokie oraz że nie były równoważone możliwością uzyskania odpowiedniej (uprzedniej bądź następczej) ochrony sądowej.

Po pierwsze, **nakaz przeprowadzenia niezapowiedzianej kontroli został wydany przez organ antymonopolowy i nie był zatwierdzony przez sąd** (jako niezależny organ, który zbadałby czy kontrola jest konieczna i proporcjonalna). Nie był on również wydany w formie decyzji czy postanowienia, na które przysługiwałby samoistny środek odwoławczy. Nakaz zawierał jedynie imiona i nazwiska upoważnionych pracowników organu, natomiast zawiadomienie o wszczęciu postępowania administracyjnego w sposób bardzo ogólny wskazywało jego przedmiot. W szczególności nie wymieniało okoliczności ani dowodów, na podstawie których organ powziął wiadomość o rzekomych, antykonkurencyjnych praktykach. Jedynym dokumentem, który zwięźle określał cel kontroli oraz przyczyny jej przeprowadzenia, był protokół sporządzony dopiero po przeprowadzeniu kontroli. Na tej podstawie Trybunał ustalił, że przepisy czeskiej ustawy przyznawały organowi ochrony konkurencji bardzo duży margines swobody w ocenie czy przeszukanie w danym przypadku jest konieczne i proporcjonalne, a ocena ta – na etapie przed przeprowadzeniem przeszukania – nie podlegała żadnej kontroli ze strony niezależnego organu.

Po drugie, **nawet w braku uprzedniego nakazu sądowego odpowiednia ochrona przed nadużyciem ze strony władzy państwowej może być zapewniona, jeśli istnieje system następczej kontroli sądowej (*ex post facto*), w ramach której sąd bada legalność oraz konieczność dotkliwego środka**. Kontrola ta musi być skuteczna w świetle okoliczności danej sprawy, tak aby podmioty, których dotyczy ingerencja, mogły uzyskać odpowiednią ochronę w odniesieniu do działań podjętych przez organ państwa i sposobu ich przeprowadzenia. Jeśli kwestionowane działanie miało już miejsce, powinny istnieć środki ochrony prawnej, które zapewnią zainteresowanemu odpowiednie zadośćuczynienie. W niniejszej sprawie zapewnienie skutecznego nadzoru sądowego nad legalnością i koniecznością przeprowadzenia kontroli było tym bardziej istotne, że przed przeprowadzeniem kontroli Delta Pekárny nie została poinformowana o tym, do jakich konkretnie dokumentów w ramach wszczętego postępowania organ zamierzał uzyskać dostęp. Trybunał uznał, że sądy krajowe (sąd w Brnie rozpatrujący odwołania od obu decyzji[15] czeskiego organu oraz Najwyższy Sąd Administracyjny) ograniczyły się do ustalenia czy sam fakt podjęcia kontroli był zgodny z prawem. Sądy nie zbadały natomiast przyczyn kontroli, jej przebiegu, celu i zakresu oraz tego czy była konieczna i proporcjonalna[16]. Trybunał wskazał, że rozstrzygnięcia sądów krajowych były starannie uzasadnione i powoływały się na utrwalone orzecznictwo ETPC, jednakże zupełnie nie odnosiły się do okoliczności faktycznych (fr. *éléments de fait*), które skłoniły organ antymonopolowy do przeprowadzenia kontroli. W konsekwencji wykonywanie przez organ uprawnień odnośnie do podejmowania decyzji co do przeprowadzenia kontroli nie było poddane skutecznej kontroli sądowej nawet w trybie następczym (*ex post facto*). W szczególności Trybunał stwierdził, że nie można uznać za wystarczające stanowiska sądu w Brnie (wyrażonego w sprawie decyzji stwierdzającej stosowanie antykonkurencyjnej praktyki), zgodnie z którym ingerencja w prawa Spółki była uzasadniona od momentu, gdy organ antymonopolowy nabrał podejrzeń,

[15] Tj. decyzji nakładającej karę za utrudnianie inspekcji oraz decyzji nakładającej karę za stosowanie antykonkurencyjnej praktyki.

[16] Mimo iż w szczególności Najwyższy Sąd Administracyjny w swoim wyroku z maja 2009 r. odniósł się do kwestii związanych z podstawą prawną, uzasadnionym celem i proporcjonalnością kontroli, to jednak skoncentrował się zasadniczo na zakresie uprawnień przyznanym pracownikom organu antymonopolowego przeprowadzającym kontrolę oraz tym czy uprawnienia te były przestrzegane.

że jej zachowanie na rynku było efektem kontaktów z konkurentami, ponieważ kontakty te mogły być wykazane jedynie za pomocą dowodów zebranych podczas kontroli.

Po trzecie, bez wpływu na ocenę wyrażoną przez Trybunał pozostaje fakt, że przedstawiciele Spółki byli obecni podczas kontroli, organ nie miał prawa zajęcia dokumentów i zażądał przekazania jedynie ich kopii oraz że pracownicy urzędu dokonujący kontroli byli obowiązani do ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa.

W tych okolicznościach Trybunał uznał, że w sytuacji braku uprzedniej autoryzacji sądowej oraz braku skutecznej następczej kontroli sądowej konieczności podjęcia kwestionowanego środka, a także braku przepisów odnoszących się do ewentualnego zniszczenia kopii dokumentów uzyskanych przez organ ochrony konkurencji, Delta Pekárny nie miała zapewnionych wystarczających gwarancji proceduralnych przed nadużyciem uprawnień przez organ antymonopolowy[17].

IV. Komentarz

Wyrok Trybunału w sprawie *Delta Pekárny* zasługuje w naszej ocenie na aprobatę. Trybunał po raz kolejny potwierdził, że prawa przewidziane w EKPC, w tym w przepisie art. 8, mogą przysługiwać także przedsiębiorcom w toku postępowań prowadzonych przez organy ochrony konkurencji[18]. Z orzeczenia jasno wynika, że jeśli organ w celu realizacji interesu publicznego może podjąć środki tak dotkliwe, jak kontrola czy przeszukanie, to przedsiębiorca poddany tym środkom musi mieć zapewnione **odpowiednie gwarancje proceduralne, które ochronią go przed arbitralnym i nieproporcjonalnym działaniem władz publicznych**. W tym kontekście kluczowe znaczenie ma zapewnienie zgodności działań organu z zasadą proporcjonalności[19]. Odpowiednie gwarancje proceduralne w toku przeprowadzania niezapowiedzianych kontroli (przeszukań) muszą więc polegać na przyznaniu kontrolowanemu przedsiębiorcy **skutecznej ochrony sądowej**. Trybunał przy tym nie przesądza, że ochrona ta wymaga zawsze uzyskania uprzedniego upoważnienia sądu do przeprowadzenia kontroli (przeszukania). Innymi słowy **przeprowadzenie kontroli (przeszukania) bez takiej uprzedniej zgody sądu nie oznacza (i słusznie) automatycznie naruszenia przepisów EKPC. Brak uprzedniej zgody sądu musi natomiast być „skompensowany" poprzez zapewnienie skutecznej, następczej i pełnej**

[17] Warto zaznaczyć, że rozstrzygnięcie zostało podjęte czterema głosami przeciwko trzem. Zdania odrębne dotyczyły kwestii czy rzeczywiście Delta Pekárny nie miała zapewnionej skutecznej kontroli sądowej *ex post facto*. Trzech sędziów uznało, że przynajmniej w przypadku postępowania dotyczącego kary za utrudnianie kontroli sądy przeprowadziły w pewnym zakresie analizę podstawy prawnej, uzasadnionego celu oraz proporcjonalności kwestionowanego środka (zob. przypis nr 16). Sądy krajowe powołały się również na orzecznictwo ETPC, by ocenić legalność środka w świetle przepisów EKPC. W konsekwencji w ocenie tych sędziów zarzuty Spółki o braku uprzedniej autoryzacji sądowej kontroli zostały dokładnie zbadane przez sądy, które odpowiedziały na nie, podając wystarczające argumenty i motywy. Delta Pekárny nigdy nie podniosła w postępowaniach krajowych konkretnych argumentów, które doprowadziłyby sądy do uznania, że podejrzenia organu ochrony konkurencji nie były zasadne/wiarygodne albo że kontrola nie była konieczna lub proporcjonalna. W tym kontekście zarzuty Spółki były zatem, w ocenie tych trzech sędziów, czysto teoretyczne. Ponadto sędziowie ci zauważyli również, że w ramach postępowania dotyczącego naruszenia reguł konkurencji Spółka mogła podnieść argumenty o rzekomym nielegalnym uzyskaniu dowodów oraz o braku uzasadnienia kontroli konkretnymi okolicznościami faktycznymi. Podkreślili, że z jednej strony procedura ta (w czasie wydania glosowanego orzeczenia) była cały czas w toku, a z drugiej – że wymogi nałożone na sądy w postępowaniach administracyjnych nie mogą być takie same, jak w przypadku procedury karnej. Tym samym w ich ocenie następczą kontrolę sądową przyznaną Delta Pekárny należy uznać za efektywną.

[18] Warto odnotować, że w podobnym kierunku idzie wyr. ETPC z dnia 2.07.2015 r. w sprawie *Vinci Construction Et Gtm Génie Civil Et Services* przeciwko *Francji* (skargi nr 63629/10 oraz 60567/10), w którym ETPC stwierdził, że doszło do naruszenia prawa do sprawiedliwego, rzetelnego procesu, ponieważ procedura dotycząca niezapowiedzianych inspekcji nie przewidywała skutecznej, pełnej kontroli sądowej w celu oceny legalności i zasadności decyzji o przeprowadzeniu inspekcji.

[19] Zasada ta stanowi, że ingerencja władz publicznych w prawa i wolności podmiotów prywatnych jest dopuszczalna tylko wtedy, gdy jest zgodna z prawem i konieczna w demokratycznym społeczeństwie dla ochrony podstawowych interesów, takich jak porządek publiczny lub prawa i wolności innych osób. Z tego powodu organy władzy publicznej w celu osiągnięcia prawnie uzasadnionych celów powinny stosować środki najmniej dotkliwe dla podmiotów poddanych tym środkom. Jeśli ten sam cel można osiągnąć w sposób mniej dotkliwy, to działania państwa należy uznać za nieproporcjonalne – cyt. za M. Bernatt (2011). Powers of Inspection of the Polish Competition Authority. Question of Proportionality. *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, *4*(5), s. 48.

(a więc nieograniczającej się tylko do kwestii legalności) **kontroli sądowej**. W takiej sytuacji cały ciężar zapewnienia zgodności z EKPC spoczywa więc na instytucji następczej kontroli i sądzie dokonującym kontroli aktu administracyjnego upoważniającego organ do przeprowadzenia kontroli, inspekcji czy przeszukania, decyzji o ich przeprowadzeniu (w świetle posiadanych przez organ dowodów i czasu jej podejmowania) oraz samego przebiegu tych czynności.

Co ważne – zwłaszcza w kontekście polskiej praktyki – wydaje się, że ww. standardy sądowej kontroli muszą być zapewnione niezależnie od tego czy mamy do czynienia z kontrolą, czy z przeszukaniem. Z wyroku jasno nie wynika czy w siedzibie Delta Pekárny miała miejsce kontrola, czy też przeszukanie w rozumieniu przepisów uokik z 2007 r. W opisie stanu faktycznego Trybunał posługuje się terminem *inspection* i brak jest wyraźnej informacji, jakoby organ antymonopolowy poszukiwał dokumentów (urzędnicy jedynie zażądali dostępu do poczty elektronicznej). Również przepis art. 21 § 4 czeskiej ustawy, który był podstawą do przeprowadzenia kontroli, w swoim brzmieniu jest bardziej zbliżony do przepisu art. 105a uokik z 2007 r. (przepis dot. kontroli), aniżeli przepisu art. 105n uokik z 2007 r. (przeszukanie). Z kolei w uzasadnieniu prawnym wyroku obok pojęcia *inspection* pojawia się (nawet częściej) termin *perquisitio*n („poszukiwanie, przeszukanie"). Trybunał zdaje się więc nie rozróżniać tych dwóch pojęć, a nawet stosuje je wręcz zamiennie.

W praktyce glosowany wyrok oznacza z jednej strony, że np. polscy przedsiębiorcy, którzy w ogóle odmówiliby poddania się kontroli Prezesa UOKiK (uniemożliwili jej rozpoczęcie) czy nawet utrudniali jej przeprowadzenie, argumentując, że upoważnienie Prezesa UOKiK do przeprowadzenia kontroli nie podlegało uprzedniej kontroli sądowej (ponieważ kontrola zgodnie z przepisami uokik z 2007 r. nie wymaga zgody SOKiK), muszą liczyć się z karami pieniężnymi nakładanymi w trybie art. 106 ust. 2 pkt 3 oraz 108 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 pkt 1 lit. b) uokik z 2007 r. Innymi słowy przedsiębiorcy ci tylko i wyłącznie na podstawie braku uprzedniej zgody SOKiK nie mogą wywodzić, że kontrola jest „automatycznie" niezgodna z prawem. Z drugiej zaś – przedsiębiorcy, u których Prezes UOKiK dokonał kontroli, ale decyzja w ich sprawie (stwierdzająca praktykę albo nakładająca karę pieniężną za utrudnianie kontroli) nie była jeszcze przedmiotem orzeczenia SOKiK, mogą żądać, aby ten dokonał teraz pełnej kontroli upoważnienia do przeprowadzenia kontroli oraz jej przebiegu z punktu widzenia proporcjonalności i z uwzględnieniem perspektywy dowodów posiadanych przez UOKiK w czasie decydowania o przeprowadzeniu kontroli. Tym samym mogłoby się okazać, że dowody zebrane w toku takiej kontroli zostałyby uznane za nielegalne, co z kolei mogłoby prowadzić do uchylenia albo zmiany decyzji stwierdzającej stosowanie praktyki ograniczającej konkurencję[20].

W naszej ocenie przepisy uokik z 2007 r. dotyczące inicjowania kontroli, a być może także przeszukania, oraz sądowej kontroli tych uprawnień dochodzeniowych (czyli przepisy art. 105a, 105i, 105l, 105m, 105n–105p) **nie spełniają standardów konwencyjnych wyrażonych w glosowanym wyroku** (stan prawny wynikający z tych przepisów jest zasadniczo bardzo zbliżony do tego, który był oceniany w glosowanym wyroku). Teza ta, w naszej ocenie, znajduje uzasadnienie w następujących argumentach:

a) **Przepisy uokik z 2007 r. nie przewidują uprzedniej sądowej kontroli upoważnienia do przeprowadzenia kontroli.** Upoważnienie to jest wydawane bez zgody sądu i jest

[20] Por. R. Neruda, J. Kmec i R. Barinka (2014). The ECHR ruled on the Czech Regulation of Dawn Raids. *Competition Flash*, October, s. 4–5.

podpisywane przez Prezesa UOKiK, względnie przez wojewódzkiego inspektora inspekcji handlowej (art. 105a ust. 5 uokik z 2007 r.) albo przez dyrektora delegatury UOKiK – w imieniu Prezesa UOKiK – w sprawach pozostających w jej właściwości oraz przekazanych do załatwienia delegaturze przez Prezesa UOKiK (art. 105a ust. 3 uokik z 2007 r.). Żaden inny organ nie dokonuje więc obecnie *ex ante* weryfikacji proporcjonalności, zasadności i celowości kontroli Prezesa UOKiK. Dlatego też – zgodnie z poglądem wyrażonym przez ETPC w glosowanym orzeczeniu – kluczowa pozostaje sądowa kontrola następcza.

b) **Przewidziana w przepisie art. 105n ust. 2–4 uokik z 2007 r. uprzednia sądowa kontrola przeszukania przez SOKiK ma w naszej ocenie charakter raczej nieco iluzoryczny.** Warto zadać retoryczne pytanie, w ilu sprawach zdarzyło się, że SOKiK nie wydał zgody na przeprowadzenie przeszukania wnioskowanego przez Prezesa UOKiK? Nie wydaje się, aby uzasadnieniem dla braku odmów była zawsze wysoka jakość wniosków składanych do SOKiK przez Prezesa UOKiK. Wątpliwość ta jest zasadna w kontekście choćby tego, że przeszukania są przeprowadzane również w sprawach porozumień wertykalnych (przykładowo, w sprawie zakończonej decyzją Prezesa UOKiK z dnia 30 czerwca 2015 r., nr RGD – 2/2015)[21], w których dowody można przecież zazwyczaj uzyskać poprzez wezwanie w trybie art. 50 uokik z 2007 r. Zatem czy taka kontrola sądowa jest skuteczna i spełnia swój cel? Trudno na to pytanie odpowiedzieć. Kopie wniosków Prezesa UOKiK o wydanie przez SOKiK zgody na przeprowadzenie przeszukania nie są częścią akt administracyjnych postępowania. A powinny. Jest to przecież czynność organu w toku postępowania. Z kolei postanowienie SOKiK, nawet jeśli jest doręczane przeszukiwanemu, nie zawiera uzasadnienia. Jak zatem ma być realizowana (skutecznie) pełna kontrola następcza przeszukania (choćby w postępowaniu odwoławczym od decyzji stwierdzającej praktykę ograniczającą konkurencję), skoro ani strona postępowania, ani SOKiK (rozpatrując odwołanie od decyzji) nie ma dostępu do motywów i dowodów, jakie kierowały Prezesem UOKiK, gdy występował o zgodę na przeprowadzenie przeszukania oraz motywów i toku rozumowania SOKiK przy wydaniu zgody na przeprowadzenie przeszukania?

c) **Przepisy uokik z 2007 r. nie przewidują następczej sądowej kontroli zarówno upoważnienia do przeprowadzenia kontroli wydawanego przez UOKiK[22], jak i postanowienia SOKiK w sprawie zgody na przeprowadzenie przeszukania** (tak *expressis verbis* art. 105n ust. 4 uokik z 2007 r.)[23]. Upoważnienie do przeprowadzenia kontroli lub postanowienie SOKiK wyrażające zgodę na przeprowadzenie przeszukania jest doręczane kontrolowanemu odpowiednio przy rozpoczęciu kontroli (art. 105a ust. 6 uokik z 2007 r.) lub przeszukania, ale nie podlega ono zaskarżeniu (odnośnie do postanowienia tak wyraźnie art. 105n ust. 4 *in fine* uokik z 2007 r.). Upoważnienie nie jest nawet postanowieniem Prezesa UOKiK wydawanym w toku postępowania. Ponadto, upoważnienie nie zawiera wskazania dowodów czy choćby podejrzeń organu, w związku z którymi Prezes UOKiK podjął decyzję o przeprowadzeniu

[21] Cyt. za: M. Kozak, *Zasady przeprowadzania kontroli i przeszukań w postępowaniach antymonopolowych w świetle orzecznictwa ETPCz a współczesne kierunki orzecznictwa unijnego*. Praca niepublikowana. Konspekt wystąpienia podczas seminarium naukowego pn. Sporne problemy dotyczące kontroli i przeszukań w prawie antymonopolowym w świetle orzecznictwa strasburskiego i unijnego, INP PAN, Warszawa, 5.11.2015, s. 3.

[22] Krytycznie na ten temat B. Turno. W: A. Stawicki i E. Stawicki (red.) (2011). *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer, s. 1038–1040.

[23] Dla porządku jedynie warto odnotować, że w prawie unijnym przedsiębiorca ma prawo zaskarżyć do TSUE decyzję KE nakazującą poddanie się inspekcji – szerzej zob. B. Turno. W: A. Stawicki i E. Stawicki (red.) (2011). *Ustawa o ochronie*…, s. 1040 i wskazana tam literatura.

kontroli (art. 105a ust. 4 uokik z 2007 r.). To samo dotyczy postanowienia SOKiK. Również postanowienie o wszczęciu postępowania wyjaśniającego (bo to przecież w jego toku najczęściej mają miejsce kontrola i przeszukanie), które także jest doręczane kontrolowanemu czy przeszukiwanemu przedsiębiorcy, nie zawiera uzasadnienia.

d) **Trudno uznać, że skuteczną, pełną, następczą sądową kontrolę gwarantuje odwołanie od decyzji stwierdzającej praktykę ograniczającą konkurencję czy też nakładającej karę pieniężną za utrudnianie kontroli czy przeszukania.** Po pierwsze, takie decyzje (zwłaszcza w sprawach antymonopolowych) są wydawane zazwyczaj po kilku czy kilkunastu miesiącach (a niekiedy latach) od przeprowadzonej kontroli czy przeszukania. Dowody znalezione w ich toku stanowią zazwyczaj istotną podstawę stwierdzenia zarzucanej praktyki. Po drugie, orzeczenie SOKiK wydawane na skutek wniesionego odwołania wydawane jest najczęściej po upływie (kolejnych) kilkunastu miesięcy. Po trzecie, SOKiK dopiero od niedawna[24] (po serii orzeczeń SN – przy czym nie ma gwarancji, że taka linia orzecznicza SOKiK się utrzyma) ponownie bierze pod uwagę istotne (mające wpływ na rozstrzygnięcie) naruszenia proceduralne jako podstawę uchylenia czy zmiany decyzji. Tak więc ewentualne uchylenie czy częściej zmiana decyzji w związku z naruszeniami proceduralnymi w toku czynności kontroli lub przeszukania[25] (ale raczej już nie w związku z bezpodstawną czy nieproporcjonalną kontrolą czy przeszukaniem) następuje po bardzo długim czasie. Trudno więc przedsiębiorcy w pełni zrekompensować ewentualne szkody poczynione w związku z przeprowadzoną kontrolą czy przeszukaniem (przykładowo trudno cofnąć choćby „złą sławę i prasę" związaną z wydaniem decyzji stwierdzającej zakazaną praktykę). Jak się wydaje, takie „późne" orzeczenie SOKiK nie realizuje w sposób pełny pożądanej funkcji gwarancyjnej.

Obecny model, w którym brak jest rzeczywistej, skutecznej następczej sądowej kontroli upoważnienia do przeprowadzenia kontroli oraz zgody SOKiK na przeprowadzenie przeszukania, można więc podsumować – ang. *justice delayed – justice denied*. Model ten nie stanowi rekompensaty za brak skutecznej uprzedniej kontroli sądowej upoważnienia do przeprowadzenia kontroli, jak i zgody SOKiK na przeprowadzenie przeszukania.

e) **Jednocześnie trudno uznać, że zażalenie na czynności kontroli (art. 105m ust. 1 w zw. z art. 105b ust. 1 pkt 2 uokik z 2007 r.) czy przeszukania (art. 105p uokik z 2007 r.) stanowi substytut skutecznej, pełnej następczej kontroli sądowej.** Po pierwsze, zakres przedmiotowy ww. zażaleń jest dosyć ograniczony. Mogą one dotyczyć tylko czynności kontrolnych lub przeszukania, jeśli wykraczają one poza zakres przedmiotowy kontroli/przeszukania lub innych czynności kontrolnych/przeszukania, które zostały podjęte z naruszeniem przepisów prawa. Zatem **nie można zażalić czynności kontrolnych czy przeszukania jako takich**. Po drugie, znacząco ograniczony jest zakres podmiotowy zażalenia (zwłaszcza na czynności kontrolne). Może je wnieść do sądu nie każdy kontrolowany przedsiębiorca, ale tylko taki, o którym mowa w art. 105b ust. 1 pkt 2 uokik z 2007 r. (czyli właściciel systemów

[24] Krytycznie o wcześniejszej praktyce zob. np. A. Stawicki (2012). Competence of Common Courts in Poland in Competition Matters. *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, *5*(6), s. 57–71; B. Turno (2012). Model sądowej kontroli decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. *Państwo i Prawo*, 10, s. 35–38.

[25] Wyjątkiem jest tutaj wyr. SOKiK z dnia 18 czerwca 2014 r., XVII AmA 145/11, w którym SOKiK znacząco obniżył karę pieniężną nałożoną za stwierdzone antykonkurencyjne porozumienie (decyzja Prezesa UOKiK z 23.11.2011 r., nr DOK – 8/2011) z uwagi, między innymi, na naruszenia proceduralne zaistniałe w toku kontroli.

informatycznych zawierających dane kontrolowanego przedsiębiorcy[26]). Dodatkowo, zażalenie może wnieść tylko taki kontrolowany, którego prawa zostały naruszone ww. czynnościami podjętymi w toku kontroli. To samo odnosi się do osoby innej niż przeszukiwany przedsiębiorca. Prawa tej osoby muszą być naruszone w toku przeszukania, aby przysługiwało jej prawo wniesienia zażalenia. Natomiast prawa przeszukiwanego przedsiębiorcy nie muszą być w toku przeszukania naruszone czynnościami przeszukania, aby przysługiwała mu legitymacja czynna do wniesienia zażalenia na te czynności. Jasno widać więc, że w praktyce legitymacja czynna do wniesienia zażalenia zwłaszcza na czynności kontroli jest bardzo mocno ograniczona.

f) **Podobnie sprzeciw wnoszony w trybie art. 84c ust. 1 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej[27]** (dalej: usdg) **nie może być uznany za skuteczny instrument następczej kontroli sądowej odnoszącej się do kontroli.** Pomimo że wniesienie przez kontrolowanego przedsiębiorcę sprzeciwu wiąże się z wstrzymaniem czynności kontrolnych przez organ kontroli (art. 84c ust. 5 usdg), to jednak ponownie zakres przedmiotowy sprzeciwu jest bardzo ograniczony. Przedmiotem sprzeciwu w przypadku kontroli prowadzonej przez Prezesa UOKiK może być jedynie podjęcie i wykonywanie czynności z naruszeniem przepisów art. 79a ust. 1 i ust. 3–9 usdg[28]. Także i inne wynikające z przepisów usdg pomniejsze gwarancje, takie jak: wymóg przeprowadzania czynności kontrolnych w sposób sprawny i możliwie niezakłócający funkcjonowania kontrolowanego przedsiębiorcy; wymóg prowadzenia kontroli w obecności kontrolowanego lub osoby przez niego upoważnionej oraz tylko w dniach i godzinach pracy kontrolowanego lub w czasie faktycznego wykonywania działalności gospodarczej przez kontrolowanego; obowiązek przestrzegania standardów sprawy karnej (pytanie tylko których konkretnie?[29]) również (z oczywistych powodów) nie mogą być uznane za substytut skutecznej i pełnej sądowej kontroli następczej.

g) **Wreszcie, czym tak naprawdę istotnym – w aktualnym stanie prawnym – różni się w praktyce kontrola od przeszukania, aby zasadniczo różnicować stopień ochrony przedsiębiorców na etapie przed ich przeprowadzeniem[30]?** Czy różnią się one na tyle, aby tylko przy przeszukaniu zasadna była uprzednia sądowa kontrola? W ocenie Autorów zasadnicze różnice nie istnieją. W praktyce czynności kontroli i przeszukania wyglądają w zasadzie tak samo. Kontrolujący sprawdzają akta, księgi, pisma, dokumenty elektroniczne, nośniki danych dokładnie w taki sam sposób w toku kontroli i w toku przeszukania. W swoim zakresie niczym się te czynności nie różnią. Ustne wyjaśnienia od przedsiębiorcy mogą być odbierane i w toku kontroli, i w toku przeszukania. Generalnie większość przepisów dotyczących kontroli stosuje się odpowiednio do przeszukania (art. 105q pkt 1 uokik z 2007 r.). Zauważyć wypada, że dobrowolność współpracy przedsiębiorcy w toku kontroli (co formalnie odróżnia kontrolę od przeszukania, w toku którego przeszukiwany musi tylko

[26] G. Materna. W: T. Skoczny (red.) (2014). *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck, s. 1288. W praktyce legitymację czynną do wniesienia zażalenia może więc posiadać podmiot inny niż kontrolowany przedsiębiorca. Najczęściej jednak kontrolowany przedsiębiorca jest właścicielem systemów informatycznych zawierających dane, o których mowa w przepisie art. 105b ust. 1 pkt 2 uokik z 2007 r.

[27] Dz.U. 2015, poz. 584 – tekst jednolity.

[28] B. Turno. W: A. Stawicki i E. Stawicki (red.) (2011). *Ustawa o ochronie*…, s. 1156 oraz G. Materna. W: T. Skoczny (red.) (2014). *Ustawa o ochronie*…, s. 1284–1285.

[29] M. Bernatt i B. Turno (2015). O potrzebie doskonalenia rozwiązań procesowych w znowelizowanej z dniem 18 stycznia 2015 r. ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, 2, s. 90–92.

[30] Podobne wątpliwości wyraża również M. Bernatt. W: T. Skoczny (red.) (2014). *Ustawa o ochronie*…, s. 1291–1292.

„znosić" czynności przeszukania i poddać się im) jest i tak fikcją. W każdym momencie kontroli urzędnicy mogą przecież zakończyć kontrolę i rozpocząć formalnie przeszukanie, a brak współpracy w toku kontroli (uniemożliwianie rozpoczęcia lub jej przeprowadzenia) zagrożony jest karą pieniężną w wysokości do 50 milionów euro. **Dlatego też, w naszej ocenie, gwarancje i standard ochrony praw przedsiębiorców w przypadku kontroli i przeszukania powinien być identyczny.**

Na bazie powyższych uwag można się więc pokusić o sformułowane kilku uwag *de lege ferenda*:

a) Po pierwsze należałoby scalić kontrolę i przeszukanie w jedną instytucję – przeszukania. Nie ma obecnie uzasadnionych powodów, aby równolegle funkcjonowały obok siebie dwie – w zasadzie identyczne – instytucje. Obecnie w każdej poważniejszej kontroli UOKiK i tak jest wyposażony w zgodę SOKiK na dokonanie przeszukania. W razie trwałej obstrukcji ze strony przedsiębiorcy przeszukania prowadzonego przez UOKiK realnie przełamać może ją tylko policja (co należałoby odpowiednio doregulować w uokik z 2007 r.).

b) Uprzednie postanowienie SOKiK w sprawie zgody na dokonanie przeszukania powinno być zaskarżalne w terminie 7 dni od dnia rozpoczęcia czynności przeszukania u przedsiębiorcy, względnie od dnia doręczenia tego postanowienia przeszukiwanemu przedsiębiorcy[31]. Zaskarżenie zgody SOKiK na dokonanie przeszukania nie powinno wstrzymywać czynności przeszukania. Sąd powinien jednak rozpatrzyć zażalenie niezwłocznie, w rozsądnym terminie (choć należy założyć, że co do zasady nie nastąpi to jeszcze w toku przeszukania).

c) Do rozstrzygnięcia pozostaje kwestia, do jakiego sądu powinno być wnoszone zażalenie na przeszukanie. SOKiK wydawał przecież zgodę na przeprowadzenie przeszukania. Można postulować, aby zażalenie na przeszukanie było rozpatrywane – pod kątem jego legalności, zasadności, celowości, konieczności i proporcjonalności – zawsze przez inny skład SOKiK (który nie brał udziału w wydawaniu zgody na przeprowadzenie przeszukania).

Takie rozwiązania zapewnią, że w zakresie przeszukania przedsiębiorców będzie miała miejsce pełna kontrola sądowa *ex ante* i *ex post*.

Względnie można przyjąć rozwiązanie alternatywne, w którym decyzję o przeszukaniu podejmuje Prezes UOKiK (bez zgody SOKiK), ale taka zgoda (w formie krótkiej decyzji z uzasadnieniem) podlega zaskarżeniu do SOKiK. Model taki byłby bardzo zbliżony do modelu funkcjonującego w prawie UE.

Bibliografia

Barinka, R. (2010). The Czech Constitutional Court rules that inspection at business premises of a company does not require a prior judicial authorization (Delta Pekarny). *e-Competitions*, August 2010, N° 33217. Pobrano z: www.concurrences.com.

Bernatt, M. (2011). Powers of Inspection of the Polish Competition Authority. Question of Proportionality. *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, *4*(5), 48.

31 Z oczywistych względów termin ten nie może biec od dnia wydania postanowienia przez SOKiK. Przedsiębiorca, u którego ma być przeprowadzone przeszukanie, nie może być przecież stroną postępowania przed SOKiK w sprawie zgody na przeprowadzenie przeszukania. Jest to jedyne rozwiązanie, jeśli przedsiębiorca ma być zaskoczony przeszukaniem (co z punktu widzenia zwalczania najcięższych ograniczeń konkurencji jest słuszne).

Bernatt, M. (2011a). *Sprawiedliwość proceduralna przed organem ochrony konkurencji*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania UW.

Bernatt, M. i Turno, B. (2015). O potrzebie doskonalenia rozwiązań procesowych w znowelizowanej z dniem 18 stycznia 2015 r. ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, 2.

Braun, A. (2014). *No More Dawn Raids in the Czech Republic*. Pobrano z: http://kluwercompetitionlawblog.com/2014/11/18/no-more-dawn-raids-in-the-czech-republic/.

Callewaert, J. (2009). The European Convention on Human Rights and European Union: a long way to harmony. *European Human Rights Law Review*, 6, 768–783.

Grzegorczyk, P. (2006). Skutki wyroków Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w krajowym porządku prawnym. *Przegląd Sądowy*, 6, 3–42.

Kozak, M. (2015). *Zasady przeprowadzania kontroli i przeszukań w postępowaniach antymonopolowych w świetle orzecznictwa ETPCz a współczesne kierunki orzecznictwa unijnego*. Praca niepublikowana. Konspekt wystąpienia podczas seminarium naukowego pn. „Sporne problemy dotyczące kontroli i przeszukań w prawie antymonopolowym w świetle orzecznictwa strasburskiego i unijnego", INP PAN, Warszawa, 5.11.2015.

Neruda, R., Kmec, J. i Barinka, R. (2014). The ECHR ruled on the Czech Regulation of Dawn Raids. *Competition Flash*, October, 4–5.

Skoczny, T. (red.) (2014). *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck.

Stawicki, A. (2012).Competence of Common Courts in Poland in Competition Matters. *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, *5*(6).

Stawicki, A. i Stawicki, E. (red.) (2011). *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer.

Turno, B. (2012). Model sądowej kontroli decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. *Państwo i Prawo*, 10.

Dr Bartosz Turno, LL.M. (KCL)
radca prawny; *Counsel* w dziale prawa konkurencji kancelarii WKB Wierciński, Kwieciński, Baehr
afiliowany przy CARS WZ UW
e-mail: bartosz.turno@wkb.com.pl

Emilia Wardęga, LL.M. (CoE)
aplikant adwokacki
Associate w dziale prawa konkurencji kancelarii WKB Wierciński, Kwieciński, Baehr
e-mail: emilia.wardega@wkb.com.pl

Zakaz *fishing expeditions* w toku kontroli Komisji Europejskiej.

Glosa do wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 18 czerwca 2015 r. w sprawie C-583/13 P *Deutsche Bahn AG i inni* przeciwko *Komisji*

I. Wstęp

W dniu 18 czerwca 2015 r. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: TSUE lub Trybunał) wydał wyrok w sprawie C-583/13 P z odwołania spółek *Deutsche Bahn AG* wraz z jej spółkami zależnymi, *DB Mobility Logistics AG*, *DB Energie GmbH*, *DB Netz AG*, *Deutsche Umschlaggesellschaft Schiene-Strasse (DUSS) mbH*, *DB Schenker Rail GmbH* oraz *DB Schenker Rail Deutschalnd AG* od wyroku Sądu w połączonych sprawach T-289/11, T 290/11 oraz T-521/11, żądając uchylenia tego wyroku. Postępowanie sądowe było wynikiem decyzji Komisji o przeprowadzeniu kontroli w Deutsche Bahn AG i jej spółkach zależnych.

Komentowane orzeczenie TSUE zawiera istotną wskazówkę co do granic zastosowania wyjątku od zakazu stosowania dokumentów niezwiązanych z przedmiotem kontroli wprowadzonego wyrokiem w sprawie 85/87 *Dow Benelux NV* przeciwko *Komisji*, podkreślając konieczność wąskiej interpretacji pojęcia „przypadkowo znalezionych" dokumentów.

II. Stan faktyczny

W 2011 r. Komisja wydała trzy decyzje nakazujące kontrolę Deutsche Bahn i jej kilku spółek zależnych. Pierwsza z nich, wydana 14 marca 2011 r., dotyczyła podejrzenia preferencyjnego traktowania przez DB Energie spółek z grupy Deutsche Bahn (rozpoczęcie kontroli miało miejsce 29 marca 2011 r.). W toku pierwszej kontroli kontrolujący wykryli dokumenty, które ich zdaniem mogły świadczyć o potencjalnym naruszeniu dokonanym przez DUSS. W związku z tym 30 marca 2011 r., jeszcze w trakcie trwania pierwszej kontroli, wydano kolejną decyzję związaną z potencjalnym naruszeniem DUSS polegającym na utrudnianiu dostępu do strategicznej infrastruktury i dyskryminacji konkurentów (kontrola rozpoczęła się 31 lutego 2011 r.). Kontrole te zakończyły się odpowiednio 31 marca 2011 r. (pierwsza kontrola) oraz 1 kwietnia 2011 r. (druga kontrola). 14 lipca 2011 r. Komisja przyjęła trzecią decyzję dotyczącą przeprowadzenia kontroli (kontrola rozpoczęła się 26 lipca 2011 r.). Trzecia decyzja również dotyczyła podejrzenia naruszenia reguł konkurencji przez DUSS.

Deutsche Bahn wniosła skargę do Sądu, żądając stwierdzenia nieważności wszystkich trzech decyzji Komisji.

W odwołaniu Deutsche Bahn podniosła szereg zarzutów związanych z naruszeniem Karty praw podstawowych Unii Europejskiej oraz Konwencji z 4 listopada 1950 r. o ochronie prawa człowieka i podstawowych wolności (dalej: EKPC). Zdaniem Deutsche Bahn, przeprowadzone

kontrole naruszały prawo do nienaruszalności miru domowego (art. 7 Karty praw podstawowych i art. 8 EKPC), prawo do skutecznej ochrony sądowej (art. 47 Karty praw podstawowych i art. 6 EKPC), a także zasadę proporcjonalności. Deutsche Bahn, powołując się na wybrane orzecznictwo Europejskiego Trybunały Praw Człowieka (dalej: ETPC), zmierzała do uznania, że Komisja powinna była uzyskać uprzednią zgodę Sądu lub sądu krajowego na przeprowadzenie kontroli.

Ponadto Deutsche Bahn wskazała na nieprawidłowości prowadzące do naruszenia prawa do obrony. Wskazała, że dokumenty ujawnione w toku pierwszej kontroli, a dotyczące spółki DUSS, nie mogą zostać uznane za „przypadkowo znalezione" w rozumieniu orzeczenia *Dow Benelux*[1]. Komisja przyznała w toku postępowania, że kontrolujący byli poinformowani, jeszcze przed przeprowadzeniem pierwszej kontroli, o drugiej, odrębnej skardze dotyczącej innego potencjalnego naruszenia reguł prawa konkurencji.

Sąd oddalił w całości skargę Deutsche Bahn. Spółka wniosła odwołanie do Trybunału.

III. Ocena Trybunału

1. Uprzednia zgoda sądu na przeprowadzenie kontroli

Trybunał w całości odrzucił argumentację Deutsche Bahn dotyczącą konieczności uzyskania uprzedniej zgody sądu na przeprowadzenie kontroli.

TSUE, za rzecznikiem generalnym Nielsem Wahlem i obszernie odwołując się do orzecznictwa ETPC w tym zakresie, uznał, że ochrona prawa do nienaruszalności miru domowego nie wymaga zawsze uprzedniej zgody organów sądowych.

W pierwszej kolejności Trybunał wskazał, że w przypadku działalności gospodarczej dopuszczalna jest dalej idąca ingerencja publiczna niż ma to miejsce w przypadku osób fizycznych[2]. Brak uprzedniego zezwolenia sądu stanowi tylko jeden z czynników analizowanych w kontekście naruszenia art. 8 EKPC. Konieczne jest przy tym uwzględnienie wszystkich czynników prawnych i faktycznych konkretnej sprawy, w tym między innymi zakres uprawnień organów, okoliczności ingerencji oraz istniejących gwarancji, w tym zwłaszcza możliwość dokonania odpowiedniej następczej kontroli sądowej.

Zdaniem Trybunału, Sąd właściwie przeanalizował pięć gwarancji, które to powinna obejmować decyzja o przeprowadzeniu kontroli[3]. Tym samym, analiza dokonana przez Sąd odpowiada wymogom nałożonym przez ETPC oraz TSUE. Trybunał zaznaczył przy tym, że w szczególności istnienie następczej kontroli sądowej, która to obejmuje zarówno kwestie prawne, jak i faktyczne umożliwia właściwe zrekompensowanie braku uprzedniej zgody sądu na przeprowadzenie kontroli. Przedsiębiorca może wnieść odwołanie natychmiast po doręczeniu mu decyzji o kontroli, a istniejąca wykładnia, zgodnie z którą niemożliwe jest wykorzystanie zebranych informacji w przypadku stwierdzenia nieprawidłowości w kontroli, zapewniają skuteczność weryfikacji sądowej *ex post*.

[1] Wyr. ETS z 17.10. 1989 r. w sprawie 85/87 *Dow Benelux NV* przeciwko *Komisji*, Zbiór Orzeczeń 1989, s. 03137.

[2] Wyr. TSUE z 18.06.2015 r. w sprawie C-583/13 P *Deutsche Bahn* przeciwko *Komisji*, pkt 18 za wyr. ETPC z 16.12. 1992 r. w sprawie *Niemietz* przeciwko *Niemcom*, § 31, seria A nr 251-B.

[3] Gwarancje te obejmują: (i) uzasadnienie decyzji w sprawie kontroli; (ii) nałożenie na Komisję ograniczeń w trakcie przeprowadzania kontroli; (iii) niemożności narzucenia kontroli przy użyciu środków przymusu przez Komisję; (iv) interwencja organów krajowych; (v) istnienie środków zaskarżenia a posteriori, por. wyr. Sądu z 6.09. 2013 r. w sprawach połączonych T-289/11, T-290/11 i T-521/11 *Deutsche Bahn* przeciwko *Komisji*, pkt 74–100.

Podsumowując, Trybunał uznał, że obowiązujący na mocy art. 20 ust. 4 rozporządzenia 1/2003 system przeprowadzania kontroli spełnia wymogi prawa podstawowego nienaruszalności miru domowego.

2. Wyjątek dotyczący „przypadkowo znalezionych" dokumentów

Trybunał uwzględnił zarzuty Deutsche Bahn dotyczące naruszenia prawa do obrony w kontekście nieprawidłowości związanych z „przypadkowym znalezieniem" dokumentów dotyczących podejrzenia naruszenia reguł konkurencji przez DUSS.

Jak wskazał TSUE, zgodnie z istniejącymi gwarancjami Komisja ma obowiązek uzasadnienia decyzji, to uzasadnienie zaś ma ograniczać zakres uprawnień kontrolujących, którzy mogą poszukiwać jedynie dokumentów objętych zakresem kontroli.

Trybunał, zgodnie z istniejącym orzeczeniem w sprawie *Dow Benelux*, przypomniał, że nie istnieje zakaz wszczęcia postępowania w celu zbadania sprawy, o której organ dowiedział się przypadkowo w toku wcześniejszej kontroli. Zakaz taki byłby bowiem nieproporcjonalny i ograniczałby ochronę praw konkurencji[4]. Jednocześnie uznał, że działanie Komisji nie mieściło się w granicach przedmiotowego wyjątku.

O ile TSUE przyznał, że skuteczność kontroli zależy od przekazania kontrolującym informacji pozwalających im na zrozumienie potencjalnego naruszenia, o tyle informacje te nie mogą jednak wykraczać poza przedmiot kontroli wskazany w decyzji. Informacja o odrębnej skardze jest nie tylko niezwiązana z przedmiotem pierwszej kontroli, lecz także nie stanowi „ogólnego" kontekstu sprawy, jak próbowała to argumentować Komisja.

Trybunał zauważył jednocześnie, że wydanie drugiej decyzji jeszcze w toku pierwszej kontroli, a także wszczęcie trzeciej kontroli wskazuje pośrednio na wagę informacji zebranych w trakcie pierwotnej kontroli.

Podsumowując, brak powołania w uzasadnieniu zarzutu przeciwko DUSS wynikającego z drugiej skargi naruszyło obowiązek uzasadnienia, a w konsekwencji naruszyło prawo do obrony.

IV. Komentarz

Komentowany wyrok Trybunału odnosi się do istotnej kwestii granic uprawnień kontrolnych Komisji oraz zapewnienia odpowiednich gwarancji proceduralnych.

W kontekście konieczności uzyskania uprzedniej zgody sądu na dokonanie kontroli w przedsiębiorstwie w związku z podejrzeniem naruszenia reguł konkurencji, należy się zgodzić z TSUE, że tego typu wymóg mógłby być zbyt daleko idący. Efektywne gwarancje proceduralne zapobiegające nadużyciom mogą zrekompensować brak uprzedniej kontroli sądowej[5]. Także obecne orzecznictwo ETPC podkreśla raczej obowiązek dokonania wszechstronnej analizy okoliczności kontroli aniżeli absolutną konieczność uzyskania uprzedniej zgody sądu na jej dokonanie[6].

Niemniej jednak kluczowe znaczenie dla oceny spełniania wymogów Karty praw podstawowych i EKPC ma nie samo istnienie gwarancji, ale przede wszystkim ich efektywność, w tym zwłaszcza „jakość" następczej kontroli sądowej dokonanej kontroli. Powołane przez Trybunał

[4] Wyr. TSUE z 18.06.2015 r. w sprawie C-583/13 P *Deutsche Bahn* przeciwko *Komisji*, pkt 59.

[5] Por. wyr. ETPC z 14.03.2013 r. w sprawie *Bernh Larsen Holding AS* przeciwko *Norwegii*, nr 24117/08. Co istotne sytuacja przeciwna – tj. wymóg zgody sądu nie rekompensuje braku kontroli następczej, por. wyr. ETPC z 21.02.2008 r. w sprawie *Ravon* przeciwko *Francji*, nr 18497/03.

[6] Por. H. Andersson (2014). Dawn raids under challenge. *European Competition Law Review*, *35*(3), s. 137.

orzecznictwo ETPC wprost wskazuje, że sąd powinien brać pod uwagę „intensywność kontroli, w tym całokształt wszystkich okoliczności faktycznych i prawnych", kontrola sądowa powinna zaś umożliwiać „uleczenie" stwierdzonych nieprawidłowości[7]. Na marginesie należy też wskazać, że w orzecznictwie ETPC szczególne znaczenie dla oceny systemu kontroli ma także rozsądny czas oczekiwania na weryfikację działań organu[8].

W tym kontekście z formalnego punktu widzenia wydaje się, że obecna regulacja uokik zawiera pewne istotne gwarancje proceduralne dla podmiotów kontrolowanych[9]. Należy do nich, w szczególności, obowiązek wskazania zakresu kontroli oraz możliwość wniesienia zażalenia na działania kontrolne, które to zażalenie może być wniesione przez kontrolowanego od razu i powinno być rozpatrzone przez sąd w terminie 7 dni. Wprowadzono też regulacje pozwalające na „uleczenie" nieprawidłowości, zakazując, w przypadku uwzględnienia środka odwoławczego, wykorzystania informacji i dowodów zdobytych w wyniku zaskarżonej czynności kontrolnej.

Należy jednak wskazać, że, podobnie jak ma to w przypadku regulacji unijnych, oprócz wymogów formalnych wskazanych w art. 105a ust. 4 uokik upoważnienie do przeprowadzenia kontroli powinno zawierać odpowiednie uzasadnienie opisujące podejrzewane naruszenie, jego charakterystykę i zakładany sposób udziału kontrolowanego w zakazanej praktyce, a także domniemany rynek właściwy, którego dotyczy naruszenie[10]. Weryfikacja uzasadnienia pozwoliłaby w pełniejszy sposób zapewnić prawo do ochrony sądowej, a w konsekwencji prawo do obrony przedsiębiorcy. Wydaje się, że pomimo braku obowiązku uzasadniania upoważnienia do kontroli, takie przedstawianie uzasadnienia byłoby nie tylko dopuszczalne prawnie[11], lecz także pożądane z punktu widzenia przestrzegania praw podstawowych.

Odnosząc się do kwestii zakazu *fishing expeditions*, komentowany wyrok wskazuje na konieczność zastosowania wąskiej interpretacji wyjątku przewidzianego w wyroku *Dow Benelux*. Wyjątek ten ma w ocenie TSUE zastosowanie tylko do dokumentów, które to były znalezione *zupełnie* przypadkowo. W tym przypadku Komisja, przekazując kontrolującym informacje o drugiej skardze, niejako „ukierunkowała" poszukiwania urzędników. Jak słusznie wytknął rzecznik generalny Niels Wahl, podejrzewane naruszenia nie były ze sobą w żaden sposób powiązane, były innego rodzaju i miały miejsce na różnych rynkach. Tym samym nie sposób je uznać za „ogólny" kontekst sprawy, której dotyczyła pierwsza kontrola.

Mając na uwadze bardzo szerokie uprawnienia kontrolne organów antymonopolowych, w tym zarówno Komisji, jaki i Prezesa UOKiK, organy te powinny być ściśle weryfikowane pod kątem przestrzegania zakresu i celu przeprowadzanej kontroli. Ustalenia Trybunału należy zatem zaaprobować jako ważne wskazówki ograniczające swobodę organów i gwarantujące właściwy standard przestrzegania prawa do obrony.

7 Wyr. TSUE z 18.06.2015 r. w sprawie C-583/13 P *Deutsche Bahn* przeciwko *Komisji*, pkt 41.

8 Por. np. wyr. ETPC z 21.12.2010 w sprawie *Société Canal Plus* przeciwko *Francji*, nr 29408/08 .

9 Na marginesie tylko należy przypomnieć, że przeszukanie wymaga dodatkowo uprzedniej zgody sądu.

10 Wyr. Sądu z 6.09. 2013 r. w sprawach połączonych T-289/11, T-290/11 i T-521/11 *Deutsche Bahn* przeciwko *Komisji*, pkt 77.

11 M. Bernatt, G. Materna (2014). W: T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Wyd. 2. Warszawa: C.H. Beck, Legalis, komentarz do art. 105a uokik, pkt 24.

Bibliografia

Andersson, H. (2014). Dawn raids under challenge. *European Competition Law Review*, *35*(3).

Skoczny, T. (red.) (2014). *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Wyd. 2. Warszawa: C.H. Beck.

Katarzyna Manteuffel
adwokat, współpracuje z kancelarią Baker & McKenzie
przygotowuje doktorat pod kierunkiem dr hab. Anny Zawidzkiej-Łojek
e-mail: katarzyna.manteuffel@gmail.com

Deklaracja państwa uznana za pomoc publiczną w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE

Glosa do wyroku TSUE w sprawach połączonych C-399/10 P i C-401/10 P *Bouygues i Bouygues Télécom* przeciwko *Komisji*

I. Wstęp

Przedmiotem niniejszej glosy jest wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: **TSUE**) z dnia 19 marca 2013 r. w sprawach połączonych *Bouygues* przeciwko *Komisji* (dalej: **Wyrok**). W powyższym Wyroku, TSUE uznał publiczną deklarację udzielenia przez państwo francuskie wsparcia finansowego spółce France Télécom SA (dalej: **France Télécom** lub **Spółka**), które *de facto* nigdy nie zostało wypłacone, za pomoc publiczną w rozumieniu art. 107 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej: **TFUE**). TSUE w omawianym Wyroku uchyla wyrok Sądu Pierwszej Instancji, w którym to Sąd nie uznał podjętych przez państwo francuskie interwencji za pomoc publiczną; TSUE potwierdza przy tym trzy zasadnicze kwestie związane z interpretacją przesłanek niezbędnych do wykazania istnienia pomocy publicznej na gruncie prawa unijnego.

Po pierwsze, TSUE wskazuje, że interwencje państwa powinny być definiowane na podstawie ich skutków. Zatem, aby wykazać, że przedsiębiorcy została przyznana korzyść nie jest konieczne, aby we wszystkich przypadkach miało miejsce przeniesienie zasobów państwowych. Po drugie, zdaniem TSUE interwencje państwa przybierają różne formy, dlatego nie można wykluczyć, że szereg kolejnych interwencji będzie stanowić jedną interwencję w celu zastosowania art. 107 ust. 1 TFUE. Ponadto, TSUE podkreśla, że wysokość przyznanej korzyści nie musi odpowiadać wysokości uszczuplenia bądź ryzyka uszczuplenia zasobów państwowych, jak również, że charakter zaangażowanych zasobów państwowych nie musi być tożsamy z pozyskanymi przez przedsiębiorstwo korzyściami.

II. Stan faktyczny

Operator oraz dostawca sieci i usług telekomunikacyjnych – spółka France Télécom została utworzona w 1991 r. zgodnie z prawem francuskim. Po sześciu latach Spółka została przekształcona w spółkę akcyjną, natomiast od września 1997 r. France Télécom jest notowana na giełdzie. W 2002 r. udział państwa francuskiego w kapitale Spółki wynosił 56,45%, natomiast jej zadłużenie za rok finansowy 2001 sięgnęło 63,5 mld euro ze stratą wynoszącą około 8,3 mld euro[1]. W czerwcu 2002 r. krótko- i długoterminowe noty kredytowe France Télécom zostały obniżone przez agencje ratingowe do ostatniej pozycji pewnego poziomu inwestycyjnego, równolegle znacząco spadł także kurs akcji Spółki[2].

[1] Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 19.03.2013 r. w spawach połączonych C-399/10 P oraz C-401/10 P *Bouygues i inni v. Komisja*, pkt. 2, 3.

[2] Ibidem, pkt. 4.

W związku z sytuacją finansową Spółki, w dniu 12 lipca 2002 r., francuski minister gospodarki, finansów i przemysłu (ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie) oświadczył w wywiadzie opublikowanym w dzienniku *Les Échos*, że państwo francuskie podejmie niezbędne kroki, jeżeli France Télécom będzie miała problemy z finansowaniem swojej działalności[3]. Tego samego dnia, agencja ratingowa utrzymała rating długoterminowych not kredytowych Spółki, obniżając je do ostatniej pozycji pewnego poziomu inwestycyjnego, wskazując, że poziom ten został zachowany jedynie ze względu na deklarację państwa francuskiego. Jak wykazała Komisja Europejska (dalej: **Komisja**) w toku prowadzonego postępowania, zapowiedź ministra spowodowała także niebagatelny wzrost wartości akcji i obligacji Spółki mieszczący się w wysokości 3,2%–9,7%[4]. W połowie września 2002 r. w kolejnym komunikacie prasowym opisującym sytuację finansową France Télécom, przedstawiciele władz francuskich oświadczyli, że państwo francuskie przyczyni się do zasilenia środków własnych zagrożonej spółki i podejmie w razie konieczności działania pozwalające France Télécom na uniknięcie wszelkich problemów z finansowaniem swojej działalności. W dniu, w którym ukazał się komunikat, w związku z dokonaną przez władze francuskie zapowiedzią, agencja ratingowa określiła perspektywę długu Spółki jako stabilną[5]. Po przyjęciu dymisji prezesa-dyrektora generalnego Spółki, w dniu 4 grudnia 2002 r. w czasie posiedzenia rady nadzorczej, nowe kierownictwo przedstawiło plan działania mający na celu zrównoważenie bilansu France Télécom poprzez zasilenie środków własnych sumą 15 mld euro, z czego proporcjonalnie do udziałów – 9 mld euro pożyczki miało zostać udzielone bezpośrednio przez państwo francuskie[6]. W dniach 11 i 12 grudnia 2002 r. Spółka ogłosiła emisje obligacji na łączną kwotę 2.9 mld euro; dzięki czemu była w stanie w styczniu zaciągnąć pożyczki w formie emisji obligacyjnych, które nie miały pokrycia w postaci zabezpieczenia lub gwarancji państwowej. W międzyczasie, został sporządzony projekt umowy pożyczki akcjonariusza, polegający na przeniesieniu całego udziału państwa francuskiego z France Télécom na rzecz państwowego przedsiębiorstwa przemysłowo-handlowego ERAP, które miałoby zadłużyć się na rynkach finansowych w celu zasilenia środków własnych France Télécom. Projekt umowy, choć przyjęty przez ERAP, nie został jednak podpisany przez France Télécom i oferta pożyczki akcjonariuszy nie została ostatecznie wykonana[7].

W przedmiotowej sprawie, decyzją z dnia 2 sierpnia 2004 r. Komisja uznała, że pożyczka akcjonariusza na rzecz France Télécom udzielona przez państwo francuskie w grudniu 2002 r. w formie linii kredytowej w wysokości 9 mld euro, osadzona w kontekście deklaracji od lipca 2002 r., stanowi pomoc państwa niezgodną z zasadami wspólnego rynku. Niemniej jednak, zgodnie z decyzją, pomoc ta nie może stanowić przedmiotu windykacji[8]. W wydanej decyzji Komisja stwierdziła, że zapowiedź udziału państwa w rekapitalizacji Spółki stanowiła korzyść na rzecz France Télécom, gdyż umożliwiła jej zwiększenie środków finansowych, a także zapewniła jej miano wypłacalnego gracza na rynku. Chociaż umowa pożyczki nigdy nie została podpisana, stworzenie wrażenia dla

[3] Ibidem, pkt. 5.

[4] Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 2.08.2004 r. nr C13a/2003 dotycząca pomocy państwa wdrożonej przez Francję na rzecz France Télécom (notyfikowana jako dokument nr C(2004)3060); pkt 221.

[5] Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 19.03.2013 r. w spawach połączonych C-399/10 P oraz C-401/10 P *Bouygues i inni v. Komisja*, pkt. 6, 9 oraz 10.

[6] Ibidem, pkt. 7, 11, 12 oraz 13.

[7] Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 19.03.2013 r. w spawach połączonych C-399/10 P oraz C-401/10 P *Bouygues v. Komisja*, pkt. 14, 16 oraz 17.

[8] Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 2 sierpnia 2004 r. nr C13a/2003 dotycząca pomocy państwa wdrożonej przez Francję na rzecz France Télécom (notyfikowana jako dokument nr C(2004)3060); art. 1 oraz art. 2.

rynku pojawienia się prawdopodobieństwa otrzymania tego rodzaju wsparcia mogło przedstawić sytuację finansową Spółki jako bardziej stabilną[9]. Ponadto, Komisja powołała się na jednolite orzecznictwo, zgodnie z którym nie ma konieczności, aby we wszystkich przypadkach dochodziło do transferu zasobów państwowych w celu wykazania, że korzyść przyznana jednemu lub więcej przedsiębiorstwom stanowi pomoc państwa[10].

Odwołanie od decyzji Komisji zostało złożone zarówno przez konkurenta France Télécom – przedsiębiorstwo Bouygues, które stanęło na stanowisku, że również deklaracja z dnia 12 lipca 2002 r. stanowiła niezgodnie przyznaną pomoc, a także, że przyznana pomoc powinna podlegać windykacji; oraz przez Republikę Francji i France Télécom, których zdaniem deklaracja pożyczki nie stanowiła pomocy państwa.

III. Przedbieg postępowania sądowego

1. Sąd Pierwszej Instancji

Sąd Pierwszej Instancji w wydanym 21 maja 2010 r. wyroku stwierdził nieważność wydanej przez Komisję decyzji[11]. Zdaniem Sądu Pierwszej Instancji, pomimo że Komisja wykazała w wystarczający sposób, iż oświadczenia złożone od lipca 2002 r. i dokonana w dniu 4 grudnia 2002 r. zapowiedź pożyczki akcjonariusza przysporzyły France Télécom korzyści[12], należy uznać, że oświadczenia te nie wiązały się z zaangażowaniem zasobów państwowych[13], ponieważ nie prowadziły do uszczuplenia budżetu państwowego lub wystąpienia wystarczającego gospodarczego ryzyka uszczuplenia tegoż budżetu[14].

2. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej

W analizowanym w niniejszej glosie Wyroku z dnia 19 marca 2013 r., TSUE rozpoznał odwołanie od wyroku Sądu Pierwszej Instancji. W pierwszej kolejności TSUE podkreślił, iż zgodnie z utrwalonym orzecznictwem[15] nie jest konieczne wykazywanie we wszystkich przypadkach, iż miało miejsce przeniesienie zasobów państwowych, żeby można było uznać korzyść przyznaną przedsiębiorstwu za pomoc państwa w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE[16]. Zdaniem TSUE, za pomoc uznaje się w szczególności interwencje, które w różnych formach odciążają budżet przedsiębiorstwa, przyjmując przy tym, że art. 107 ust 1 TFUE nie wprowadza rozróżnienia pomiędzy interwencjami państwowymi w zależności od ich przyczyn lub celów, ale definiuje interwencje te na podstawie ich skutków[17]. Zgodnie z Wyrokiem i przywołanym w nim orzecznictwem, ponieważ interwencje państwa przybierają różne formy i powinny być analizowane na podstawie skutków, nie można wykluczyć, że szereg kolejnych interwencji – dokonanie w dniu 4 grudnia 2002 r. zapowiedzi bądź oferty pożyczki akcjonariusza – stanowiły jedną interwencję w celu zastosowania

[9] Ibidem, pkt 194.

[10] Ibidem, pkt 195.

[11] Orzeczenie Sądu (trzecia izba w składzie powiększonym) Pierwszej Instancji z dnia 21.05.2010 r. w sprawach połączonych T-425/04, T-444/04, T-450/04 i T-456/04 *Francja i inni v. Komisja*.

[12] Ibidem, pkt. 259.

[13] Ibidem, 289.

[14] Ibidem, pkt. 309.

[15] Por. wyrok z dnia 15.03.1994 r. w sprawie C-387/92 *Banco Exterior de Espana*, Rec. s. I-877, pkt 14; wyrok z dnia 19.05.1999 r. w sprawie C-6/97 *Włochy v. Komisja*, Rec. s. I-2981, pkt 16; wyrok z dnia 16.05.2002 r. w sprawie C-482/99 *Francja v. Komisja*, Rec. s. I-4397, pkt 36.

[16] Wyrok Trybunału (wielka izba) z dnia 19.03.2013 r. w sprawach połączonych C-399/10P i C-401/10P *Bouygues i inni v. Komisja*, Rec. s. I-0000, pkt 100.

[17] Por. wyrok z dnia 5.06.2012 r. w sprawie C-124/10P *Komisja v. EDF i inni*, pkt 77.

art. 107 ust. 1 TFUE[18]. Ponadto, TSUE stanął na stanowisku, że interwencje państwa mogące postawić konkretne przedsiębiorstwo w bardziej korzystnej sytuacji, które stwarzają ryzyko powstania w przyszłości dodatkowego obciążenia dla państwa, tak jak ma to miejsce w przypadku gwarancji państwa[19], mogą obciążyć zasoby państwowe[20]. W Wyroku TSUE potwierdził, że w celu stwierdzenia istnienia pomocy państwa należy wykazać dostatecznie bezpośredni związek między z jednej strony przyznaną korzyścią a z drugiej – uszczupleniem budżetu państwowego. Niemniej jednak, wysokość przyznanej korzyści nie musi odpowiadać wysokości uszczuplenia bądź ryzyka uszczuplenia zasobów państwowych, a także rodzaj przyznanej korzyści nie musi być tożsamy z przekazanymi zasobami państwowymi[21].

W związku z powyższym, TSUE orzekł, że należy uchylić rozpatrywany wyrok, ponieważ Sąd Pierwszej Instancji naruszył prawo, przyznając pomoc państwa w ramach kontroli sprawowanej przez Komisję, a także poprzez ogólną analizę związków pomiędzy przyznaną korzyścią a zaangażowanymi zasobami państwowymi, opartą na błędnie przyjętych kryteriach[22]. Sprawa została skierowana do ponownego rozpatrzenia przez Sąd Pierwszej Instancji w zakresie zarzutów i żądań, co do których TSUE nie zajął stanowiska[23].

IV. Komentarz

W celu dokonania kwalifikacji środka pomocowego niezbędna jest analiza wielu czynników, między innymi kwestia selektywności przyznanej z zasobów państwowych korzyści, wpływu na konkurencję czy też wpływu środka na wymianę handlową pomiędzy państwami członkowskimi.

W analizowanym Wyroku, TSUE dokonuje interpretacji pozostałych przesłanek art. 107 ust. 1 TFUE, a mianowicie kwestii związku pomiędzy przyznaną pomocą i zasobami państwowymi a także formy, jaką owa pomoc może przybrać.

W omawianym Wyroku TSUE porusza wyjątkowo istotną kwestię, a mianowicie staje na stanowisku, że pomoc w rozumieniu art. 107 TFUE, przyznana przy użyciu zasobów państwowych w jakiejkolwiek formie, odnosi się również do pomocy, która została przyznana bez konieczności przeniesienia *de facto* w stricte formalnym rozumieniu zasobów państwowych, mając na względzie wyłącznie skutki podjętej przez państwo interwencji. TSUE nie podzielił stanowiska Sądu Pierwszej Instancji, który wskazał, że Komisja nie zdołała wykazać jakoby pomoc przyznana została przy użyciu zasobów państwowych, zważywszy na fakt, że francuskie deklaracje były otwarte, nieprecyzyjne i warunkowe, a zatem nie były prawnie wiążące[24].

TSUE, podobnie jak Komisja, stwierdza, że chociaż umowa pożyczki nie została nigdy podpisana, stworzenie wrażenia dla rynku pojawienia się prawdopodobieństwa otrzymania tego rodzaju wsparcia mogło przysporzyć France Télécom korzyści. Szczególnie korzyść ta mogła wiązać się z faktem, że rynek odebrał sytuację finansową France Télécom jako bardziej stabilną,

[18] Wyrok Trybunału (wielka izba) z dnia 19.03.2013 r. w sprawach połączonych C-399/10P i C-401/10P *Bouygues i inni v. Komisja*, Rec. s. I-0000, pkt 103–105.

[19] Por. wyrok z dnia 8.12.2011 r. w sprawie C-275/10 *Residex Capital IV*, Rec. s. I-13043, pkt 39–42.

[20] Wyrok Trybunału (wielka izba) z dnia 19.03.2013 r. w sprawach połączonych C-399/10P i C-401/10P *Bouygues i inni v. Komisja*, Rec. s. I-0000, pkt 106–107.

[21] Ibidem, pkt 109–110.

[22] Ibidem, pkt 111–114.

[23] Ibidem, pkt 142.

[24] Orzeczenie Sądu (trzecia izba w składzie powiększonym) Pierwszej Instancji z dnia 21.05.2010 r. w sprawach połączonych T-425/04, T-444/04, T-450/04 i T-456/04 *Francja i inni v. Komisja*, pkt. 288–289.

co mogło mieć wpływ na warunki udzielanych jej kredytów[25]. Pomimo że umowa nie została nigdy podpisana przez obie strony, parafowana i podpisana przez ERAP mogła zostać przez France Télécom podpisana w każdej chwili, co wiązałoby się z prawem do natychmiastowego przelania na jej rzecz kwoty 9 mld euro.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, TFUE nie rozróżnia interwencji państwa w zależności od ich przyczyn lub celów, lecz definiuje je odpowiednio do uzyskanych skutków[26]. Pojęcie pomocy może przybierać wszelakie formy, które w sposób bezpośredni i pośredni mogą sprzyjać przedsiębiorcy i tym samym, nawet czysto hipotetycznie, stanowić zagrożenie dla wyważonej konkurencji[27]. Interwencje państwa, występujące w różnych formach, które zmniejszają obciążenie budżetu przedsiębiorstwa mają ten sam charakter i wywołują takie same skutki, jak pomoc, która *sensu stricto* wiąże się z przeniesieniem zasobów państwowych[28].

Należy zatem zwrócić szczególną uwagę na fakt, że deklaracje wywarły wyraźny wpływ na sytuację rynkową przedsiębiorcy, przysparzając mu tym samym w konsekwencji korzyści. Komisja wykazała także w toku postępowania, że tego rodzaju publiczne oświadczenia były równoznaczne z gwarancją państwa z prawnego punktu widzenia, a także, że zaangażowałyby reputację państwa w powiązaniu z kosztami ekonomicznymi w razie niedotrzymania zobowiązania. Elementy te ujęte w całości mogły zatem być postrzegane jako okoliczności stwarzające rzeczywiste ryzyko narażenia zasobów państwowych.

Kolejnym istotnym elementem omawianego Wyroku jest przyjęcie przez TSUE stanowiska, że możliwe jest, aby szereg kolejnych interwencji – tak jak w omawianej sprawie – dokonane zapowiedzi oraz oferta pożyczki akcjonariusza – stanowiły jedną interwencję w celu zastosowania art. 107 ust. 1 TFUE. Jak wskazał TSUE, interwencje państwa przybierają różne formy i powinny być analizowane na podstawie swoich skutków. Istnieje zatem ryzyko, że pojedyncze zdarzenia lub deklaracje, które odrębnie nie wchodziłyby w zakres stosowania art.107 TFUE zostaną uznane za jedną interwencję, która może kwalifikować się jako pomoc państwa. Podobnie, Komisja w toku przeprowadzonego postępowania uznała, że deklaracje państwa francuskiego, jako całość, stanowiły publicznie głoszoną intencję państwa, zgodnie z którą państwo podejmie niezbędne kroki w celu rozwiązania trudnej sytuacji finansowej Spółki[29]. Pogląd ten podzielił TSUE, stwierdzając, że niemożliwe jest rozdzielenie kolejnych interwencji mających ścisły związek ze względu na swoją chronologię, cel oraz sytuację danego przedsiębiorstwa[30].

TSUE w omawianym Wyroku porusza także kwestię dostatecznego związku pomiędzy z jednej strony – korzyścią przyznaną beneficjentowi a z drugiej – uszczupleniem budżetu państwowego bądź wystąpieniem wystarczającego ryzyka wystąpienia takiego obciążenia. TSUE wskazuje bowiem, że, wbrew temu co orzekł Sąd Pierwszej Instancji, nie jest konieczne, aby uszczuplenie budżetu państwowego bądź ryzyko uszczuplenia tego budżetu było równoważne z uzyskaną

[25] Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 2.08.2004 r. nr C13a/2003 dotycząca pomocy państwa wdrożonej przez Francję na rzecz France Télécom (notyfikowana jako dokument nr C(2004)3060); pkt 194.

[26] Zob. wyrok Trybunału z dnia 17.06.1999 r. w sprawie C-75/97 *Belgia v. Komisja*, pkt 25.

[27] Zob. wyrok Trybunału z dnia 15.07.1964 r. w sprawie 6/64 *Costa v. E.N.E.L.*

[28] Zob. wyrok Trybunału z dnia 13.06.2000 r. w sprawach połączonych T-204/97 i T-270/97 *EPAC v. Komisja.*

[29] Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 2.08.2004 r. nr C13a/2003 dotycząca pomocy państwa wdrożonej przez Francję na rzecz France Télécom (notyfikowana jako dokument nr C(2004)3060); pkt 206.

[30] Wyrok Trybunału (wielka izba) z dnia 19.03.2013 r. w sprawach połączonych C-399/10P i C-401/10P *Bouygues i inni v. Komisja*, Rec. s. I-0000, pkt 104 oraz pkt 130. Zob. podobnie: wyrok z dnia 24.04.1980 r. w sprawie 72/79 *Komisja v. Włochy*, pkt 24.

przez przedsiębiorstwo korzyścią lub aby zaangażowane w ten sposób zasoby państwowe miały taki sam charakter, jak pozyskana przez przedsiębiorstwo korzyść[31].

Z uwagi na zakres postępowania TSUE nie zajął stanowiska w pozostałym zakresie postawionych zarzutów, które dotyczyły między innymi zastosowania przez Komisję kryterium prywatnego inwestora. Zatem, TSUE skierował sprawę do ponownego rozpoznania przez Sąd Pierwszej Instancji.

Test prywatnego inwestora jest instrumentem służącym do weryfikacji czy dane działanie państwa stanowi pomoc publiczną. Przeprowadzając test prywatnego inwestora należy ustalić czy wsparcie udzielane ze środków publicznych jest dokonywane na warunkach akceptowalnych również dla inwestora prywatnego, który będąc w sytuacji analogicznej – mając na względzie zwrot z zaangażowanego kapitału, poziom ryzyka towarzyszącego inwestycji i zakres zabezpieczeń – zachowałby się tak samo, jak podmiot publiczny. Jeżeli, dokonując analizy tego kryterium typowych zachowań rynkowych, ustalimy, że przyznana zapomoga od podmiotu publicznego zostałaby również udzielona od prywatnego inwestora, wtedy przyznana korzyść nie jest kwalifikowana jako pomoc publiczna[32]. Zdaniem Komisji, działania podjęte przez państwo francuskie począwszy od lipca 2002 r. z czysto ekonomicznego punktu widzenia naraziłyby prywatnego inwestora na utratę wiarygodności i reputacji, a z prawnego punktu widzenia – naraziłyby go począwszy od tej daty na ryzyko pozostawania w ciągłej gotowości do udzielenia finansowego wsparcia bez względu na zaistniałą w danym momencie sytuację. Ponadto, Komisja stanęła na stanowisku, że żaden inwestor z sektora prywatnego nie podjąłby podobnych kroków bez przeprowadzenia uprzednio audytu sytuacji finansowej danego przedsiębiorstwa[33]. Powyższego poglądu nie podzielił Sąd Pierwszej Instancji, stwierdzając, że poszczególne deklaracje i działania państwa francuskiego nie spełniły łącznie przesłanek z art. 107 ust. 1 TFUE. Niemniej jednak, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem[34], test prywatnego inwestora nie może zostać przeprowadzony względem jednego konkretnego zdarzenia z pominięciem pozostałych zdarzeń bezpośrednio z nim powiązanych. Tym samym potwierdza się omówione powyżej stanowisko TSUE, a mianowicie, że jeżeli państwo podejmuje pojedyncze działania, z których każde analizowane osobno nie kwalifikowałoby się jako pomoc publiczna w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE, istnieje możliwość, że analiza tych zdarzeń łącznie doprowadziłaby do wykazania istnienia owej pomocy.

V. Konkluzja

Pojęcie „pomocy" jest pojęciem obiektywnym, które nie uwzględnia formy prawnej, jaką przybiera działanie państwa, przywiązując znaczenie wyłącznie do skutków tej pomocy. W konsekwencji, interpretacja art. 107 TFUE, zamiast opierać się na kryteriach formalnych, jest tłumaczona celowością przepisów, które dążą do ochrony konkurencji. W celu interpretacji pojęcia „pomocy", należy zatem zwrócić szczególną uwagę na koncepcję korzyści ekonomicznych, nie zwracając przy tym uwagi na wymogi formalne, a raczej na celowość powziętych przez państwo działań. W świetle omawianego Wyroku, wydaje się, że przesłanka art. 107 ust 1 wskazująca na

[31] Wyrok Trybunału (wielka izba) z dnia 19.03.2013 r. w sprawach połączonych C-399/10P i C-401/10P *Bouygues i inni v. Komisja*, Rec. s. I-0000, pkt 110.

[32] Zob. wyrok Trybunału z dnia 5.06.2012 r. w sprawie C-124/10 P *Komisja v. EDF*, pkt 78.

[33] Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 2.08.2004 r. nr C13a/2003 dotycząca pomocy państwa wdrożonej przez Francję na rzecz France Télécom (notyfikowana jako dokument nr C(2004)3060); pkt 229.

[34] Zob. wyrok Sądu z dnia 15.09.1998 r. w sprawie T-11/95 BP *Chemicals v. Komisja*.

pomoc przyznaną za pośrednictwem zasobów państwowych została niejako rozszerzona, obejmując obecnie pomoc przekazaną ze względu nie tylko na przyczynę lub cel, lecz także na swój skutek. Istotna w tym względzie wydaje się analiza ekonomiczna, która pozwoli Komisji w ramach przeprowadzanego postępowania wykazać pozyskaną przez przedsiębiorstwo z zasobów państwowych korzyści. Należy jednak zwrócić uwagę na trudności mogące wiązać się z tego typu analizami oraz na zawiłość wiążącą się z procesem oceny przesłanek z art. 107 ust. 1 TFUE. Z omawianego Wyroku wynika zatem, że państwa członkowskie muszą rozważnie podejmować wszelkie działania, ponieważ nawet niewinna, z punktu widzenia niektórych przedstawicieli władz państwowych, deklaracja może okazać się pomocą publiczną w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE.

Co więcej, ze stanowiska TSUE wynika, że na pomoc państwa mogą składać się pojedyncze wielokrotne interwencje, które ostatecznie będą interpretowane całościowo jako pomoc państwa, która może okazać się zgodna bądź też nie z unijnym rynkiem wewnętrznym. Konkludując, jeżeli każda z rozpatrywanych sytuacji rozpatrywana osobno mogłaby nie wystarczyć do wykazania istnienia *de facto* pomocy państwa, to analiza tych sytuacji łącznie może wykazać istnienie owej pomocy.

Ponadto, uszczuplenie budżetu państwowego bądź ryzyko uszczuplenia tego budżetu nie musi być równoważne z uzyskaną przez przedsiębiorstwo korzyścią. Niemniej jednak TSUE nie eliminuje konieczności wykazania przez Komisję, że istnieje ryzyko obciążenia zasobów państwowych w celu wykazania istnienia pomocy publicznej. Zatem, sama „deklaracja pomocy" nie zostanie automatycznie zakwalifikowana jako pomoc w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE, należy bowiem między innymi wykazać także, że deklaracja przedstawicieli państwowych jest wystarczająco jasna, precyzyjna i stanowcza, a co za tym idzie istnieje ryzyko obciążenia zasobów państwowych.

Aleksandra Kłoczko
doktorantka WPiA UW
e-mail: kloczko.aleksandra@gmail.com

Marta Michałek, *Right to defence in EU Competition Law: the case of inspections*, Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania UW, Warszawa 2015, s. 431

Recenzowana praca wpisuje się szerszą dyskusję nad standardami sprawiedliwej procedury antymonopolowej, toczącej się na forum europejskim i polskim w odniesieniu do uprawnień organów antymonopolowych wobec przedsiębiorców działających na rynkach objętych jurysdykcją czy to Komisji Europejskiej, czy krajowych organów ochrony konkurencji w Unii Europejskiej. Książka Marty Michałek jest rozprawą doktorską, napisaną pod opieką prof. Waltera Stoffela oraz prof. Marca Amstutza na Wydziale Prawa Uniwersytetu we Fryburgu (Szwajcaria). Praca koncentruje się na zagadnieniach związanych z uprawnieniami kontrolnymi Komisji Europejskiej, zawiera jednak również szerokie tło prawnoporównawcze. Sama objętość książki jest imponująca, praca składa się ze wstępu, jedenastu rozdziałów oraz konkluzji, uzupełnionych obszerną bibliografią oraz spisem orzecznictwa i aktów prawnych.

W pierwszym merytorycznym rozdziale Autorka przedstawia analizę pojęcia prawa do obrony, wychodząc od jego historii, przez analizę stosowanego nazewnictwa, po rozważenie charakteru tego prawa jako zasady prawa, wynikającej z prawa naturalnego, należącej do fundamentalnych praw człowieka oraz mających zawsze subiektywną naturę. Jest to zarazem prawo niezbywalne oraz autonomiczne wobec innych gwarancji proceduralnych. W kolejnym rozdziale Autorka przedstawia podstawy prawne dla ochrony prawa do obrony w Europie. Nie ogranicza się do rozwiązań istniejących w obrębie Unii Europejskiej, ale prezentuje zarówno akty prawa międzynarodowego o charakterze uniwersalnym (Deklaracja Praw Człowieka, Międzynarodowy Pakt Praw Politycznych i Obywatelskich), regionalnym (Europejska Konwencja Praw Człowieka) oraz Kartę Praw Podstawowych Unii Europejskiej. W kolejnym rozdziale Autorka przedstawia uprawnienia kontrolne Komisji Europejskiej w postępowaniach antymonopolowych, podkreślając wzrost wykrywalności praktyk antymonopolowych możliwy dzięki zwiększonemu zastosowaniu kontroli począwszy od roku 2004. Następnie Autorka opisuje uprawnienia Komisji Europejskiej do nakładania kar pieniężnych za utrudnienia w ciągu kontroli. Autorka uznaje, że z uwagi na to, że decyzja o nałożeniu kary pieniężnej podlegać może potem pełnej kontroli sądowej, unijny system nakładania kar pieniężnych jest zgodny z art. 6 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. W kolejnym rozdziale Autorka wyodrębnia praktykę Komisji Europejskiej, określaną jako tzw. *fishing expeditions*, polegającą na przeprowadzaniu kontroli w taki sposób, że gdy w trakcie kontroli znajdowane są dowody na istnienie innego naruszenia prawa ochrony konkurencji niż to, którego dotyczy kontrola, możliwe jest wykorzystanie tego do otwarcia nowego postępowania antymonopolowego, w nowej sprawie. Autorka skupia się głównie na najnowszym orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, w tym na sprawie *Deutsche Bahn* rozstrzygniętej w drugiej instancji w czerwcu tego roku, bardzo surowo oceniając dotychczasową praktykę Komisji

Europejskiej. W rozdziale siódmym z kolei Autorka opisuje praktykę Komisji, by „przeszukiwać" praktycznie cały materiał w formie elektronicznej (zdygitalizowanej) zgromadzony w trakcie kontroli, co najczęściej sprowadza się do skopiowania całości danych dostępnych na komputerach i innych nośnikach danych w przedsiębiorstwie. Pozwala to *de facto* na dostęp do całości danych dostępnych w przedsiębiorstwie. Autorka podkreśla, że praktyka ta jest niezwykle kontrowersyjna, a jednak typowa. Biorąc pod uwagę orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, opowiada się za tym, że należałoby wykluczyć, by Komisja Europejska dysponowała takimi możliwościami.

Po przedstawieniu różnych wątków związanych z uprawnieniami kontrolnymi Komisji Europejskiej, w kolejnych rozdziałach książki Autorka konfrontuje te uprawnienia z wymogami wynikającymi z poszanowania prawa do obrony. Autorka analizuje przestrzeganie prawa do prywatności w trakcie przeprowadzania kontroli. Zestawiając orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (zwłaszcza w sprawie *Delta Pekarny*) oraz sądów unijnych, Autorka dochodzi do wniosku, że prawo do prywatności znajduje pełną i prawidłową ochronę w prawie UE w zestawieniu z wymogami Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Następnie zajmuje się zasadą proporcjonalności, *Legal Professional Privillege*, wolnością od samooskarżania oraz zasadą skutecznej ochrony sądowej. Autorka analizuje te elementy prawa do obrony, biorąc pod uwagę dotychczasowe orzecznictwo sądów unijnych oraz wymogi wypracowane w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka.

Pracę kończy podsumowanie, w którym Autorka sugeruje, jakie zmiany powinny nastąpić w sposobie przeprowadzania kontroli przez Komisję Europejską oraz w kontroli sądowej decyzji dotyczących zagadnień związanych z kontrolami, by doszło do pełnej realizacji wytycznych wynikających z orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka oraz niektórych wytycznych Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Szczególnie krytycznie ocenia Autorka możliwość (nawet jeśli ograniczoną) prowadzenia przez Komisję *fishing expeditions* oraz kopiowania całych dysków komputerowych (w tym elementów usuniętych), w celu przeprowadzenia późniejszej ich kontroli. Obie praktyki zostały przez nią uznane za niezgodne z zasadą proporcjonalności i naruszającą standardy sprawiedliwej procedury. W świetle niedawnej Opinii Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (Opinia 2/13) zbyt optymistyczne wydaje się jednak założenie Autorki, że akcesja UE do EKPC może niebawem skorygować praktykę Komisji Europejskiej.

Praca Pani Marty Michałek w kompleksowy sposób omawia wycinek postępowania przed Komisją Europejską – polegający na przeprowadzeniu kontroli – oraz jego zgodność z wymogami prawa do obrony. Na szczególny szacunek zasługuje wykorzystanie przez Autorkę bardzo bogatej literatury francusko- i angielskojęzycznej, jak też wzięcie pod uwagę literatury polskiej. Autorka wykorzystała również w bardzo szerokim i wyczerpującym zakresie orzecznictwo dwóch europejskich sądów: Europejskiego Trybunału Praw Człowieka oraz Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Wzięła pod uwagę wszystkie istotne wytyczne orzecznicze, w tym te, które zapadły w ostatnich miesiącach (tak jak sprawa *Deutsche Bahn*). Można jedynie podnieść, że Autorka mogłaby szerzej odwołać się do wydanej przez Trybunał Sprawiedliwości w grudniu 2014 r. Opinii 2/13, uniemożliwiającej jak na razie przystąpienie Unii Europejskiej do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Nie umniejsza to jednak wartości przeprowadzonych w pracy analiz.

Praca ma istotne implikacje praktyczne, ponieważ w przystępny i bardzo aktualny sposób przedstawia nie tylko praktykę Komisji Europejskiej (i naśladujących ją organów ochrony konkurencji w państwach członkowskich UE), lecz także argumentację przydatną dla zaskarżenia ewentualnych niekorzystnych dla przedsiębiorców decyzji organów antymonopolowych. Fakt, iż praca została opublikowana w języku angielskim może pozwolić temu opracowaniu na uzyskanie zasięgu uniwersalnego, co stanowi niewątpliwy atut tak dla Autorki, jak i dla wydawnictwa podejmującego decyzję o publikacji.

dr hab., prof. INP PAN **Krystyna Kowalik-Bańczyk**
e-mail: kowalikkrystyna@wp.pl

Sprawozdanie z międzynarodowego seminarium poświęconego prywatnoprawnemu egzekwowaniu reguł konkurencji pt. „*Private Enforcement of Competition Law. Key Lessons from Recent International Developments*” Londyn, 5–6 marca 2015 r.

W 2014 roku dobiegł końca proces legislacyjny dotyczący nowego pakietu przepisów zaproponowanych przez Komisję Europejską zmierzających do ułatwienia egzekwowania przepisów prawa antymonopolowego przez podmioty prywatne na drodze postępowań sądowych (tzw. prywatnoprawne egzekwowanie reguł konkurencji, *private enforcement of competition rules*). Zasadniczym elementem pakietu jest niedawno przyjęta dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/104/EU w sprawie niektórych przepisów regulujących dochodzenie roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszenia prawa konkurencji państw członkowskich i Unii Europejskiej, objęte przepisami prawa krajowego[1] („**Dyrektywa dot. dochodzenia roszczeń**”, „**Dyrektywa**”). Nie dziwi zatem fakt, że *private enforcement* jest obecnie jednym z najgorętszych tematów w świecie prawa konkurencji.

Prywatnoprawnemu egzekwowaniu reguł konkurencji zostało poświęcone seminarium, które odbyło się w dniach 5–6 marca br. w Londynie. Jego organizatorem była Komisja Prawa Konkurencji Międzynarodowego Stowarzyszenia Prawników (*Union Internationale des Avocats*, „**UIA**”) we współpracy z Komisją ds. Sporów Sądowych UIA, przy wsparciu *Law Society of England and Wales*, kancelarii Berwin Leighton Paisner w Londynie oraz MLexa jako partnera medialnego. Seminarium zgromadziło wybitnych specjalistów reprezentujących różne systemy prawa oraz ścieżki kariery zawodowej. Wśród prelegentów znaleźli się przedstawiciele m.in. Komisji Europejskiej, organów władzy sądowniczej, kancelarii prawniczych i wewnętrznych departamentów prawnych największych globalnych korporacji.

Po powitalnym koktajlu, który odbył się pierwszego dnia seminarium w siedzibie *The Law Society's Hall*, drugi dzień poświęcony był prelekcjom oraz przedstawieniu referatów, które miały miejsce w siedzibie kancelarii Berwin Leighton Paisner. Obrady otworzył Harold Paisner, starszy partner w kancelarii Berwin Leighton Paisner, który powitał wszystkich uczestników. Następnie Stephen Sidkin, partner w kancelarii Fox Williams w Londynie oraz reprezentant UIA, krótko przedstawił UIA oraz jej cele i misje. Po tym wprowadzeniu Aleksander Stawicki, starszy partner w kancelarii WKB Wierciński, Kwieciński, Baehr oraz Przewodniczący Komisji Prawa Konkurencji UIA, również powitał wszystkich uczestników oraz wyraził radość z faktu, że seminarium odbywa się w Londynie – miejscu, gdzie „bije serce” *private enforcement*.

Seminarium zainaugurowało przemówienie Sir Petera Rotha, sędziego Wysokiego Trybunału (*High Court*) oraz Prezesa Trybunału Odwoławczego ds. Konkurencji (*Competition Appeal Tribunal*) w Wielkiej Brytanii. Sędzia Roth wskazał przykłady krajów, gdzie dochodzenie roszczeń za naruszenia prawa konkurencji w trybie prywatnoprawnym jest bardzo powszechne, tj. Wielka Brytania,

[1] Dz. Urz. UE L 349, z dnia 5.12.2014 r., s. 1–19.

Dania, Finlandia, Austria, Niemcy. Następnie wymienił najważniejsze zagadnienia związane z tą problematyką, które miały być poruszane podczas seminarium takie, jak: podmiot, któremu przysługuje roszczenie, kwestia zlecenia dochodzenia roszczenia podmiotowi trzeciemu (np. wyspecjalizowanej kancelarii), właściwość sądu, klauzule wyłącznej jurysdykcji, odpowiedzialność spółek-córek za naruszenia spółek-matek, czy też okres przedawnienia.

Sędzia Roth zwrócił uwagę na problem nierówności, jaka powstaje między potencjalnym powodem a pozwanym w sytuacji, gdy publikacja decyzji stwierdzającej naruszenie prawa konkurencji jest opóźniona (podczas gdy pozwany posiada jej tekst) albo gdy treść opublikowanej decyzja jest „okrojona" (np. nie zawiera informacji uzyskanych przez organ antymonopolowy na skutek wniosków *leniency*). Sędzia Roth wymienił także na inne problemy i trudności, pojawiające się przy dochodzeniu roszczeń w trybie *private enforcement*. Jego zdaniem droga ta nie zawsze jest wystarczająco atrakcyjna dla małych i średnich przedsiębiorstw (wspomniał jednocześnie o zmianach legislacyjnych w tym obszarze, nad jakimi w tamtym czasie toczyły się prace w Wielkiej Brytanii[2], dotyczących m.in. przyspieszonej procedury dla małych i średnich przedsiębiorców; powództw *opt-in* oraz *opt-out* – o czym dalej). Wskazał na trudności związane z kwantyfikacją szkody (w kontekście braku orzecznictwa) oraz koniecznością oceny dowodów o złożonym, ekonomicznym charakterze przez sędziów, którzy nie zawsze mają w tym zakresie odpowiednie przygotowanie.

Pierwszy panel seminarium, poświęcony podstawowym zagadnieniom związanym z *private antitrust enforcement*, otworzył oraz moderował Adrian Magnus, partner w kancelarii Berwin Leighton Paisner. W jego ramach jako pierwszy wystąpił Daniel Beard, *barrister* z Monckton Chambers w Londynie, który omówił najnowsze trendy w obszarze *private enforcement* oraz zmiany legislacyjne w Wielkiej Brytanii. W ich następstwie m.in. zostanie rozszerzona jurysdykcja Trybunału Odwoławczego ds. Konkurencji. Trybunał będzie mógł rozstrzygać w sprawach tzw. samodzielnych roszczeń (*stand-alone claims*), czyli roszczeń w odniesieniu do praktyk, co do których nie została wydana przez organ antymonopolowy decyzja stwierdzająca naruszenie[3]. Zostanie wprowadzona również nowa forma powództw w postępowaniu grupowym tzw. powództwa typu *opt-out* (*opt-out competition damages actions*)[4] oraz wydłużony okres przedawnienia na dochodzenie roszczeń.

Następnie dr Florian Neumayr, partner w kancelarii Hügel Rechtsanwälte w Wiedniu, scharakteryzował roszczenia oparte na istnieniu tzw. parasola cenowego (*umbrella claims*) oraz przedstawił najnowsze orzecznictwo unijne oraz austriackie w tym zakresie. Jak podsumował, aktualnie możliwe jest wystąpienie z roszczeniem przeciwko karteliście, nawet jeśli nie było się stroną żadnej umowy z nim. Trzeba jednak wykazać fakt poniesienia szkody wynikającej z zawyżonej ceny zastosowanej przez przedsiębiorstwo nieuczestniczące w kartelu w konsekwencji działań kartelistów (tzw. *umbrella pricing*).

Kolejny prelegent, Christopher Rother, szef działu regulacyjnego i prawa konkurencji grupy Deutsche Bahn, opisał politykę i strategię grupy w zakresie dochodzenia roszczeń za naruszenia

[2] W dniu 26 marca 2015 r. w Wielkiej Brytanii został uchwalony *Consumer Rights Act 2015*. Nowe przepisy weszły w życie 1 października 2015 r. (zob. szerzej: https://www.gov.uk/government/policies/providing-better-information-and-protection-for-consumers). Tekst aktu jest dostępny na stronie: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/15/contents/enacted (stan na 4.05.2015 r.).

[3] Do czasu wejścia w życie zmian przewidzianych w *Consumer Rights Act 2015* tylko Wysoki Trybunał (*High Court*) mógł rozstrzygać w sprawach tzw. samodzielnych roszczeń.

[4] Tj. powództwo w postępowaniu grupowym wnoszone w imieniu całej grupy poszkodowanych podmiotów (*class members*), które zostają niejako automatycznie objęte powództwem. Ci, którzy nie będą chcieli dochodzić roszczeń w tak wszczętym postępowaniu, będą musieli w odpowiednim czasie z niego wyraźnie wystąpić.

prawa konkurencji przez jej kontrahentów. Przedstawił również sprawy, w których Deutsche Bahn dochodziła lub dochodzi takich roszczeń, obejmujące m.in. kartel na rynku transportu lotniczego, kartel na rynku torów kolejowych oraz kartel na rynku produktów węglowych i grafitu.

W ostatnim wystąpieniu tego panelu, Laurie Webb Daniel, partner w kancelarii Holland & Knight, krótko scharakteryzowała amerykański model prywatnoprawnego dochodzenia roszczeń za naruszenia prawa konkurencji oraz przytoczyła najnowsze orzecznictwo Sądu Najwyższego USA w tym zakresie.

Drugi panel, którego moderatorem był Aleksander Stawicki, został poświęcony ostatnim zmianom legislacyjnym oraz refleksji nad ich prawdopodobnymi skutkami. Pierwszym prelegentem drugiego panelu był Filip Kubik z Dyrekcji Generalnej ds. Konkurencji Komisji Europejskiej. Omówił on najważniejsze postanowienia Dyrektywy dot. dochodzenia roszczeń oraz podkreślił, że jej dwa główne cele to ułatwienie dochodzenia odszkodowania za naruszenia prawa konkurencji oraz skuteczniejsze egzekwowanie reguł konkurencji (zarówno w trybie publicznym, jak i prywatnym). Wskazał również, że DG ds. Konkurencji ściśle monitoruje proces implementacji Dyrektywy.

Następny referent, Paolo Palmigiano, Prezes *Association of In-house Competition Lawyers*, podsumował aktualną sytuację w zakresie *private enforcement* w Wielkiej Brytanii. Wskazał na zalety systemu brytyjskiego, w tym m.in szeroki dostęp do dowodów; łatwość w ustaleniu właściwości sądu; doświadczenie sędziów w sprawach z zakresu prawa konkurencji; stosunkowo szybkie postępowanie; możliwość domagania się zarówno przez angielskich jak i zagranicznych powodów odszkodowania za całość poniesionej szkody, niezależnie od tego, gdzie miała ona miejsce, jeśli tylko występuje angielska spółka (zależna), która była uczestnikiem kartelu. Odniósł się także do wspomnianych już wcześniej prac legislacyjnych dotyczących *private enforcement* w Wielkiej Brytanii, zwracając uwagę na ich pewne ujemne skutki, takie jak m.in. wzrost kosztów prowadzenia działalności w Wielkiej Brytanii, wpływ na funkcjonowanie programu *leniency*, czy też możliwość niezapewnienia wystarczających gwarancji proceduralnych w przypadku tzw. powództw *opt-out*.

Kolejna prelegentka, dr Aniko Keller, partner w kancelarii Szecskay Attorneys at Law w Budapeszcie, opisała aktualną sytuację na Węgrzech oraz zmiany, jakie zostaną wprowadzone w wyniku implementacji Dyrektywy dot. dochodzenia roszczeń. Wskazała, że na Węgrzech podmioty poszkodowane w wyniku naruszeń prawa konkurencji rzadko występują z roszczeniami. Przyczyną takiej sytuacji są m.in. wysokie koszty postępowania, brak możliwości skutecznego dochodzenia roszczeń w postępowaniach grupowych, przedawnienie roszczeń oraz brak jasnych reguł dostępu do dokumentów. Referentka wyraziła nadzieję, że Dyrektywa przyniesie zmiany w tym zakresie.

Ostatnim referentem tego panelu był prof. Renato Nazzini z uniwersytetu King's College w Londynie. Jego wystąpienie dotyczyło stosowania arbitrażu w celu dochodzenia roszczeń za naruszenia prawa konkurencji. Prof. Nazzini zwrócił uwagę na liczne problemy prawne i praktyczne związane m.in. z tym, że zgodnie z orzecznictwem unijnym sądy arbitrażowe nie są sądami państwa członkowskiego i w związku z tym niektóre przepisy Dyrektywy dot. dochodzenia roszczeń oraz rozporządzenia 1/2003 odwołujące się do sądów państwa członkowskiego nie będą mieć zastosowania w postępowaniu arbitrażowym.

Prelegenci trzeciego panelu seminarium, który moderował David. E. Vann, partner w kancelarii Simpson Thacher w Londynie, przedstawili szczegółowe uwagi dotyczące powoda

w postępowaniach *private enforcement*. Jako pierwszy wystąpił Andrew Hockley, partner z kancelarii Berwin Leighton Paisner, który omówił, jak od strony praktycznej powinno wyglądać przygotowanie strategii wystąpienia z powództwem w trybie *private enforcement*. Wskazał m.in., jak należy oszacować wysokość poniesionej szkody w przypadku dokonywania zakupów bezpośrednio od kartelistów. Następnie dr Till Schreiber, z CDC Cartel Damage Claims w Brukseli – firmy wyspecjalizowanej w dochodzeniu roszczeń, przedstawił prawne i praktyczne kwestie związane z wykazaniem poniesionej szkody. Na zakończenie tego panelu Mick Smith, partner w kancelarii Calunius Capital w Londynie, opisał czynniki, które pozwalają określić, czy dana sprawa jest warta podjęcia i finansowania. Wymienił tu wysokość roszczenia, prawdopodobieństwo uzyskania pozytywnego rozstrzygnięcia, koszty i możliwość ich odzyskania od przeciwnika oraz czas. Opisał także możliwe sposoby finansowania postępowania w sprawie roszczenia przez podmiot trzeci (np. wyspecjalizowaną kancelarię).

Czwarty panel, który prowadził dr Florian Neumayr, został poświęcony uwagom z perspektywy pozwanego przedsiębiorcy. W jego ramach Fernando de le Mata, partner w kancelarii Baker & McKenzie w Barcelonie, przedstawił hipotetyczny scenariusz postępowania, w którym organ antymonopolowy wydał decyzję stwierdzającą naruszenie (*follow-on claims*). W swoim wystąpieniu wskazał m.in. na co zwracać uwagę, by sprawdzić, czy powód dochodzący roszczeń może być stroną w sprawie. Z kolei Martin André Dittmer, partner w kancelarii Gorrissen Federspiel w Kopenhadze, przedstawił kilka strategii obrony, jakie może rozważać pozwany przedsiębiorca. Na zakończenie tego panelu Stephen Wisking, partner w kancelarii Herbert Smith Freehills w Londynie, odniósł się do możliwości ugodowego dochodzenia roszczeń, wskazując na możliwe problemy, jakie w takim przypadku mogą wystąpić.

Ostatni panel seminarium obejmował tzw. *case study*, czyli analizę hipotetycznego stanu faktycznego sprawy, w której Komisja Europejska wydała decyzję stwierdzającą istnienie kartelu. Prelegenci przeprowadzili żywą dyskusję na temat możliwych działań oraz proponowanych taktyk procesowych, jak również poczynili szereg praktycznych uwag na bazie swojego dotychczasowego doświadczenia w sprawach *private enforcement*.

Seminarium zamknął Aleksander Stawicki, który podziękował prelegentom i pozostałym uczestnikom za udział w seminarium i jednocześnie wyraził smutek, że w gronie państw, w których powszechne jest dochodzenie roszczeń za naruszenia prawa konkurencji przez podmioty prywatne, nie ma wciąż Polski.

Emilia Wardęga LL.M.
aplikant adwokacki, *associate*
WKB Wierciński, Kwieciński, Baehr Sp.k.
emilia.wardega@wkb.com.pl

Sprawozdanie z konferencji pn. *10 Jahre UGP-Richtlinie: Erfahrungen und Perspektiven*, Berlin, 7–8 maja 2015 r.

W dniach 7–8 maja 2015 r. na Humboldt-Universität w Berlinie odbyła się konferencja poświęcona podsumowaniu 10 lat obowiązywania dyrektywy 2005/29/WE z 11 maja 2005 r. o nieuczciwych praktykach handlowych. Dyrektywa ta istotnie zmieniła prawo zwalczania nieuczciwej konkurencji państw członkowskich UE, kompleksowo harmonizując krajowe przepisy w zakresie nieuczciwych praktyk handlowych przedsiębiorców wobec konsumentów (B2C). O trwających trudnościach związanych z implementacją i stosowaniem dyrektywy 2005/29/WE może świadczyć m.in. wystosowanie przez Komisję Europejską w czerwcu 2015 r. wobec Polski uzasadnionej opinii, stwierdzającej naruszenie przepisów dyrektywy o nieuczciwych praktykach handlowych. W Niemczech trwają natomiast prace legislacyjne mające na celu kolejną zmianę krajowych przepisów, dostosowującą je do wymogów dyrektywy.

Celem konferencji było spojrzenie zarówno w przeszłość, jak i w przyszłość obowiązywania dyrektywy 2005/29/WE, a w szczególności odpowiedź na pytania dotyczące osiągnięcia celów dyrektywy, praktycznego jej zastosowania i problemów z implementacją, a także przedstawienie zagadnień będących aktualnie przedmiotem dyskusji oraz ewentualnych zmian dyrektywy. Nad tymi kwestiami obradowali niemieccy i austriaccy przedstawiciele nauki, organów administracji rządowej i organizacji konsumenckich, Komisji Europejskiej oraz sędziowie, a także liczna międzynarodowa publiczność.

Referat rozpoczynający konferencję, poświęcony wyjątkom w stosowaniu dyrektywy 2005/29/WE, wygłosił Helmut Köhler (Ludwig-Maximilians-Universität, München). Przedstawione zostały przez niego wyjątki objęte art. 3 dyrektywy o nieuczciwych praktykach handlowych, a także wyjątki wynikające z naruszenia wyłącznie interesów gospodarczych przedsiębiorców (motyw 6 zd. 3 dyrektywy 2005/29/WE) oraz z naruszenia poczucia dobrego smaku i przyzwoitości (motyw 7 zd. 3 dyrektywy 2005/29/WE).

Następnie Sophie Ridoux (Komisja Europejska, DG JUST) oceniła z punktu widzenia Komisji Europejskiej stosowanie dyrektywy o nieuczciwych praktykach handlowych w świetle działań Komisji dotyczących błędnej implementacji i na podstawie raportu Komisji z 2013 r. Sophie Ridoux przedstawiła też plany rewizji wytycznych z 2009 r. dotyczących wdrożenia/wykonania dyrektywy 2005/29/WE. Ich celem będzie m.in. określenie relacji między dyrektywą 2005/29/WE a innymi aktami prawnymi o charakterze horyzontalnym lub sektorowym oraz wyjaśnienie zastosowania dyrektywy do nowych modeli biznesowych pojawiających się on-line.

Przedstawicielka niemieckiego Ministerstwa Sprawiedliwości i Ochrony Konsumentów (Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz), Birte Timm-Wagner, zastanawiała się nad koniecznością reformy niemieckiej ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (UWG). Omówiony szczegółowo w referacie projekt drugiej ustawy zmieniającej UWG ma jasno

rozgraniczyć regulację stosunków B2B i B2C, a także zbliżyć brzmienie przepisów B2C do dyrektywy 2005/29/WE.

Erika Ummenberger-Zierler, reprezentująca austriackie Ministerstwo Nauki, Badań i Gospodarki (Bundesministerium für Wissenschaft, Forschung und Wirtschaft), podkreśliła słabości ustawy implementującej dyrektywę w Austrii w wersji z 1 marca 2015 r., w szczególności nieprzestrzeganie wytycznych dotyczących techniki prawodawczej m.in. w zakresie użytego języka. Zdaniem referentki, naruszona została tym samym przejrzystość przepisów zwalczających nieuczciwą konkurencję, które będą musiały się zmierzyć z nowymi wyzwaniami, takimi jak Jednolity Rynek Cyfrowy.

Drugi dzień konferencji rozpoczął się wykładem poświęconym wpływowi dyrektywy o nieuczciwych praktykach handlowych na orzecznictwo sądów niemieckich, który wygłosił Jochen Schlingloff (Thüringer OLG). Zdaniem prelegenta, który w swoich rozważaniach przedstawił wiele wyroków, znaczenie dyrektywy 2005/29/WE widoczne jest przede wszystkim w interpretacji przepisów dotyczących wprowadzenia w błąd przez zaniechanie oraz wykładni pojęcia staranności zawodowej. Natomiast oparte na dyrektywie 2005/29/WE orzecznictwo sądów austriackich przybliżył Gottfried Musger (Oberster Gerichtshof), analizując w szczególności orzeczenia dotyczące czarnej listy nieuczciwych praktyk handlowych i stosowania klauzuli generalnej.

Kolejne trzy prelekcje zostały wygłoszone przez przedstawicieli organizacji chroniących interesy konsumentów. Problematyka oceny reklamy skierowanej do dzieci i młodzieży na przykładzie bezpośredniego wezwania dzieci do nabycia reklamowanych produktów stanowiła przedmiot referatu Helke Heidemann-Peuser (Verbraucherzentrale Bundesverband). Reiner Münker (Wettbewerbszentrale) przedstawił praktyczne doświadczenia płynące ze stosowania dyrektywy 2005/29/WE w Niemczech, wynikające z zaangażowania reprezentowanej przez niego organizacji w liczne sprawy dotyczące naruszenia uczciwości praktyk handlowych. Hannes Seidelberger (Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb) natomiast, już w tytule swojego wystąpienia, wskazał na niespodzianki w postępowaniach dotyczących zwalczania nieuczciwych praktyk handlowych w Austrii, a w referacie podał przykłady wyroków dotyczących agresywnych praktyk handlowych czy umów wiązanych.

Współorganizatorka konferencji, Susanne Augenhofer **(**Humboldt-Universität zu Berlin) zajęła się przybliżeniem terminu *Corporate Social Responsibility* (CSR) i możliwością zastosowania wobec tego zjawiska dyrektywy 2005/29/WE. Podstawowym problemem jest bowiem uznanie CSR za praktykę handlową, a następnie odpowiednie zastosowanie modelu przeciętnego konsumenta.

Ansgar Ohly (Ludwig-Maximilians-Universität, München) przedstawił wpływ dyrektywy 2005/29/WE na interes przedsiębiorców. Zdaniem referenta podział na stosunki B2B i B2C nie jest w pełni możliwy. Praktyki handlowe zwykle naruszają też interesy konkurentów i odbiorców, więc nie powinny być oceniane wyłącznie przez pryzmat konsumentów, co może być jednak sprzeczne z postanowieniami dyrektywy 2005/29/WE. Z tego powodu prelegent postulował, aby do dyrektywy włączyć regulację mającą na celu ochronę interesów przedsiębiorców.

W wykładzie kończącym konferencję drugi z jej współorganizatorów – Christian Alexander (Friedrich-Schiller-Universität, Jena) – analizował relacje między prawem zwalczania nieuczciwej konkurencji a prawem umów i prawem ochrony konsumentów. Zastanawiał się w szczególności czy naruszenie obowiązków umownych może być nieuczciwą praktyką handlową oraz jaki wpływ na prawo umów ma prawo zwalczania nieuczciwej konkurencji. Według referenta istnieją

zarówno niebezpieczeństwa, jak i szanse związane z usamodzielnieniem się prawa zwalczania nieuczciwej konkurencji jako prawa ochrony konsumentów. Z jednej strony prawo zwalczania nieuczciwej konkurencji może zostać istotnie ograniczone przez przeniesienie na przepisy chroniące przedsiębiorców kryteriów stosowanych dla oceny naruszeń interesów konsumentów. Z drugiej jednak – opisany proces może skutkować poprawą przejrzystości przepisów, przyczyniając się do ich lepszego zrozumienia.

Podczas obrad dotknięto wielu tematów dotyczących dyrektywy o nieuczciwych praktykach handlowych. Konferencja, mimo że aż dwudniowa, poruszyła jednak zaledwie fragment skomplikowanej materii związanej ze zwalczaniem nieuczciwych praktyk handlowych B2C. Dodatkowo na skutek rozwoju techniki i gospodarki wciąż pojawiają się nowe problemy. Po 10 latach od uchwalenia dyrektywy 2005/29/WE zarówno w doktrynie, jak i praktyce stosowania prawa należy więc nadal poszukiwać odpowiedzi na liczne pytania.

Dr hab. Monika Namysłowska
Adiunkt w Katedrze Europejskiego Prawa Gospodarczego WPiA UŁ
e-mail: mnamyslowska@wpia.uni.lodz.pl

Agnieszka Jabłonowska
Doktorantka w Katedrze Europejskiego Prawa Gospodarczego WPiA UŁ
e-mail: ajablonowska@wpia.uni.lodz.pl

Sprawozdanie z Międzynarodowej Konferencji pn. „Harmonisation of Private Antitrust Enforcement: A Central and Eastern European Perspective”
(2–4 lipca 2015 r., Hotel Supraśl)

W dniach 2–4 lipca 2015 r. w Supraślu odbyła się Międzynarodowa Konferencja pn. „Harmonisation of Private Antitrust Enforcement: A Central and Eastern European Perspective” zorganizowana przez Wydział Prawa Uniwersytetu w Białymstoku (Katedrę Prawa Gospodarczego Publicznego) oraz Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych Uniwersytetu Warszawskiego (CARS). Konferencja została poświęcona w szczególności zagadnieniom związanym z koniecznością implementowania przez państwa członkowskie Unii Europejskiej dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/104/UE z dnia 26 listopada 2014 r. w sprawie niektórych przepisów regulujących dochodzenie roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszenia prawa konkurencji państw członkowskich i Unii Europejskiej, objęte przepisami prawa krajowego (dalej jako Dyrektywa Odszkodowawcza).

Konferencję poprzedzono spotkaniem Competition Law and Regulation. Academic Network. Europe – Visegrad, Balkan Baltic, East (CRANE), podczas którego Dyrektor CARS prof. dr hab. Tadeusz Skoczny przedstawił wstępne założenia i cele CRANE.

Następnie konferencję otworzyła dr hab. Anna Piszcz (Uniwersytet w Białymstoku), która w krótkim przemówieniu wprowadzającym powitała uczestników oraz przedstawiła założenia i zakres tematyczny konferencji.

W dalszej kolejności uczestnicy zostali powitani przez Dziekana Wydziału Prawa prof. dr. hab. Emila W. Pływaczewskiego, który podkreślił, że międzynarodowy charakter konferencji stanowi znakomitą okazję do wymiany doświadczeń państw Europy Środkowej i Wschodniej dotyczących zagadnień związanych z prywatnoprawnym modelem egzekwowania prawa konkurencji w państwach. Jednocześnie wskazał, że zorganizowana konferencja jest efektem owocnej współpracy Wydziału Prawa Uniwersytetu w Białymstoku i CARS, zaś współorganizatorzy spotkali się z przychylnością m.in. Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów oraz Sądu Najwyższego.

Następnie Wiceprezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów Bernadeta Kasztelan-Świetlik w krótkim wystąpieniu wskazała, że publicznoprawny i prywatnoprawny model egzekwowania prawa konkurencji muszą się wzajemnie uzupełniać. Rolą organu antymonopolowego jest wykrywanie i karanie najcięższych naruszeń prawa konkurencji. Jednakże stosowanie prawa konkurencji przez organ antymonopolowy musi być uzupełnione o prywatnoprawne mechanizmy egzekwowania prawa konkurencji. Podkreśliła, że przyjęcie Dyrektywy Odszkodowawczej powinno wpłynąć na zmniejszenie barier w prywatnoprawnym egzekwowaniu prawa konkurencji. Jednocześnie poinformowała, że obecnie polskie Ministerstwo Sprawiedliwości rozpoczęło już prace mające na celu implementację Dyrektywy Odszkodowawczej do polskiego porządku prawnego.

Następnie uczestnicy zostali powitani przez Dyrektora CARS prof. dr hab. Tadeusza Skocznego.

Referat otwierający konferencję został wygłoszony przez prof. Sofię O. Pais z Katolickiego Uniwersytetu Portugalii, Szkoły Prawa w Porto, która przedstawiła portugalski model prywatnoprawnego egzekwowania prawa konkurencji oraz najważniejsze problemy wiążące się z koniecznością implementacji przez Portugalię Dyrektywy Odszkodowawczej. Wskazała, że prawo portugalskie nie zawiera szczególnych regulacji dotyczących procedury dochodzenia roszczeń wynikających z naruszenia prawa konkurencji, co oznacza, że postępowania te prowadzone są zgodnie z regułami określonymi w portugalskiej ustawie antymonopolowej, kodeksie cywilnym oraz kodeksie postępowania cywilnego. Pomimo wydania wielu decyzji dotyczących naruszenia prawa konkurencji, przykładów prywatnoprawnego egzekwowania prawa konkurencji jest w Portugalii niewiele. Prof. Sofia O. Pais podkreśliła, że dotychczas publicznoprawne egzekwowanie prawa konkurencji pełniło dominującą rolę i ten stan nie powinien ulec zmianie, zaś prywatnoprawne egzekwowanie reguł konkurencji powinno pełnić funkcję uzupełniającą. Po wygłoszonym referacie uczestnicy dyskutowali na temat możliwości wykorzystywania powództw zbiorowych w celu dochodzenia roszczeń wynikających z prawa konkurencji w Portugalii oraz przyczyn niewielkiej liczby spraw dotyczących prywatnoprawnego stosowania prawa konkurencji. Prof. Sofia O. Pais wskazała, że przyczyną niewielkiego zainteresowania w poszukiwaniu prywatnoprawnej ochrony jest z jednej strony brak tradycji prywatnoprawnego egzekwowania prawa konkurencji i wynikająca z tego nieświadomość konsumentów w zakresie regulacji prawnych, a z drugiej – fakt, że odszkodowania, które mogłyby być przyznane, byłyby bardzo niskie.

Drugiego dnia odbyły się cztery sesje. Pierwszy panel moderowany przez prof. Sofię O. Pais poświęcony został materialnoprawnym wyzwaniom związanym z harmonizacją prywatnoprawnego egzekwowania prawa konkurencji.

Pierwszy referat w tej części wygłoszony wspólnie przez prof. Alexandra Svetlicinii'ego (Uniwersytet w Makau, Chiny) i prof. Marco Bottę (Uniwersytet Wiedeński, Austria) został poświęcony zjawisku parasola cenowego („*umbrella pricing*"). Prof. Alexandr Svetlicinii przedstawił model działania parasoli cenowych, zwracając szczególną uwagę na regulacje zawarte w prawie amerykańskim dotyczące dochodzenia roszczeń wynikających z porozumień cenowych. Podkreślił także, że nawet jeżeli jedynie kilka przedsiębiorstw jest stroną porozumienia cenowego, także inne podmioty gospodarcze, niebędące stronami tego porozumienia, faktycznie z takiego porozumienia mogą czerpać korzyści. Dochodzenie roszczeń wynikających z porozumień cenowych jest niezwykle trudne z uwagi na konieczność wykazania związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy zawarciem porozumienia cenowego a powstaniem szkody, a także z uwagi na konieczność wykazania wysokości szkody. Następnie prof. Marco Botta przedstawił problemy związane z dochodzeniem roszczeń wynikających ze zjawiska parasola cenowego na podstawie prawa unijnego dotyczące zwłaszcza braku ogólnego standardu związku przyczynowo-skutkowego, jaki musi zaistnieć, aby możliwe było formułowanie roszczeń prywatnoprawnych.

Następnie referat wygłosiła prof. Agata Jurkowska-Gomułka (Wyższa Szkoła Informatyki i Zarządzania z siedzibą w Rzeszowie). W swoim wystąpieniu pokreśliła, że prywatnoprawny i publicznoprawny model egzekwowania prawa konkurencji przenikają się nawzajem i aby każdy z tych modeli mógł właściwie spełniać swoje funkcje, orzecznictwo powinno wypracować

odpowiedni balans pomiędzy tymi modelami. Prof. Agata Jurkowska-Gomułka nie podziela obaw dotyczących trudności w ustaleniu wysokości poniesionej szkody na skutek naruszenia prawa konkurencji i zwróciła uwagę na to, że prawo konkurencji nie jest jedynym obszarem, w którym pojawiają się trudności związane z ustalaniem wysokości szkody. Wyraziła opinię, że implementacja Dyrektywy Odszkodowawczej do polskiego porządku prawnego nie wpłynie znacząco na zwiększenie popularności prywatnoprawnego dochodzenia roszczeń wynikających z naruszenia prawa konkurencji.

Ostatnie wystąpienie w tym panelu wygłosiła dr hab. Anna Piszcz, wskazując na te obszary, które w zbyt małym stopniu zostały poruszone w Dyrektywie Odszkodowawczej. Prof. Anna Piszcz zwróciła uwagę na to, że brak jest uzasadnienia dla ograniczenia Dyrektywy Odszkodowawczej wyłącznie do roszczeń odszkodowawczych. Natomiast fakt, że reguluje ona jedynie tego typu roszczenia, doprowadzi do tego, że harmonizacja przepisów regulujących prywatnoprawne egzekwowanie prawa konkurencji będzie jedynie fragmentaryczna. Dlatego też Dyrektywa Odszkodowawcza nie powinna zakończyć harmonizacji prywatnoprawnego egzekwowania prawa konkurencji.

W drugim panelu, moderowanym przez dr. Macieja Bernatta (Uniwersytet Warszawski), przedstawione zostały referaty dotyczące wyzwań proceduralnych związanych z przyjęciem Dyrektywy Odszkodowawczej.

Pierwsze wystąpienie w tej części wygłosił prof. Aleš Galič (Uniwersytet w Ljubljanie, Słowenia) poświęcone zagadnieniu ujawniania dokumentów w procesie prywatnoprawnego dochodzenia roszczeń. Zwrócił uwagę na to, że prywatnoprawne dochodzenie roszczeń nie jest możliwe bez zapewnienia szerokiego dostępu do informacji oraz dokumentów. Dlatego też proceduralne narzędzia umożliwiające dostęp do informacji i dokumentów są szczególnie istotne dla rozwoju tego modelu stosowania prawa konkurencji. Omawiając rozwiązania w tym zakresie zawarte w Dyrektywie Odszkodowawczej, wskazał, że implementacja Dyrektywy Odszkodowawczej będzie wymagała znacznie większych działań niż tylko technicznego dostosowania postępowania cywilnego. Zwrócił uwagę na to, że w wielu kluczowych aspektach dotyczących ujawniania dokumentów porządki prawne państw członkowskich zawierają fundamentalne różnice, wskazując na ich przykłady na podstawie prawa słoweńskiego. Dlatego też w niektórych państwach członkowskich implementacja będzie wymagała dokonania zmiany fundamentalnych zasad proceduralnych, ponieważ wprowadzenie wymaganych przez Dyrektywę Odszkodowawczą zmian jedynie w obszarze prawa konkurencji byłoby nieskuteczne.

Następnie referat wygłosiła prof. Vlatka Butorac Malnar (Uniwersytet w Rijece, Chorwacja), która zwróciła uwagę na to, że kartele mają największą liczbę ofiar spośród wszystkich naruszeń prawa konkurencji. Dodatkowa trudność w dochodzeniu roszczeń przez ofiary karteli polega na tym, że kartele są tak poufne, że nawet organy konkurencji mają trudności w zgromadzeniu dowodów potwierdzających istnienie porozumienia. Zatem skoro organ antymonopolowy napotyka tak znaczne problemy przy pozyskiwaniu dowodów, to tym bardziej oczekiwanie, że zostaną one zdobyte przez osobę prywatną, byłoby naiwne. Prof. Vlatka Butorac Malnar zwróciła uwagę na to, że najczęściej kartele są ujawniane na skutek procedur *leniency* i *settlement*. Z drugiej strony skorzystanie z tych procedur będzie ułatwiało ukrycie informacji i dokumentów przed poszkodowanymi. Istnieje zatem ryzyko, że przedsiębiorcy będą jeszcze chętniej korzystali z procedur

leniency i *settlement*, aby ukryć dokumenty i utrudnić dochodzenie roszczeń przez podmioty poszkodowane.

Ostatnie wystąpienie w drugim panelu wygłosiła Anna Gulińska (radca prawny, Dentons Europe Oleszczuk sp.k., Warszawa), która przedstawiła główne problemy związane z dostępem do dokumentów zgromadzonych w postępowaniu antymonopolowym w Polsce. Zwróciła uwagę na to, że w polskim postępowaniu cywilnym powód zobowiązany jest do przedstawienia faktów oraz dostarczenia dowodów na ich poparcie. Jednocześnie procedura cywilna wprowadza ograniczenia czasowe, w których możliwe jest wnioskowanie o przeprowadzenie dowodu, co także niekorzystnie wpływa na rozwój prywatnoprawnego modelu egzekwowania prawa konkurencji w Polsce.

Trzeci panel moderowany przez dr hab. Annę Piszcz został poświęcony korzyściom konsumentów związanym z przyjęciem Dyrektywy Odszkodowawczej.

Jako pierwszy w tym panelu referat przedstawił prof. Rafał Sikorski (Uniwersytet Adama Mickiewicza w Poznaniu), który zwrócił uwagę na to, że szkody poniesione przez konsumentów najczęściej osiągają niewielkie rozmiary. Dlatego też dochodzenie roszczeń przez pojedynczych konsumentów jest mało prawdopodobne. Porównał model dochodzenia roszczeń w USA oraz w UE, zwracając uwagę na podstawową różnicę – w USA problem nadmiernie wygórowanych odszkodowań, przenoszących wartość szkody, nie istnieje. Natomiast w prawie unijnym rolą odszkodowania jest naprawienie szkody, co oznacza, że odszkodowanie nie może przewyższać samej szkody.

Następnie referat wygłosił dr Raimundas Moisejevas (Uniwersytet Michała Römera, Wilno, Litwa), który poruszył zagadnienia związane z konsensualnym stosowaniem prawa konkurencji. Zwrócił uwagę na to, że skorzystanie z konsensualnych metod stosowania prawa konkurencji może okazać się korzystne dla naruszyciela – z jednej strony umożliwia ono redukcję kary pieniężnej, z drugiej zaś – otwiera drogę do ograniczenia odpowiedzialności wobec poszkodowanego. W jego ocenie Dyrektywa Odszkodowawcza może zachęcać do sięgania po alternatywne metody rozwiązywania sporów powstałych na tle prawa konkurencji, co może okazać się korzystne dla konsumentów, jako że nie będą oni musieli ponosić wysokich kosztów związanych z dochodzeniem roszczeń na drodze sądowej.

W ostatnim panelu tego dnia moderowanym przez prof. Tadeusza Skocznego poruszone zostały zagadnienia dotyczące prywatnoprawnego egzekwowania prawa konkurencji przez państwa Europy Środkowej i Wschodniej, niebędące członkami Unii Europejskiej.

Pierwszy referat został zaprezentowany przez Ermala Nazifi (doktorant, Uniwersytet Tirański, Albania), który przedstawił ewolucję prawa konkurencji w Albanii, zwracając szczególną uwagę na problemy związane z wykazaniem przesłanek odpowiedzialności odszkodowawczej (naruszenie, szkoda i związek przyczynowo-skutkowy). Wskazał, że efektywne prawo konkurencji jest niezbędne dla prawidłowego funkcjonowania gospodarki i dodatkowo jest ono warunkiem przystąpienia Albanii do Unii Europejskiej. Jednakże implementowanie przez Albanię unijnych rozwiązań nie powinno w jego ocenie sprowadzać się do automatycznego powielania tych rozwiązań, ale również powinno uwzględniać aktualne rozwiązania przyjęte w krajowym porządku prawnym.

Następnie wystąpienie zaprezentowały wspólnie prof. Anzhelika Gerasymenko oraz prof. Nataliia Mazaraki (Kijowski Narodowy Uniwersytet Handlu i Ekonomii, Ukraina). Prof. Nataliia

Mazaraki przedstawiła regulację umożliwiającą dochodzenie prywatnoprawnych roszczeń wynikających z naruszeń prawa konkurencji na Ukrainie oraz omówiła główne przeszkody utrudniające skuteczne egzekwowanie tych roszczeń. Wśród nich wymieniła psychologiczne bariery, które zniechęcają podmioty uprawnione do poszukiwania ochrony w postępowaniu sądowym, trudności z ustaleniem wysokości odszkodowania oraz problemy związane z uzyskiwaniem dowodów potwierdzających naruszenie. W dalszej części prof. Anzhelika Gerasymenko w szerszym zakresie przedstawiła zasady ustalania wysokości szkody w prawie ukraińskim i porównała je z modelem unijnym.

Jako ostatni w tej części wystąpił Zurab Gvelesiani (doktorant, Centralny Uniwersytet Europejski, Budapeszt, Węgry), który przedstawił krótką historię rozwoju prawa konkurencji w Gruzji. Początki prawa konkurencji w tym kraju sięgają 1992 r., kiedy uchwalono pierwszą ustawę antymonopolową. Następnie przedstawił obowiązujące w Gruzji zasady dotyczące dochodzenia roszczeń wynikających z naruszenia prawa konkurencji.

Trzeciego dnia odbył się panel poświęcony prywatnoprawnemu egzekwowaniu prawa konkurencji w państwach Europy Środkowej i Wschodniej, będących członkami Unii Europejskiej, który został poprowadzony przez prof. Agatę Jurkowską-Gomułkę.

Pierwszy referat w tej części wygłoszony wspólnie przez prof. Rimantasa Antanasa Stanikunasa (Uniwersytet Wileński, Litwa) i Arunasa Burinskasa (doktorant, Uniwersytet Wileński, Litwa) dotyczył zagadnień związanych z interakcjami pomiędzy publicznoprawnym a prywatnoprawnym modelem egzekwowania prawa konkurencji na Litwie. Ustawa antymonopolowa na Litwie umożliwia dochodzenie roszczeń przez osoby poszkodowane naruszeniem prawa konkurencji, zaś publicznoprawny model egzekwowania prawa konkurencji wspiera dochodzenie roszczeń przez osoby poszkodowane. Tym niemniej, litewskie prawo krajowe wymaga bardziej szczegółowych regulacji dotyczących dochodzenia roszczeń przez podmioty poszkodowane.

W kolejnym wystąpieniu dr Ondrej Blažo (Uniwersytet Komeńskiego w Bratysławie, Słowacja) przedstawił problemy dotyczące dochodzenia roszczeń prywatnoprawnych na Słowacji, które dotyczą przede wszystkim następujących sfer: pozyskania dowodów, ustalenia podmiotu odpowiedzialnego, przedawnienia roszczeń oraz ustalenia wysokości szkody.

Ostatni referat w tym panelu wygłosiła Katarzyna Lis-Zarrias (sędzia, Ministerstwo Sprawiedliwości), która przedstawiła tło negocjacji Dyrektywy Odszkodowawczej, a następnie omówiła podstawowe problemy wiążące się z implementacją dyrektywy do polskiego porządku prawnego. Dotyczą one między innymi metod implementacji Dyrektywy Odszkodowawczej. W ocenie Katarzyny Lis-Zarrias najlepszym rozwiązaniem byłoby stworzenie odrębnego aktu prawnego, a nie wprowadzanie zmian do aktów już istniejących. Kolejnym zagadnieniem jest kwestia zakresu implementacji – jeżeli reguły wynikające z tej dyrektywy zostałyby ograniczone wyłącznie do spraw z zakresu prawa konkurencji, to w praktyce istniałyby dwie odrębne procedury dochodzenia odszkodowań – jedna w sprawach z zakresu prawa konkurencji, a druga w pozostałych. Takie rozwiązanie może z kolei utrudniać prowadzenie postępowania, ponieważ w trakcie postępowania sprawa może na skutek ujawnienia nowych faktów i dowodów zmienić swój charakter.

Na zakończenie ostatniego panelu oraz całej konferencji przeprowadzona została dyskusja dotycząca problematyki objętej zakresem tematycznym konferencji, podczas której poruszone zostały

w szczególności zagadnienia dotyczące ekonomicznych aspektów prywatnoprawnego egzekwowania prawa konkurencji oraz wpływu na rozwój prywatnoprawnego egzekwowania reguł konkurencji rozwiązań, stosownie do których organ ochrony konkurencji miałby działać jako amicus curiae w postępowaniu cywilnym. Dyskusję oraz całą konferencję podsumowała dr hab. Anna Piszcz, która jednocześnie podziękowała wszystkim uczestnikom za przybycie.

W konferencji udział wzięli przedstawiciele środowiska naukowego związanego z prawem konkurencji głównie z państw Europy Środkowej i Wschodniej. Językiem wykładowym konferencji był język angielski.

Paulina Korycińska
doktorantka w Katedrze Prawa Gospodarczego Publicznego Uniwersytetu w Białymstoku
radca prawny w Kancelarii Radców Prawnych Bieluk i Partnerzy
p.korycinska@gmail.com

When the violation of competition is legally discovered? The limits of inspections
(from the Volume Editor)

Articles

Grzegorz Materna, **Conditions for the initiation of inspections or searches in antitrust cases conducted under the Competition Act and the requirements of Article 8 of the European Charter of Human Rights**
Table of contents:

I. Introduction
II. Article 8 of the European Charter of Human Rights in the context of inspections and searches of entrepreneurs
III. Standards resulting from judgements of ECHR on Article 8 of the European Charter of Human Rights
    1. Introduction
    2. Case no. 56715/09 Heino v. Finland and case no. 56716/09 Harju v. Finland
    3. Case no. 97/11 Delta Pekárny
IV. Conclusions – according to the requirements of Article 8 of the European Charter of Human Rights, do we need changes of the conditions for initiation of inspection or search of entrepreneur in antitrust cases conducted under the Competition Act?
    1. The rules on inspections of entrepreneurs
    2. The rules on searches of entrepreneurs
V. Final remarks

Summary: The article presents the conditions for the initiation of inspection or search in antitrust cases conducted under the Act on Competition and Consumer Protection and the requirements of Article 8 of the European Charter of Human Rights. Basing on the latest jurisprudence of the Court of Human Rights, in particular on judgement in case no. 97/11 Delta Pekárny a.s. v. the Czech Republic, the author presents conditions for compliance of inspections and searches aimed at obtaining evidence of possible anti-competitive practices with the right to respect for private life and home. On this basis the conclusions are made on the need for amendments in Polish law of provisions on the conditions for the initiation of inspection or search.
Key words: inspection, search, UOKiK, European Convention on Human Rights, right to respect for private life and home.
JEL: K21

Marta Michałek-Gervais, **Limits of the powers of inspection of the European Commission in the light of the recent case law of the European Court of Justice**
Table of contents:

I. Introduction
II. Obligation to state reasons of the decision ordering the inspection

III. Fishing expeditions
1. Case *Nexans*
2. Case *Deutsche Bahn*
IV. Copying entire electronic data storage media for subsequent review outside the undertaking's premises
V. Effects of the unlawful extension of the scope of inspection
1. Defects of the decision ordering inspection
2. Unlawfully seized documents
VI. Conclusions

Summary: The article analyzes the selected limits of the powers of inspection of the European Commission in the light of recent case law of the Court of Justice of the European Union, ie. cases *Nexans* and *Deutsche Bahn*. The author discusses the obligation to state reasons for decisions ordering inspections, problematic issues related to the abuse of the Commission's powers of inspection (*fishing expeditions* or the practice of subsequent review of entirely copied storage media at the Commission's premises) and the question of the results of exceeding of the limits of the Commission's powers of inspection. In conclusion the author suggests some changes aiming at strengthening the legal certainty and protection of the rights of undertakings.

Key words: inspections, powers of inspections, obligation to state reasons, f*ishing expeditions*, fundamental rights of undertakings.
JEL: K21

Joanna Affre, Piotr Skołubowicz, **'Turnover-related-premium', 'rebate' and 'a charge other than commercial margin'. The principle expressed in resolution of Supreme Court of Poland of 18.11.2015 (III CZP 73/15) and its practical application**

Table of contents:

I. Resolution of Supreme Court of Poland of 18.11.2015 (III CZP 73/15)
II. Why rebate is not a 'charge other than commercial margin'?
1. Charge other than commercial margin as a 'non-price-determining charge'
2. Rebate as a price-determining charge
III. How to assess if the particular premium is a rebate?
1. Construction of rebate in contracts and its functions
2. Rebates and equivalency of benefits
IV. Conclusion

Summary: The article weighs arguments essential for the answer to the juridical question, which the Supreme Court of Poland has been asked, whether rebate is a "charge other than commercial margin" from Article 15 par. 1 p. 4 of the Act on Combating Unfair Competition. Authors agree with the Supreme Court that the rebate is not a charge other than commercial margin, although they express doubts concerning statement that not every turnover-related-premium is a rebate. Furthermore, authors analyse judicature's assessment of the practice of including various premiums/bonuses/discounts in contracts and conditions which have to be fulfilled to assess them as rebates.

Key words: rebates, combating unfair competition, slotting fees, commercial margin, premium, bonus, equivalency of benefits.
JEL: K29

Małgorzata Salitra, **If you can't beat them, join them lawfully – consortium bidding in the view of the Polish Competition Act**

Table of contents:

I. Introduction
II. Definition and the nature of the consortium bidding
III. The ability to assessment the consortium bidding under the Polish Competition Act
IV. The assessment of legality of the consortium bidding from the perspective of the Polish Competition Act
V. Exemptions for consortium bidding from the prohibition of restrictive agreements
VI. Conclusions

Summary: The article presents some problematic issues due to the assessment of consortium bidding in the view of the Polish Competition Act. Competition law does not forbid consortium bids. Consortium bids can often be organised in a way that complies with competition law. The paper show that consortium bidding may give rise to competition concerns when one consortium member or a subset of the consortium members could fulfil the requirements of the tender competition or the contract on its own. The next part focus to identify the pro-competitive benefits that result from joint bidding and assess whether those pro-competitive benefits outweigh any anti-competitive effects.

Key words: consortium bidding, collusive tendering, anit-competitive agreements, cartels, tender.
JEL: K21

Mateusz Radziński, **Selected aspects of legal and ownership status of Polish transmission system operator on the example of Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A.**

Table of contents:

I. Initial remarks
II. Designation and certification of TSO in a nutshell
III. Independence of TSO
IV. Legal and ownership status of TSO in the light of article 9k of Electricity Act.
V. Conclusions

Summary: This article aims to analyze the legal and ownership status of the electricity transmission system operator in Poland, in the context of TSO independence, which is determined by ownership unbundling rules.

Key words: Transmission System Operator, ownership unbundling, certification procedure, independence of TSO.
JEL: K23

Legislation and Case Law Review

Joanna Affre, Piotr Skołubowicz, **Analysis of issues related to regulation on relations between suppliers of food and agricultural products and multiple retailers, based on solutions proposed in bill on unfair commercial practices submitted by the Polish Peoples's Party**

Table of contents:

I. Introduction
II. Scope of application of the Bill and the current law
III. Trends in the EU
IV. Subjective scope of the Bill
V. Catalogue of unfair practices
VI. Prohibition of the collecting of slotting fees in the Bill
VII. Procedure of application of the Bill
VIII. Burden of proof in unfair commercial practices cases
IX. Rules of Conducting the Business
X. Constitutionality of the Bill
XI. Conclusions

Summary: Article contains review of the solutions included in bill on combating the unfair commercial practices of the entrepreneurs conducting trade of agricultural and food products, against the suppliers of those products, submitted during the previous cadence of Polish Parliament by the group of deputies of Polish People's Party. Authors assess the bill critically, as drawn up inappropriately, not suiting the current law system and establishing the state control over the process of contracting on food market sector. The Article describes the "unfair commercial practices", in particular the new way of regulation on the issue of the slotting fees. Authors analyse the proposed procedure, indicating the risks in the matter of equality of the parties (reversed burden of proof) as well as the possible negative consequences to the efficiency of anti-monopoly office (model of request procedure). Article questions the compatibility of the bill with Polish constitution.

Key words: unfair commercial practices, slotting fees, suppliers, food products, agricultural products, constitution.

JEL: K29

Case comment to the judgment of the European Court of Human Rights of 2 October 2014 in case *Delta Pekárny a.s. v. the Czech Republic* (application no. 97/11) (Bartosz Turno, Emilia Wardęga)

Case comment to the judgement in case C-583/13 P *Deutsche Bahn AG and others v. Commission* (Katarzyna Manteuffel)

Case comment to the judgement in cases C-399/10 P and C-401/10 P *Bouygues i Bouygues Télécom v. Commission* (Aleksandra Kłoczko)

Books Reviews

Marta Michałek, *Right to defence in EU Competition Law: the case of inspections*, Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania UW, Warszawa 2015, s. 431; review by Krystyna Kowalik-Bańczyk

Reports

Private Enforcement of Competition Law. Key Lessons from Recent International Developments, London, 5–6 March 2015 (Emilia Wardęga)

10 Jahre UGP-Richtlinie: Erfahrungen und Perspektiven, Berlin, 7–8 May 2015 (Monika Namysłowska, Agnieszka Jabłonowska)

Harmonisation of Private Antitrust Enforcement: A Central and Eastern European Perspective, Supraśl, 2–4 July 2015 (Paulina Korycińska)

internetowy
KWARTALNIK
ANTYMONOPOLOWY I
REGULACYJNY

Rekomendowany skrót cytowania iKAR

Podstawowe informacje dla Autorów

Teksty do opublikowania w iKAR winny być dostarczane na skrzynkę mailową redakcji (ikar@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 powinny zawierać nie mniej 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 numerze 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 niekomercyjnych oraz nietworzenia na ich bazie utworów zależnych.

Udostępnianie

iKAR jest publikowany pierwotnie 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 oraz iKAR www.ikar.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)