internetowy

KWARTALNIK ANTYMONOPOLOWY I REGULACYJNY

5(12)
2023

SERIA ANTYMONOPOLOWA

- **Wsparcie procesów procesów automatyzacji, robotyzacji regulacjami pomocy publicznej. Wnioski *de lege ferenda***
- **Dopuszczalne formy pomocy państwa na rzecz linii lotniczych w dobie pandemii COVID-19** (część II)
- **Rynki nierelewantne**
- **Ochrona niewypłacalnego przedsiębiorcy – uwagi na tle uproszczonego postępowania restrukturyzacyjnego**
- **Nowy model wymierzania kar pieniężnych za naruszenia konkurencji przez związki przedsiębiorców – rodzaje ryzyka i konsekwencje**
- **Hearing Officers in competition proceedings conducted by the European Commission for the implementation of Article 101 and 102 TFEU**

ISSN 2299-5749

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

UNIWERSYTET WARSZAWSKI
WYDZIAŁ ZARZĄDZANIA

internetowy KWARTALNIK ANTYMONOPOLOWY I REGULACYJNY

5(12)
2023

147. publikacja Programu Wydawniczego CARS

Redaktor naczelny: dr hab. Anna Piszcz, prof. UwB

Redaktor statystyczny: prof. dr hab. Jerzy Wierzbiński

Redaktor językowy: Anita Sosnowska

Projekt okładki: Darek Kondefer

ISSN: 2299-5749

Licencja: Creative Commons 4.0 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: Uniwersytet Warszawski, ul. Krakowskie Przedmieście 26/28,
PL – 00-927 Warszawa; tel. (+48-22) 55-34-164

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

Prof. dr hab. **Andrzej Wróbel** (sędzia Sądu Najwyższego w stanie spoczynku) – przewodniczący.

Prof. dr hab. **Cezary Kosikowski** (doktor honoris causa Uniwersytetu im. Pavla Jozefa Šafárika w Koszycach, emerytowany pracownik Uniwersytetu w Białymstoku) – wiceprzewodniczący.

Członkowie:

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

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

Prof. dr hab. **Anna Fornalczyk** (partner COMPER Fornalczyk i Wspólnicy Sp.j.).

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

Prof. dr hab. **Leon Kieres** (sędzia Trybunału Konstytucyjnego).

Prof. dr hab. **Konrad Kohutek** (kierownik Katedry Publicznego Prawa Gospodarczego na Wydziale Prawa, Administracji i Stosunków Międzynarodowych Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza-Modrzewskiego).

Dr hab. **Krystyna Kowalik-Bańczyk** (sędzia Sądu UE).

Prof. UMCS dr hab. **Grzegorz Kozieł** (Instytut Nauk Prawnych, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Marii Skłodowskiej-Curie w Lublinie).

Prof. dr hab. **Małgorzata Król-Bogomilska** (kierownik Katedry Prawa Karnego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego).

Prof. INP PAN dr hab. **Dawid Miąsik** (Zakład Prawa Europejskiego INP PAN; sędzia Sądu Najwyższego).

Prof. USz dr hab. **Rajmund Molski** (kierownik Katedry Prawa Gospodarczego Publicznego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Szczecińskiego).

Prof. ALK dr hab. **Bartłomiej Nowak** (Katedra Prawa Międzynarodowego i Prawa UE Akademii Leona Koźmińskiego w Warszawie; Prorektor ds. Współpracy z Otoczeniem w Akademii Leona Koźmińskiego w Warszawie).

Prof. UAM dr hab. **Bożena Popowska** (Zakład Publicznego Prawa Gospodarczego, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu; emerytowana sędzia NSA).

Prof. dr hab. **Tadeusz Skoczny** (honorowy dyrektor CARS).

Prof. dr hab. **Kazimierz Strzyczkowski** (Akademia Ekonomiczno-Humanistyczna w Warszawie).

Prof. dr hab. **Włodzimierz Szpringer** (Kierownik Katedry Prawa Administracyjnego i Finansowego Przedsiębiorstw w Szkole Głównej Handlowej; Katedra Prawnych Problemów Administracji i Zarządzania Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego).

Kolegium Redakcyjne

Prof. UwB dr hab. **Anna Piszcz** (kierownik Pracowni Prawa Gospodarczego Publicznego Wydziału Prawa Uniwersytetu w Białymstoku) – redaktor naczelna; e-mail: piszcz@uwb.edu.pl.

Dr hab. **Maciej Bernatt** (dyrektor Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych i kierownik Zakładu Europejskiego Prawa Gospodarczego na Wydziale Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego) – zastępca redaktora naczelnego ds. ochrony konkurencji i konsumentów; e-mail: mbernatt@wz.uw.edu.pl.

Prof. dr hab. **Stanisław Piątek** (kierownik Zakładu Administracyjno-Prawnych Problemów Zarządzania Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego) – zastępca redaktora naczelnego ds. regulacji sektorowych; e-mail: spiatek@wz.uw.edu.pl.

Prof. dr hab. **Jerzy Wierzbiński** (kierownik Zakładu Metod Matematycznych i Statystycznych Zarządzania Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego) – redaktor statystyczny; e-mail: wierzbinski@wz.uw.edu.pl.

Prof. UW dr hab. **Cezary Banasiński** (kierownik Centrum Prawa Technologii Cyfrowych i Przedsiębiorczości WPiA UW) – redaktor tematyczny ds. ustrojowego prawa konkurencji; e-mail: c.banasinski@wpia.uw.edu.pl.

Dr **Michał Będkowski-Kozioł** (Zakład Publicznego Prawa Gospodarczego, Katedra Prawa Gospodarczego i Gospodarki Cyfrowej, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie) – redaktor tematyczny ds. regulacji transportu; e-mail: m.bedkowski.koziol@uksw.edu.pl.

Dr **Mateusz Chołodecki** (CARS) – redaktor tematyczny ds. regulacji komunikacji elektronicznej; e-mail: mateusz.cholodecki@amu.edu.pl.

Dr hab. **Marzena Czarnecka**, prof. ucz. (kierownik Katedry Transformacji Energetycznej Uniwersytetu Ekonomicznego w Katowicach) – redaktor tematyczna ds. regulacji sektora elektroenergetycznego i odnawialnych źródeł energii; e-mail: marzena.czarnecka@ue.katowice.pl.

Prof. WSIiZ dr hab. **Agata Jurkowska-Gomułka** (kierownik Katedry Nauk o Polityce i Administracji w Kolegium Mediów i Komunikacji Społecznej Wyższej Szkoły Informatyki i Zarządzania w Rzeszowie; prorektor WSIiZ ds. Nauki) – redaktor tematyczna ds. materialnoprawnych reguł konkurencji; e-mail: ajurkowska@wsiz.edu.pl.

Dr **Magdalena Knapp** (Katedra Prawa Własności Intelektualnej, Prawa Gospodarczego Publicznego i Prawa Pracy Wydziału Prawa Uniwersytetu w Białymstoku) – redaktor tematyczna ds. przeciwdziałania nieuczciwemu wykorzystywaniu przewagi kontraktowej; e-mail: m.knapp@uwb.edu.pl.

Dr **Marcin Kraśniewski** (adiunkt w Katedrze Transformacji Energetycznej Uniwersytetu Ekonomicznego w Katowicach) – redaktor tematyczny ds. regulacji sektora gazowego, ciepłowniczego i paliwowego; e-mail: mar.krasniewski@gmail.com.

Prof. INP PAN dr hab. **Grzegorz Materna** (kierownik Zakładu Prawa Konkurencji, Instytut Nauk Prawnych PAN) – redaktor tematyczny ds. procesowego prawa konkurencji; e-mail: g_materna@wp.pl.

Prof. UŁ dr hab. **Monika Namysłowska** (kierownik Katedry Europejskiego Prawa Gospodarczego WPiA UŁ) – redaktor tematyczna ds. ochrony konsumentów; e-mail: mnamyslowska@wpia.uni.lodz.pl.

Prof. UWr dr hab. **Edyta Rutkowska-Tomaszewska** (Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii, Uniwersytet Wrocławski) – redaktor tematyczna ds. regulacji rynku finansowego i ochrony klienta usług finansowych; e-mail: edyta.rutkowska-tomaszewska@uwr.edu.pl.

Dr **Dominik Wolski** (Akademia Leona Koźmińskiego w Warszawie) – redaktor tematyczny ds. prywatnoprawnego egzekwowania prawa konkurencji; e-mail: dwolski@kozminski.edu.pl.

Michał Rzemyszkiewicz (Koordynator Krajowy CARS) – redaktor techniczny; e-mail: ikar@wz.uw.edu.pl; Mrzemyszkiewicz@wz.uw.edu.pl.

Spis treści

Ekonomia i rynek a stosowanie prawa konkurencji (od redaktora prowadzącego) 5

Artykuły

Janusz Michałek, Mirosław Pachucki, **Wsparcie procesów procesów automatyzacji, robotyzacji regulacjami pomocy publicznej. Wnioski *de lege ferenda*** 7

Jadwiga Urban-Kozłowska, **Dopuszczalne formy pomocy państwa na rzecz linii lotniczych w dobie pandemii COVID-19** (część II) 18

Jan Polański, **Rynki nierelewantne** 38

Daria Kostecka-Jurczyk, Katarzyna Marak, **Ochrona niewypłacalnego przedsiębiorcy – uwagi na tle uproszczonego postępowania restrukturyzacyjnego** 56

Joanna Affre, Mateusz Restel, **Nowy model wymierzania kar pieniężnych za naruszenia konkurencji przez związki przedsiębiorców – rodzaje ryzyka i konsekwencje** 73

Justyna Kownacka, **Hearing Officers in competition proceedings conducted by the European Commission for the implementation of Article 101 and 102 TFEU** . . 90

Przegląd prawa i orzecznictwa

Dominik Borek, **Glosa aprobująca do wyroku Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie z dnia 24 maja 2022 r., sygn. akt: IV Ca 752/21 – granica między zarządzaniem usługą hotelarską a pakietem turystycznym** 106

Dominik Borek, **Glosa krytyczna do wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego (WSA) w Warszawie z dnia 27 października 2022 r., sygn. akt: VI SA/Wa 2058/22 (granica prawna w zarządzaniu relacjami konsumentów z organizatorami turystyki w czasie pandemii COVID-19)** 116

Marta Mackiewicz, **Compensation liability for antitrust damages caused by related companies – development of the concept of a single economic unit. Case comment to the CJEU judgment of 6 October 2021 in case C-882/19 *Sumal SL v Mercedes Benz Trucks España SL*** 124

Recenzje piśmiennictwa

Paulina Korycińska-Rządca, *Ochrona tajemnic strony postępowania antymonopolowego w sprawach praktyk ograniczających konkurencję*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2020 (Anna Piszcz) 132

Sprawozdania

Seminar on the Rule of Law and the Internal Market of the EU/EEA (Jacek Mainardi) . . .136

Contents, Summaries and Key Words 138

© 2023 Authors. This is an open access article distributed under the Creative Commons BY 4.0 license (https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/)

Ekonomia i rynek a stosowanie prawa konkurencji
(od redaktora prowadzącego)

Związki prawa konkurencji oraz ekonomii i rynku są nierozerwalne i sięgają samych początków tego obszaru prawa. To właśnie z uwagi na to, iż na określonym etapie rozwoju rynku okazało się, że do jego prawidłowego funkcjonowania nie wystarczy opisywana przez Adama Smitha „niewidzialna ręka", pojawiła się potrzeba wprowadzenia regulacji prawnych mających na celu zapewnienie prawidłowego funkcjonowania reguł konkurencji. Dlatego też już pierwsze regulacje wprowadzane w kolebce prawa konkurencji, za którą uważane są Stany Zjednoczone, nakierowane były na zapobieganie stosowania przez przedsiębiorców takich działań rynkowych, które konkurencji szkodzą (np. powstawanie monopoli). Na przestrzeni tych ponad już 100 lat (*Sherman Act*, 1890), niewiele się zmieniło w wymienionym wyżej zakresie. Nadal zarówno samo prawo konkurencji, jego stosowanie przez organy powołane do egzekwowania prawa konkurencji, jak i sądy, powiązane są ściśle z rynkiem i ekonomią. Dotyczy to skali mikro, a zatem „piętnowania" zachowań przedsiębiorców na rynku, które uznawane są za szkodzące konkurencji, jak również skali makro, co oznacza między innymi analizowanie wielu zjawisk istotnych z punktu widzenia prawa konkurencji w odniesieniu do całego rynku czy nawet rynków (np. jednolity rynek Unii Europejskiej, na który składają się rynki poszczególnych państw członkowskich).

Właśnie z powodu powyżej bardzo skrótowo zarysowanych związków prawa konkurencji z ekonomią i rynkiem, redaktor prowadzący niniejszego numeru iKAR-a postanowił zaproponować autorom, jako główny nurt rozważań zamieszczanych w nim artykułów, relacje pomiędzy ekonomią i rynkiem a stosowaniem prawa konkurencji. W konsekwencji znalazły się w nim teksty omawiające rozmaite rynkowe i ekonomiczne aspekty prawa konkurencji, tak w węższym, jak i w szerszym rozumieniu. Tradycyjnie także, poza tekstami wpisującymi się w temat przewodni, w numerze znalazło się kilka bardzo intersujących artykułów wykazujących większy lub mniejszy związek z obszarem prawa konkurencji oraz regulacyjnym.

Bieżący numer otwiera zatem artkuł omawiający procesy automatyzacji i robotyzacji – tak istotnych dla rozwoju nowoczesnej gospodarki wolnorynkowej – w kontekście regulacji dotyczących pomocy publicznej. Kolejne opracowanie zamieszczone w numerze to druga część artykułu poświęconego dopuszczalnym formom pomocy państwa na rzecz linii lotniczych w dobie pandemii COVID-19. Obydwa wymienione wyżej opracowania niewątpliwie mieszczą się w szerokim zakresie obejmującym związki ekonomii i rynku oraz prawa konkurencji. Każda bowiem pomoc publiczna udzielona przedsiębiorcy lub przedsiębiorcom może prowadzić do zaburzenia mechanizmów rynkowych chronionych przez prawo konkurencji. Są jednak takie przypadki, w których pomoc taka z określonych względów jest dopuszczalna, a nawet pożądana, jak wskazują autorzy wymienionych wyżej artykułów. Mieszczącym się także w głównym nurcie tematycznym bieżącego numeru iKAR-a jest opracowanie dotyczące definiowania rynków właściwych w Polsce. To bardzo ciekawe, posiadające szerszy wymiar opracowanie, które wskazuje, iż każda, nawet utrwalona w praktyce i wdawać by się mogło „oczywista" prawidłowość lub zasada powinna podlegać ciągłej

© 2023 Authors. This is an open access article distributed under the Creative Commons BY 4.0 license (https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/)

weryfikacji w toku dyskusji. W nieco szerszym ujęciu do głównego nurtu bieżącego numeru iKAR-a zakwalifikować można także opracowanie dotyczące niezwykle ważnego i aktualnego zagadnienia obejmującego uproszczone postępowanie restrukturyzacyjne. Jak wskazują bowiem autorki, także postępowanie restrukturyzacyjne ma istotny kontekst odnoszący się do prawa konkurencji, ponieważ środki przewidziane przez ten rodzaj postępowania powinny mieć na względzie utrzymanie konkurencyjności struktury rynku. Z kolei organizacje przedsiębiorców stanowią nieodzowny element otoczenia w jakim działają przedsiębiorcy. Pełnią one wiele funkcji, a ich działalność nie jest obojętna z punktu widzenia prawa konkurencji. Dlatego też za ważkie i aktualne należy uznać zagadnienia związane z nowym modelem wymierzania kar pieniężnych za naruszenia konkurencji przez związki przedsiębiorców w kontekście implementacji do polskiego systemu prawnego tzw. dyrektywy ECN+, które omówione zostały przez autorów kolejnego artykułu.

Z kolei *hearing officer* jako propozycja rozwiązania, które mogłoby znaleźć zastosowanie w polskim systemie egzekwowania prawa konkurencji to artykuł, który zamieszczony został już w jednym z poprzednich numerów iKAR-a. Tym razem prezentujemy go w języku angielskim, co jest przejawem nowej praktyki zamieszczania niektórych artykułów w tym języku, w celu zwiększenia kręgu odbiorców i dostępności treści publikowanych w iKAR-ze.

W części poświęconej orzecznictwu, zamieszczone zostały dwie bardzo ciekawe glosy poświęcone rynkowi usług turystycznych. Ponadto – ponownie w języku angielskim – glosa do orzeczenia Trybunału dotyczącego odpowiedzialności z tytułu naprawienia szkody wyrządzonej naruszeniem prawa konkurencji. Niewątpliwie funkcjonowanie ponadnarodowych korporacji stanowiących duże międzynarodowe przedsiębiorstwa działające na wielu rynkach jest nieodzownym elementem obecnego etapu rozwoju gospodarczego w aspekcie globalnym. Dlatego istotna jest kwestia możliwości przypisania takim organizacjom odpowiedzialności za naruszenie prawa konkurencji także na drodze prywatnoprawnej, co jest przedmiotem glosowanego orzeczenia. To również opracowanie mieszczące się w obszarze związków ekonomii i rynku oraz prawa konkurencji. Numer zamyka sprawozdanie z seminarium poświęconego rządom prawa w kontekście rynku wewnętrznego Unii Europejskiej oraz Europejskiej Strefy Ekonomicznej.

Zapraszam zatem Czytelników do lektury i komentowania artykułów zamieszczonych w, moim zdaniem, tym bardzo interesującym numerze, jak również publikowania na łamach iKAR-a oraz aktywnego udziału w wydarzeniach i projektach realizowanych przez CARS!

dr Dominik Wolski
Zakład Prawa i Zarządzania Ryzykiem w Biznesie
Akademia Leona Koźmińskiego
ORCID: https://orcid.org/0000-0003-0721-4573
e-mail: dwolski@kozminski.edu.pl

Janusz Michałek*, Mirosław Pachucki**

Wsparcie procesów automatyzacji, robotyzacji regulacjami pomocy publicznej. Wnioski *de lege ferenda*

Streszczenie

W niniejszym artykule autorzy analizują prawne aspekty możliwości wykorzystania istniejących rozwiązań fiskalnych dla transferu technologii do firm z sektora MŚP, proponując w tym zakresie również przyjęcie określonych rozwiązań legislacyjnych. W ocenie autorów zmiany zachodzące w globalnej gospodarce, przemodelowanie łańcuchów dostaw w związku z COVID-19 czy wojną w Ukrainie wymuszają również procesy relokacji inwestycji bliżej rynków właściwych. Niedoskonałości w zakresie poziomu automatyzacji polskich przedsiębiorców, wynikające z braku świadomości w tym zakresie czy kapitału na zakup robotów powodują, że należy się zastanowić nad wprowadzeniem dodatkowych rozwiązań podatkowych, które wzmocnią transfer technologii oraz więzi kooperacyjne.

Słowa kluczowe: Przemysł 4.0; transfer technologii; tooling; polska strefa inwestycji; kryteria jakościowe; zachęty podatkowe; automatyzacja i cyfryzacja przemysłu; ulga na robotyzację.

JEL: 230

1. Przyglądając się na przestrzeni ostatnich 25 lat procesom restrukturyzacji polskiej gospodarki, można stwierdzić, że zarówno polscy przedsiębiorcy, jak i całe otoczenie, poczynając od administracji, uczelni wyższych, a kończąc na instytucjach otoczenia biznesu przeszli długą drogę. Niewątpliwie doszło do znacznego rozwoju polskiego przemysłu, a przedsiębiorcy w coraz większym zakresie włączali się z procesy globalnych łańcuchów dostaw, zajmując w nich coraz wyższe pozycje. Pozwala to z jednej strony optymistycznie spoglądać w przyszłość, drugiej jednak – nie można zapominać, że światowa gospodarka podlega daleko idącym, dynamicznym procesom. Kolejne innowacje produktowe, procesowe czy technologiczne powodują, że konieczne jest ciągle dostosowywanie się do nowych trendów. Każde opóźnienie, zwłoka w dostosowywaniu się do zmieniającego otoczenia niesie za sobą ryzyko pogorszenia pozycji na rynku. Dodatkowo

* Prezes Zarządu Katowickiej SSE S.A., Przewodniczący Śląskiego Forum Ekspertów oraz członek Rady Uczelni Politechniki Śląskiej. Posiada wieloletnie doświadczenie w zakresie realizacji projektów infrastrukturalnych, a w ramach pełnienia funkcji Prezesa Zarządu Katowickiej SSE S.A. zajmuje się praktycznymi aspektami wdrażania przepisów Polskiej Strefy Inwestycji, tworzenia warunków do pozyskiwania nowych projektów inwestycyjnych, nadzoruje procesy Spółki w tym zakresie. ORCID: https://orcid.org/0000-0002-0773-9954.

** Dyrektor Wydziału Organizacyjno-Prawnego i Projektów Specjalnych Katowickiej SSE S.A. Posiada wieloletnie doświadczenie w zakresie prawnych aspektów udzielania pomocy publicznej, szczególnie funkcjonowania specjalnych stref ekonomicznych, Polskiej Strefy Inwestycji. Autor publikacji z zakresu SSE oraz transferu technologii. ORCID: https://orcid.org/0000-0002-9851-6317; e-mail: m_pachucki@ksse.com.pl.

Edition of that article was financed under Agreement Nr RCN/SP/0326/2021/1 with funds from the Ministry of Education and Science, allocated to the “Rozwoj czasopism naukowych” programme.

© 2023 Authors. This is an open access article distributed under the Creative Commons BY 4.0 license (https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/)

procesy te zachodzą, często są wywoływane lub przyspieszane przez trudne do przewidzenia zjawiska, takie jak COVID-19 czy trwająca od 2022 r. wojna na Ukrainie.

Znajdujemy się w fazie znaczącej rewolucji przemysłowej w skali globalnej, a szczególnie cyfryzacji codziennego życia, ale także jej coraz szerszego wykorzystania w procesach przemysłowych – połączenia świata rzeczywistego z cyfrowym. Dodatkowo, co uwidoczniła pandemia, nasilają się tendencje do skracania łańcuchów dostaw, co w konsekwencji powoduje konieczność przesuwania dotychczasowych procesów produkcyjnych bliżej konsumenta w celu zaspakajania jego potrzeb związanych m.in. z czasem oczekiwania na dobra konsumpcyjne, ale przede wszystkim dla zapewnienia stabilności i pewności ich funkcjonowania. Warto przy tej okazji zastanowić się nie tylko nad kierunkiem w jakim zmierza światowa gospodarka, ale przede wszystkim czy polski przemysł, polscy przedsiębiorcy mają możliwości, a nawet czy są zainteresowani podążaniem za tymi trendami. Czy mają oni zapewnione efektywne formy wsparcia. Wydaje się, że zachodzące procesy mogą być potraktowane jako szansa dla rozwoju w kolejnych latach.

Jeżeli w pierwszym okresie transformacji polskiej gospodarki najważniejsze było pozyskanie inwestora, to już w kolejnych latach samo pozyskanie przedsiębiorcy zainteresowanego inwestowaniem w Polsce nie stanowiło o sukcesie samym w sobie. Coraz większy nacisk kładziono już nie tylko na nowe miejsca pracy, lecz także na ich jakość oraz możliwość ich tworzenia w otoczeniu lokalizacji inwestycji, a nie jedynie na terenie realizacji nowej inwestycji. Na znaczeniu zyskiwały te projekty inwestycyjne, które posiadały zdolność budowania więzi kooperacyjnych w regionie, ponieważ wraz z rozwojem rósł ich lokalny potencjał. Jeżeli w poprzednich latach najważniejsze dla kraju było wpieranie inwestycji, które przede wszystkim tworzyły nowe miejsca pracy (z uwagi na wysoki poziom bezrobocia wynikający z likwidacji tradycyjnych przemysłów), to na obecnym etapie rozwoju, z uwzględnieniem trendów w światowej gospodarce, wsparciem powinny być objęte przede wszystkim te projekty, które wzmacniają pozycję polskich przedsiębiorców w budowaniu przewag konkurencyjnych, w tym także ich szanse na udział w międzynarodowych łańcuchach dostaw. Jednym z koniecznych warunków włączenia polskich przedsiębiorców w procesy globalnej gospodarki jest zapewnienie odpowiedniego poziomu automatyzacji procesów produkcyjnych szeroko pojętej robotyzacji, włączenia się w procesy Przemysłu 4.0. Co za tym idzie wykorzystywanie w procesie produkcji nie tylko robotów czy zautomatyzowanych linii produkcyjnych, lecz także w konsekwencji możliwość skorzystania z wykwalifikowanych pracowników, wdrożenia narzędzi przetwarzania danych w chmurze, analizowania ich w czasie rzeczywistym. To z kolei wymusza wdrażanie programów podnoszenia kwalifikacji (uczenie się przez całe życie) oraz dostosowania programów nauczania do potrzeb realnej gospodarki, zgodnie z oczekiwaniem przedsiębiorców.

Koncepcja Przemysłu 4.0 zakłada nowy, odmienny od dotychczasowego, sposób funkcjonowania firm produkcyjnych oraz usług powiązanych z przemysłem. Zwiększenie produktywności, a co za tym idzie również przychodów pozwala również zredukować poziom ryzyka dla wielu procesów biznesowych. Dla polskich firm oznacza to istotną zmianę w ich dotychczasowym funkcjonowaniu i dlatego szczególnego znaczenia nabiera wsparcie instytucjonalne dla implementacji nowych rozwiązań technologicznych, koniecznych dla zwiększenia konkurencyjności, a często – samego utrzymania się na rynku. Istotne jest posiadanie przez przedsiębiorcę odpowiedniego zaplecza, linii technologicznych, robotów, urządzeń pozwalających w większym zakresie poprawić proces automatyzacji, powtarzalność produkcji przy zachowaniu stałej jakości. Wykorzystanie robotów

przemysłowych, coraz większej automatyzacji produkcji, z jednej strony zapewnia możliwość radzenia sobie z niekorzystnymi trendami na rynku pracy, z drugiej zaś – pozwala dostosować się do oczekiwań klientów biznesowych, kooperantów (w zależności od pozycji w łańcuchu dostaw) lub końcowych odbiorców, konsumentów. Bez wsparcia lokalny biznes, szczególnie z sektora MSP, do osiągnięcia zakładanych celów będzie musiał dochodzić dłuższy czas lub może sobie w ogóle nie poradzić.

Wymiernym wskaźnikiem konkurencyjności danej gospodarki jest wskaźnik jej robotyzacji, a wskaźnikiem rozwoju w kolejnych latach jest zmienność tego wskaźnika w czasie. Implementacja robotów przemysłowych jest konieczna w szczególności tam, gdzie znaczenie ma powtarzalność, jakość oraz wydajność produkcji. Oprócz samego poziomu robotyzacji, skali wykorzystania nowych technologii w procesach produkcyjnych, pojawia się pytanie o świadomość przedsiębiorców co do możliwości czy konieczności dostosowania się do warunków cyfrowej gospodarki. Oprócz możliwości finansowych, poziom tej świadomości przekłada się na zachowania przedsiębiorców. Z raportu M. Młodego i A. Weinerta (2020) wynika raczej, że wśród polskich przedsiębiorców jest ona jednak na dosyć niskim poziomie. Spośród badanych 60% zadeklarowało znikomą wiedzę na temat Przemysłu 4.0, co wydaje się być dosć wysokim poziomem. Dodatkowo dla 66% badanych źródłem wiedzy były środki masowego przekazu, a tylko dla 19% warsztaty czy szkolenia (Młody i Weinert, 2020, s. 6). Z kolei raport B. Szafrańskiego (2020) wskazuje, że 43% badanych nie posiada strategii wdrażania koncepcji Przemysłu 4.0 w swoich organizacjach. Co może być spowodowane wysokimi kosztami wdrożenia oraz nieoszacowanymi korzyściami finansowymi związanymi z ryzykiem inwestycyjnym. Kolejną barierą wdrożenia Przemysłu 4.0, wskazywaną przez przedsiębiorców, jest lęk pracowników przez zmianami oraz koniecznością zdobycia nowych kwalifikacji (Szafrański, 2020). Z kolei w badaniu przeprowadzonym przez PSI Polska Sp. z o.o.[1] z terminem Przemysł 4.0 spotkało się 52% ankietowanych. Większą znajomość tej koncepcji wykazywali duzi (62%) niż średni (41%) producenci. Aż 70% firm znających koncepcję Przemysłu 4.0 planowało bądź już zaczęło wdrażać rozwiązania będące jej elementem. Liderem były tu duże firmy, takie działania podjęło bowiem ponad 3/4 z nich (77%). Wśród średnich przedsiębiorstw wskaźnik ten wyniósł 59%, jednak obie grupy równie chętnie deklarowały wdrażanie tych technologii w przyszłości. Najbardziej entuzjastycznie do tego procesu podchodzili producenci maszyn i urządzeń (87%) oraz samochodów i sprzętu transportowego (70%)[2].

Chociaż przedmiotem niniejszej publikacji nie jest ocena trendów na rynku we wdrażaniu procesów automatyzacji, cyfryzacji w ujęciu statystycznym, to zaprezentowane dane ukazują przestrzeń nie tylko do dalszych działań edukacyjnych czy promocyjnych, lecz także do wprowadzenia być może jeszcze innych, nowych mechanizmów wsparcia w zakresie zachęt finansowych lub przemodelowania już istniejących. Konkurencja na rynku pozyskiwania nowych inwestycji, a w kontekście przewidywanych relokacji z rynków azjatyckich (o tym poniżej), jest duża i Polska nie będzie konkurowała tradycyjnie z państwami naszej części Europy, ale także z tzw. starej unii.

2. W zakresie badań efektywności robotyzacji na świecie, jej rozwoju w kolejnych latach oraz występujących trendów bardzo wymierne są dane Międzynarodowej Federacji

[1] https://www.psi.pl/pl/baza-wiedzy/.

[2] Ibidem.

Robotyki (IFR – International Federation of Robotics)[3]. Według publikowanych corocznie raportów m.in. w 2021 r. w fabrykach na całym świecie zainstalowano 517 385 nowych robotów przemysłowych. Jest to wzrost o 31% rok do roku i przekracza rekord instalacji robotów sprzed pandemii w 2018 r. o 22%. Obecnie liczba robotów przemysłowych na całym świecie przekroczyła 3,5 miliona sztuk[4]. W omawianych zestawieniach poprawił się wynik polskiego gospodarki, której pozycja w poprzednich latach nie wyglądała zbyt dobrze. Obecnie (Uchmańska, Markowski i Kryczka, 2022), znaleźliśmy się ponownie w rankingu 15 największych rynków instalacji robotów przemysłowych – zainstalowano bowiem aż o 56% nowych jednostek więcej. Jak się wydaje, z jednej strony nadrabiamy zaległości i zaszłości z lat ubiegłych, z drugiej – tendencja wzrostowa może wskazywać, że rośnie potrzeba polskich przedsiębiorców co do większej automatyzacji i robotyzacji. Pod koniec 2019 roku współczynnik robotyzacji, świadczący o poziomie wdrożenia rozwiązań Przemysłu 4.0, wynosił w Polsce zaledwie 42 roboty na 10 000 pracowników. Dla porównania w Niemczech wynosił on odpowiednio – 338, w Czechach – 135, a na Węgrzech – 84 (Grzeszak, Sarnowski i Supera-Markowska, 2019, s. 5). Oznacza to, że pomimo notowanej dużej dynamiki wzrostu, Polska jako kraj powinna w dalszym ciągu podejmować wzmożone działania w celu zmniejszenia przedstawionych różnic. Według danych z aktualnych raportów i analiz gęstość robotów w Polsce wynosi 63 roboty na 10 000 pracowników. Więcej niż w latach poprzednich, ale zdecydowanie za mało na potencjał polskiej gospodarki.

Niezależnie od danych statystycznych, należy również podkreślić, że rynek rozwiązań dla Przemysłu 4.0 jest w skali globalnej bardzo duży i, jak podkreślają eksperci[5], ma tendencję wzrostową. Szacuje się, że rynek rozwiązań dla Przemysłu 4.0, którego wartość w 2019 r. wyniosła 71,7 mld dolarów, do 2024 r. wzrośnie do 156,6 mld dolarów, przy średnim rocznym wzroście w latach 2019–2024 wynoszącym 16,9%[6]. Liczby te pokazują, że skala zjawiska jest ogromna, ale należy też pamiętać o skutku tej rewolucji, którym może być ustalenie nowego *status quo* na długie lata. Stąd konieczne jest włączenie się w światowe trendy w największym możliwym zakresie.

3. W związku z tym, że robotyzacja, automatyzacja nadal jest w Polsce na dosyć niskim poziomie, co wynika z danych statystycznych, uchwalono przepisy mające na celu wprowadzenie dodatkowych fiskalnych zachęt dla przedsiębiorców ponoszących koszty tego typu inwestycji[7]. Fiskalna zachęta ma stanowić bodziec dla tych, którzy w ramach rozwoju swoich zakładów decydują się ponosić koszty związane z automatyzacją, robotyzacją, a w konsekwencji podnieść konkurencyjności na rynku. Jak wynika z treści uzasadnienia do cytowanej ustawy (art. 38eb do ustawy Polski Ład), w polskim porządku prawnym nie funkcjonowała do tej pory ulga na robotyzację i ustawodawca postanowił wprowadzić regulację na kształt podobny do już obowiązującej, ulgi na badania i rozwój. Podatnikowi prowadzącemu działalność przemysłową (produkcyjną) ma przysługiwać prawo do odliczenia od podstawy opodatkowania kosztów, które już wcześniej zostały zaliczone do kosztów uzyskania przychodów. Dodatkowe odliczenie nie będzie mogło

[3] https://ifr.org.

[4] Za: https://zrobotyzowany.pl/informacje/newsy/4684/ifr-prezentuje-world-robotics-report-2022.

[5] Firma analityczna MarketsandMarkets; zob. Szafrański, 2020.

[6] Ibidem.

[7] Ustawa z dn. 29.10.2021 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. 2021 Nr 2105): dalej: Polski Ład.

przekroczyć 50% wysokości poniesionych wydatków. Rozwiązanie ma obowiązywać w okresie 2022–2026, a więc jeszcze przez kilka lat.

Uzasadnieniem dla wprowadzenia omawianych regulacji w zakresie ulgi na robotyzację jest diagnoza stanu poziomu zaawansowania w tym procesie polskich przedsiębiorstw, ale także potrzeba zmiany tego stanu i przygotowania polskiej gospodarki do trendów obowiązujących we współczesnym świecie. O ile poziom robotyzacji, wspomniano powyżej, powołując się na dane statystyczne, wynika z obiektywnych i mierzalnych wskaźników, o tyle na tle dalszych rozważań ciekawe wydają się pozostałe motywacje. Jak wynika z treści uzasadnienia do przepisów wprowadzających Polski Ład w zakresie dotyczącym robotyzacji, konieczne jest podniesienie stanu konkurencyjności polskich przedsiębiorców na rynku, zwiększenie ich produktywności, generalnie – efektywności rynkowej. Wprowadzenie ulgi na robotyzację jest działaniem proaktywnym, wynikiem działań ukierunkowanych na wsparcie rozwoju Przemysłu 4.0. Wsparcie rozwoju polskich firm w tym obszarze jest konieczne, by polska gospodarka była konkurencyjna na rynku międzynarodowym[8]. Skuteczne wsparcie procesów robotyzacji jest również konieczne z punktu widzenia demograficznego, starzenia się społeczeństwa, a w konsekwencji wprowadzenia takich procesów produkcji, które będą mogły być realizowane przy założeniu mniejszej dostępności pracowników. Według prognoz GUS, do 2030 r. przewidywana liczba polskich obywateli w wieku produkcyjnym zmniejszy się o blisko 2 mln osób, co wpłynie na sytuację na rynku pracy, w tym także na warunki, w jakich będzie funkcjonowała polska gospodarka.

Czynnikiem, który powinien być m.in. brany pod uwagę, na co wskazują nie tylko autorzy uzasadnienia do przepisów Polskiego Ładu (Nowak i Wieteska, 2020), są przewidywane skutki przerwania łańcuchów dostaw w związku z zamknięciem światowej gospodarki w okresie pandemii COVID-19. Już dzisiaj widoczne są tendencje do przenoszenia części produkcji z krajów azjatyckich do Europy, co podyktowane jest między innymi koniecznością zapewnienia trwałości dostaw, łatwiejszych do osiągnięcia gdy produkcja odbywa się bliżej końcowego odbiorcy. Nie bez znaczenia są także elementy środowiskowe produkcji, konieczność zapewnienia warunków „zielonej produkcji". Robotyzacja procesów produkcji, możliwość jej zaprojektowania z wykorzystaniem narzędzi cyfrowych, wpłynie pozytywnie na realizację celów środowiskowych, takich jak chociażby oszczędność zasobów naturalnych dzięki precyzyjnej produkcji. Odpowiednio zaprojektowane roboty mogą doprowadzić do zminimalizowania „produkcji" odpadów, być bardziej oszczędne energetycznie niż tradycyjne niewyposażone w roboty linie. Oszczędność energetyczna może wynikać na przykład z możliwości realizacji produkcji w okresach, gdy ceny energii są o wiele niższe (w godzinach nocnych), co w przypadku angażowania tradycyjnych linii mogłoby być trudniejsze i wymagać znacznej przebudowy organizacji pracy.

Wydaje się, że pisząc o procesach automatyzacji produkcji, wprowadzaniu większej robotyzacji w polskich przedsiębiorstwach, nie możemy zapominać również o kontekście rynku pracy. Częściowo procesy te wymuszane są także przez przewidywane deficyty na rynku pracy i konieczność zastąpienia ludzkiej pracy przez roboty właśnie. W jednym z raportów (tak m.in. Fundowicz, Łapiński i Wyżnikiewicz, 2019, s. 31–32) autorzy wskazują na aspekty ilościowe i jakościowe wpływu robotyzacji na rynek pracy. Szczególnie w tym drugim aspekcie podkreśla się konieczność

[8] Uzasadnienie do ustawy z dn. 29.10.2021 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. 2021 Nr 2105).

podnoszenia kwalifikacji pracowników, wymuszoną przez zmianę sposobu produkcji i korzystanie z o wiele bardziej zaawansowanych narzędzi niż do tej pory (Fundowicz, Łapiński i Wyżnikiewicz, 2019, s. 31–32). Dlatego też zasadniczą sprawą wydaje się odpowiedna edukacja, także w zakresie przekwalifikowania pracowników, ponieważ jednym ze skutków robotyzacji może być wykluczenie osób nienadążających za zmianami z powodu braku możliwości podniesienia kwalifikacji. Wydaje się, że procesy robotyzacji nie powinny doprowadzić do negatywnych skutków w postaci likwidacji miejsc pracy (jak w okresie rewolucji przemysłowej), prognozowane, długotrwałe trendy demograficzne pokazują bowiem, że problemem będzie jednak niedobór rąk do pracy[9]. Robotyzacja, cyfryzacja, szerzej jakościowa zmiana procesów produkcji powinna przyczynić się do zniwelowania niekorzystnych skutków demograficznych (prognozowanych) i stanowić bodziec do dynamicznego wzrostu gospodarki w kolejnych latach (Fundowicz, Łapiński i Wyżnikiewicz, 2019, s. 32).

Odnosząc się do szans polskiej gospodarki w jej konkurowaniu o potencjalne lokalizacje dla fabryk, które będą szukały nowych lokalizacji, należy wskazać na co najmniej dwa czynniki. Pierwszy, istotny, ale znajdujący się poza zakresem niniejszego artykułu, to odpowiednio przygotowane tereny inwestycyjne. Zwarte, duże kompleksy, wyposażone w odpowiednią infrastrukturę i z dostępnym rynkiem pracy. Takie lokalizacje powinny charakteryzować się przede wszystkim możliwością ich udostępnienia w odpowiednio krótkim czasie. Analiza stanu obecnego oraz możliwych rozwiązań to temat na osobne opracowanie. Drugim czynnikiem, jak się wydaje, jest możliwości pozyskania odpowiednich kooperantów w otoczeniu planowanych lokalizacji, na rynkach lokalnych. Firm, które posiadają zaplecze pozwalające na nawiązanie współpracy zgodnie z wymaganiami współczesnych procesów wytwórczych, mogących podołać warunkom koniecznym do funkcjonowania w ramach Przemysłu 4.0. W kontekście konkurowania o inwestycje w ramach ich relokacji, podnoszony jest również argument dotyczący wprowadzenia spójnego, czytelnego i mało skomplikowanego systemu podatkowego, co zachęci potencjalnych inwestorów do wyboru lokalizacji w Polsce (zob. Kalus i Szymczyk, 2021). Starając się o pozyskanie inwestycji w ramach omawianej relokacji, państwa konkurują nie tylko odpowiednio przygotowanymi nieruchomościami, bliskością geograficzną do rynków właściwych, lecz także odpowiednimi regulacjami fiskalnymi. Oprócz możliwości skorzystania z ulg czy preferencji podatkowych, znaczenie ma ich prostota, czytelności, a co za tym idzie brak ewentualnych dodatkowych problemów obsługowych (Kalus i Szymczyk, 2021).

Oczywistym jest, że w interesie coraz większej liczby polskich przedsiębiorców leży podjęcie decyzji o robotyzacji produkcji. Pytanie czy wprowadzony mechanizm, tzw. ulga na robotyzację, jest wystarczający w obecnym kształcie i czy w perspektywie 2026 r. efektywnie podniesie poziom robotyzacji w Polsce. Czy też należałoby, oprócz podnoszenia świadomości przedsiębiorców, wprowadzić pewne modyfikacje do tego programu?

Pojawiające się publikacje na temat ulgi na robotyzację, która obowiązuje stosunkowo krótko, bo od roku 2022, są w swoich ocenach co do zasady pozytywne (tak m.in.: Błaszczak, 2022; Szymczyk, 2022; Kalus i Szymczyk, 2021). To praktyka organów podatkowych pokaże jednak ostatecznie jak do możliwości skorzystania z nowej ulgi podejdą przedsiębiorcy, co ostatecznie przełoży się na efekty dla gospodarki.

[9] Główny Urząd Statystyczny wskazał, że niedobory pracowników stanowią istotną barierę dla przedsiębiorstw w ich dalszym rozwoju (za: Fundowicz, Łapiński i Wyżnikiewicz, 2019, s. 31–32).

4. Wprowadzenie przepisów dotyczących możliwości skorzystania z ulgi na robotyzację stanowi dobry przykład interwencji państwa, które w swoim założeniu ma wprowadzić dodatkowe zachęty dla przedsiębiorców w kierunku oczekiwanych efektów. W tym wypadku dotyczy to podniesienia poziomu nowoczesnych rozwiązań w dziedzinie automatyzacji produkcji, wprowadzenia na szerszą skalę rozwiązań Przemysłu 4.0. Ta motywacja wynika wprost z treści uzasadnienia do przepisów ustawy wprowadzającej Polski Ład. Robotyzacja procesów wytwórczych jest obecnie nie tyle szansą, ile koniecznością przedsiębiorstw przemysłowych, a potrzebna zmiana technologiczna nie zajdzie w sposób dynamiczny, jeśli nie zostanie wsparta działaniami państwa, mającymi na celu przełamanie fundamentalnych barier absorbcji nowych technologii po stronie przedsiębiorstw – szczególnie małych i średnich. Nie chodzi, dodajmy, o robotyzację samą w sobie, ale wykreowanie gospodarki, której przedsiębiorcy będą w stanie wpisać się w założenia i trendy Przemysłu 4.0.

W tym miejscu chcielibyśmy przejść do ważnego, jak się wydaje, zagadnienia związanego z możliwościami wpisania się w proces Przemysłu 4.0 przez przedsiębiorców z sektora MSP. W jednej z naszych publikacji (Michałek, Pachucki i Pioterczak, 2020) odnosiliśmy się do skuteczności transferu technologii w ramach tzw. umów toolingowych i szans z tym związanych dla firm z sektora MSP, które będą się musiały się dostosować, by nadążać za technologią swojego kooperanta. Jeżeli chcą one stać się lub pozostać elementem łańcucha większych firm działających na rynku globalnym. Stąd konieczne jest tworzenie warunków do optymalnego transferu technologii od zamawiającego do dostawcy i wspieranie go również w tym procesie. Wsparcie w takiej formie wydaje się być konieczne, ponieważ trudno liczyć, że spółki z sektora MSP będą w stanie ponosić z własnych zasobów finansowych koszty transformacji wynikające z trendów Przemysłu 4.0. Transfer technologii, aby był realny musi być wsparty instytucjonalnie i prawnie, aktywna rola państwa w tym zakresie jest nie do przecenienia. Chcemy podkreślić, że mówimy o rozwiązaniu innym niż wynikające z tzw. ulgi na robotyzację – w tym zakresie wspieramy przedsiębiorcę, który ponosi takie koszty w ramach swojej działalności bieżącej. Czy jednak możliwe i zasadne jest wprowadzenie regulacji, które będą stymulowały przedsiębiorców zainteresowanych dokonaniem takiego transferu na rzecz swoich kooperantów, uczestników części ich procesów przemysłowych? Z reguły mówimy tu o firmach z sektora MSP właśnie. Wydaje się, że ze względu na znaczne „zakotwiczenie" inwestycji zagranicznych w Polsce oraz ich wieloletnie i znaczące inwestycje przedsiębiorcy ci będą zainteresowani dalszą współpracą ze swoimi kooperantami. To często kwestia zaufania, wieloletniej współpracy, funkcjonowania w ramach jednolitych standardów, ale także zapewnienia właściwego funkcjonowania.

Wspieranie przedsiębiorców, którzy są skłonni dzielić się technologiami, innowacjami ze swoimi partnerami biznesowymi (kooperantami, dostawcami) zgodna jest z polityką wspólnotową, której celem jest m.in. rozwinięcie paneuropejskiej współpracy służącej osiągnięciu technologicznej „masy krytycznej" (Siune, Schmidt i Aagaard, 2005, s. 375–384). Przykładem takiego rozwiązania byłaby możliwość zastosowania umów toolingowych (Pachucki i Pioterczak, 2008) jako jednej z form transferu technologii. „Tooling" jest pojęciem używanym do określenia umów dotyczących przekazywania narzędzi (maszyn) niezbędnych do wytworzenia półproduktów (detali), będących częścią finalnego wyrobu. Umowy objęte zbiorczą nazwą „tooling" mają różny charakter, a ich wspólną cechą jest to, że dotyczą narzędzi wykorzystywanych do produkcji dedykowanej.

Odbiorcą danego półproduktu (detalu) jest z reguły jeden podmiot, a jeśli odbiorców jest więcej, to zazwyczaj są to podmioty powiązane w ramach grupy kapitałowej. W ramach grupy umów toolingowych można wskazać m.in. umowy: sprzedaży narzędzi; ich udostępnienia do używania w celu realizacji produkcji dedykowanej; o uczestnictwo w kosztach przygotowania produkcji dedykowanej (zwrot kosztu nabycia lub wytworzenia narzędzia do produkcji dedykowanej). Umowy toolingowe bardzo często występują w ramach międzynarodowego obrotu gospodarczego. Stają się one również coraz powszechniejsze w krajowym obrocie gospodarczym i w znacznym stopniu dotyczą spółek działających w specjalnych strefach ekonomicznych czy obecnie w ramach Polskiej Strefy Inwestycji. Umowy te mogłyby stanowić skuteczny element transferu technologii z nowoczesnych dużych korporacji do podmiotów mniejszych, które często nie są w stanie samodzielnie sfinansować badań rozwojowych koniecznych do wdrożenia nowej technologii. Należy pamiętać, że silne więzi kooperacyjne w regionie powodują, że o wiele trudniej jest podjąć decyzje co do ewentualnego przeniesienia zakładu do innej lokalizacji. Jednak nie jest to niemożliwe i każdy scenariusz powinien być brany pod uwagę.

O ile wcześniej postulowaliśmy wprowadzenie mechanizmu wspierającego przedsiębiorców funkcjonujących w ramach Polskiej Strefy Inwestycji, którzy zdecydowaliby się na transfer technologii w ramach umów toolingowych (Fundowicz, Łapiński i Wyżnikiewicz, 2019), o tyle obecnie dostrzegamy taką możliwość w szerszym zakresie – systemowego rozwiązania w ramach poszerzenia zakresu ulgi na robotyzację. Zagadnienie możliwości wsparcia transferu technologii w formie udostępnienia robotów na rzecz podwykonawców została w jakimś zakresie już uregulowana w ramach przepisów Polskiej Strefy Inwestycji[10], dlatego nie jest to konstrukcja zupełnie nieznana. Nie wchodząc w szczegóły (szerzej: Michałek, Pachucki i Pioterczak, 2022), przepisy statuujące Polską Strefę Inwestycji przewidują jednocześnie także formę dodatkowej zachęty, mogącej mieć wpływ na procesy transferu technologii do kooperantów w ramach mechanizmu decyzji o wsparciu. Zgodnie z art. 14 ustawy z dnia 10 maja 2018 r. o wspieraniu nowych inwestycji, decyzja o wsparciu (stanowiąca podstawę do korzystania z pomocy publicznej w formie zwolnienia podatkowego) jest wydawana dla realizacji nowej inwestycji, spełniającej równocześnie określone kryteria ilościowe i jakościowe. Te ostatnie, jak wcześniej wskazano, nakładają na przedsiębiorcę (beneficjenta pomocy) obowiązek m.in. podjęcia określonych działań w okresie utrzymania inwestycji, ale jednocześnie pozwalają na uzyskanie dodatkowego punktu w procesie ubiegania się o wsparcie. Nowa regulacja w tym zakresie zaczęła obowiązywać od 1 stycznia 2023 r.[11] – wprowadzono możliwość spełnienia kryterium jakościowego: tworzenie powiązań regionalnych, współpraca z dostawcami, kooperantami w ramach realizacji nowej inwestycji. Jak wspominaliśmy, zobowiązanie się inwestora do spełnienia tego kryterium w ramach procedury ubiegania się o pomoc publiczną w zakresie Polskiej Strefy Inwestycji pozwala na otrzymanie jednego punktu przy ocenie wniosku o udzielenie decyzji o wsparciu (na 5–6 koniecznych, w zależności o położenia danej inwestycji). Przedsiębiorca, który zobowiąże się do spełnienia omawianego kryterium zobowiązuje się, że w ramach nowej inwestycji przekaże kooperantom na podstawie zawartych umów środki trwałe, których łączna wartość w każdym roku utrzymania nowej inwestycji wyniesie

[10] Ustawa z dn. 10.05.2018 r. o wspieraniu nowych inwestycji (t.j. Dz. U. 2023 poz. 74).

[11] Rozporządzenie Rady Ministrów z dn. 27.12.2022 r. w sprawie pomocy publicznej udzielanej niektórym przedsiębiorcom na realizację nowych inwestycji (Dz. U. 2022 poz. 2861).

0,5% kosztów kwalifikowanych. Środki te będą wykorzystywane przez kooperantów nienależących do tej samej grupy kapitałowej oraz wyłącznie do wytwarzania produktów niezbędnych w procesie produkcji wynikającym z wydanej decyzji o wsparciu (na rzecz beneficjenta pomocy publicznej). Ponadto przedsiębiorca w każdym roku utrzymania inwestycji będzie współpracował w ramach nowej inwestycji z co najmniej trzema kooperantami prowadzącymi działalność w tym samym podregionie (NUTS 3), w którym realizowana będzie nowa inwestycja. Przedmiotowe rozwiązanie obowiązuje w porządku prawnym od niedawna, ale należy je ocenić pozytywnie przede wszystkim z tego powodu, że stanowi ono konkretyzację propozycji przedstawianych od kilku lat i jako takie może stanowić podstawę do wprowadzenia dalej idących rozwiązań, korzystnych dla przedsiębiorców i korzystnych z punktu widzenia oczekiwanych efektów dla gospodarki. Przedsiębiorca posiadający decyzję o wsparciu, realizujący projekt w ramach Polskiej Strefy Inwestycji, dla spełnienia tego kryterium (w okresie trwałości inwestycji, czyli w okresie 3 lub 5 lat od jej zakończenia) musi spełnić następujące warunki:

1) podstawą przekazania jest umowa między przedsiębiorcą, a kooperantem;
2) przedmiotem przekazania są środki trwałe o wartości co najmniej 0,5% kosztów kwalifikowanych inwestycji, jakie zobowiązany jest ponieść beneficjent w ramach decyzji o wsparciu; przepisy nie definiują przedmiotowo środków trwałych poprzez wskazanie ich rodzaju, ale nic nie stoi na przeszkodzie, aby były to np. roboty przemysłowe;
3) przekazane środki trwałe muszą być wykorzystywane wyłącznie do wytwarzania produktów niezbędnych w procesie produkcji wynikającym z wydanej decyzji o wsparciu;
4) stroną umowy nie może być kooperant należący do tej samej grupy kapitałowej (brak powiązań) oraz musi to być podmiot prowadzący działalność w tym samym podregionie definiowanym na poziomie NUTS 3.

Jeżeli możliwe było wprowadzenie omawianej regulacji, co prawda w ograniczonym zakresie, to należałoby się zastanowić czy możliwe byłoby zastosowanie analogicznej regulacji, która wspierać będzie przedsiębiorców dokonujących transferu technologii na rzecz swoich kooperantów? Jednak działałaby ona już w bardziej wymiernym zakresie – korzystnego efektu podatkowego i to niezależnie czy prowadzą oni działalność w ramach Polskiej Strefy Inwestycji, czy też nie. Wprowadzenie możliwości przekazywania środków trwałych na rzecz kooperantów, na warunkach opisanych powyżej, nie powoduje w ramach Polskiej Strefy Inwestycji konkretnego przysporzenia w formie grantu czy dodatkowego zwolnienia w podatku dochodowym dla podmiotu przekazującego. Jedynym wsparciem w tym zakresie jest możliwość spełnienia kryterium jakościowego w procedurze ubiegania się o pomoc publiczną. Krótki okres obowiązywania przedmiotowego mechanizmu (od 1 stycznia 2023 r.) powoduje, że nie można dokonać jego oceny z punktu widzenia efektywności. Warunek ten są w stanie spełnić inwestorzy, którzy w jakimś zakresie są w regionie zakotwiczeni, realizują kolejne projekty w danej lokalizacji lub inwestycje, których skutkiem jest jednocześnie ulokowanie ich w niedalekiej odległości od kooperantów.

Jeżeli celem wprowadzenia przepisów Polskiego Ładu, w konsekwencji ulgi na robotyzację (art. 38eb ustawy Polski Ład), było instytucjonalne wsparcie procesów przechodzenia polskich przedsiębiorców do Przemysłu 4.0, to dobrym rozwiązaniem byłoby umożliwienie zaliczenia do kosztów uzyskania przychodów kosztów poniesionych na zakup robotów przekazanych następnie kooperantom. Wprowadzenie dla przedsiębiorców inwestujących w roboty, przekazywane

kooperantom na podstawie zawieranych umów i wykorzystywane w ramach współpracy z przekazującym, mogłoby się przyczynić do efektywniejszego wsparcia transferu technologii do polskich firm. Te ostatnie nie zawsze mają środki i możliwości inwestycji w automatyzację, a nawiązanie współpracy z przedsiębiorcą przekazującym pozwoliłoby z jednej strony na transfer technologii, z drugiej zaś – na możliwość rozliczenia części poniesionych kosztów przez przedsiębiorcę przekazującego. Jesteśmy przekonani, że takie rozwiązanie stanowiłoby dodatkową zachętę do inwestycji w rozwój technologii w polskiej gospodarce i mogłoby stanowić skuteczne narzędzie wdrażania rozwiązań przemysłu 4.0. Z wykorzystaniem aktywnego podejścia beneficjenta pomocy publicznej.

Wprowadzenie dodatkowej zachęty, w ramach systemu podatkowego, według opisanej powyżej koncepcji wymagałoby oczywiście przeprowadzenia dodatkowych analiz i określenia warunków ograniczających możliwości ewentualnych nadużyć. Omówione powyżej rozwiązanie w zakresie tzw. kryteriów jakościowych w ramach Polskiej Strefy Inwestycji wprowadziło do porządku prawnego następujące warunki przekazywania technologii (środków trwałych) na rzecz kooperantów:

1) konieczność zawarcia umowy;
2) wykorzystanie przekazanych środków trwałych dla dedykowanej produkcji;
3) ograniczenie terytorialne – bliskość geograficzna w ramach NUTS 3;
4) brak powiązań kapitałowych pomiędzy przekazującym a podmiotem, na rzecz którego dochodzi do przekazania.

Stąd w naszej ocenie odpowiednie przemodelowanie przepisów podatkowych, dałoby możliwość wspierania tych przedsiębiorców, którzy nabywane środki trwałe (roboty) przekazywaliby swoim kooperantom na podstawie zawieranych porozumień. Korzyści podatkowe uzyskiwaliby w takim wypadku przekazujący, a ich kooperanci mieliby możliwość pozyskania technologii, której nie mogliby nabyć z własnych środków. Takie rozwiązanie może w konsekwencji przyczynić się do efektywnego transferu technologii, ułatwić dostęp do unikatowej organizacji produkcji czy dać szansę na podnoszenie kompetencji organizacji i jej pracowników.

Należy na samym końcu podkreślić, że robotyzacja procesów produkcji ma istotne znaczenie w wielu branżach, od usług finansowych, poprzez logistykę, budownictwo, aż do przemysłu wytwórczego. Automatyzacja procesów wytwarzania dóbr oferowanych na rynku wpływa pozytywnie na konkurencyjność przedsiębiorcy, w szczególności pozwala na większą powtarzalność produkcji przy jednoczesnym zachowaniu jej jakości i obniżeniu kosztów, co w efekcie prowadzi do zwiększenia wydajności. Pojawia się również większa elastyczność produkcji, która umożliwia dostosowanie się do bieżącej sytuacji na rynku i skuteczne reagowanie na jego zapotrzebowanie (tak m.in. Fundowicz, Łapiński i Wyżnikiewicz, 2019, s. 27).

Bibliografia

Błaszczak, B. (2022). Nowe ulgi na innowacje w podatku dochodowym od osób prawnych – ulga na robotyzację oraz ulga na prototyp. *Doradztwo Podatkowe – Biuletyn Instytutu Studiów Podatkowych*, *8*(312), 24–30.

Fundowicz, J., Łapiński, K. i Wyżnikiewicz, B. (2019). *Wpływ robotyzacji na konkurencyjność polskich przedsiębiorstw (edycja III)*. Instytut Prognoz i Analiz Gospodarczych.

Grzeszak, J., Sarnowski, J. i Supera-Markowska, M. (2019). *Drogi do przemysłu 4.0. Robotyzacja na świecie i lekcje dla Polski*. Polski Instytut Ekonomiczny.

https://ifr.org.

https://www.psi.pl/pl/baza-wiedzy/.

https://zrobotyzowany.pl/informacje/newsy/4684/ifr-prezentuje-world-robotics-report-2022.

Kalus, J. i Szymczyk, P. (2021). Preferencje podatkowe dla strategicznych inwestorów przewidziane w Polskim Ładzie. Analiza prawno-porównawcza wybranych rozwiązań. *Przegląd Podatkowy*, (11).

Michałek, J., Pachucki, M. i Pioterczak, R. (2020). Polska Strefa Inwestycji – narzędzie transferu technologii dla rozwoju przemysłu 4.0. Wnioski de lege ferenda. *Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny, 4*(9).

Michałek, J., Pachucki, M. i Pioterczak, R. (2022). Udzielanie pomocy publicznej w ramach Katowickiej Specjalnej Strefy Ekonomicznej. Doświadczenia 25 lat funkcjonowania i wnioski de lege ferenda. W J. Michałek, J. Podsiadło, B. Barszczowska (red.), *Katowicka Specjalna Strefa Ekonomiczna – 25 lat działalności. Doświadczenia i perspektywy*. Akademia Górnośląska w Katowicach. Polskie Towarzystwo Ekonomiczne w Katowicach.

Młody, M. i Weinert, A. (2020). *Przemysł 4.0 w Polsce – potrzeby przedsiębiorstw w zakresie kompetencji menedżerskich – raport z badania*. Fundacja Altum.

Nowak, J. i Wieteska, M. (red.). (2020, maj). *Szlaki handlowe po pandemii COVID-19*. Polski Instytut Ekonomiczny. Pozyskano z: https://pie.net.pl/wp-content/uploads/2020/05/PIE-Raport Szlaki handlowe.pdf.

Pachucki, M. i Pioterczak, R. (2008). *Tooling – transfer technologii ze spółek strefowych do podmiotów działających w otoczeniu specjalnych stref ekonomicznych, Vademecum Doradcy Podatkowego*. Wolters Kluver.

Siune, K., Schmidt, K.E. i Aagaard, K. (2005). Implementation of European Research Policy. *Science and Public Policy*, (5), 375–384.

Szafrański, B. (2020). Raport: Przemysł 4.0 w Polsce. *Magazyn Inżynieria i Utrzymanie Ruchu*. Pozyskano z: https://utrzymanieruchu.pl/raport-przemysl-4-0-w-polsce/.

Szymczyk, P. (2022). Podatkowy pakiet dla innowacyjnej gospodarki. Analiza prawno-porównawcza ulg fiskalnych mających wspierać technologiczną transformację przedsiębiorstw. *Doradztwo Podatkowe – Biuletyn Instytutu Studiów Podatkowych*, *8*(312).

Uchmańska, U., Markowski, M. i Kryczka, L. (2022, 20 października). *Wysoki poziom robotyzacji powraca po pandemii, a wraz z nim nowe formy finansowego wsparcia na zakup robotów*. CRIDO. Pozyskano z: https://crido.pl/blog-business/wysoki-poziom-robotyzacji-powraca-po-pandemii-a-wraz-z-nim-nowe-formy-finansowego-wsparcia-na-zakup-robotow/.

Jadwiga Urban-Kozłowska*

Dopuszczalne formy pomocy państwa na rzecz linii lotniczych w dobie pandemii COVID-19**
(część II)

Spis treści

III. Pomoc mająca na celu zaradzenie poważnym zaburzeniom w gospodarce państwa członkowskiego
1. Najważniejsze warunki stosowania tego rodzaju pomocy
2. Pomoc indywidualna jako środek odpowiedni, by zaradzić poważnym zaburzeniom w gospodarce państwa członkowskiego
3. Proporcjonalność pomocy antykryzysowej udzielanej przewoźnikom lotniczym w dobie pandemii COVID-19
IV. Porównanie obu wyłączeń oraz wnioski końcowe

Streszczenie

Celem niniejszego opracowania jest przeprowadzenie krytycznej analizy stosowania dwóch rodzajów pomocy państwa, a mianowicie pomocy nadzwyczajnej (art. 107 ust. 2 lit. b) TFUE) oraz pomocy antykryzysowej (art. 107 ust. 3 lit. b) TFUE), które odgrywają kluczową rolę w procesie wspierania przewoźników lotniczych w dobie pandemii COVID-19. Pozwoli to na porównanie obu rodzajów pomocy oraz udzielenie odpowiedzi na pytanie o ich znaczenie i użyteczność w kontekście wspierania przewoźników lotniczych, a także szerzej innych przedsiębiorców, w trakcie zdarzeń nadzwyczajnych, takich jak COVID-19.

Przesłanki każdego z tych wyłączeń zostaną omówione osobno, a rozważaniom teoretycznym będą towarzyszyć przykłady z praktyki decyzyjnej Komisji Europejskiej oraz orzecznictwa sądów unijnych. W zakresie pomocy nadzwyczajnej przeanalizowane zostaną trzy kwestie zdające się mieć szczególne znaczenie. Po pierwsze, zostanie zbadane czy pandemia COVID-19 może być uznana za zjawisko objęte zakresem zastosowania art. 107 ust. 2 lit. b) TFUE. Po drugie, zostanie przeanalizowane jakiego rodzaju szkody mogą podlegać rekompensacie na tej podstawie. Po trzecie, omówione zostaną metody ustalania wysokości należnej rekompensaty, tak by spełniała ona warunek proporcjonalności.

Analiza wyłączenia dotyczącego pomocy antykryzysowej rozpocznie się od omówienia najważniejszych warunków jej dopuszczalności. Następnie szczegółowo zostanie przeanalizowana

* Magister, doktorantka w Katedrze Prawa Europejskiego, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Jagielloński w Krakowie; absolwentka Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego oraz studiów magisterskich na Université d'Orléans z zakresu prawa prywatnego, specjalność: francuskie i międzynarodowe prawo gospodarcze; radca prawny, członek Okręgowej Izby Radców Prawnych w Krakowie. ORCID: https://orcid.org/0000-0002-2322-9006; e-mail: jadwiga.urban@uj.edu.pl. Poglądy wyrażone w artykule są prywatnymi opiniami autorki.

** „Projekt został sfinansowany ze środków Narodowego Centrum Nauki przyznanych na podstawie decyzji numer DEC-2013/11/N/HS5/04234". Część I artykułu ukazała się w iKAR nr 4(12), 46–61.

Edition of that article was financed under Agreement Nr RCN/SP/0326/2021/1 with funds from the Ministry of Education and Science, allocated to the "Rozwoj czasopism naukowych" programme.

© 2023 Authors. This is an open access article distributed under the Creative Commons BY 4.0 license (https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/)

kwestia czy, oraz ewentualnie w jakich przypadkach, środek krajowy mający postać pomocy indywidualnej może zostać uznany za odpowiedni do zaradzenia poważnym zaburzeniom w gospodarce danego państwa członkowskiego. Na koniec zbadane zostaną wymogi, jakie musi spełniać dane wsparcie, by mogło zostać uznane za proporcjonalne.

Przeprowadzona analiza pozwoli na ukazanie najważniejszych różnic oraz podobieństw między pomocą nadzwyczajną oraz pomocą antykryzysową. Zaprezentowane zostaną w szczególności odmienne cele, jakim te dwa rodzaje pomocy służą. Wykazane zostanie, że pomoce zarówno pomoc nadzwyczajna, jak i antykryzysowa pełnią ważną funkcję w procesie wychodzenia z trwającego obecnie kryzysu, a przyznawane w ich ramach środki wzajemnie się uzupełniają. Omówione wyłączenia od ogólnego zakazu udzielania pomocy państwa zapewniają zatem niezbędną elastyczność unijnego systemu pomocy państwa, umożliwiając państwom członkowskim dostosowywanie prowadzonej polityki gospodarczej do występujących czasami poważnych zaburzeń lub kryzysów.

Słowa kluczowe: pomoc państwa; pandemia COVID-19; prawo lotnicze; prawo konkurencji Unii Europejskiej; przewoźnicy lotniczy.

JEL: H84, K33

III. Pomoc mająca na celu zaradzenie poważnym zaburzeniom w gospodarce państwa członkowskiego

1. Najważniejsze warunki stosowania tego rodzaju pomocy

Drugą, szeroko stosowną w trakcie kryzysu COVID-19 podstawą prawną, na którą powołują się państwa członkowskie w celu uzasadnienia planowanego na rzecz linii lotniczych wsparcia, jest art. 107 ust. 3 lit. b) TFUE. Na podstawie tego przepisu za zgodną z rynkiem wewnętrznym może zostać uznana pomoc „mająca na celu zaradzenie poważnym zaburzeniom w gospodarce Państwa Członkowskiego”[79]. Biorąc pod uwagę zasadniczy cel leżący u podstaw tego wyłączenia, zatwierdzane na jego podstawie wsparcie można określić mianem pomocy antykryzysowej.

Pierwszym warunkiem zastosowania art. 107 ust. 3 lit. b) TFUE jest potwierdzenie, że trudności występujące w danym państwie członkowskim kwalifikują się do kategorii „poważnych zaburzeń” w rozumieniu tego przepisu. Zgodnie z ustaloną linią orzeczniczą Trybunału Sprawiedliwości, za „poważne zaburzenia” uważa się jedynie zaburzenia mające wpływ na całą gospodarkę danego państwa członkowskiego, nie zaś takie, które dotykają wyłącznie jeden z jego regionów lub część terytorium[80]. Artykuł 107 ust. 3 lit. b) TFUE wymaga zatem, by zaburzenia, z powodu których ma zostać przyznana przedsiębiorstwu pomoc, osiągnęły stosowne rozmiary i wykazywały pewną

[79] W angielskiej wersji językowej jako *aid to remedy a serious disturbance in the economy of a Member State*, we francuskiej wersji językowej jako *les aides à remédier à une perturbation grave de l'économie d'un État membre*, w niemieckiej wersji językowej jako *Beihilfen zur Behebung einer beträchtlichen Störung im Wirtschaftsleben eines Mitgliedstaats*.

[80] Zob. wyr. TS z dn. 30.09.2003 r. w sprawie C-301/96 *Republika Federalna Niemiec przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, ECLI:EU:C:2003:509, pkt 106; wyr. TS z dn. 30.09.2003 r. w sprawie C-57/00 P oraz C-61/00 P *Freistaat Sachsen (C-57/00 P) i Volkswagen AG i Volkswagen Sachsen GmbH (C-61/00 P) przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, ECLI:EU:C:2003:510, pkt 98.

uniwersalność, które to cechy sprawiają, że dotykają one wielu sektorów gospodarki oraz różnych regionów. Co ważne, skala zaburzeń jest oceniana przez pryzmat Unii jako całości[81], nie zaś jedynie w kontekście sytuacji i interesów konkretnego państwa członkowskiego.

Po ustaleniu, że występujące zaburzenia są wystarczająco poważne, w drugiej kolejności Komisja bada czy planowany środek krajowy przyczyni się do zaradzenia tym zaburzeniom. Powtórzyć należy, że uznanie danej pomocy za zgodną z art. 107 ust. 3 TFUE jest uzależnione od stwierdzenia, że przyczynia się ona do realizacji jednego z określonych w tym przepisie celów, których przedsiębiorstwo otrzymujące pomoc nie mogłoby osiągnąć w normalnych warunkach rynkowych poprzez samodzielnie podejmowane działania[82]. Oznacza to, że rozpatrywany środek nie będzie mógł zostać uznany za zgodny z rynkiem wewnętrznym, jeżeli przynosi poprawę sytuacji finansowej przedsiębiorstwa będącego beneficjentem pomocy, nie będąc jednak koniecznym do osiągnięcia celu przewidzianego w art. 107 ust. 3 lit. b) TFUE, jakim jest zaradzenie poważnym zaburzeniom w gospodarce danego państwa członkowskiego[83]. Skuteczne powołanie się na omawiane wyłączenie nie jest również możliwe w przypadku, gdy zamierzona przez państwo członkowskie pomoc przyniosłaby korzyść wyłącznie jednemu przedsiębiorstwu lub jednemu sektorowi gospodarki[84]. Innymi słowy, wyłącznie to wymaga, by pozytywne efekty przyznanej na jego podstawie pomocy wykraczały poza sektor, do którego należy beneficjent pomocy, oddziałując także na inne działy gospodarki danego państwa członkowskiego. Zamierzona pomoc może więc zostać uznana za pomoc dopuszczalną na mocy art. 107 ust. 3 lit. b) TFUE, o ile zostanie wykazane, że jest konieczna, odpowiednia i proporcjonalna dla zaradzenia poważnym zaburzeniom w gospodarce danego państwa członkowskiego.

Na podkreślenie zasługuje, że zarówno Komisja Europejska, jak i sądy unijne stosują ścisłą wykładnię omawianej normy[85], co należy ocenić pozytywnie, jako że stanowi ona wyjątek od ogólnego zakazu udzielania pomocy państwa (art. 107 ust. 1 TFUE). Warto w tym miejscu zauważyć, że pomoc objęta zakresem regulacji art. 107 ust. 3 lit. b) TFUE, odmiennie niż ma to miejsce w przypadku pomocy nadzwyczajnej, przyznawanej na podstawie art. 107 ust. 2 lit. b) TFUE, nie jest *ex lege* zgodna z rynkiem wewnętrznym, ale jedynie może zostać za taką uznana przez Komisję. Innymi słowy, pomoc antykryzysowa nie należy do kategorii pomocy dozwolonej według prawa Unii Europejskiej, lecz stanowi pomoc dopuszczalną.

Kolejną ważną różnicą w stosunku do pomocy nadzwyczajnej jej fakt, że przy stosowaniu art. 107 ust. 3 lit. b) TFUE Komisji przysługują szerokie uprawnienia dyskrecjonalne, które wiążą się z dokonaniem złożonych ocen o charakterze gospodarczym i społecznym, przy czym powinny one uwzględniać kontekst unijny[86]. Przyznana Komisji szeroka swoboda uznania rodzi także skutki na etapie kontroli legalności wydawanych przez nią na tej podstawie decyzji. I tak, rozpatrując

[81] Zob. dec. KE z dn. 27.06.1984 w sprawie pomocy państwa udzielonej przez belgijski rząd na rzecz producenta włókna polipropylenowego i przędza (84/508/EEC) (Dz. U. L 283 z 27.10.1984, s. 42–44).

[82] Zob. wyr. Sądu z dn. 14.04.2021 r. w sprawie T-388/20 *Ryanair DAC przeciwko Komisji Europejskiej*, ECLI:EU:T:2021:196, pkt 33.

[83] Zob. wyr. Sądu z dn. 14.01.2009 r. w sprawie T-162/06 *Kronoply GmbH & Co. KG przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, ECLI:EU:T:2009:2, pkt 65; wyr. Sądu z dn. 22.06.2022 r. w sprawie T-657/20 *Ryanair DAC przeciwko Komisji Europejskiej*, ECLI:EU:T:2022:390, pkt 29.

[84] Zob. dec. KE z dn. 5.12.2007 r. w sprawie pomocy państwa NN 70/2007 (ex CP 269/07), przez którą Zjednoczone Królestwo pragnie udzielić Northern Rock pomocy na ratowanie (C(2007) 6127, pkt 38).

[85] Zob. wyr. Sądu z dn. 9.04.2014 r. w sprawie T-150/12 *Republika Grecka przeciwko Komisji Europejskiej*, ECLI:EU:T:2014:191, pkt 146; wyr. Sądu z dn. 14.04.2021 r. w sprawie T-388/20 *Ryanair DAC przeciwko Komisji Europejskiej*, ECLI:EU:T:2021:196, pkt 32.

[86] Zob. wyr. TS z dn. 24.02.1987 r. w sprawie 310/85 *Deufil GmbH & Co. KG przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, ECLI:EU:C:1987:96, pkt 18; wyr. TS z dn. 5.03.2015 r. w sprawie C-667/13 *Estado português przeciwko Banco Privado Português SA i Massa Insolvente do Banco Privado Português SA*, ECLI:EU:C:2015:151, pkt 67.

odwołania od tych decyzji, sądy Unii powinny ograniczyć się wyłącznie do zbadania czy dokonana przez Komisję ocena nie jest dotknięta oczywistym błędem lub nie stanowi nadużycia władzy[87]. Warto również wspomnieć, że wydawane przez Komisję na postawie art. 107 ust. 2 lit. b) TFUE oraz art. 107 ust. 3 lit. b) TFUE decyzje mają różny charakter. O ile postępowanie prowadzone na mocy art. 107 ust. 2 lit. b) TFUE kończy się wydaniem decyzji o charakterze deklaratoryjnym, o tyle stosowanie drugiej z wyżej wskazanych podstaw prowadzi do wydania decyzji mającej charakter konstytutywny.

Jeśli chodzi o praktyczne zastosowanie art. 107 ust. 3 lit. b) TFUE, to pierwszym prawdziwy sprawdzianem jego funkcjonalności, jak również sprawności działania Komisji Europejskiej przy rozpatrywaniu zgłoszonych krajowych środków pomocy, był światowy kryzys finansowy, za którego początek uznaje się 15 września 2008 r., to jest dzień upadku amerykańskiego banku Lehman Brothers[88]. Na uwagę zasługuje, że początkowo Komisja oceniała przyjmowane przez państwa członkowskie środki pomocy na podstawie art. 107 ust. 3 lit. c) TFUE oraz obowiązujących w tamtym okresie wytycznych dotyczących pomocy państwa w celu ratowania i restrukturyzacji zagrożonych przedsiębiorstw[89]. Dopiero z czasem, mając na uwadze pogarszającą się sytuację na rynku finansowym oraz ryzyko wystąpienia kryzysu systemowego, zaczęła stosować art. 107 ust. 3 lit. b) TFUE jako podstawę badania środków krajowych (zob. Urban-Kozłowska, 2011, s. 55–79).

Omawiane wyłączenie ma także kluczowe znaczenie przy ocenie zgodności z rynkiem wewnętrznym krajowych środków pomocy udostępnianych przewoźnikom lotniczym w dobie pandemii COVID-19. Należy bowiem przypomnieć, że o ile szkody bezpośrednio spowodowane wprowadzanymi przez państwa członkowskie ograniczeniami w podróżowaniu mogą zostać zrekompensowane ze środków publicznych na podstawie art. 107 ust. 2 lit. b) TFUE, o tyle norma ta nie może być skutecznie wskazana jako uzasadnienie dla udzielania liniom lotniczym dalej idącego wsparcia. Wszelkie interwencje państwowe wykraczające poza rekompensatę szkód bezpośrednio wynikających z przyjmowanych krajowych środków ochronnych muszą zatem czynić zadość warunkom jednego z innych wyłączeń od unijnego zakazu udzielania pomocy państwa. Większość z nich jest oceniania przez pryzmat art. 107 ust. 3 lit. b) TFUE oraz zatwierdzana jako pomoc mająca na celu zaradzenie poważnym zaburzeniom w gospodarce państwa członkowskiego.

Godne zauważenia jest, że już w pierwszym komunikacie ustanawiającym tymczasowe ramy środków pomocy państwa w celu wsparcia gospodarki w kontekście trwającej epidemii COVID-19, który został opublikowany w dniu 20 marca 2020 r., Komisja stwierdziła, że

> „[b]iorąc pod uwagę, że epidemia COVID-19 dotyka wszystkie państwa członkowskie, a wprowadzone przez nie środki ograniczające rozprzestrzenianie epidemii negatywnie wpływają na sytuację przedsiębiorstw, (…) pomoc państwa jest uzasadniona i może zostać uznana za zgodną z rynkiem wewnętrznym na podstawie art. 107 ust. 3 lit. b) TFUE przez określony czas w celu zaradzenia niedoborowi płynności wśród przedsiębiorstw oraz zagwarantowania,

[87] Zob. wyr. TS z dn. 15.12.2005 r. w sprawie C-148/04 *Unicredito Italiano SpA przeciwko Agenzia delle Entrate, Ufficio Genova 1*, ECLI:EU:C:2005:774, pkt 71; wyr. Sądu z dn. 12.12.2014 r. w sprawie T-487/11 *Banco Privado Português SA i Massa Insolvente do Banco Privado Português SA przeciwko Komisji Europejskiej*, ECLI:EU:T:2014:1077, pkt 83.

[88] W celu uzyskania informacji na temat powodów wybuchu kryzysu gospodarczego, zob. Szymański, 2009, s. 13–118; Taylor, 2010, s. 23–40.

[89] Zob. Komunikat KE – Wytyczne wspólnotowe dotyczące pomocy państwa w celu ratowania i restrukturyzacji zagrożonych przedsiębiorstw (Dz. U. C 244 z 1.10.2004, s. 2–17); Komunikat KE dotyczący przedłużenia okresu ważności Wytycznych wspólnotowych dotyczących pomocy państwa w celu ratowania i restrukturyzacji zagrożonych przedsiębiorstw (Dz. U. C 156 z 9.07.2009, s. 3).

że zakłócenia spowodowane epidemią COVID-19 nie zagrożą ich rentowności, szczególnie jeśli chodzi o MŚP"[90].

Od tego czasu Komisja już siedmiokrotnie nowelizowała Tymczasowe ramy[91], co miało pozwolić na lepsze dostosowanie dostępnych form wsparcia do zmieniającej się sytuacji na rynku oraz zapewnić odpowiednią równowagę między pozytywnymi skutkami środków pomocy przyznawanych przedsiębiorstwom a ewentualnymi negatywnymi skutkami dla konkurencji i wymiany handlowej na rynku wewnętrznym[92]. Przyjęcie Tymczasowych ram miało również na celu skoordynowanie podejścia państw członkowskich oraz zachowanie integralności rynku wewnętrznego (zob. Maczkovics, 2020, s. 271).

Na marginesie warto nadmienić, że Tymczasowe ramy są instrumentem tzw. miękkiego prawa unijnego (ang. *soft law*), co oznacza, że nie mają charakteru formalnie wiążącego. Choć tego typu akty nie mają bezpośredniej skuteczności ani nie wiążą państw członkowskich co do celów, to jednak mogą stanowić dla nich wskazówkę przy planowaniu konkretnych środków (zob. Postuła i Werner, 2008, s. 114). Tak też jest w przypadku Tymczasowych ram, gdyż poprzez ich przyjęcie Komisja wyjaśnia warunki, których spełnienie pozwoli jej na zatwierdzenie pomocy państwa mającej na celu wspieranie gospodarki w trakcie trwania pandemii COVID-19. W efekcie, Komisja ograniczyła zakres przysługujących jej uprawnień dyskrecjonalnych w odniesieniu do kontroli środków krajowych przyjmowanych na podstawie art. 107 ust. 3 lit. b) TFUE. Wydanie aktu *soft law* wywołuje bowiem efekt samozwiązania się (ang. *self-binding effect*) Komisji zawartymi w nim interpretacjami prawa unijnego. Skutkiem przyjęcia Tymczasowych ram jest zatem zwiększenie przejrzystości rozumowania Komisji, co z kolei wzmacnia pewność prawną po stronie podmiotów pragnących przyznać pomoc, jak również jej beneficjentów. Stanowi on także przydatne narzędzie dla szybkiego wdrożenia pomocy państwa w kontekście pandemii COVID-19 (zob. Buendia i Dovalo, 2020, s. 3).

Tymczasowe ramy przewidują także ograniczenia czasowe w zakresie korzystania z poszczególnych form pomocy antykryzysowej. Rozwiązanie to należy ocenić pozytywnie, gdyż jest ono uzasadnione nadzwyczajnym charakterem tego typu pomocy. Za słuszne należy również uznać wykluczenie z kręgu beneficjentów przedsiębiorstw, które już w dniu 31 grudnia 2019 r., tj. przed wybuchem pandemii COVID-19, znajdowały się w trudnej sytuacji[93]. Celem pomocy mającej służyć

[90] Zob. Komunikat KE – Tymczasowe ramy środków pomocy państwa w celu wsparcia gospodarki w kontekście trwającej epidemii COVID-19 (Dz. U. C 91 I z 20.03.2020, s. 1–9, pkt 18); dalej: Tymczasowe ramy.

[91] Zob. Komunikat KE – Zmiany w tymczasowych ramach środków pomocy państwa w celu wsparcia gospodarki w kontekście trwającej epidemii COVID-19 (Dz. U. C 112 I z 4.04.2020, s. 1–9); Komunikat KE – Zmiany w tymczasowych ramach środków pomocy państwa w celu wsparcia gospodarki w kontekście trwającej epidemii COVID-19 (Dz. U. C 164 z 13.05.2020, s. 3–15); Komunikat KE – Trzecia zmiana w tymczasowych ramach środków pomocy państwa w celu wsparcia gospodarki w kontekście trwającej epidemii COVID-19 (Dz. U. C 218 z 2.07.2020, s. 3–8); Komunikat KE – Czwarta zmiana „Tymczasowych ram środków pomocy państwa w celu wsparcia gospodarki w kontekście trwającej epidemii COVID-19" oraz zmiana załącznika do komunikatu Komisji do państw członkowskich w sprawie zastosowania art. 107 i 108 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do krótkoterminowego ubezpieczenia kredytów eksportowych (Dz. U. C 340 I z 13.10.2020, s. 1–10); Komunikat KE – Piąta zmiana tymczasowych ram środków pomocy państwa w celu wsparcia gospodarki w kontekście trwającej epidemii COVID-19 oraz zmiana załącznika do komunikatu Komisji do państw członkowskich w sprawie zastosowania art. 107 i 108 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do krótkoterminowego ubezpieczenia kredytów eksportowych 2021/C 34/06 (Dz. U. C 34 z 1.02.2021, s. 6–15); Komunikat KE – Szósta zmiana tymczasowych ram środków pomocy państwa w celu wsparcia gospodarki w kontekście trwającej epidemii COVID-19 oraz zmiana załącznika do komunikatu Komisji do państw członkowskich w sprawie zastosowania art. 107 i 108 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do krótkoterminowego ubezpieczenia kredytów eksportowych 2021/C 473/01 (Dz. U. C 473 z 24.11.2021, s. 1–15).

[92] W celu uzyskania dodatkowych informacji na temat poszczególnych nowelizacji Tymczasowych ram, zob.: Kopeć, 2021, s. 82–87; Riedel, Wilson i Cranley, 2020, s. 117.

[93] Sposób rozumienia terminu „przedsiębiorstwo znajdujące się w trudnej sytuacji" odpowiada jego definicji zawartej w art. 2 pkt 18 rozporządzenia Komisji (UE) nr 651/2014 z dn. 17.06.2014 r. uznającego niektóre rodzaje pomocy za zgodne z rynkiem wewnętrznym w zastosowaniu art. 107 i 108 Traktatu (Dz. U. L 187 z 26.06.2014, s. 1–78).

zaradzeniu poważnym zaburzeniom w gospodarce nie jest bowiem ratowanie lub restrukturyzacja przedsiębiorstw borykających się z problemami finansowymi[94]. Istotą drugiego z wyłączeń wskazanych w art. 107 ust. 3 lit. b) TFUE jest ochrona „zdrowych", prawidłowo działających firm, w sytuacji zaistnienia poważnych turbulencji gospodarczych czy kryzysów, tak by przetrwały one ten trudny okres i mogły dalej prowadzić działalność.

Najczęściej powoływanym przez państwa członkowskie argumentem, mającym uzasadnić dopuszczalność pomocy państwa na rzecz linii lotniczych na podstawie art. 107 ust. 3 lit. b) TFUE, jest chęć zaradzenia brakowi płynności danego przewoźnika poprzez zapewnienie mu „dodatkowej płynności" (ang. *additional liquidity*)[95] lub nawet przywrócenie jego rentowności[96]. To z kolei ma umożliwić mu dalsze prowadzenie działalności gospodarczej, w szczególności świadczenie usług lotniczych w czasie, gdy pandemia COVID-19 poważnie zakłóca całą gospodarkę danego państwa członkowskiego[97]. Notyfikując Komisji w dniu 12 maja 2020 r. środki pomocy na rzecz KLM, Holandia podała, że mają one pozwolić na uniknięcie sytuacji, w której ewentualna upadłość KLM jeszcze bardziej pogłębiłaby poważne zaburzenia w gospodarce tego państwa członkowskiego[98]. W przypadku dwóch programów pomocy notyfikowanych przez Danię w 2020 r., jako ich cel wskazano zaś wspieranie ruchu lotniczego w Danii, tak by umożliwić liniom lotniczym przywrócenie poziomu działalności, jaki był obserwowany przed wybuchem pandemii COVID-19[99]. Z powyższego wynika, że często finalnym celem przyjmowanych środków pomocy jest zachowanie łączności lotniczej danego państwa z innymi regionami Europy oraz szerzej – całego świata, co z kolei ma pozytywnie oddziaływać na rozwój gospodarczy, jak też liczbę miejsc pracy. Pomoc antykryzysowa dla przewoźników lotniczych ma także przyspieszyć wyjście państw Unii Europejskiej z trwającego obecnie kryzysu spowodowanego pandemią COVID-19.

Mając na uwadze wskazane powyżej najważniejsze warunki dopuszczalności pomocy antykryzysowej, dwa zagadnienia zdają się być szczególnie interesujące w kontekście środków przyznawanych liniom lotniczym w dobie COVID-19. Jest to – po pierwsze – kwestia czy, oraz ewentualnie w jakich przypadkach, środek krajowy mający postać pomocy indywidualnej, nie zaś programu pomocy, może zostać uznany za odpowiedni do zaradzenia poważnym zaburzeniom w gospodarce danego państwa członkowskiego. Drugim ciekawym zagadnieniem jest ustalenie warunków, jakie musi spełniać dane wsparcie, by mogło zostać uznane za proporcjonalne. Zagadnienia te zostaną poniżej poddane pogłębionej analizie.

[94] Tego rodzaju wsparcie jest oceniane przez pryzmat art. 107 ust. 3 lit. c) TFUE oraz wydanych przez Komisję wytycznych dotyczących pomocy państwa na ratowanie i restrukturyzację przedsiębiorstw niefinansowych znajdujących się w trudnej sytuacji (Dz. U. C 249 z 31.07.2014, s. 1–28).

[95] Zob. dec. KE z dn. 16.11.2020 r. w sprawie programu pomocy SA.59124, przez który Słowenia pragnie przywrócić łączność lotniczą w obrębie swojego kraju, (C(2020) 8077, pkt 10).

[96] Zob. dec. KE z dn. 3.07.2020 r. w sprawie pomocy państwa SA.56943, przez którą Łotwa zamierza dofinansować Air Baltic (C(2020) 4665, pkt 4); dec. KE z dn. 21.08.2020 r. w sprawie pomocy państwa SA.57544, przez którą Belgia zamierza udzielić pomocy na rzecz Brussels Airlines (C(2020) 5840, pkt 16); dec. KE z dn. 22.12.2020 r. w sprawie pomocy państwa SA.59158, którą Polską pragnie przyznać na rzecz linii lotniczej LOT (C(2020) 9606, pkt 85).

[97] Zob. dec. KE z dn. 21.08.2020 r. w sprawie pomocy państwa SA.57544, przez którą Belgia zamierza udzielić pomocy na rzecz Brussels Airlines, C(2020) 5840, pkt 16; dec. KE z dn. 16.11.2020 r. w sprawie programu pomocy SA.59124, przez który Słowenia pragnie przywrócić łączność lotniczą w obrębie swojego kraju (C(2020) 8077, pkt 10).

[98] Zob. dec. KE z dn. 13.07.2020 r. w sprawie pomocy państwa SA.57116, przez którą Holandia zamierza udzielić gwarancji państwowej oraz pożyczki państwowej dla KLM (C(2020) 4871, pkt 7).

[99] Zob. dec. KE z dn. 3.09.2020 r. w sprawie programu pomocy SA.58157, przez który Dania zamierza przyznać pomoc na rzecz duńskich portów lotniczych, jak również linii lotniczych lądujących w Danii oraz odlatujących z Danii (C(2020) 5974, pkt 4).

2. Pomoc indywidualna jako środek odpowiedni, by zaradzić poważnym zaburzeniom w gospodarce państwa członkowskiego

Jak już powyżej wskazano, jednym z warunków uznania pomocy państwa za zgodną z rynkiem wewnętrznym na podstawie z art. 107 ust. 3 lit. b) TFUE jest stwierdzenie, że stanowi ona środek odpowiedni dla zaradzenia poważnym zaburzeniom w gospodarce danego państwa członkowskiego. O ile spełnienie tego wymogu przez interwencje mające charakter horyzontalny lub sektorowe programy pomocy zdaje się nie budzić większych wątpliwości, a to ze względu na wielość potencjalnych beneficjentów i szerokie spektrum oddziaływania tego rodzaju środków, o tyle kwestia ta zdaje się nie być już tak oczywista w przypadku pomocy indywidualnej. Stąd też warto zastanowić się bliżej nad sposobem wykładni tej przesłanki przez organy unijne w odniesieniu do pomocy indywidualnej.

Warto również nadmienić, że jednym z zarzutów podnoszonych przez Ryanair w celu unieważnienia decyzji Komisji zatwierdzających pomoc na rzecz Finnair w dobie COVID-19 było właśnie wskazywanie na nieodpowiedni charakter spornych środków dla zaradzenia poważnym zaburzeniom w gospodarce Finlandii[100]. Mając na uwadze, że w obu tych sprawach Sąd oddalił wspomniany zarzut, celowe wydaje się przybliżenie przeprowadzonych przez Sąd rozważań oraz poczynionych tam spostrzeżeń.

Badając zgodność gwarancji państwowej na pożyczkę dla linii lotniczej Finnair, Sąd rozpoczął od przypomnienia, że art. 107 ust. 3 lit. b) TFUE nie wymaga, aby rozpatrywana pomoc mogła „sama w sobie" (ang. *in itself*, franc. *en elle-même*) zaradzić poważnym zaburzeniom w gospodarce danego państwa członkowskiego[101]. Następnie Sąd zaznaczył, że po stwierdzeniu przez Komisję rzeczywistego wystąpienia poważnych zaburzeń w gospodarce państwa członkowskiego, państwo to może zostać upoważnione do przyznania pomocy w formie programów pomocy lub pomocy indywidualnej, które przyczynią się do zaradzenia poważnym zaburzeniom, o ile środki te spełniają pozostałe przesłanki przewidziane w art. 107 ust. 3 lit. b) TFUE. Innymi słowy, skorzystanie z omawianego wyłączenia jest możliwe także w przypadku, gdy mamy do czynienia z wieloma środkami pomocy, z których każdy ze swej strony przyczyni się do zaradzenia poważnym zaburzeniom w gospodarce danego państwa członkowskiego. Z powyższego wynika, że nie można uzależniać dopuszczalności spornego środka na podstawie z art. 107 ust. 3 lit. b) TFUE od wykazania, że środek ten sam w sobie zaradza poważnym zaburzeniom w gospodarce państwa członkowskiego.

W dalszej części tego wyroku Sąd zauważył, że w zakresie, w jakim skarżąca linia lotnicza kwestionuje odpowiedniość spornego środka, należy zbadać czy w zaskarżonej decyzji Komisja wystarczająco wykazała, że ze względu na znaczenie Finnaira dla gospodarki fińskiej środek ten miał rzeczywiście na celu zaradzenie poważnym zaburzeniom w gospodarce tego państwa członkowskiego, spowodowanym przez pandemię COVID-19[102]. Przechodząc do oceny tego wymogu, Sąd zwrócił uwagę na fakt, że Komisja uwzględniła szereg czynników, badając w szczególności znaczenie Finnaira w zakresie transportu pasażerskiego, transportu towarowego, miejsc pracy oraz

[100] Zob. wyr. Sądu z dn. 14.04.2021 r. w sprawie T-388/20 *Ryanair DAC przeciwko Komisji Europejskiej*, ECLI:EU:T:2021:196; wyr. Sądu z dn. 22.06.2022 r. w sprawie T-657/20 *Ryanair DAC przeciwko Komisji Europejskiej*, ECLI:EU:T:2022:390.

[101] Zob. wyr. Sądu z dn. 14.04.2021 r. w sprawie T-388/20 *Ryanair DAC przeciwko Komisji Europejskiej*, ECLI:EU:T:2021:196, pkt 41.

[102] Zob. ibidem, pkt 42.

zakupów u dostawców, jak również jego wkład w PKB Finlandii. Jeśli chodzi o transport pasażerski, Sąd ustalił między innymi, że w 2019 r. Finnair obsłużył ponad 60% pasażerów przewiezionych w ramach lotów międzynarodowych i co najmniej 80% pasażerów przewiezionych w ramach lotów krajowych w obrębie Finlandii, stając się najważniejszym przewoźnikiem tego państwa[103]. Zostało również ustalone, że Finnair jest jedynym przewoźnikiem lotniczym obsługującym większość fińskich regionalnych portów lotniczych przez cały rok i w regularnych odstępach czasu. Tym samym przewoźnik ten odgrywa kluczową rolę w zapewnieniu dobrego skomunikowania Finlandii z resztą świata. Następnie Sąd wskazał, że Finnair jest głównym operatorem lotniczego transportu towarowego w Finlandii[104]. Co więcej, posiada on rozległą sieć azjatycką, która odgrywa szczególną rolę w dobie pandemii COVID-19, gdyż umożliwia zaspokojenie fińskiego popytu na produkty farmaceutyczne i sprzęt medyczny. Bezpieczeństwo zaopatrzenia w produkty niezbędne w walce z wirusem ma zaś, zdaniem Sądu, strategiczne znaczenie dla ograniczenia środków izolacji i w konsekwencji szybkiego ożywienia gospodarki tego państwa członkowskiego[105]. W dalszej kolejności Sąd skonstatował, że zgodnie z udostępnionymi przez władze fińskie danymi, Finnair był w 2017 r. szesnastym przedsiębiorstwem w Finlandii pod względem jego udziału w PKB tego kraju[106]. Przedstawiono także wpływ Finnaira na inne firmy z nim powiązane, zaznaczając, że prawidłowe funkcjonowanie portu lotniczego Helsinki-Vantaa oraz wszystkich regionalnych portów lotniczych w Finlandii, którymi zarządza Finavia, zależy od dalszej obecności Finnaira na rynku[107].

Mając powyższe na uwadze, Sąd stanął na stanowisku, że Komisja wykazała w sposób wymagany prawem znaczenie Finnaira dla gospodarki fińskiej[108]. Co więcej, analiza przedstawionych przez Komisję argumentów doprowadziła Sąd do stwierdzenia, że

> „niewypłacalność tego przedsiębiorstwa miałaby poważne konsekwencje dla gospodarki fińskiej w kontekście kryzysu i że w związku z tym rozpatrywany środek w zakresie, w jakim miał na celu utrzymanie działalności Finnaira, był odpowiedni, aby przyczynić się do zaradzenia poważnym zaburzeniom w tej gospodarce”[109].

Analogiczna argumentacja znalazła się w drugiej ze spraw, która dotyczyła dokapitalizowania linii lotniczej Finnair. Także w tym przypadku Sąd przychylił się do stanowiska Komisji i stwierdził, że słusznie uznała ona, iż ze względu na znaczącą rolę Finnaira w krajowym i międzynarodowym skomunikowaniu Finlandii oraz na jego gospodarcze i społeczne znaczenie dla wielu fińskich dostawców i pracowników rozpatrywany środek przyczyniał się do realizacji celu wskazanego w art. 107 ust. 3 lit. b) TFUE, jakim jest zaradzenie poważnym zaburzeniom w gospodarce tego państwa, a w rezultacie – wbrew twierdzeniom strony skarżącej – w żadnym wypadku nie pogłębiał tychże zaburzeń[110]. Nadto Sąd skonstatował, że nawet gdyby wartość dodana Finnaira

[103] Zob. ibidem, pkt 45.
[104] Zob. ibidem, pkt 47.
[105] Zob. ibidem, pkt 47.
[106] Zob. ibidem, pkt 53.
[107] Zob. ibidem, pkt 51.
[108] Zob. ibidem, pkt 54.
[109] Zob. ibidem, pkt 56.
[110] Zob. wyr. Sądu z dn. 22.06.2022 r. w sprawie T-657/20 *Ryanair DAC przeciwko Komisji Europejskiej*, ECLI:EU:T:2022:390, pkt 41.

stanowiła jedynie część fińskiego PKB, a jego pracownicy stanowili jedynie ułamek liczby osób zatrudnionych w Finlandii, nie może to podważać znaczenia Finnaira dla tej gospodarki[111].

Z przedstawionych wyroków Sądu wynika, że dla uznania pomocy indywidualnej na rzecz linii lotniczej za środek odpowiedni dla zaradzenia poważnym zaburzeniom w gospodarce państwa członkowskiego wymagane jest wykazanie, że linia lotnicza będąca beneficjentem pomocy ma wystarczająco duże znaczenie w gospodarce państwa członkowskiego, które zamierza jej tę pomoc przyznać. Najczęściej podnoszonymi argumentami, mającymi przemawiać za spełnieniem tej przesłanki jest – z jednej strony – istotna rola, jaką odgrywa dany przewoźnik w zapewnieniu łączności konkretnego państwa z innymi krajami Europy oraz świata, z drugiej zaś – jego znacząca pozycja w gospodarce krajowej (m.in. udział w PKP, wpływ na bezpośrednie i pośrednie miejsca pracy).

Jeśli chodzi o pierwszy argument, tytułem przykładu można wskazać, że w sprawie dotyczącej dwóch środków pomocy na rzecz KLM, to jest państwowej gwarancji na pożyczkę oraz zamiaru udzielenia przez państwo holenderskie pożyczki podporządkowanej, Komisja przyznała, że oferowana przez tego przewoźnika siatka połączeń pełniła kluczową funkcję w zapewnianiu zarówno pasażerskich połączeń transportowych, jak i przewozu towarów z oraz do Holandii[112]. Dokonując oceny tychże środków, uwzględniono w szczególności takie czynniki, jak: wielkość siatki połączeń, częstotliwość lotów, liczbę połączeń całorocznych oraz liczbę miejsc docelowych nieobsługiwanych przez innych przewoźników. Zauważono nadto, że KLM jest bardzo ważny dla zapewnienia łączności z holenderskimi terytoriami zamorskimi.

Istotna rola konkretnego przewoźnika lotniczego w zapewnieniu łączności danego państwa członkowskiego miała również duże znaczenie podczas badania odpowiedniości środków pomocy na rzecz Brussels Airlines. Po ustaleniu, że przewoźnik ten generował około 40% ruchu lotniczego w porcie Bruksela-Zaventem, a prawie połowa oferowanych przez niego tras nie była obsługiwana przez żadnego innego przewoźnika, Komisja stwierdziła, że upadek lub znaczne ograniczenie działalności przez Brussels Airlines miałoby dramatyczny wpływ na system transportu lotniczego w Belgii[113].

Co się tyczy drugiego, często podnoszonego argumentu, a mianowicie znaczenia danego przewoźnika dla gospodarki państwa zamierzającego udzielić mu pomocy, jednym z kluczowych czynników branych pod uwagę jest jego wpływ na poziom zatrudnienia. I tak, oceniając planowane na rzecz KLM wsparcie, Komisja zauważyła, że przewoźnik ten jest drugim największym prywatnym pracodawcą w Holandii, i to bez uwzględnienia miejsc pracy generowanych przez firmy z nim powiązane[114]. Podobnie przy rozpatrywaniu środków pomocy skierowanych do Air France[115] oraz Brussels Airlines[116], uwzględniono liczbę miejsc pracy bezpośrednio utworzonych przez te linie lotnicze oraz pośrednio przez firmy z nimi współpracujące.

[111] Zob. ibidem, pkt 40.

[112] Zob. dec. KE z dn. 13.07.2020 r. w sprawie pomocy państwa SA.57116, przez którą Holandia zamierza udzielić gwarancji państwowej oraz pożyczki państwowej dla KLM (C(2020) 4871, pkt 80).

[113] Zob. dec. KE z dn. 21.08.2020 r. w sprawie pomocy państwa SA.57544, przez którą Belgia zamierza udzielić pomocy na rzecz Brussels Airlines (C(2020) 5840, pkt 83).

[114] Zob. dec. KE z dn. 13.07.2020 r. w sprawie pomocy państwa SA.57116, przez którą Holandia zamierza udzielić gwarancji państwowej oraz pożyczki państwowej dla KLM (C(2020) 4871, pkt 70).

[115] Zob. dec. KE z dn. 4.05.2020 r. w sprawie pomocy państwa SA.57082, przez którą Francja zamierza udzielić gwarancji oraz pożyczki Air France, brak publikacji.

[116] Zob. dec. KE z dn. 21.08.2020 r. w sprawie pomocy państwa SA.57544, przez którą Belgia zamierza udzielić pomocy na rzecz Brussels Airlines (C(2020) 5840, pkt 83).

Z kolei przy rozpatrywaniu pomocy na rzecz linii lotniczej Nordica, zwrócono uwagę nie tylko na fakt, że przewoźnik ten jest największym pracodawcą w estońskim sektorze lotniczym, lecz także na to, iż bezpośrednio i pośrednio odpowiada on za 3,5% krajowego PKB Estonii[117]. Podniesiono nadto, że wiele przedsiębiorstw i instytucji jest uzależnionych od linii lotniczej Nordica w ramach prowadzonej działalności gospodarczej. Uwzględniono również okoliczność, że Estonia ma drugi najniższy w Europie poziom łączności[118]. Biorąc pod uwagę niepewną sytuację na rynku, Komisja stwierdziła, że w przypadku zaprzestania działalności przez linię lotniczą Nordica, mało prawdopodobne jest, by jakikolwiek inny przewoźnik lotniczy był zainteresowany natychmiastowym rozszerzeniem swojej działalności na rynek estoński[119]. Z powyższego wywiedziono, że potencjalna niewypłacalność linii Nordica miałaby szkodliwe skutki dla setek pracowników i ich rodzin, dla ogólnej stabilności krajowego sektora lotniczego, a także – ze względu na konsekwencje pośrednie – dla całej gospodarki Estonii[120].

Zapewnienie odpowiedniego poziomu dostępności transportowej danego państwa można również uznać za jeden z istotnych czynników prorozwojowych. Warto przypomnieć za R. Fedanem, że efektywna sieć transportowa spełnia „ważną funkcję krwiobiegu gospodarczego w układzie regionalnym, krajowym i międzynarodowym" (zob. Fedan, 2014, s. 96). Podobnie postrzega tę zależność Komisja Europejska.

I tak, oceniając pomoc na rzecz linii lotniczej LOT, Komisja ustaliła, że jest ona największym przewoźnikiem sieciowym w Polsce oraz jedyną linią lotniczą, której hub został zlokalizowany na terytorium tego kraju[121]. Zauważono nadto, że ze względu na swój model biznesowy LOT posiada najbardziej zróżnicowaną sieć transportu lotniczego w Polsce, obejmującą trasy krajowe, wewnątrzunijne oraz międzykontynentalne. Siatkę połączeń LOT-u uznano zatem za mającą istotne znaczenie dla utrzymania łączności dla polskich przedsiębiorstw i obywateli[122]. Mając na uwadze znaczącą rolę LOT-u w zakresie krajowych i międzynarodowych połączeń oraz jego znaczenie gospodarcze i społeczne dla wielu dostawców i pracowników w Polsce, Komisja stwierdziła, że upadłość LOT-u lub niemożność wykonywania przez niego zobowiązań spowodowałyby prawdopodobnie pogłębienie obecnych poważnych zakłóceń w polskiej gospodarce[123]. Co więcej, odbiłoby się to negatywnie na wychodzeniu Polski z trwającego kryzysu związanego z pandemią COVID-19.

Zagwarantowanie odpowiedniego poziomu usług lotniczych odgrywa szczególną rolę w przypadku gospodarek państw, które są zlokalizowane na obrzeżach Unii Europejskiej. Badając zgodność planowanego podwyższenia kapitału na rzecz airBaltic z unijnym prawem pomocy państwa, Komisja zauważyła, że dla kilku przedsiębiorstw na Łotwie usługi lotnicze są niezbędne do połączenia się z głównymi ośrodkami biznesowymi w pozostałej części Unii, a alternatywne środki transportu nie są w stanie zaspokoić ich potrzeb[124]. Zaznaczono również, że handel międzynarodowy

[117] Zob. dec. KE z dn. 11.08.2020 r. w sprawie pomocy państwa SA.57586, przez którą Estonia pragnie dokapitalizować linię lotniczą Nordica oraz udzielić jej pożyczki o obniżonym oprocentowaniu (C(2020) 5616, pkt 79).

[118] Zob. ibidem, pkt 80.

[119] Zob. ibidem, pkt 83.

[120] Zob. ibidem.

[121] Zob. dec. KE z dn. 22.12.2020 r. w sprawie pomocy państwa SA.59158, którą Polską pragnie przyznać na rzecz linii lotniczej LOT (C(2020) 9606, pkt 88).

[122] Zob. ibidem, pkt 89.

[123] Zob. ibidem, pkt 91.

[124] Zob. dec. KE z dn. 3.07.2020 r. w sprawie pomocy państwa SA.56943, przez którą Łotwa zamierza dofinansować Air Baltic (C(2020) 4665, pkt 91).

i inwestycje opierają się w dużym stopniu na tych połączeniach lotniczych. Następnie Komisja ustaliła, że airBaltic stanowi jedno z głównych przedsiębiorstw łotewskich oraz zatrudnia bezpośrednio 800 pracowników, a nawet do 30 000 miejsc pracy może być bezpośrednio lub pośrednio powiązanych z usługami lotniczymi, które na Łotwie są obsługiwane głównie przez tego przewoźnika. W związku z powyższym Komisja uznała, że wkład airBaltic w łotewską gospodarkę jest znaczny, a jego upadek mógłby poważnie wpłynąć na gospodarkę łotewską i łączność tego kraju, w kontekście kryzysu związanego z COVID-19[125].

Podsumowując tę część rozważań należy stwierdzić, że pomoc indywidualna przyznawana liniom lotniczym w dobie pandemii COVID-19 może zostać uznana za środek odpowiedni do zaradzenia poważnym zaburzeniom w gospodarce państwa członkowskiego, o ile zostanie udowodnione, że linia ta odrywa wystarczająco dużą rolę w gospodarce państwa członkowskiego, które zamierza jej tę pomoc przyznać. Co ważne, w tym celu bada się nie tylko różne wskaźniki gospodarcze, jak udział w PKB danego państwa czy wpływ na tworzenie bezpośrednich i pośrednich miejsc pracy, lecz także znaczenie danego przewoźnika dla zapewnienia łączności tego państwa oraz wagę świadczonych przez niego połączeń lotniczych dla życia gospodarczego państwa będącego dawcą pomocy. Efektywna sieć transportowa ułatwia bowiem wymianę handlową, sprzyja inwestycjom, wzrostowi poziomu przedsiębiorczości oraz tworzeniu nowych miejsc pracy, wpiera konkurencyjność danego państwa, a w rezultacie przyczynia się do ograniczenia ryzyka pauperyzacji i wykluczenia społecznego wśród zamieszkującej dane państwo ludności. Tym samym, skutki pomocy indywidualnej przyznawanej liniom lotniczym w dobie pandemii COVID-19 wykraczają poza osobę beneficjenta i sektor gospodarki, do którego on należy. Warto w tym miejscu zauważyć, że utrzymanie gotowości linii lotniczych do świadczenia usług transportowych powinno również sprzyjać sprawniejszemu wyjściu państw członkowskich z kryzysu spowodowanego przez COVID-19.

3. Proporcjonalność pomocy antykryzysowej udzielanej przewoźnikom lotniczym w dobie pandemii COVID-19

Już w wydanym 19 marca 2020 r. komunikacie pt. „Tymczasowe ramy środków pomocy państwa w celu wsparcia gospodarki w kontekście trwające epidemii COVID-19" Komisja zaznaczyła, że w celu skorzystania z wyłączenia zawartego w art. 107 ust. 3 lit. b) TFUE państwa członkowskie muszą w szczególności wykazać, że środki pomocy są konieczne, odpowiednie i proporcjonalne, aby zaradzić poważnym zaburzeniom w gospodarce danego państwa członkowskiego[126]. Oznacza to, że proporcjonalność pomocy jest jedną z przesłanek wymaganych dla uznania pomocy za zgodą z rynkiem wewnętrznym; ciężar udowodnienia spełnienia tej przesłanki ciąży zaś na państwie członkowskim zamierzającym przyznać pomoc. Pragnąc ułatwić państwom członkowskim to zadanie, Komisja doprecyzowuje sposób rozumienia tej przesłanki poprzez wydawane przez siebie Tymczasowe ramy. Akt ten zapewnia państwom członkowskim szeroki zakres instrumentów służących przeciwdziałaniu niedoborom płynności (zob. Agnolucci, 2022, s. 3). Co ważne, szczegółowe warunki, jakie musi spełniać dany środek pomocy, by mógł

[125] Zob. ibidem, pkt 92.

[126] Zob. Komunikat KE – Tymczasowe ramy środków pomocy państwa w celu wsparcia gospodarki w kontekście trwającej epidemii COVID-19 (Dz. U. C 91 I z 20.03.2020, s. 1–9, pkt 19).

zostać uznany za proporcjonalny, zależą od formy tego środka. W tym miejscu zostanie przedstawiony sposób badania proporcjonalności wybranych form pomocy, które szczególnie często były udzielane liniom lotniczym w związku z pandemią COVID-19[127].

Jeśli chodzi o pomoc w formie dotacji bezpośrednich, zaliczek zwrotnych, korzyści podatkowych lub w zakresie płatności, Komisja ustaliła, że tego rodzaju pomoc nie może przekraczać 800 000 EUR na przedsiębiorstwo, przy czym wszystkie dane liczbowe muszą zostać podane w kwotach brutto, tj. przed odliczeniem podatków lub innych opłat[128].

Wolę udzielania tego rodzaju pomocy zgłosiła w dniu 24 listopada 2020 r. Dania. Beneficjentami mogły zostać wszystkie linie lotnicze posiadające duński certyfikat przewoźnika lotniczego, które począwszy od 1 października 2020 r. świadczyły usługi lotniczego transportu pasażerskiego (loty rejsowe, loty czarterowe czy usługi taksówki powietrznej)[129]. Uprawnienie to przysługiwało w przypadkach zarówno całkowitego, jak i jedynie częściowego zawieszenia lotów z powodu ograniczeń wprowadzonych w związku z pandemią COVID-19. Koszty kwalifikowalne obejmowały wydatki na wynagrodzenia personelu kluczowego (ang. *critical staff*) w okresie od dnia 1 października 2020 r. do dnia 31 grudnia 2020 r., ponoszone przez linie lotnicze[130]. Jakkolwiek kwota pomocy miała obejmować do 100% kosztów kwalifikowalnych, a rzeczywisty poziom dozwolonej rekompensaty miał zależeć od całkowitej kwoty wydatków na wynagrodzenia dla personelu krytycznego w okresie podlegającym wsparciu, to jednak Dania zobowiązała się, że całkowita kwota pomocy brutto na przedsiębiorstwo nie przekroczy 4 mln DKK, co stanowiło około 500 000 EUR[131]. Duński program pomocy zawierał również mechanizm odzyskiwania środków wraz z odsetkami w przypadku udzielenia przez beneficjenta nieprawidłowych informacji lub w przypadku nadmiernej rekompensaty[132].

Mając to na uwadze, Komisja stwierdziła, że zamierzony środek jest proporcjonalny do zachowania przez linie lotnicze minimum pracowników wymaganych dla utrzymania duńskiego certyfikatu przewoźnika lotniczego do dnia 31 grudnia 2020 r., a tym samym do oferowania połączeń niezbędnych dla zagwarantowania usług transportu pasażerskiego w obrębie Danii i na trasach międzynarodowych[133]. Nadto dodała, że skoro większość lotów obsługiwanych przez duńskich posiadaczy certyfikatu przewoźnika lotniczego ma potencjał, środek jest proporcjonalny, aby przyczynić się do przywrócenia duńskich połączeń lotniczych oraz do zaradzenia poważnym zaburzeniom w gospodarce Danii. Przykład ten pokazuje, że przy badaniu proporcjonalności danego środka Komisja nie ogranicza się jedynie do skontrolowania czy planowana pomoc nie wykracza poza ustalony, maksymalny dopuszczalny limit wsparcia, ale także uwzględnia rolę, jaką odgrywa beneficjent pomocy w zapewnieniu łączności wewnątrz państwa zamierzającego udzielić wsparcia oraz z resztą świata.

Co się tyczy interwencji w postaci publicznych gwarancji kredytowych, Komisja wskazała w Tymczasowych ramach zarówno na minimalny wymagany poziom prowizji gwarancyjnych, jak

127 Warunki udzielania poszczególnych form pomocy zostały szeroko omówione w publikacjach: Maczkovics, 2020, s. 275–278; Petrov, 2021, s. 464–469.

128 Zob. Komunikat KE – Tymczasowe ramy środków pomocy państwa w celu wsparcia gospodarki w kontekście trwającej epidemii COVID-19 (Dz. U. C 91 I z 20.03.2020, s. 1–9, pkt 22 lit. a)).

129 Zob. dec. KE z dn. 27.11.2020 r. w sprawie programu pomocy SA.59370, przez który Dania pragnie udzielić wsparcia na rzecz linii lotniczych posiadających duński certyfikat przewoźnika lotniczego (C(2020) 8561, pkt 16).

130 Zob. ibidem, pkt 18.

131 Zob. ibidem, pkt 22.

132 Zob. ibidem, pkt 24.

133 Zob. ibidem, pkt 43.

i na maksymalną dopuszczalną wielkość kwoty głównej pożyczki. Minimalny wymagany poziom prowizji gwarancyjnych zależy od rodzaju beneficjenta (MŚP czy duże przedsiębiorstwo) oraz od terminu zapadalności pożyczki, przy czym jest większy dla dużych przedsiębiorstw i rośnie wraz z późniejszym terminem zapadalności[134]. W odniesieniu do pożyczek, których termin zapadalności miał mieć miejsce po dniu 31 grudnia 2020 r., kwota główna pożyczki nie mogła co do zasady przekraczać: a) dwukrotności rocznej kwoty wynagrodzeń wypłaconych przez beneficjenta (włącznie z kosztami świadczeń pracowniczych oraz kosztami personelu pracującego na terenie przedsiębiorstwa, ale formalnie otrzymujących wynagrodzenie od podwykonawców) za rok 2019 lub za ostatni rok, za który dostępne są dane. W przypadku przedsiębiorstw utworzonych w dniu 1 stycznia 2019 r. lub po tej dacie, maksymalna kwota pożyczki nie mogła przekroczyć rocznej kwoty wynagrodzeń szacowanej na okres pierwszych dwóch lat działalności; lub b) 25% łącznego obrotu beneficjenta w 2019 roku[135]. W odpowiednio umotywowanych sytuacjach oraz na podstawie oświadczenia beneficjenta o zapotrzebowaniu na płynność, kwota pożyczki mogła ulec zwiększeniu w celu pokrycia zapotrzebowania na płynność od chwili przyznania przez najbliższe 18 miesięcy dla MŚP oraz przez najbliższe 12 miesięcy w przypadku dużych przedsiębiorstw[136]. W przypadku pożyczek, których termin zapadalności miał przypadać najpóźniej w dniu 31 grudnia 2020 r., Tymczasowe ramy umożliwiały przyznanie pożyczki wykraczającej poza kwotę obliczoną według wyżej wskazanych zasad, o ile istniało ku temu odpowiednie uzasadnienie oraz pod warunkiem zachowania proporcjonalności pomocy[137]. Maksymalny okres gwarancji został określony na sześć lat, a wielkość kwoty głównej mogącej podlegać gwarancji publicznej była uzależniona od sposobu ponoszenia strat[138]. W przypadku gdy straty miały być ponoszone proporcjonalnie i na tych samych warunkach przez instytucję kredytową i państwo, gwarancja publiczna mogła obejmować aż do 90% kwoty głównej pożyczki[139]. Jeżeli zaś straty miały najpierw być przypisane państwu, a dopiero potem instytucjom kredytowym, gwarancja publiczna nie mogła przekraczać 35% kwoty głównej pożyczki. W przypadku pożyczek zmniejszających się wraz z upływem czasu, na przykład z powodu rozpoczęcia spłaty, Komisja zobowiązywała strony do proporcjonalnego zmniejszenia kwoty gwarantowanej[140].

Tymczasowe ramy określają także warunki dopuszczalności udzielania pomocy w formie subsydiowanych stóp oprocentowania pożyczek. Tego rodzaju pożyczki mogą być przyznawane, o ile obniżone stopy oprocentowania są równe co najmniej stopie bazowej (jednorocznej stopie IBOR lub równoważnej, opublikowanej przez Komisję[141]), obowiązującej w dniu 1 stycznia 2020 r., powiększonej o wskazane w Tymczasowych ramach marże ryzyka kredytowego. Na

[134] Zob. Komunikat KE – Tymczasowe ramy środków pomocy państwa w celu wsparcia gospodarki w kontekście trwającej epidemii COVID-19 (Dz. U. C 91 I z 20.03.2020, s. 1–9, pkt 25 lit. a)).

[135] Zob. ibidem, pkt 25 lit. d) ppkt i. oraz ii. Zob. także: dec. KE z dn. 13.07.2020 r. w sprawie pomocy państwa SA.57116, przez którą Holandia zamierza udzielić gwarancji państwowej oraz pożyczki państwowej dla KLM (C(2020) 4871, pkt 96).

[136] Zob. Komunikat KE – Tymczasowe ramy środków pomocy państwa w celu wsparcia gospodarki w kontekście trwającej epidemii COVID-19 (Dz. U. C 91 I z 20.03.2020, s. 1–9, pkt 25 lit. d) ppkt iii).

[137] Zob. ibidem, pkt 25 lit. e).

[138] Zob. ibidem, pkt 25 lit. f).

[139] Zob. dec. KE z dn. 18.05.2020 r. w sprawie pomocy państwa SA.56809, przez którą Finlandia pragnie udzielić państwowej gwarancji pożyczki na rzecz linii lotniczej Finnair (C(2020) 3387, pkt 53).

[140] Zob. Komunikat KE – Tymczasowe ramy środków pomocy państwa w celu wsparcia gospodarki w kontekście trwającej epidemii COVID-19 (Dz. U. C 91 I z 20.03.2020, s. 1–9, pkt 25 lit. h)); dec. KE z dn. 13.07.2020 r. w sprawie pomocy państwa SA.57116, przez którą Holandia zamierza udzielić gwarancji państwowej oraz pożyczki państwowej dla KLM (C(2020) 4871, pkt 98).

[141] Zob. Komunikat KE w sprawie zmiany metody ustalania stóp referencyjnych i dyskontowych (Dz. U. C 14 z 19.01.2008, s. 6–9).

podkreślenie zasługuje, że marże te są tożsame z minimalnymi poziomami prowizji gwarancyjnych, dotyczącymi pomocy w formie publicznych gwarancji kredytowych[142]. W praktyce oznacza to, że marże ryzyka kredytowego rosną z czasem, wynosząc dla dużych przedsiębiorstw 50 punktów bazowych w pierwszym roku, 100 punktów bazowych w drugim i trzecim roku oraz 200 punktów bazowych w czwartym, piątym i szósty roku[143]. Sposób obliczania maksymalnej dopuszczalnej kwoty pożyczki również odpowiada zasadom dotyczącym ustalania najwyższej dopuszczalnej kwoty głównej pożyczki w przypadku pomocy mającej formę publicznej gwarancji kredytowej[144]. I tak, w sprawie pomocy państwa na rzecz linii lotniczej LOT punktem odniesienia przy badaniu, czy wielkość pożyczki nie wykraczała poza dopuszczalną kwotę, był łączny obrót beneficjenta[145]. Z kolei przy okazji pomocy na rzecz Brussels Airlines sprawdzono, że planowana kwota pożyczki była niższa niż dwukrotność rocznej kwoty wynagrodzeń wypłaconych przez tego przewoźnika za 2019 rok[146]. Po spełnieniu pozostałych przesłanek, obie te pożyczki o subsydiowanych stopach oprocentowania zostały uznane przez Komisję za zgodne z rynkiem wewnętrznym.

W dniu 8 maja 2020 r. Komisja przyjęła drugą nowelizację Tymczasowych ram, precyzując w niej warunki udzielania przedsiębiorstwom środków służących ich dokapitalizowaniu. Tego rodzaju pomoc może przybrać formę instrumentów kapitałowych, w szczególności emisji nowych akcji wspólnych lub uprzywilejowanych, jak również instrumentów z elementem kapitałowym (tak zwanych „hybrydowych instrumentów kapitałowych")[147]. W celu zapewnienia proporcjonalności tego rodzaju pomocy Komisja wprowadziła specjalny test proporcjonalności, który wymaga łącznego spełnienia dwóch warunków[148]. Z jednej strony kwota dokapitalizowania udzielana przedsiębiorstwu w związku z COVID-19 nie może przekraczać minimum niezbędnego do zapewnienia rentowności beneficjenta. Z drugiej zaś – kwota dokapitalizowania nie powinna wykraczać poza to, co jest konieczne dla przywrócenia struktury kapitałowej beneficjenta sprzed wybuchu epidemii COVID-19, tj. do stanu na dzień 31 grudnia 2019 roku.

Przy badaniu drugiego z wymienionych warunków, Komisja zwykle uwzględnia prognozy finansowe dotyczące (i) pozycji kapitałowej beneficjenta oraz (ii) współczynnik netto zadłużenia do kapitału własnego beneficjenta (ang. *net debt-to-equity ratio*), po dokapitalizowaniu w związku z COVID-19[149]. Szukając odpowiedzi na pytanie czy dana pomoc jest proporcjonalna, Komisja porównuje wartość tych wskaźników z ich wielkością sprzed epidemii COVID-19.

[142] Por. Komunikat KE – Tymczasowe ramy środków pomocy państwa w celu wsparcia gospodarki w kontekście trwającej epidemii COVID-19 (Dz. U. C 91 I z 20.03.2020, s. 1–9, pkt 27 lit. a) z pkt 25 lit. a)).

[143] Zob. dec. KE z dn. 21.08.2020 r. w sprawie pomocy państwa SA.57544, przez którą Belgia zamierza udzielić pomocy na rzecz Brussels Airlines (C(2020) 5840, pkt 88).

[144] Por. Komunikat KE – Tymczasowe ramy środków pomocy państwa w celu wsparcia gospodarki w kontekście trwającej epidemii COVID-19 (Dz. U. C 91 I z 20.03.2020, s. 1–9, pkt 27 lit. d) z pkt 25 lit. d)).

[145] Zob. dec. KE z dn. 22.12.2020 r. w sprawie pomocy państwa SA.59158, którą Polską pragnie przyznać na rzecz linii lotniczej LOT (C(2020) 9606, pkt 94).

[146] Zob. dec. KE z dn. 21.08.2020 r. w sprawie pomocy państwa SA.57544, przez którą Belgia zamierza udzielić pomocy na rzecz Brussels Airlines (C(2020) 5840, pkt 90).

[147] Zob. Komunikat KE – Zmiany w tymczasowych ramach środków pomocy państwa w celu wsparcia gospodarki w kontekście trwającej epidemii COVID-19 (Dz. U. C 164 z 13.05.2020, s. 3–15, pkt 52).

[148] Zob.: ibidem, pkt 54; dec. KE z dn. 3.07.2020 r. w sprawie pomocy państwa SA.56943, przez którą Łotwa zamierza dofinansować Air Baltic (C(2020) 4665, pkt 102); dec. KE z dn. 11.08.2020 r. w sprawie pomocy państwa SA.57586, przez którą Estonia pragnie dokapitalizować linię lotniczą Nordica oraz udzielić jej pożyczki o obniżonym oprocentowaniu (C(2020) 5616, pkt 88).

[149] Zob. dec. KE z dn. 25.06.2020 r. w sprawie pomocy państwa SA.57153, przez którą Niemcy pragnąc przyznać pomoc na rzecz Lufthansy (C(2020) 4372, pkt 112); dec. KE z dn. 22.12.2020 r. w sprawie pomocy państwa SA.59158, którą Polską pragnie przyznać na rzecz linii lotniczej LOT (C(2020) 9606, pkt 116).

Jeśli chodzi o pierwszy z warunków, Komisja starała się ustalić minimalną wysokość dokapitalizowania, niezbędną do przywrócenia przedsiębiorstwu dostępu do prywatnych rynków kapitałowych[150]. W tym celu Komisja analizuje różne dane dotyczące beneficjenta pomocy, w szczególności: a) współczynnik netto zadłużenia do kapitału własnego; b) wskaźnik netto zadłużenia w latach (ang. *net debt-to-EBITDA ratio*); c) wskaźnik pokrycia aktywów trwałych kapitałem własnym (ang. *equity-to-asset ratio*) czy d) wskaźnik gotowości finansowej (ang. *financial preparedness ratio*)[151].

Przeprowadzona analiza potwierdza, że sposób badania przez Komisję proporcjonalności danej pomocy państwa zależy od jej rodzaju. Najczęściej polega to na sprawdzaniu różnego rodzaju danych dotyczących beneficjenta i jego wskaźników ekonomicznych oraz porównywaniu tych informacji z chwili udzielania pomocy do tego, jak prezentowały się one w wyznaczonym przez Komisję momencie przed pandemią COVID-19. Biorąc pod uwagę szczegółowość zawartych w Tymczasowych Ramach warunków, dokonywana przez Komisję kontrola proporcjonalności zamierzonych środków pomocy ma w dużej mierze charakter szablonowy. Pozytywnych skutkiem tej szczegółowości jest zwiększenie pewności prawa po stronie podmiotów zamierzających udzielić pomocy państwa oraz jej beneficjentów. Mogą oni bowiem zapoznać się ze sposobem wykładni przesłanki proporcjonalności przez Komisję, zanim jeszcze podejmą decyzję o udzieleniu danej pomocy.

IV. Porównanie obu wyłączeń oraz wnioski końcowe

Przeprowadzona analiza pozwala na porównanie dwóch rodzajów środków, które były najczęściej przyznawane liniom lotniczym w dobie pandemii COVID-19, a mianowicie pomocy nadzwyczajnej (art. 107 ust. 2 lit. b) TFUE) oraz pomocy antykryzysowej (art. 107 ust. 3 lit. b) TFUE). Umożliwia także udzielenie odpowiedzi na pytanie o ich znaczenie i użyteczność w kontekście wspierania przewoźników lotniczych, a także szerzej innych przedsiębiorców, w trakcie takich jak COVID-19 zdarzeń nadzwyczajnych, które skutkują poważnymi zaburzeniami na poziomie gospodarki realnej. Szczególnie istotne zdają się być trzy, następujące kwestie: a) zakres dopuszczalnego wsparcia oraz sposób badania proporcjonalności zamierzonej pomocy; b) uprawienia Komisji oraz charakter decyzji kończącej postępowanie; c) cel leżący u podstaw danego rodzaju pomocy oraz jej użyteczność w kontekście pandemii COVID-19.

Na podstawie art. 107 ust. 2 lit. b) TFUE państwa członkowskie są uprawnione do udzielania przewoźnikom lotniczym pomocy nadzwyczajnej, której wysokość nie może jednak przekraczać szkód, jakie ponieśli oni w wyniku pandemii COVID-19. Rekompensata obejmuje zasadniczo utracone przychody, pomniejszone o koszty, których udało się uniknąć. Jej wysokość jest obliczana poprzez porównanie faktycznej sytuacji danego przewoźnika lotniczego ze scenariuszem alternatywnym, czyli sytuacją, w jakiej znajdowałby się on, gdyby pandemia COVID-19 nie miała miejsca. Co ważne, to na podmiocie pragnącym udzielić wsparcia ciąży wymóg wykazania bezpośredniego związku pomiędzy poniesioną przez danego przewoźnika szkodą a wprowadzonymi środkami ograniczającymi możliwość przemieszczania się. Konieczność dowiedzenia, że konkretne

[150] Zob.: dec. KE z dn. 25.06.2020 r. w sprawie pomocy państwa SA.57153, przez którą Niemcy pragną przyznać pomoc na rzecz Lufthansy (C(2020) 4372, pkt 113); dec. KE z dn. 22.12.2020 r. w sprawie pomocy państwa SA.59158, którą Polską pragnie przyznać na rzecz linii lotniczej LOT (C(2020) 9606, pkt 117).

[151] Zob. dec. KE z dn. 17.08.2020 r. w sprawach połączonych SA.57543 (duńska pomoc państwa) oraz SA.58342 (szwedzka pomoc państwa) dotyczących dokapitalizowania linii lotniczej SAS AB (C(2020) 5750, pkt 99).

środki krajowe były decydującą przyczyną powstania szkód podlegających rekompensacie, w praktyce mocno ogranicza możliwość przyznawania tego rodzaju pomocy. Komisja jest z kolei zobowiązana zbadać czy związek ten został wystarczająco wykazany. Brak uczynienia zadość temu obowiązkowi może stanowić podstawę do unieważnienia wydanej przez Komisję decyzji.

Odmiennie niż przy pomocy nadzwyczajnej, udzielenie pomocy antykryzysowej nie jest uzależnione od wykazania szkód poniesionych w wyniku pandemii COVID-19. Należy natomiast przedstawić dane wskazujące, że z powodu trwającego poważnego zaburzenia w gospodarce beneficjent pomocy, będący co do zasady „zdrowym" przedsiębiorstwem, znalazł się w trudnej sytuacji finansowej, w szczególności ma problemy z płynnością, a niezbędnych środków nie jest w stanie pozyskać na wolnym rynku. Pozytywne skutki przyznania pomocy antykryzysowej muszą nadto wykraczać poza osobę beneficjenta oraz sektor, do którego on należy. Stąd też Komisja każdorazowo bada znaczenie przedsiębiorstwa, któremu ma zostać przyznana pomoc antykryzysowa, dla gospodarki danego państwa członkowskiego. Warte odnotowania jest, że wymóg ten nie występuje przy pomocy nadzwyczajnej.

Proporcjonalność pomocy jest jedną z przesłanek wymaganych przez prawo unijne w przypadkach pomocy zarówno nadzwyczajnej, jak i antykryzysowej. Sposób badania jej spełnienia znacznie się jednak różni w zależności od tego, o który rodzaj pomocy chodzi. Przyznawana na podstawie art. 107 ust. 2 lit. b) TFUE rekompensata nie może być wyższa niż oszacowana szkoda, przy czym należy ją jeszcze pomniejszyć o kwoty uzyskane z innych tytułów (np. ubezpieczenia). Na uwagę zasługuje, że Komisja bardzo szczegółowo bada sposób oddziaływania wprowadzonych z powodu COVID-19 obostrzeń na sytuację konkretnego przewoźnika lotniczego. Z kolei w przypadku pomocy antykryzysowej nie ma jednego sposobu badania proporcjonalności zamierzonych środków. Przeciwnie, zależy to od formy pomocy (np. dotacja, gwarancja kredytowa, dokapitalizowanie), a dokładne warunki zostały doprecyzowane przez Komisję w wydawanych przez nią wytycznych, określających tymczasowe ramy środków pomocy państwa w celu wsparcia gospodarki w kontekście trwającej epidemii COVID-19. Uwagę zwraca w znacznej mierze techniczny charakter tych warunków, w postaci ustalonych minimalnych lub maksymalnych progów lub wielkości. Rozwiązanie to jest więc zupełnie odmienne od badania proporcjonalności środków pomocy nadzwyczajnej.

Pomoc nadzwyczajna oraz pomoc antykryzysowa charakteryzują się także różnym zakresem uprawnień Komisji oraz charakterem wydawanych przez nią decyzji kończących postępowanie kontrolne. O ile w pierwszym przypadku Komisja nie dysponuje swobodą uznania, a wydana przez nią decyzja ma charakter jedynie deklaratoryjny, o tyle przy ocenie spełnienia przesłanek dotyczących pomocy antykryzysowej Komisja ma szeroki margines uznania, a decyzja kończąca postępowanie ma charakter konstytutywny. Oznacza to, że uprawnienia kontrolne Komisji są szersze w przypadku pomocy antykryzysowej. Różnice te wynikają zaś z faktu, że przewidziane w art. 107 ust. 2 TFUE wyłączenia od zakazu udzielania pomocy, w tym pomoc nadzwyczajna, mają charakter obligatoryjny, podczas gdy wyłączenia wymienione w art. 107 ust. 3 TFUE, w tym pomoc antykryzysowa, mają charakter jedynie fakultatywny.

Celem pomocy nadzwyczajnej jest rekompensata szkód poniesionych przez dane przedsiębiorstwo, pod warunkiem, że to klęska żywiołowa lub określone inne zdarzenie nadzwyczajne jest ich bezpośrednią przyczyną. W dobie pandemii COVID-19 ten rodzaj pomocy jest wykorzystywany

do wyrównywania przewoźnikom lotniczym szkód spowodowanych wprowadzanymi przez państwa członkowskie ograniczeniami w przemieszczaniu się. Sposób ujęcia celu pomocy nadzwyczajnej mocno ogranicza zakres oraz wielkość dopuszczalnego wsparcia. Warto jednak zauważyć, że zastosowanie art. 107 ust. 2 lit. b) TFUE jest możliwe w przypadku zdarzeń nadzwyczajnych, obejmujących swoim zasięgiem znaczny obszar geograficzny, takich jak COVID-19, jak również w sytuacji, gdy zdarzenia te mają jedynie lokalny charakter.

Jako uzasadnienie udzielania pomocy antykryzysowej można wskazać chęć utrzymania „zdrowych", prawidłowo działających przedsiębiorstw w trakcie poważnych zaburzeń w gospodarce danego państwa członkowskiego. Tego rodzaju okoliczności utrudniają bowiem prowadzenie działalności gospodarczej, a w rezultacie mogą prowadzić do problemów z płynnością lub nawet do niewypłacalności i bankructwa przedsiębiorstw. Skutkiem upadku przedsiębiorstw, w szczególności takich, które odgrywają ważną rolę w zapewnieniu prawidłowego funkcjonowania innych firm i działów gospodarki, może być pogłębienie oraz wydłużenie czasu trwania kryzysu, co jest wysoce niepożądane. Mając na uwadze istotne znaczenie transportu lotniczego w gospodarce, za słuszne należy uznać dopuszczenie przez Komisję udzielania przewoźnikom lotniczym pomocy antykryzysowej w dobie pandemii COVID-19. Umożliwia ona przyznawanie przewoźnikom lotniczym wsparcia znacznie wykraczającego poza wyrównanie strat poniesionych w wyniku trwającego kryzysu. Mnogość form wsparcia przy pomocy antykryzysowej pozwala także na dopasowanie danego środka do potrzeb i sytuacji beneficjenta. Warto jednak odnotować, że odmiennie niż w przypadku pomocy nadzwyczajnej, pomoc antykryzysowa może być stosowana jedynie w sytuacji zaburzeń mających wpływ na całą gospodarkę danego państwa członkowskiego. Użycie art. 107 ust. 3 lit. b) TFUE jest zatem wykluczone w przypadku problemów ekonomicznych o zasięgu lokalnym.

Przeprowadzona analiza porównawcza wskazuje, że warunki udzielania obu rodzajów pomocy oraz ich cele znacznie się od siebie różnią. Niemniej jednak warto w tym miejscu zacytować stanowisko Sądu, zgodnie z którym

> „Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej nie stoi na przeszkodzie jednoczesnemu stosowaniu art. 107 ust. 2 lit. b) TFUE oraz art. 107 ust. 3 lit. b) TFUE, o ile są spełnione przesłanki każdego z tych dwóch przepisów. Jest tak w szczególności wtedy, gdy fakty i okoliczności skutkujące poważnym zaburzeniem w gospodarce wynikają ze zdarzenia nadzwyczajnego"[152].

W literaturze został wyrażony pogląd, że pandemia COVID-19 jest pierwszym przypadkiem, kiedy art. 107 ust. 2 lit. b) TFUE oraz art. 107 ust. 3 lit. b) TFUE są stosowane równolegle (zob. Honoré, 2020, s. 113).

Pomoc przyznawana na podstawie art. 107 ust. 2 lit. b) TFUE była szczególnie ważna w pierwszej fazie pandemii, natomiast w miarę znoszenia obostrzeń w przemieszczaniu się traciła na znaczeniu. Szeroki zakres potencjalnego wsparcia oraz wielorakość form interwencji sprawia, że najwięcej środków pomocy jest przyznawanych na podstawie art. 107 ust. 3 lit. b) TFUE. Przepis ten stanowi zatem najważniejszą podstawę dopuszczalności środków pomocy w dobie pandemii COVID-19. Przy czym, jak zostało to wykazane, pomoc nadzwyczajna i pomoc antykryzysowa wzajemnie się uzupełniają i obie odgrywają ważną rolę w procesie wychodzenia z trwającego

[152] Zob. wyr. Sądu z dn. 14.07.2021 r. w sprawie T-677/20 *Ryanair DAC i Laudamotion GmbH przeciwko Komisji Europejskiej*, ECLI:EU:T:2021:465, pkt 102.

kryzysu. Zawarte w art. 107 ust. 2 lit. b) TFUE oraz w art. 107 ust. 3 lit. b) TFUE wyłączenia zapewniają zatem niezbędną elastyczność unijnego systemu pomocy państwa w radzeniu sobie z obecną sytuacją. Dla państw członkowskich stanowią one kluczowe podstawy umożliwiające im dostosowywanie prowadzonej polityki gospodarczej do panujących w danym momencie na rynku warunków, w szczególności poprzez przyjmowanie instrumentów mających wesprzeć przedsiębiorstwa w trakcie poważnych zaburzeń lub kryzysów.

Bibliografia

Agnolucci, I. (2022). Will COVID-19 Make or Break EU State Aid Control? An Analysis of Commission Decisions Authorising Pandemic State Aid Measures. *Journal of European Competition Law & Practice*, *13*(1), 3–16. https://doi.org/10.1093/jeclap/lpab060.

Ahlqvist, V., Claici, A. i Tizik, S. (2020). How to Estimate the COVID-19 Damages? *European State Aid Law Quarterly*, *19*(2), 150–160. https://doi.org/10.21552/estal/2020/2/6.

Boquet, Y. (2021). *Le transport aérien, des origins à la crise COVID-19*. Éditions Universitaires de Dijon: Collection Essais, Dijon.

Buendia, J.L. i Dovalo, A. (2020). State Aid Versus COVID-19. The Commission Adopts a Temporary Framework. *European State Aid Law Quarterly*, *19*(1). https://doi.org/10.21552/estal/2020/1/4.

Dombrovskis, V. (2020, 13 March). Remarks by Executive Vice-President Dombrovskis at the joint Press conference to present the economic response to the Coronavirus crisis. European Commission. Pozyskano z: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/speech_20_464.

Dony, M. (2007). Contrôle des aides d'Etat. W L. Idot (red.), *Commentaire J. Mégret. Droit communautaire de la concurrence*. Éditions de l'Université de Bruxelles.

Eurocontrol. (2020, November). Eurocontrol, Five-Year Forecast 2020–2024. European Flight Movements and Service Units – Three Scenarios for Recovery from COVID-19. Pozyskano z: https://www.eurocontrol.int/sites/default/files/2020-11/eurocontrol-five-year-forecast-europe-2020-2024.pdf.

Eurocontrol. (2021). Eurocontrol, Draft Traffic Scenarios for January 2021 – June 2021. Pozyskano z: https://www.eurocontrol.int/publication/eurocontrol-draft-traffic-scenarios-january-2021-june-2021.

Eurocontrol. (2021a). Eurocontrol, Forecast Update 2021–2027. European Flight Movements and Service Units. Three Scenarios for Recovery from COVID-19. Pozyskano z: https://www.eurocontrol.int/publication/eurocontrol-forecast-update-2021-2027.

Eurocontrol. (2022). Eurocontrol, Forecast Update 2022–2028. European Flight Movements and Service Units After COVID-19, Russian invasion of Ukraine and Europe's energy crisis. Pozyskano z: https://www.eurocontrol.int/publication/eurocontrol-forecast-update-2022-2028.

Eurocontrol. (2023). Eurocontrol, Seven-Year Forecast 2023–2029: Region Definition. Pozyskano z: https://www.eurocontrol.int/sites/default/files/2023-03/eurocontrol-seven-year-forecast-2023-2029-region--definition.pdf.

European Centre for Disease Prevention and Control. (2020). Rapid Risk Assessment, Outbreak of novel Coronavirus disease 2019 (COVID-19): increase transmission globally – fifth update, 2.03.2020. Pozyskano z: https://www.ecdc.europa.eu/sites/default/files/documents/RRA-outbreak-novel-coronavirus-disease-2019-increase-transmission-globally-COVID-19.pdf.

Fedan, R. (2014). Infrastruktura transportowa w procesie kształtowania spójności w obszarze kraju i Europy. W R. Fedan, B. Petrecka, S. Dyrda-Maciałek (red.), *Problemy współczesnej Europy – ujęcie interdyscyplinarne*. Wydawnictwo Państwowej Wyższej Szkoły Techniczno-Ekonomicznej im. ks. Bronisława Markiewicza w Jarosławiu.

Gerard, D. (2009). EC competition law enforcement at grips with the financial crisis: Flexibility on the means, consistency in the principles. *Concurrences*, (1), 46–62.

Honoré, M. (2020). State Aid and COVID-19 – Hot Topics. *European State Aid Law Quarterly*, *19*(2), 111–114. https://doi.org/10.21552/estal/2020/2/2.

Jaspers, M.B. (2004). Emergency aid: an analysis of the Commission's practice with regard to Article 87(2)(b) EC Treaty, in particular in the light of the air transport insurance cases post September 11. *European Competition Law Review*, *25*(9).

Kastelik-Smaga, A. (2020). Epidemia COVID-19 jako siła wyższa w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. *Europejski Przegląd Sądowy*, *5*, 30–41.

Kopeć, A. (2021). Pomoc publiczna w dobie pandemii COVID-19*. internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny, 1*(10), 81–99.

Kowalik-Bańczyk, K. (2020). Kompetencje Unii Europejskiej wobec epidemii COVID-19. *Europejski Przegląd Sądowy*, (5).

Luja, R. (2009). State Aid and the Financial Crisis: Overview of the Crisis Framework. *European State Aid Law Quarterly*, *8*(2), 145–160. https://doi.org/10.21552/ESTAL/2009/2/139.

Maczkovics, C. (2020). How Flexible Should State Aid Control Be in Times of Crisis? *European State Aid Law Quarterly*, *19*(3), 271–283. https://doi.org/10.21552/estal/2020/3/4.

Maes, S. i Mavroghenis, S. (2017). Aid in the Banking Sector. W V. Verouden, P. Werner (red.), *EU State Aid Control: Law and Economics*. Kluwer Law International.

Nicolaides, P. (2020). Application of Article 107(2)(b) TFEU to Covid-19 Measures: State Aid to Make Good the Damage Caused by an Exceptional Occurrence. *Journal of European Competition Law & Practice*, *11*(5–6). https://doi.org/10.1093/jeclap/lpaa026.

Pantazi, T. (2022). State Aid to Airlines in the Context of COVID-19: Damages, Disturbances, and Equal Treatment. *Journal of European Competition & Practice*, *13*(4), 268–277. https://doi.org/10.1093/jeclap/lpab071.

Petrov, P. (2021). State Aid and COVID-19: With a Particular Focus on the Air Transport Sector. *European State Aid Law Quarterly, 20*(4), 461–478. https://doi.org/10.21552/estal/2021/4/3.

Piontek, E. (2005). Ewolucja podejścia Wspólnoty Europejskiej do pomocy państwa dla przedsiębiorstw. W C. Banasiński (red.), *Ochrona konkurencji i konsumentów w Polsce i Unii Europejskiej (studia prawno-ekonomiczne)*. Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Postuła, I. i Werner, A. (2008). *Prawo pomocy publicznej*. LexisNexis.

Riedel, P., Wilson, T. i Cranley, S. (2020). Learnings from the Commission's Initial State Aid Response to the COVID-19 Outbreak. *European State Aid Law Quarterly*, *19*(2), 115–126. https://doi.org/10.21552/estal/2020/2/3.

D'Sa, R.M. (2009). 'Instant' State Aid Law in a Financial Crisis – A U-Turn? *European State Aid Law Quarterly*, *8*(2), 6. https://doi.org/10.21552/ESTAL/2009/2/138.

Savvides, C. i Antoniou, D. (2009). Ailing Financial Institutions: EC State Aid Policy Revisited. *World Competition*, *32*(3), 347–366.

Schmauch, M. (2012). *EU Law on State Aid to Airlines – Law. Economics and Policy.* Lexxicon Publisher – Berlin.

Skoczny, T. (2006). Pomoc publiczna w transporcie lotniczym w świetle prawa wspólnotowego. *Przegląd Prawa Europejskiego*, (1–2), 5–28.

Szymański, W. (2009). *Kryzys globalny. Pierwsze przybliżenie*. Difin.

Taylor, J.B. (2010). *Zrozumieć kryzys finansowy. Przyczyny. Skutki. Interpretacje*. Wydawnictwo Naukowe PWN.

Urban-Kozłowska, J. (2011). 'Bailouts' – Revision of the EU State Aid Policy. *Yearbook of Polish European Studies*, *14*, 55–79.

Vălean, A. (2020). Speech by Commissioner Vălean during an exchange of views at the European Parliament Committee on Transport and Tourism (TRAN). 28.4.2020. Pozyskano z: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/speech_20_2674.

Vaugeois, M. (2014). Les aides d'État dans le secteur de l'aviation en Europe: étude de cas de l'article 107(2)(b) du TFEU. *ZeitschriftfürLuft- und Weltraumrecht*, (63).

World Health Organization. (2020). Coronavirus disease 2019 (COVID-19) Situation Report – 50, 10.03.2020 r. Pozyskano z: https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/situation-reports/20200310-sitrep-50-covid-19.pdf.

World Tourism Organization. (2020). COVID-19 related travel restrictions. A global review for tourism – First Report as of 16 April 2020 r. Pozyskano z: https://webunwto.s3.eu-west-1.amazonaws.com/s3fs-public/2020-04/TravelRestrictions_0.pdf.

Jan Polański*

Rynki nierelewantne

Spis treści

I. Wstęp
II. Stan obecny
1. Wypowiedzi w literaturze
2. Wypowiedzi polskiego organu ochrony konkurencji i sądów
3. Rynki nierelewantne
III. Krytyka
1. Argumenty na poparcie dotychczasowego podejścia
2. Kontrargumenty
2.1. Krytyka argumentu językowego
2.2. Krytyka argumentu faktycznej konieczności
2.3. Krytyka argumentu zasad ogólnych
IV. Szkody i rozwiązania
1. Szkody
2. Rozwiązania
V. Wnioski

Streszczenie

W polskiej literaturze antymonopolowej rozpowszechniony jest pogląd, że w każdej sprawie antymonopolowej niezbędne jest zdefiniowanie rynku właściwego (relewantnego). Powyższe stoi w sprzeczności przykładowo z podejściem przyjętym w prawie unijnym, jednak wskazuje się, że w prawie polskim obowiązek taki wynika w szczególności z brzmienia ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Niniejszy artykuł stanowi próbę obrony tezy przeciwnej: definiowanie rynków właściwych nie zawsze jest niezbędne, a nacisk na ich każdorazowe określanie jest wręcz szkodliwy i prowadzi do wyznaczania „rynków nierelewantnych".

Słowa kluczowe: analiza antymonopolowa; ekonomiczna analiza prawa; ochrona konkurencji; prawo antymonopolowe; prawo konkurencji; rynek właściwy.

JEL: K21

* Radca ds. polityki konkurencji w Urzędzie Ochrony Konkurencji i Konsumentów (UOKiK), Departament Ochrony Konkurencji. ORCID: https://orcid.org/0000-0002-4048-1860. Wszystkie opinie i oceny wyrażone w niniejszym artykule stanowią opinie i oceny autora i nie powinny być utożsamiane ze stanowiskiem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Edition of that article was financed under Agreement Nr RCN/SP/0326/2021/1 with funds from the Ministry of Education and Science, allocated to the "Rozwoj czasopism naukowych" programme.

© 2023 Authors. This is an open access article distributed under the Creative Commons BY 4.0 license (https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/)

I. Wstęp

We wstępie swojego eseju *Zdrowy rozsądek* Thomas Paine (1776/2019) pisał: „Wyrażane na następujących stronicach odczucia jeszcze być może nie dosyć słyną, aby dla nich było sprzyjanie ogólne. Utrwalony nawyk, by nie myśleć o jakiejś rzeczy jako złej, może jej dawać powierzchowność dobrej, a pobudzać do krzyku straszliwego w obronie obyczaju". Chociaż słowa te dotyczyły zagadnienia znacznie bardziej doniosłego niż prawo antymonopolowe, z powodzeniem mogłyby zostać odniesione do definiowania rynków właściwych w Polsce.

W prawie antymonopolowym pojęcie „rynku właściwego" (relewantnego) jest jednym z podstawowych i można spotkać się z twierdzeniem, że zdefiniowanie rynku jest niezbędne dla zastosowania tego prawa. Niniejszy artykuł stanowi próbę obrony tezy przeciwnej – są przypadki, gdy definiowanie rynku właściwego jest zbędne, a polski ustawodawca nie wymaga sformułowania takiej definicji w każdej sprawie. Co do zasady łatwiejsze jest wykazywanie *istnienia* bytów (i obowiązków), a nie ich *nieistnienia*, niemniej nacisk na definiowanie rynków w każdej sprawie wydaje się na tyle szkodliwy i niepraktyczny, że warto podjąć próbę uargumentowania, dlaczego w określonych typach spraw definiowania rynków należałoby całkowicie zaniechać.

Artykuł ma prostą strukturę. Część II zawiera streszczenie najważniejszych poglądów wyrażonych w literaturze oraz opis praktyki orzeczniczej. W części III przedstawiono kontrargumenty względem przyjętego w Polsce podejścia do definiowania rynków. Część IV wskazuje na konsekwencje nieprzyjęcia omówionych kontrargumentów i jednocześnie przedstawia możliwe sposoby rozwiązania problemu. Artykuł koncentruje się na praktykach ograniczających konkurencję i nie obejmuje kwestii definiowania rynków właściwych w postępowaniach koncentracyjnych.

II. Stan obecny

1. Wypowiedzi w literaturze

W polskiej literaturze zasadniczo wskazuje się na konieczność zdefiniowania rynku właściwego w każdej sprawie dotyczącej praktyk ograniczających konkurencję.

Przykładowo A. Stawicki i E. Stawicki (2016) stwierdzają: „Rynek właściwy jest wyznaczany w każdej sprawie antymonopolowej. Bez oznaczenia rynku właściwego, niekiedy rynków właściwych, postępowanie z zakresu ochrony konkurencji nie może być prowadzone"[1]. Jednocześnie podkreślają (w jednym z przypisów do czynionego wywodu), że w ich ocenie wymaga tego m.in. samo brzmienie art. 6 uokik.

T. Skoczny i I. Szwedziak-Bork (2014, s. 148–149) zauważają z kolei:

> „wyznaczenie rynku właściwego w działalności antymonopolowej jest konieczne z trzech powodów: po pierwsze dlatego, że praktyki ograniczające konkurencję i antykonkurencyjne koncentracje nie zachodzą na rynku w ogóle, lecz mają miejsce lub dokonują się zawsze na konkretnych rynkach; po drugie, dlatego, że także skutki tych praktyk występują zawsze na konkretnych rynkach; po trzecie wreszcie, wyznaczenie rynku właściwego jest konieczne dla

[1] Zob. omówienie Stawickiego i Stawickiego (2016) w odniesieniu do art. 4 pkt 9 uokik.

ustalenia siły (pozycji) rynkowej konkretnego przedsiębiorcy lub konkretnych przedsiębiorców, którzy stosują praktyki ograniczające konkurencję lub dokonują antykonkurencyjnych koncentracji".

Wskazują także, że:

„Wyznaczenie rynku właściwego jest więc koniecznym elementem prawidłowości każdego postępowania antymonopolowego tak wspólnotowego, jak i polskiego, a więc zarówno postępowania w sprawie praktyk ograniczających konkurencję, w tym zakazu porozumień ograniczających konkurencję i nadużywania pozycji dominującej, jak i kontroli koncentracji".

W dalszej części omówienia autorzy ci argumentują, że ustawodawca „wprost albo pośrednio" wymaga zdefiniowania rynku właściwego w czterech przypadkach. Po pierwsze, określenia antykonkurencyjnego charakteru porozumienia – w tym zakresie autorzy zauważają również, że przesłanka ta (tj. ograniczenie konkurencji na rynku właściwym) jest wskazana *explicite* w przepisie art. 6 uokik, a także że jakkolwiek nie jest ona wskazana w art. 101 TFUE, to: „sądy wspólnotowe wymagają obecnie jej spełnienia", co ma wynikać z orzeczenia w sprawie *European Night Services*[2]. Po drugie, na potrzeby zastosowania reguły *de minimis*. Po trzecie, w przypadku badania udziałów na potrzeby wyłączeń grupowych. Po czwarte, na potrzeby badania wpływu na handel między państwami członkowskimi Unii Europejskiej.

K. Róziewicz-Ładoń (2011) zauważa natomiast, że:

„Wyznaczenie rynku polega na przeprowadzeniu analizy działalności podmiotów gospodarczych pod kątem segmentacji jakiejś sfery produkcji lub obrotu, aby na tej podstawie wyodrębnić kilka rynków, w tym rynek właściwy w danej sprawie (tzw. rynek relewantny). Stanowi ono [tj. wyznaczenie rynku] konieczny warunek do zastosowania ustawy antymonopolowej. Rynek relewantny wyznacza bowiem płaszczyznę współzawodnictwa przedsiębiorców w zakresie danego towaru na określonym terytorium geograficznym"[3].

Z kolei wydaje się, że K. Kohutek przyjmował różne spojrzenie na przedmiotowe zagadnienie, przy czym początkowo przedstawione przez niego tezy sprawiają wrażenie wewnętrznie sprzecznych. W opracowaniu Kohutka i Sieradzkiej (2008) autor ten, komentując przepis art. 4 uokik, używa bowiem sformułowań kategorycznych:

„konkurencja – wartość stanowiąca przedmiot ochrony tego prawa [tj. prawa konkurencji] – jest procesem występującym zawsze na określonym rynku (rynku właściwym). Wyznaczenie granic tego rynku jest więc niezbędne dla oceny zachowań przedsiębiorców z punktu widzenia ich zgodności z prawem konkurencji, chodzi tu zarówno o ocenę porozumień antykonkurencyjnych, czyli tych, które zmierzają do ograniczenia lub naruszenia konkurencji na rynku właściwym lub nim skutkują (…), jak i praktyk polegających na nadużywaniu pozycji dominującej".

[2] Wyr. SPI z dn. 15.09.1998 r. w sprawach połączonych T-374/94, T-375/94, T-384/94 i T-388/9 *European Night Services* (ECLI:EU:T:1998:198), pkt 93. Odniesienie to wydaje się błędne, zob. dalsze uwagi w części III.2.

[3] Zob. uwagi przedstawione przez Róziewicz-Ładoń (2011) w rozdziale II, pkt 3.2.

Jednak w dalszej części tego samego komentarza (tyle że w odniesieniu do art. 6 uokik) konkluduje on, że w przypadku naruszeń ze względu na cel nie jest konieczne badanie skutków naruszenia, a w konsekwencji „w sytuacji takiej odpada potrzeba badania rynku właściwego, poprzedzona koniecznością jego uprzedniego wyznaczenia”[4].

W późniejszym opracowaniu Kohutka i Sieradzkiej (2014), komentując przepis art. 4 uokik, autor prezentuje już nieco inne stanowisko, zgodnie z którym: „powinien on [tj. rynek właściwy] zostać wyznaczony nie tylko w każdej sprawie antymonopolowej, ale ponadto powinien zostać wyznaczony w sposób prawidłowy”. Autor podkreśla przy tym, że dotyczy to również porozumień stricte kartelowych, że powyższe wynika jednoznacznie z brzmienia art. 6 uokik, a w przypadku prawa unijnego z orzecznictwa, którego przykład ma stanowić orzeczenie w sprawie *Ziegler*[5].

Bardziej zachowawczo do omawianego zagadnienia podchodzi B. Turno (2015, s. 414–416). Zaznacza on, że w istocie w polskiej praktyce przyjęło się wskazywać, że definiowanie rynku właściwego jest niezbędne i że koncepcja ta ma charakter fundamentalny dla stosowania prawa antymonopolowego, ale że tym, co tak naprawdę pozostaje istotne, jest siła rynkowa. Turno przywołuje w tym zakresie podejście unijne i argumentuje, że nie zawsze w prawie unijnym rynki właściwe są definiowane, a mimo to sprawy są rozpatrywane. Sugeruje on, że podobne podejście mogłoby zostać przyjęte w Polsce. Niestety autor ten nie przedstawia szerszej argumentacji w tym zakresie poza nawiązaniem do prawa unijnego (oraz zasadności koncentrowania się na sile rynkowej, a nie rynku właściwym jako takim) ani nie poddaje bardziej otwartej krytyce poglądów wyrażanych przez innych przedstawicieli doktryny[6].

Kwestią odrębną od samego zdefiniowania rynku właściwego jest sposób tego definiowania. Z punktu widzenia niniejszego artykułu jest to zagadnienie poboczne, ale dla pełnego zarysowania kontekstu, w którym rynki są definiowane, warto odnotować, że w polskiej literaturze występował spór o to czy rynki właściwe należy definiować „wąsko” (zob. przykładowo Skoczny i Szwedziak-Bork, 2014, s. 151). Stanowiska w tym zakresie przyjmowały różną formę, ale obecnie wydaje się dominować pogląd, że rynki właściwe należy definiować „poprawnie”, przy czym przedmiotem odrębnej dyskusji mogłoby być znaczenie sformułowania „poprawne definiowanie”.

[4] Zasadniczo można przyjąć, że to ostatnie zdanie może znaczyć, że „odpada” konieczność „badania”, ale że zdanie to nie mówi o „odpadnięciu” konieczności „zdefiniowania” (które to „zdefiniowanie” zawsze musi nastąpić, jeżeli prowadzi się „badanie”, z czego jednak nie wynika, że w braku „badania” nie występuje obowiązek „zdefiniowania”), niemniej w takiej sytuacji należałoby przedmiotowe zdanie uznać za niekoniecznie fortunnie skonstruowane. Por. również omówienie Stawickiego i Stawickiego (2016), którzy wskazują (w przypisie 313) poglądy K. Kohutka z 2008 r. jako odmienne od ich własnych.

[5] Wyr. TS z dn. 11.07.2013 r. w sprawie C-439/11 P *Ziegler* (ECLI:EU:C:2013:513), pkt 63. Odniesienie to wydaje się błędne, zob. dalsze uwagi w części III.2.

[6] W formie podobnej do B. Turno do kwestii (braku) niezbędności każdorazowego definiowania rynków właściwych odnosiłem się też kilka lat temu, zob. Polański (2019). Z kolei Banasiński (2015, s. 186) omawia kwestię definiowania rynków właściwych, wskazując: „*Rynek* właściwy wyznaczany jest w każdej sprawie antymonopolowej, z uwagi na fakt, że jest to podstawowe narzędzie identyfikowania konkurencji i konkurentów”. Powyższe stanowi jednak stwierdzenie co do praktyki orzeczniczej (jej opis), dlatego w celu uniknięcia nadinterpretowania słów tego autora nie zostają one przypisane do któregokolwiek ze stanowisk. Niezależnie od powyższego zasadne jest jednak odnotowanie, że w opracowaniu Banasińskiego i Piontka (2009), komentując przepis art. 6 uokik, autorzy akceptują pogląd, że: „Ograniczenie konkurencji musi wystąpić na rynku właściwym, który musi być uprzednio wyznaczony poprawnie i indywidualnie na użytek każdego postępowania antymonopolowego” oraz że: „Zgodnie z art. 6 zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji na rynku właściwym. Zgodnie z tym przepisem, organ antymonopolowy powinien wykazać w decyzji kończącej określone postępowanie, że mogło dojść lub doszło (…) do ograniczenia konkurencji na rynku właściwym, który zostanie uprzednio wyznaczony dla konkretnej sprawy indywidualnie”, niemniej w ich ocenie w przypadku niektórych typów naruszeń kwestia definicji rynku „może pozostać otwarta”, ponieważ udział w rynku jest irrelewantny z punktu widzenia orzekania.

2. Wypowiedzi polskiego organu ochrony konkurencji i sądów

Praktyka polskiego organu ochrony konkurencji przyjęła zasadniczo tę formę, że gdy stwierdza on naruszenie art. 6 lub 9 uokik, to definiuje rynek właściwy[7]. Rynek ten jest wskazywany w sentencji decyzji. Powyższe dotyczy również naruszeń art. 101 oraz 102 TFUE.

Zawarte w uzasadnieniach decyzji wypowiedzi organu co do kwestii definiowania rynków przyjmują różną formę. Przykładowo w decyzji RKT-41/2012, dotyczącej kartelu cenowego, stwierdzał on:

> „Praktyki ograniczające konkurencję ujawniają się na określonym rynku właściwym. Stąd też dla poprawnej oceny zachowania uczestników niniejszego postępowania w kontekście zastosowania art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów konieczne jest zdefiniowanie rynku właściwego w sprawie".

Stwierdzenie to (z wyłączeniem fragmentu: „praktyki ujawniają się na określonym rynku") nie ma charakteru generalnego. Odnosi się do konkretnej sprawy rozpatrywanej przez organ („dla poprawnej oceny zachowania uczestników **niniejszego** postępowania"). Nie wyjaśniono jednak związku przyczynowo-skutkowego między poczynioną obserwacją ogólną a wnioskiem i nie wskazano, dlaczego w tej konkretnej sprawie zdefiniowanie rynku właściwego było w istocie konieczne.

Podobne uwagi organ zawarł w co najmniej 46 innych decyzjach z lat 2001–2021 dotyczących porozumień ograniczających konkurencję i upublicznionych na stronach internetowych Urzędu[8]. Podobna myśl bywa też wyrażana w inny sposób – przykładowo w decyzji DOK-11/2010, dotyczącej *Ogrodów Polskich*, organ stwierdził, że badając sprawę „należy określić rynek właściwy", formułując wniosek ogólny.[9]

W nowszym orzecznictwie z zakresu porozumień ograniczających konkurencję organ rzadziej zawiera tego rodzaju uwagi – przykładowo są one nieobecne w decyzjach dotyczących spraw *Yamaha*, *Warszawskiego rynku ciepła*, *Klubów fitness*, *Dealerów DAF*, przy czym w każdej z tych spraw podjęto się zdefiniowania rynku i wskazano go w sentencji decyzji[10]. Jeżeli organ stosuje prawo unijne, to w nowszym orzecznictwie częściej też wskazuje, że zgodnie z prawem unijnym, nie w każdej sprawie konieczne jest zdefiniowanie rynku właściwego.

Trudno jednak mówić, aby podejście organu było co do tych kwestii jednolite. Przykładowo w decyzji z 2020 r., dotyczącej sprawy *Walter*, organ stwierdzał:

> „Praktyki ograniczające konkurencję ujawniają się na określonym rynku, dlatego konieczne jest zdefiniowanie rynku właściwego w niniejszej sprawie"[11].

[7] Zastrzeżenie „zasadniczo" wynika z tego, że w dawniejszych decyzjach, wydawanych w latach dziewięćdziesiątych (zob. np. dec. Prezesa UOKiK z dn. 16.05.1997 r., DDR-31/97), organ niekoniecznie definiował rynki właściwe – przy czym należy mieć na względzie, że decyzje te były wydawane w innym stanie prawnym.

[8] Większość z tych decyzji została wydana w wyniku postępowań prowadzonych w delegaturach Urzędu. Mając na względzie liczbę tych decyzji, poniżej (a także w kolejnych przypisach) dla większej przejrzystości przywołane zostają jedynie znaki decyzji: RKT-67/2004, RKT-17/2005, RKT-29/2005, RKT-31/2006, RKT-84/2006, RKT-97/2006, RKT-22/2007, RŁO-47/2007, RKT-25/2008, RKT-88/2008, RKT-110/2008, RKT-22/2009, RPZ-26/2009, RKT-27/2009, RKT-35/2009, RKT-4/2010, RBG-6/2010, RPZ-26/2010, RBG-24/2010, DOK-6/2011, RKT-22/2011, RBG-27/2011, DOK-13/2011, RBG-19/2012, RBG-30/2012, RKT-48/2012, RKT-49/2012, RKT-16/2013, RKT-21/2013, RKT-46/2013, RLU-37/2013, RKT-51/2013, RLU-39/2013, RBG-42/2013, RLU-25/2014, RKT-4/2014, RKT-42/2014, RKR-30/2014, RKT-50/2013, DOK-10/2014, DOK-11/2014, RLU-29/2014, RBG-47/2014, RLU-5/2016, RLU-7/2016, DOK-7/2021. Powyższe uzupełnia decyzja RKT-41/2012, o której mowa była wcześniej.

[9] W latach 2001–2021, organ użył tego sformułowania w co najmniej 7 innych decyzjach, dotyczących antykonkurencyjnych porozumień, z których ostatnia została wydana w 2013 r. i z których wszystkie zostały wydane w wyniku postępowań prowadzonych przez Departament Ochrony Konkurencji. Te decyzje (z wyłączeniem dec. DOK-11/2010) to: DOK-4/2011, DOK-10/2011, DOK-12/2011, DOK-7/2012, DOK-8/2012, DOK-5/2013, DOK-6/2013. Taki ogólny wniosek, aczkolwiek w innych słowach, był też wyrażany we wskazanym wyżej okresie np. w dec.: DDF-13/2003, DOK-100/2004, DOK-164/2006.

[10] Numery dec. w sprawach przywołanych wyżej to kolejno: DOK-4/2020, DOK-5/2020, DOK-6/2020, DOK-8/2021.

[11] Znak dec. wydanej w sprawie *Walter* to: RŁO-11/2020. W latach 2001–2021 podobne sformułowania zawarto w co najmniej 6 innych decyzjach, dotyczących antykonkurencyjnych porozumień, wydanych przez delegatury Urzędu i upublicznionych na stronie internetowej organu. Te dec. to:

Podobnie jak wcześniej, uwagi te mają formę, w której z przesłanki ogólnej („ujawnianie się") wyciągany jest wniosek co do konkretnej rozpatrywanej sprawy, przy czym nie jest szerzej wyjaśniane, dlaczego zdefiniowanie rynku jest konieczne.

W praktyce organ definiuje nie tylko rynki właściwe, na których doszło do ograniczenia konkurencji, ale także inne „rynki właściwe". Dotyczy to postępowań związanych z porozumieniami wertykalnymi, w których organ definiuje rynki właściwe, na których „doszło do zawarcia porozumienia" – rynki te również wskazywane są w sentencjach decyzji[12].

Powszechną praktyką organu jest też to, że w przypadku spraw dotyczących najpoważniejszych naruszeń mających formę porozumień (kartele, wertykalne ustalanie cen), organ odnotowuje w decyzjach, że definicja rynku właściwego nie musi być dokładana (ponieważ jej kształt i tak nie wpłynie na konkluzję co do ograniczenia konkurencji)[13].

Orzecznictwo sądów w powyższym zakresie jest korzystne dla organu ochrony konkurencji w tym sensie, że zasadniczo pokrywa się ono z podejściem prezentowanym przez organ (co nie budzi zaskoczenia, zważywszy, że stosując to podejście, organ często powołuje się na wcześniejsze wypowiedzi sądów, w tym Sądu Najwyższego).

W nowszym orzecznictwie – w sprawie *Anyro*, dotyczącej RPM – Sąd Najwyższy stwierdzał m.in. że „prawidłowe wyznaczenie rynku właściwego ma wprawdzie znaczenie dla poprawnego zastosowania przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów", ale że nie można wymagać od organu dokonywania szczegółowych ustaleń co do rynku właściwego, gdy sposób zdefiniowania tego rynku nie może wpłynąć na konkluzję co do legalności praktyki[14]. Co do samej tezy zacytowanej wyżej, Sąd Najwyższy zaznaczał przy tym (poprzez zawarcie stosownego odesłania), że pozostaje ona powiązana z jego wcześniejszym orzecznictwem w postaci spraw III SK 13/06, III SK 5/09, III SK 21/11[15]. Niemniej należy zauważyć, że dwie pierwsze z tych spraw dotyczyły nadużywania pozycji dominującej, a jedynie ostatnia RPM (i co do przedmiotowej konkluzji czyniła ona odniesienia do dwóch wskazanych wcześniej spraw dotyczących nadużywania pozycji dominującej)[16].

3. Rynki nierelewantne

Posługując się przywołaną na wstępie poetyką Paine'a, można stwierdzić, że „obyczajem" w polskim prawie antymonopolowym stało się każdorazowe definiowanie rynku właściwego. Podejście to prowadzi jednak do definiowania czegoś, co należałoby nazwać „rynkami nierelewantnymi". Za takie rynki należy w szczególności uznać:

1) rynki właściwe definiowane w sprawach kartelowych i RPM, tj. zasadniczo przy naruszeniach „ze względu na cel", a przynajmniej przy naruszeniach najpoważniejszych (*hardcore*);
2) rynki właściwe definiowane na potrzeby zastosowania prawa unijnego, w sytuacji, gdy prawo unijne tego nie wymaga;

RKR-10/2016, RWR-1/2017, RWR-6/2017, RWR-1/2019, RGD-12/2019, RBG-5/2020. Jak też wskazano wcześniej, w dec. DOK-7/2021 podobna myśl została wyrażona innymi słowami.

[12] Tak przykładowo we wskazanej wcześniej sprawie *Yamaha* (dec. DOK-4/2020).

[13] Zob. np. dec. DOK-4/2020, akapit 79.

[14] Wyr. SN z dn. 15.02.2019 r. w sprawie I NSK 10/18.

[15] Wyr. SN z dn. 14.09.2006 r. w sprawie III SK 13/06; wyr. SN z dn. 19.08.2009 r. w sprawie III SK 5/09; wyr. SN z dn. 23.11.2011 r. w sprawie III SK 21/11.

[16] Tak wskazywałem już kilka lat temu, zob. Polański (2019).

3) rynki właściwe „zawarcia porozumienia", w szczególności w sytuacji, gdy istotne w sprawie są nietożsame z nimi rynki właściwe, na których doszło do ograniczenia konkurencji[17].

W mojej ocenie podejście to oparte jest na błędnych podstawach i korzystne byłoby odejście od niego – jeżeli nie przez wzgląd na samo to, że jest ono błędne, to przynajmniej w poczuciu, że „czas to pieniądz" i nie warto poświęcać go na coś, co jest pozbawione znaczenia.

W kolejnej części artykułu przywołane zostają możliwe powody dla każdorazowego definiowania rynków właściwych i omówione zostają kontrargumenty. W dalszej kolejności wskazane zostaje również, dlaczego obecna praktyka jest szkodliwa i jakie są możliwe kroki ku jej zmianie.

III. Krytyka

1. Argumenty na poparcie dotychczasowego podejścia

Wydaje się, że można sformułować co najmniej trzy ogólne argumenty na rzecz obowiązku zdefiniowania rynku właściwego w każdej sprawie dotyczącej praktyk ograniczających konkurencję. Obowiązek taki może hipotetycznie wynikać:

1) wprost lub pośrednio z języka uokik;
2) z konieczności dowiedzenia ograniczenia konkurencji;
3) z ogólnych zasad prawa.

Język ustawy. Argument ten polega na tym, że z samej treści uokik (przede wszystkim art. 6 uokik) ma wynikać obowiązek zdefiniowania rynku właściwego. Taki argument wydaje się zawarty np. w twierdzeniach przedstawionych przez Skocznego i Szwedziak-Bork (2014), gdzie odnotowane jest, że art. 6 uokik mówi *explicite* o rynku właściwym, a bardziej wprost u Stawickiego i Stawickiego (2016) oraz Kohutka i Sieradzkiej (2014). Obowiązek taki wynikałby z ustawy wprost, jeżeli znajdowałby się w niej przepis odnoszący się bezpośrednio do kwestii obowiązku zdefiniowania rynku albo pośrednio, jeżeli mimo braku bezpośredniego wskazania takiego obowiązku mógłby on zostać odtworzony w drodze np. wynikania logicznego (rozumianego ściśle, tj. logiki formalnej języka, a nie poczucia, że „to brzmi sensownie").

Ograniczenie konkurencji. W ramach tego argumentu przyjmuje się za możliwe, że ani wprost, ani pośrednio obowiązek zdefiniowania rynku właściwego nie wynika z języka użytego przez ustawodawcę, ale mimo wszystko zdefiniowanie rynku właściwego jest z praktycznego punktu widzenia niezbędne. Nie można stwierdzić istnienia ograniczenia konkurencji na rynku właściwym bez zdefiniowania rynku właściwego. Innymi słowy, w procesie analizy praktyki rynkowej nie można pominąć kroku zdefiniowania rynku, jeżeli chce się dojść do wniosku, że na jakimś rynku właściwym konkurencja została ograniczona.

[17] Do podobnego wniosku dochodzą Banasiński i Piontek (2009), którzy komentując przepis art. 6 uokik, zauważają: „Od strony formalnej należy rozważyć, czy decyzja organu antymonopolowego (w przypadku porozumień wertykalnych) powinna w swej treści zawierać wskazanie dwóch rynków właściwych (dla porozumienia i ograniczenia). Zgodnie z brzmieniem art. 6 organ antymonopolowy powinien wskazać rynek właściwy, na którym doszło do ograniczenia, wyeliminowania lub naruszenia konkurencji w inny sposób (ten rynek jest rynkiem właściwym w rozumieniu art. 6), a zatem nie jest zobligowany do wskazania rynku, na którym doszło do zawarcia porozumienia" – jak zostaje omówione w części III niniejszego artykułu, błędne jednak wydaje się założenie, że „zgodnie z brzmieniem art. 6 organ antymonopolowy powinien wskazać rynek właściwy, na którym doszło do ograniczenia (…) konkurencji". Za „nierelewantne" należałoby również uznać rynki właściwe definiowane w postanowieniach o wszczęciu postępowania, przy czym zważywszy, że postanowienia te nie stanowią rozstrzygnięć można powyższe uznać za odrębne zagadnienie. Por. Róziewicz-Ładoń (2011), rozdział II, pkt 3.2: „Zazwyczaj wyznaczenie rynku właściwego w sprawie ma miejsce już na etapie wszczęcia postępowania (…), choć de facto – zgodnie z poglądem prezentowanym przez Sąd Najwyższy – określenie jego stanowi dopiero przedmiot ustalenia w toku postępowania (nie musi więc nastąpić w postanowieniu o wszczęciu postępowania antymonopolowego)".

Zasady prawa. Argument ten może zostać przywołany, nawet jeżeli dwa poprzednie zostaną odrzucone. Można na przykład twierdzić, że być może ani w wymiarze teoretycznym odnoszącym się do języka ustawy, ani w wymiarze praktycznym zdefiniowanie rynku właściwego nie jest niezbędne z punktu widzenia organu (tj. nie jest mu potrzebne), ale jest potrzebne przedsiębiorcy, żeby np. wykonać swoje prawo do obrony.

W mojej ocenie żaden z tych argumentów nie jest przekonujący, a przynajmniej wszystkie z nich pozostawiają pole do innej interpretacji prawa – takiej, która jest zarówno zbieżna z istotą działań podejmowanych przez organ ochrony konkurencji i sądy, jak i mniej szkodliwa dla rozwoju prawa antymonopolowego w Polsce.

2. Kontrargumenty

2.1. Krytyka argumentu językowego

Może budzić pewne kontrowersje, co oznacza, że obowiązek zdefiniowania rynku właściwego wynika z języka ustawy wprost lub pośrednio. Na potrzeby omówienia niżej przyjęto, że chodziłoby o przeprowadzenie wykładni językowo-logicznej przepisów uokik. Z przepisów tych obowiązek taki albo musiałby wynikać *expressis verbis*, albo musiałby móc zostać odtworzony na podstawie logiki formalnej języka. Bardziej złożone formy interpretacji ustawy omawiane są dalej, w części dotyczącej konieczności definicji rynku w kontekście stwierdzenia ograniczenia konkurencji – nawet w przypadku braku zgody co do tak wąskiego rozumienia argumentu językowego, właściwe kontrargumenty omówione zostają zatem dalej.

Co do samego brzmienia ustawy, to ustawodawca używa w uokik sformułowania „rynek właściwy" dziesięć razy. Określenie to pojawia się w art. 4 (gdzie jest zdefiniowane, a następnie przywołane ponownie przy definiowaniu pojęć „pozycja dominująca" oraz „konkurenci"), art. 6 (antykonkurencyjne porozumienia), art. 7 (reguła *de minimis*), art. 8 (wyjątek co do antykonkurencyjności oraz podstawa do wydawania rozporządzeń wyłączających) i art. 9 uokik (nadużycie pozycji dominującej)[18].

Zgodnie z art. 6 uokik: „Zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym".

Z kolei zgodnie z art. 9 uokik: „Zakazane jest nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym przez jednego lub kilku przedsiębiorców".

Treść pozostałych przepisów ustawy, w których pojawia się nawiązanie do rynku właściwego, można na potrzeby dalszego omówienia pominąć, ponieważ ich znaczenie jest mniejsze.

Z żadnego z tych przepisów obowiązek zdefiniowania rynku właściwego nie wynika *expressis verbis*. Brakuje w uokik przepisu mającego formę np. „stwierdzając naruszenie art. 6 uokik Prezes Urzędu definiuje rynek właściwy, na którym doszło do wyeliminowania, ograniczenia lub naruszenia konkurencji w inny sposób" lub innego równoważnego.

[18] Jakkolwiek niniejszy artykuł dotyczy praktyk ograniczających konkurencję, to na marginesie warto zwrócić uwagę, że w „koncentracyjnej" części uokik ustawodawca nie używa pojęcia „rynek właściwy", ale po prostu „rynek" (art. 18 uokik mówi: „Prezes Urzędu, w drodze decyzji, wydaje zgodę na dokonanie koncentracji, w wyniku której **konkurencja na rynku nie zostanie istotnie ograniczona**, w szczególności przez powstanie lub umocnienie **pozycji dominującej na rynku**"). Biorąc pod uwagę, że pozycja dominująca jest zdefiniowana poprzez odniesienie do koncepcji rynku właściwego, druga część powyższej konstrukcji jest ułomna legislacyjnie. Jakkolwiek całość powyższego wydaje się wynikać z błędów legislacyjnych, omówiony brak sprawia, że optowanie za niezbędnością zdefiniowania rynku właściwego w każdej sprawie z zakresu praktyk ograniczających konkurencję w oparciu o argumenty językowe obarczony jest pewnym ryzykiem – konsekwentne byłoby bowiem przyjęcie, że skoro takich słów zabrakło w koncentracyjnej części ustawy, to najwyraźniej ustawodawca nie sformułował obowiązku definiowania rynków właściwych w sprawach koncentracyjnych. Tym bardziej uzasadnione wydaje się przestrzeżenie przed nadmiernym skoncentrowaniem na słowach „rynek właściwy" w ustawie kosztem Paine'owskiego „zdrowego rozsądku".

Z żadnego z tych przepisów obowiązek taki nie wynika też pośrednio. Prawdą jest, że w art. 6 uokik ustawodawca zawarł stwierdzenie, że do ograniczenia konkurencji ma dojść „na rynku właściwym", ale z tego na gruncie logiki formalnej języka nie wynika obowiązek zdefiniowania rynku. Ograniczając się do samej analizy języka ustawy, o ile tylko istniałaby jakaś kategoria naruszeń, która zawsze ograniczałaby konkurencję na (przynajmniej jednym) rynku właściwym, to możliwe byłoby stwierdzenie, że do naruszenia doszło nawet przy braku zdefiniowania rynku właściwego. Powyższe dotyczy *de facto* nawet nadużywania pozycji dominującej na rynku właściwym – w wyjątkowo rzadkich przypadkach możliwe jest bowiem wywiedzenie istnienia pozycji dominującej (tj. posiadania odpowiedniej siły rynkowej) i jej nadużycia z okoliczności innych niż możliwe do ustalenia w związku z definiowaniem rynku właściwego[19].

Powyższe nie wyklucza jeszcze, że obowiązek każdorazowego zdefiniowania rynku właściwego w Polsce istnieje, ale musiałby on wynikać z innych względów niż sam język ustawy nieuzupełniony o jakieś dodatkowe przesłanki (założenia) niezawarte wprost w przywołanych wyżej przepisach – kwestii tej poświęcona jest kolejna część omówienia.

2.2. Krytyka argumentu faktycznej konieczności

Najistotniejszym argumentem na rzecz istnienia obowiązku zdefiniowania rynku właściwego wydaje się argument „faktycznej konieczności". Ten argument można z teoretycznego punktu widzenia łączyć dodatkowo z wykładnią celowościową i porównawczą.

Na płaszczyźnie celów, jakimi mógł się kierować ustawodawca, należy przypomnieć, że jakkolwiek „rynek właściwy" jest pojęciem prawnym (został zdefiniowany w uokik), to jest koncepcją wynikającą z refleksji ekonomicznej nad prawem antymonopolowym.

Koncepcja ta niezmiennie budzi duże kontrowersje[20]. Tym, co powinno być jednak jasne, jest fakt, że rynek właściwy nie jest celem samym w sobie. Jest to narzędzie, które ma ułatwiać określenie czy dana praktyka rynkowa może być szkodliwa, tj. czy stanowi zakazane „ograniczenie konkurencji" w rozumieniu prawa antymonopolowego[21]. I tak przykładowo na długo przed tym, gdy w Polsce uchwalone zostało prawo antymonopolowe, Philip Areeda (1983, s. 553), pisząc o rynkach właściwych, zauważał:

> „Definicja rynku to jedynie środek do celu. W salach wydziału prawa jestem regularnie rozczarowany tym, że moi studenci przeskakują do definicji rynku bez określenia najpierw, na jakie pytanie prawne sąd liczy znaleźć odpowiedź dzięki definicji rynku".

Z tym silnym powiązaniem rynku właściwego z teorią szkody wiąże się to, że jeżeli teoria szkody jest na tyle prosta, że nie wymaga zdefiniowania rynku właściwego, aby można było uznać tę teorię za sensowną (albo wręcz nie oczekuje się w danej kategorii spraw od organu, aby omawiał teorię szkody), to nie ma potrzeby definiowania rynku właściwego. W konsekwencji,

[19] Tak było np. w Stanach Zjednoczonych w sprawie *Eastman Kodak*, 504 U.S. 451 (1992). Zob. również Bishop i Walker (2010, s. 104). Kwestia ta jest związana z szerszym zagadnieniem sposobów wywodzenia siły rynkowej, o czym pisze np. Turno (2015). Należy podkreślić, że w omówieniu wyżej nie chodzi o to, aby rozpowszechniać podejście, w ramach którego istnienie siły rynkowej stwierdzane będzie bez zdefiniowania rynku – można się spodziewać, że podejście takie byłoby obarczone dużym ryzykiem błędów. Powyższe ilustruje jedynie, że możliwe jest wykazanie istotnych prawnie okoliczności (siła rynkowa) bez zdefiniowania rynku – język użyty przez ustawodawcę pozostaje w zgodzie z tym ogólnym wnioskiem.

[20] Użyteczny przegląd tych kontrowersji w nowszej literaturze opracowali Glasner i Sullivan (2020), którzy przedstawiają też liczne odwołania do literatury starszej; zob. także Eben (2021).

[21] Na tę kwestię coraz częściej zwraca zresztą uwagę sam polski organ ochrony konkurencji. Przykładowo, w dec. DOK-5/2020, DOK-6/2020, DOK-5/2021, DOK-6/2021, DOK-8/2021, DOK-1/2022 organ zauważa: „Koncepcja rynku właściwego stanowi narzędzie analityczne służące weryfikowaniu, czy w kontekście określonej teorii szkody może dochodzić do zapobieżenia, ograniczenia lub zakłócenia konkurencji".

np. w Stanach Zjednoczonych, definicja rynku właściwego jest pozbawiona znaczenia w niektórych typach spraw, tj. w szczególności w odniesieniu do tzw. naruszeń *per se* (Glasner i Sullivan, 2020, s. 338; Kaplow, 2010, s. 438)[22]. Podobnie w prawie unijnym przyjęto, że nie w każdej sprawie zdefiniowanie rynku jest niezbędne[23]. W tym ostatnim zakresie warto odnotować, że pojawiające się w polskiej literaturze twierdzenia, że taki obowiązek zawsze istnieje są błędne i wydają się wynikać z błędnego odczytania znaczenia orzeczenia w sprawie *European Night Services*[24]. Podobnie za pozbawione podstaw należy uznać odniesienia do sprawy *Ziegler*[25].

W wymiarze porównawczym można wskazywać, że w przeciwieństwie do w szczególności art. 101 i 102 TFUE, polski ustawodawca zawarł w polskich odpowiednikach tych regulacji odniesienie do rynku właściwego. To z kolei może służyć jako argument na poparcie tezy, że celem polskiego ustawodawcy (w przeciwieństwie do prawodawcy unijnego) było zobligowanie organu ochrony konkurencji i sądów do każdorazowego definiowania rynków właściwych. Trudno jednak wskazać, dlaczego miałoby tak być – za co najmniej równie prawdopodobny (i dodatkowo wspierany przez wykładnię językową) należy uznać wniosek, że polski ustawodawca chciał mieć pewność, że organy stosujące prawo będą odnosiły pojęcia ograniczenia konkurencji „ze względu na cel" i „ze względu na skutek" oraz „pozycji dominującej" do rynków właściwych, co jednak – jak wskazano wcześniej – nie wymaga ich zdefiniowania w każdym przypadku.

Sformułowanie „nie w każdym przypadku" jest tu kluczowe. Nie chodzi bowiem o to, że definiowania rynku właściwego zawsze będzie można uniknąć – chodzi jedynie o to, że brakuje prawnego *obowiązku* przeprowadzenia takiej definicji w *każdego* typu sprawie (co nie oznacza, że taka *konieczność* nie istnieje w *niektórych* sprawach).

Rozgraniczenie jest tu przy tym proste: w przypadku np. art. 6 uokik ustawodawca dostarczył organom stosującym prawo możliwość identyfikowania porozumień ograniczających konkurencję na rynku właściwym „ze względu na cel" oraz „ze względu na skutek". Te pierwsze nie wymagają opisywania teorii szkody ani oceniania potencjalnych lub rzeczywistych skutków naruszenia. Żeby prawidłowo ustalić, że zmowa przetargowa ogranicza konkurencję nie jest konieczne definiowanie rynku właściwego, badanie jakie produkty wywierają presję cenową na produkty objęte zmową, analizowanie udziałów rynkowych itp. Zmowa taka przez sam wzgląd na to, że jest naruszeniem „ze względu na cel" będzie ograniczała konkurencję na rynku właściwym, w skład którego wchodzą produkty, których dotyczy zmowa[26].

[22] Należy podkreślić, że odrębne zagadnienie stanowi *private enforcement* i ewentualne definiowanie rynków na potrzeby szacowania szkody w rozumieniu prawa cywilnego – ta kwestia pozostaje jednak bez znaczenia na potrzeby zastosowania publicznoprawnych reguł konkurencji.

[23] Wyr. SUE z dn. 16.09.2013 r. w sprawie T-396/10 *Zucchetti Rubinetteria SpA* (ECLI:EU:T:2013:446), pkt 28 i 38; wyr. SPI z dn. 25.10.2005 r. w sprawie T-38/02 *Groupe Danone* (ECLI:EU:T:2005:367), pkt 99; wyr. SPI z dn. 6.07.2000 r. w sprawie T-62/98 *Volkswagen* (ECLI:EU:T:2000:180), pkt 230.

[24] Na poparcie tego twierdzenia Skoczny i Szwedziak-Bork (2014) przywołują akapit 93 tego orzeczenia – analiza tego akapitu wskazuje jednak, że w ogóle nie zawiera on tezy o konieczności definiowania rynków właściwych w każdej sprawie (ani wprost, ani pośrednio). Dla przypomnienia należy też wskazać, że sprawa *European Night Serivces* dotyczyła porozumienia notyfikowanego w 1994 r. Komisji Europejskiej przez przedsiębiorców zajmujących się przewozem pasażerów na trasach pod kanałem La Manche. W sprawie tej Komisja Europejska udzieliła wyłączenia indywidualnego (w okresie tym istniały jeszcze „wyłączenia indywidualne"), ale zrobiła to warunkowo. Już na etapie wyłączania tego porozumienia Komisja Europejska zdefiniowała w tej sprawie rynek właściwy – porozumienie to nie było klasycznym kartelem.

[25] Na poparcie tezy o niezbędności definiowania rynków właściwych nawet w sprawach ściśle kartelowych Kohutek i Sieradzka (2014) wskazują akapit 63 wyroku sądu we wskazanej wyżej sprawie, jednak we fragmencie tym Trybunał Sprawiedliwości wprost przesądza, że jest odwrotnie. Prawdą jest, że w sprawie *Ziegler* Trybunał Sprawiedliwości wskazał, że w tej konkretnej sprawie rynek właściwy powinien był zostać wskazany. Niemniej wynikało to jedynie ze szczególnych okoliczności sprawy i tego, że Komisja Europejska w decyzji zawarła argumenty, które w ocenie Trybunału Sprawiedliwości w połączeniu z faktem, że Komisja Europejska sama związała siebie określonymi wymogami przedstawionymi w obwieszczeniu o wpływie na handel (które dla sądów i państw członkowskich Unii Europejskiej nie jest wiążące) wymusiły na Komisji Europejskiej takie działanie.

[26] Może powstawać pokusa, aby stwierdzić, że nie jest możliwe ustalenie, że porozumienie było zawarte między konkurentami i było kartelem bez zdefiniowania rynku właściwego – takie twierdzenie byłoby jednak błędne. To, że przedsiębiorcy są konkurentami z powodzeniem można ustalić na podstawie czy to dowodów z komunikacji między nimi, czy faktu, że np. przystąpili do przetargu i konkurowali w nim.

W chwili, w której organ stwierdza, że porozumienie należało do kategorii naruszeń „ze względu na cel", definiowanie rynku właściwego nie spełnia już z prawnego punktu widzenia żadnej istotnej funkcji – staje się nie środkiem do celu, ale celem samym w sobie. Działanie takie może mieć wartość z punktu widzenia dydaktycznego, ale trudno wskazać, jakie miałoby mieć znaczenie z punktu widzenia praktycznego – posiada jednocześnie koszty, o których mowa będzie jeszcze dalej.

2.3. Krytyka argumentu zasad ogólnych

Argumenty związane z zasadami ogólnymi prawa mogą dotyczyć przede wszystkim dwóch obszarów: (a) wskazywania, że zdefiniowanie rynku jest niezbędne dla możliwości wykonywania prawa do obrony; (b) zdefiniowanie rynku jest niezbędne dla zapewnienia precyzyjności rozstrzygnięcia.

Jak w przypadku wielu argumentów związanych z ogólnymi zasadami prawa, a nie konkretnymi, jednoznacznymi regułami, argumenty te w większym stopniu wchodzą w zakres subiektywnych ocen osoby prezentującej i przyjmującej dany argument.

Co do prawa do obrony można wskazać, że brak definiowania rynku właściwego w niektórych kategoriach spraw nie wydaje się istotnie wpływać na możliwość wykonywania prawa do obrony ani w postępowaniach przed Komisją Europejską, ani w Stanach Zjednoczonych (co jest o tyle istotne, że w tej drugiej jurysdykcji naruszeniami *per se* są przede wszystkim kartele, za których zawieranie grozi odpowiedzialność karna). Można oczywiście wskazywać i podejmować próby wykazywania, że w Polsce występują inne standardy proceduralne (wyższe niż w innych jurysdykcjach) albo że fakt określonej praktyki w innym państwie nie dowodzi, że w tym innym państwie nie jest ograniczone prawo do obrony. Jakkolwiek teoretycznie możliwe, z praktycznego punktu widzenia powyższe nie jest przekonujące. Tak długo, jak przedsiębiorca wie, w odniesieniu do jakiego produktu miało dojść do ograniczenia konkurencji, uzasadnione wydaje się przyjęcie, że może wykonać swoje prawo do obrony i wskazywać, że w odniesieniu do tego produktu do ograniczenia konkurencji nie doszło. W sprawach, w których to np. z samym zawarciem określonego rodzaju porozumienia wiąże się odpowiedzialność, wykazywanie, że naruszenie nie pociągnęło za sobą istotnych skutków i tak nie może stanowić skutecznej obrony.

Co do precyzji rozstrzygnięcia, to argument ten mógłby dotyczyć tego, że decyzja (rozstrzygnięcie) powinna dokładnie wskazywać, na jakim rynku właściwym doszło do ograniczenia konkurencji. W polskiej literaturze w szczególności M. Kolasiński (2017) wydaje się być zwolennikiem podejścia, że sentencje decyzji powinny być jak najbardziej precyzyjne (przy czym poglądy te prezentuje w innym kontekście).

Zagadnienie to jest trudne do rozstrzygnięcia w sposób niebudzący wątpliwości dla wszystkich stron dyskusji, ponieważ – jak wskazano wyżej – opiera się ono raczej na ogólnych zasadach, a nie konkretnych, jednoznacznych przepisach wskazujących np. poszczególne elementy rozstrzygnięcia. W mojej ocenie nie ma silnych powodów, dla których wskazanie rynku właściwego w sentencji decyzji jest niezbędne ze względu na wymogi dotyczące precyzji rozstrzygnięcia. Rozstrzygnięcie mówiące, że doszło do „ograniczenia konkurencji na rynku właściwym" (przy jednoczesnym wskazaniu w innym miejscu sentencji, o jaki produkt chodziło) albo że doszło do „ograniczenia konkurencji na rynku właściwym, na którym X oferował produkt Y" zamiast

np. „ograniczenia konkurencji na krajowym rynku sprzedaży detalicznej smyczy dla psów" jest wystarczająco precyzyjne – niestety trudno uniknąć tu subiektywizmu.

Pewnym ratunkiem dla ograniczeń związanych z tym subiektywizmem jest refleksja nad tym, jaki jest cel tego, że rozstrzygnięcie powinno być precyzyjne – celem tym w przypadku prawa antymonopolowego jest przede wszystkim to, żeby strona mogła się bronić i wiedziała, czego dotyczyło naruszenie. Taka szersza refleksja powoduje jednak przejście do argumentu dotyczącego prawa do obrony, o którym mowa była wyżej – strona wie, czego dotyczyło naruszenie, tak długo jak organ wskaże produkt objęty naruszeniem.

Warto też zwrócić uwagę, że poziom dyskrecjonalności w tym, co organy stosujące prawo uznają za warte wskazania jako element rozstrzygnięcia, a co nie, dobrze ilustruje analiza obecnie wydawanych decyzji. Przykładowo, od wielu lat praktyką polskiego organu ochrony konkurencji jest to, że definiuje rynek właściwy w każdej sprawie i wskazuje go w sentencji decyzji – jak wskazano wcześniej, w przypadku naruszeń wertykalnych wskazuje on też rynki „zawarcia porozumienia". Praktyką jest też, że każdorazowo organ zawiera w uzasadnieniu wyjaśnienie, dlaczego doszło do naruszenia interesu publicznego, ale przesłanka ta nie jest już odnotowywana w sentencjach. Z kolei przesłanka wywoływania skutków na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej ani nie jest analizowana w uzasadnieniach, ani nie stanowi elementu sentencji[27]. Nawet jeżeli kwestia precyzji rozstrzygnięć mogłaby budzić wątpliwości niektórych autorów, wydaje się, że przynajmniej organ powinien być świadomy tego, że kształt sentencji decyzji to w znacznej mierze kwestia konwencji[28].

IV. Szkody i rozwiązania

Powyższe omówienie może nie być przekonujące dla wszystkich zwolenników założenia, że definiowanie rynków właściwych jest niezbędne w każdej sprawie. W takiej sytuacji warto spojrzeć na ten problem z innej strony: co dobrego wynika z tego, że organ ochrony konkurencji (i sądy) każdorazowo definiują rynki właściwe? W mojej ocenie nic dobrego, a z punktu widzenia zwolennika definiowania rynków właściwych, który ceni sobie koncepcję rynku właściwego jako sposób analizy, a nie po prostu konstrukcję prawną, lepiej by było, gdyby rynki te w niektórych kategoriach spraw w ogóle nie były definiowane. Kwestia ta zostaje omówiona niżej, a następnie zaproponowane jest wyjście z tej sytuacji.

1. Szkody

Analizując decyzje organu ochrony konkurencji i wyroki sądów, trudno nie odnieść wrażenia, że i organ, i sądy dobrze wiedzą, że definiowanie rynku właściwego w każdej sprawie jest pozbawione sensu i jest startą czasu[29]. Jednak wydają się one czuć zobowiązane, żeby „jakiś"

[27] W przypadku zastosowania prawa unijnego, elementu sentencji nie stanowi też nawiązanie do „wpływu na handel między państwami członkowskimi", mimo że art. 101 TFUE wprost mówi o tej przesłance.

[28] „W znacznej mierze" należy traktować jako istotne zastrzeżenie. Nie ulega wątpliwości, że są elementy sentencji, które są niezbędne. Są jednak takie, których pojawianie się w tych sentencjach trudno wyjaśnić inaczej niż przyjętą konwencją – wydaje się, że nie powinno np. budzić wątpliwości, że ustawodawca w żadnym razie nie wymaga definiowania „rynku zawarcia porozumienia", a mimo to organ umieszcza taką informację w sentencjach swoich decyzji. Nie jest w mojej ocenie nieprawdopodobne, że gdyby dekady temu organ przyjął, że nie będzie wskazywał w sentencjach decyzji rynków właściwych ograniczenia konkurencji, to taki stan rzeczy mógłby zostać przyjęty za równie naturalny, jak to, że obecnie je wskazuje – twierdzenie, że rynki takie powinny być w sentencji wskazywane budziłoby natomiast zdziwienie, tym bardziej że np. Komisja Europejska nie robi tego nawet w przypadku naruszeń art. 102 TFUE (zob. np. część rozstrzygającą decyzji KE z 18.07.2018 r. w sprawie AT.40099, *Google Android*).

[29] Notabene, nawet w Stanach Zjednoczonych, gdzie dyskusja dotyczy raczej tego czy zdefiniowanie rynku właściwego jest w ogóle niezbędne, żeby wykazać skutki naruszenia, a nie czy dla wykazania naruszenia *per se* niezbędna jest definicja rynku, Glasner i Sullivan (2020, s. 338) stwierdzają: „Zdolność odpowiednich dowodów antykonkurencyjnych skutków do zastąpienia definicji rynku właściwego jest postulatem posiadającym poparcie akademickie, poparcie organu i poparcie doktryny. Ujmując to prosto: nie ma potrzeby, żeby sądy i strony postępowań marnowały czas i zasoby nalegając

rynek zdefiniować, co dodatkowo stało się ułatwione, ponieważ sądy pragmatycznie przyjęły, że w niektórych kategoriach spraw definicja rynku nie musi być precyzyjna.

W konsekwencji powyższego, w szczególności w sprawach z zakresu RPM, które często dotyczą szerokiego wachlarza produktów, rynkiem właściwym jest rynek wszystkich produktów, których porozumienie dotyczy. Przykładowo, w sprawie *Fellowes* (decyzja RKR-1/2021) organ uznał, że porozumienie ograniczało konkurencję na krajowym rynku sprzedaży detalicznej urządzeń biurowych i wyposażenia biurowego.

Produktami wchodzącymi w skład tego rynku były: niszczarki do papieru, laminatory, bindownice, gilotyny, trymery biurowe, oczyszczacze powietrza, produkty ergonomiczne wyposażenia biur (tj. biurka o regulowanej wysokości, stanowiska pracy Sit-Stand, wyposażenie dodatkowe do komputerów, takie jak filtry ekranowe, ramiona, podstawki, a niezależnie od powyższego także podnóżki, podpórki pod plecy, podkładki ergonomiczne pod klawiatury i myszy komputerowe), wyposażenie niezbędne do przeprowadzania archiwizacji dokumentów[30].

Organ wskazał przy tym, że:

> „Przedsiębiorcy funkcjonujący na tym rynku produktowym z zasady oferują nabywcom szeroki zakres produktów, aby ułatwić dokonywanie zakupów bardzo zróżnicowanych maszyn i urządzeń w jednym miejscu, co usprawnia proces zakupowy na etapie budowania biur lub ich modernizacji. Pozwala to równocześnie na tak szerokie określenie rynku produktowego".

Na powyższe można patrzeć przez pryzmat tego, że rynek właściwy jest jedynie narzędziem służącym badaniu teorii szkody i można przyjąć, że organ wyeksponował w ten sposób kwestię, że sklepy konkurują swoją ofertą jako całością, bo klientom zależy na dostępie do całego asortymentu w jednym miejscu, a co za tym idzie, że teoria szkody związana jest z całym asortymentem i całego asortymentu dotyczy rynek właściwy. Z punktu widzenia niektórych tak szeroka definicja rynku może budzić wątpliwości, ale jeżeli miała ona jedynie służyć weryfikacji (szerokiej) teorii szkody, to w dobrej wierze można ją przyjąć[31].

Jednocześnie jednak organ nie prowadził w tym zakresie żadnej szerszej analizy i równie dobrze można twierdzić, że u swoich podstaw ta teoria szkody jest dyskusyjna. Można wskazywać, że klienci dobierają ze sklepów z najniższymi cenami produkty danych linii, a nie koncentrują się na tym, żeby zakupu dokonać w jednym miejscu – zresztą w innej części decyzji (akapity 141–143) organ wskazuje, że konsumenci dokonują zakupów online i porównują ceny poszczególnych produktów u różnych sprzedawców. Klienci prawdopodobnie nie kupują też produktów jedynie na etapie budowania lub modernizacji biur, ale także w toku zwykłej działalności, w ramach której uzupełniają zasoby.

Przyjmując z kolei, że problemem jest raczej to, że kształtowanie cen poszczególnych kategorii produktów ulega zakłóceniu, trudno uznać, żeby oczyszczacz powietrza i niszczarka do papieru wywierały na siebie presję cenową: którykolwiek sklep zmonopolizowałby sprzedaż niszczarek

na tradycyjne definicje rynku, w sytuacji gdy inne dowody są wystarczające, żeby zadośćuczynić właściwemu standardowi dowodowemu w wykazaniu antykonkurencyjnych skutków".

[30] W kontekście precyzyjności i jednoznaczności sentencji, o których mowa była wcześniej, trudno przy tym wskazać czy w skład tego rynku wchodzą również np. lampki biurowe i oświetlenie sufitowe – mogłyby to sugerować sformułowania zawarte w sentencji („urządzenia i wyposażenie biurowe"), ale niekoniecznie w uzasadnieniu.

[31] Powyższe zagadnienie jest związane z budzącą kontrowersje kwestią czy istnieje „jeden rynek właściwy" w każdej sprawie i tego, jak silnie rynek jest związany z teorią szkody, zob. w szczególności Glasner i Sullivan (2020). Z uwagi na złożoność, wątek ten nie jest tu szerzej omawiany.

do papieru nie przejmowałby się raczej tym, że pozostałe sklepy zaczęły obniżać ceny odświeżaczy powietrza. Jednocześnie, skoro jednym z produktów były biurka o regulowanej wysokości, to wydaje się uzasadnione przyjęcie, że zwykłe biurka mogą na nie wywierać presję cenową (albo że przynajmniej ich producenci mogą stosunkowo szybko wprowadzić do swojej oferty modele z regulowaną wysokością).

Kwestia tego, że wertykalne ustalanie cen może obejmować wyjątkowo szerokie kategorie produktów nie stanowi zresztą specyfiki spraw polskich. Przykładowo, w sprawie *Philips* Komisja Europejska stwierdziła naruszenie, które odnosiło się do szerokiego zakresu produktów obejmujących różne typy urządzeń wykorzystywanych do pielęgnacji (maszynki do golenia, suszarki itp.), rozrywki (sprzęt wideo, telewizory, słuchawki, mikrofony), utrzymania zdrowia (elektryczne szczotki do zębów) oraz wyposażenia domów (ekspresy do kawy, odkurzacze, żelazka itp.)[32]. W tego rodzaju przypadku tym bardziej trudno byłoby mówić o tym, żeby sprzedawcy każdorazowo konkurowali całym asortymentem – w takim ujęciu rynek właściwy równie dobrze można by już zdefiniować jako „sprzedaż detaliczna elektronicznych rzeczy ruchomych mieszczących się w wózku zakupowym". Komisja Europejska w tego typu sprawach ogranicza się jednak do stwierdzenia, że porozumienie (porozumienia składające się na jednolite i ciągłe naruszenie), którego istnienie stwierdza, ograniczało konkurencję i nie analizuje zakresu rynków właściwych[33].

Można oczywiście podejść krytycznie do tego, że organ (a za nim zwykle sądy) w uproszczony sposób zarysowuje teorię szkody (np. co do cen na rynku detalicznym) albo nie przedstawia szczególnych dowodów na poparcie definicji rynku właściwego. Jednak paradoksem powyższej sytuacji jest to, że gdyby organ i sądy zagłębiały się w taką analizę, to byłoby to podejście prawdopodobnie jeszcze gorsze.

Oznaczałoby to bowiem, że poświęcałyby one swój czas (tj. pieniądze podatników) i środki (tj. również pieniądze podatników) na czynienie ustaleń, które są pozbawione jakiegokolwiek znaczenia dla sprawy[34]. Powracając do przywołanej wcześniej obserwacji Areedy i pytania o to, na jakie pytanie prawne organ liczy, że definicja rynku dostarczy mu odpowiedzi, trudno nie stwierdzić, że na żadne – organ dobrze już wie, że doszło do naruszenia, a jakiś rynek wskazuje jedynie dla formalności.

W tym kontekście trudno jednak wskazać, dlaczego w zasadzie organ i sądy nie mogłyby po prostu definiować „rynku właściwego towarów" (zgodnie z definicją „towaru" z art. 4 uokik, tj. *de facto* „rynku wszechrzeczy"). Nie wydaje się, żeby tak zdefiniowany rynek istotnie odbiegał od rynku i tak już obejmującego dziesiątki (o ile nie setki) zupełnie różnych produktów, a definiowanie go w ten sposób byłoby z korzyścią zarówno dla organu (każdorazowo wklejałby to samo uzasadnienie do decyzji, nie musząc nawet zmieniać nazwy produktu), jak i sądów (każdorazowo wklejałyby to samo uzasadnienie, oddalając odwołanie przedsiębiorcy) – pozostałoby już tylko w gestii związków branżowych, aby w domenie publicznej zamieścić zunifikowaną treść odwołania krytykującego tak szerokie zdefiniowanie rynku, co byłoby również z korzyścią dla przedsiębiorców, bo redukowaliby dzięki temu koszty obsługi prawnej.

[32] Dec. KE z dn. 24.07.2018 r. w sprawie AT.40181, *Philips*.

[33] Poza wskazaną wcześniej sprawą *Philips*, zob. również dec. KE z dn. 24.07.2018 r., AT.40469 (*Denon & Marantz*); dec. KE z dn. 24.07.2018 r., AT.40182 (*Pioneer*); dec. KE z dn. 24.07.2018 r., AT.40465 (*Asus*).

[34] Choć okoliczność ta nie odznacza się już doniosłością prawną, to z punktu widzenia „życiowego" pracownicy organu, sędziowie oraz strony postępowania poświęcaliby również na to swój własny czas, który mogliby wykorzystać lepiej (potencjalnie z korzyścią tak dla siebie, jak i społeczeństwa).

Powyższe stanowi już oczywiście *reductio ad absurdum*, ale w istocie – trudno wskazać, dlaczego takie podejście miałoby nie być lepsze od obecnego, które już dziś zakłada, że *de facto* rynek właściwy w niektórych sprawach jest pozbawiony znaczenia. Trudno wskazać, jak sąd uzasadniłby, że „rynek wszechrzeczy" jest określony zbyt mało precyzyjnie, ale już rynek kilkudziesięciu najprawdopodobniej niesubstytucyjnych produktów jest wystarczająco „precyzyjny".

Podsumowując, przekonanie o niezbędności zdefiniowania rynku właściwego w każdej sprawie jest szkodliwe dla jakości orzecznictwa antymonopolowego w Polsce. Można wręcz zaryzykować twierdzenie, że prowadzi do kształtowania złych nawyków w zakresie opracowywania i falsyfikowania teorii szkody, jak i samego definiowania rynków. Co więcej, pozorne rozwiązanie, jakie można postulować, tj. „organy powinny po prostu robić to dobrze", nie jest sensownym rozwiązaniem – generuje koszty, nie tworząc żadnych istotnych wartości (poza ewentualnie poznawczymi i akademickimi). Trudno nie stwierdzić, że powodem wykształcenia tej „złej praktyki" była świadomość, że alternatywą jest „jeszcze gorsza praktyka". W tym kontekście odejście od założenia, że zdefiniowanie rynku właściwego jest zawsze niezbędne wydaje się najrozsądniejszym rozwiązaniem – nawet jeżeli kontrargumenty zarysowane w tym konkretnym artykule nie są dla każdego (w pełni) przekonujące.

2. Rozwiązania

W mojej ocenie są trzy drogi wyjścia z obecnej sytuacji i przyjęcia, że w niektórych sprawach definiowanie rynków właściwych nie jest niezbędne. Nie są to drogi wykluczające się.

Pierwszą drogą wyjścia jest rozpowszechnienie w polskim środowisku antymonopolowym przekonania, że zdefiniowanie rynku właściwego w każdej sprawie nie jest obowiązkiem nałożonym przez ustawodawcę na organy stosujące prawo. Powyższe wymaga wypracowania argumentów na rzecz takiego stanowiska. Niniejszy artykuł ma w założeniu stanowić krok na tej ścieżce. Argumenty przywołane wyżej w żadnym razie nie muszą być uznane za przekonujące, definitywne ani kompletne – byłoby wręcz pożądane ich rozwinięcie albo przedstawienie zupełnie innych, lepszych argumentów, jeżeli takie istnieją.

W praktyce modelem docelowym może być: (a) nienawiązywanie w sentencji decyzji do rynku właściwego w ogóle; (b) wskazywanie, że „do ograniczenia konkurencji doszło na rynku właściwym" (powielenie brzmienia ustawy); (c) wskazywanie, że: „do ograniczenia konkurencji doszło na rynku właściwym, na którym produkcji/obrotowi/sprzedaży hurtowej/detalicznej podlega produkt X" – w każdym z tych przypadków uzasadnienie rozstrzygnięcia pozbawione byłoby rozważań co do definicji rynku właściwego (identyfikowane byłyby jedynie konkretne produkty objęte naruszeniem). Zasadniczo jednak założenie, że w sentencji decyzji muszą pojawiać się słowa: „rynek właściwy" wydaje się daleko posuniętym i złego rodzaju formalizmem, mając na względzie, że decyzje np. Komisji Europejskiej, które wydawane są względem polskich przedsiębiorców, mają po prostu formę: „naruszało art. 101 TFUE", mają skutek na terytorium Rzeczypospolitej i nie naruszają prawa do obrony (a regulacje, które pozwalają instytucjom unijnym na przyjmowanie takich rozstrzygnięć, jak się wydaje nie naruszają Konstytucji).

Drugą drogą wyjścia jest zmiana uokik. Wydaje się, że wielu autorów obowiązku zdefiniowania rynku właściwego w każdej sprawie dopatruje się w zawarciu przez ustawodawcę słów „rynek właściwy" w art. 6 i 9 uokik. W mojej ocenie to błędne założenie, o czym mowa była wcześniej.

Niemniej niewątpliwe usunięcie tych słów pozbawiałoby jakichkolwiek podstaw przynajmniej część z podnoszonych obecnie argumentów. Taka zmiana oznaczałaby ujednolicenie brzmienia polskich przepisów z art. 101 i 102 TFUE, co samo w sobie nie jest złym rozwiązaniem, zważywszy, że przepisy te często stosowane są równolegle. Nie wydaje się, żeby na obecnym etapie rozwoju prawa antymonopolowego usunięcie odniesień do rynku właściwego z ustawy mogło narażać to prawo na rozwój w złym kierunku.

Jednocześnie jednak jest to ścieżka prawdopodobnie trudna i długa w kontekście chociażby losów nowelizacji implementującej dyrektywę ECN+. Byłaby to też najistotniejsza zmiana w dwóch najbardziej fundamentalnych przepisach antymonopolowych w polskiej ustawie w ciągu ostatnich ponad 20 lat. Ponadto, takie rozwiązanie nie gwarantowałoby osiągnięcia celu – jak długo np. Sąd Najwyższy uznawałby, że każdorazowe zdefiniowanie rynku właściwego jest niezbędne, tak długo zmiana ustawy w powyższym kształcie nie przyniosłaby oczekiwanego skutku.

Trzecia droga wyjścia to dokonanie przez Sąd Najwyższy przeglądu swojego orzecznictwa i sformułowanie wypowiedzi wskazującej, że są kategorie spraw, w których zdefiniowanie rynku właściwego w ogóle nie jest potrzebne. Taką okazję Sąd Najwyższy miał np. w sprawie *Anyro*, ale niestety z niej nie skorzystał, ograniczając się jedynie do przyznania, że w rozpatrywanej przez niego sprawie organ ochrony konkurencji, definiując rynek właściwy szeroko, działał zgodnie z prawem. Wypowiedź taką Sąd Najwyższy może sformułować samodzielnie niezależnie od stanowiska organu ochrony konkurencji (przy założeniu jednak, że zawisłaby przed nim sprawa dotycząca tego zagadnienia) albo w wyniku wcześniejszej zmiany podejścia przez organ ochrony konkurencji. Wydaje się, że ta pierwsza możliwość jest bardziej realna – w drugim przypadku organ musiałby zaryzykować którąś z prowadzonych przez siebie spraw, tj. nie zdefiniować żadnego rynku, liczyć na odwołanie w tym zakresie, a następnie „wyprocesować" korzystne dla siebie rozstrzygnięcie na poziomie Sądu Najwyższego.

Niezależnie od powyższego są też działania, które wydają się proste i mniej kontrowersyjne, a które można podjąć stosunkowo łatwo. Przykładowo, nie powinno budzić wątpliwości, że wskazywanie w sentencji czegoś takiego jak „rynek właściwy zawarcia porozumienia" jest całkowicie zbędne[35]. W tym zakresie trudno wręcz mówić, że obowiązek zdefiniowania takiego rynku wynika z ustawy – ta mówi jedynie, że do ograniczenia konkurencji ma dochodzić na rynku właściwym.

Polski organ ochrony konkurencji nie ma też obowiązku definiowania rynków właściwych w niektórych kategoriach spraw dotyczących naruszeń art. 101 TFUE, o czym mowa była wcześniej. Brak definiowania rynków właściwych w tego typu sprawach jest obarczony raczej niskim ryzkiem prawnym dla organu, a korzyścią z jednoznacznego niedefiniowania rynków w tym zakresie jest eksponowanie braku zasadności takiego działania na gruncie prawa polskiego – wydaje się, że świadomość braku takiego obowiązku w prawie unijnym nie jest w Polsce pełna (tym bardziej, że jak wskazano wcześniej w części literatury błędnie referowane są tezy orzecznictwa unijnego w tym obszarze). Pewnym ograniczeniem jest jednak to, że organ stwierdza zazwyczaj jednocześnie naruszenie art. 6 uokik i 101 TFUE, co utrudnia redakcję sentencji decyzji.

[35] Notabene, trudno w zasadzie powiedzieć, co to za rynek – w przypadku porozumień wertykalnych właściwsze wydaje się mówienie o rynku, na którym działa jedna strona porozumienia i rynku, na którym działa druga strona porozumienia. Warto zwrócić uwagę, że w sprawach RPM organ zwykle odnosi (szczątkową) teorię szkody do rynku detalicznego, podczas gdy w tego typu sprawach można też formułować teorię szkody w odniesieniu do rynku hurtowego (producenckiego), tj. jak się wydaje „rynku zawarcia porozumienia" – może to dotyczyć np. wykorzystania go jako narzędzie wspierające kartel, zob. Bishop i Walker (2010, s. 203).

V. Wnioski

Parafrazując wypowiedź R. Borka, który w gorzkich słowach oceniał kiedyś stan amerykańskiego prawa antymonopolowego, można powiedzieć, że w definiowaniu rynku właściwego w Polsce nastąpił rozkład, który sprawia, że trudno uznać to definiowanie za budzące szacunek: nie budzi ono szacunku jako prawo, nie budzi szacunku jako ekonomia, w końcu nie budzi też szacunku jako polityka[36].

Założenie o niezbędności zdefiniowania rynku właściwego w każdej sprawie jest w mojej ocenie niedostatecznie objaśnione w literaturze prawniczej. Niestety autorzy często ograniczają się do autorytatywnego stwierdzenia, że rynek właściwy musi zostać zawsze zdefiniowany, ale nie poddają głębszej analizie czy obowiązek taki w istocie wynika z wykładni językowo-logicznej uokik, celowościowej lub porównawczej (a jeżeli tak, to dlaczego możliwe kontrargumenty są błędne). Nawet jeżeli niniejszy artykuł nie będzie przekonujący dla wszystkich, to byłoby z korzyścią dla jakości refleksji prawnej w Polsce, gdyby dotychczasowe poglądy zostały szerzej uzasadnione. Niniejszy artykuł jak najbardziej może być przedmiotem krytyki. Jednocześnie jednak warto, aby taka krytyka została doprowadzona do logicznego końca, w tym wyjaśniała dlaczego takie konstrukcje, jak „rynek wszechrzeczy" byłyby już zbyt daleko idące i dlaczego obecne rozwiązanie lepiej służy społeczeństwu niż przyznanie, że w niektórych sprawach zdefiniowanie rynku jest zbędne (a w przypadku uznania, że obecne podejście jest niewłaściwe, bo rynki powinny być określanie w pełni precyzyjnie nawet przy oczywistych naruszeniach, dlaczego np. definiowanie kilkuset rynków właściwych w jednej sprawie jest rozwiązaniem pożądanym w znaczeniu szerszym niż wyłącznie akademickie i poznawcze).

W wymiarze ekonomicznym, każdorazowe definiowanie rynków właściwych nie budzi szacunku jako praktyka ze względu na swoje skutki. Trudno nie odnieść wrażenia, że organy stosujące prawo w pełni zdają sobie sprawę z bezcelowości przeprowadzania takich definicji i formułowania teorii szkody, a w konsekwencji robią to jedynie po to, aby „formalnie" analiza spełniała swoją funkcję, tj. pojawiła się w tekście prawnym. Takie działanie pozostaje jednak dalekie od idei wprowadzania analizy ekonomicznej do spraw antymonopolowych, aby zwiększyć jakość rozstrzygnięć – jest to raczej „pozór wiedzy" (*pretence of knowledge*), a nie istotna wartość dodana dla praktyki orzeczniczej.

Jako polityka takie rozwiązanie nie budzi szacunku, ponieważ wymaga od organów państwa przyjmowania rozwiązań ułomnych zamiast przyznania wprost, że są kategorie spraw, w których definicja rynku jest pozbawiona znaczenia. Obecna praktyka nie sprzyja budowaniu powagi prawa. Tworzy wrażenie rytuału odprawianego bez potrzeby, pustego zaklęcia, względnie czegoś, co w debatach publicznych toczących się obecnie poza obszarem prawa antymonopolowego określane jest „kultem cargo" – imitacją praktyki wypracowanej poza Polską, ale na polskie potrzeby zaadaptowaną w oderwaniu od istoty zagadnienia.

Jak w przypadku wielu rozwiązań opartych na „obyczaju" i konwencji, zmiana obecnego stanu rzeczy może być trudna, tym bardziej że organy stosujące prawo zdołały wykształcić podejście, które z praktycznego punktu widzenia jest „wygodne" (założenie, że definicja rynku nie musi być

[36] W swojej oryginalnej wypowiedzi Bork (1978/2021, s. 435) używał słowa „polityka" w rozumieniu *politics*, w tekście wyżej użyte jest ono w rozumieniu *policy*.

precyzyjna) i w konsekwencji nie wymaga pilnej poprawy. Zważywszy jednak, że jest to rozwiązanie ułomne, w perspektywie długoterminowej korzystne wydaje się przynajmniej przyznanie wprost, że obecne podejście jest pozbawione sensu, a wraz z utrwalaniem się tego przekonania, z czasem przejście do rozwiązania prostszego: porzucenie założenia, że zdefiniowanie rynku właściwego w każdej sprawie jest niezbędne.

Bibliografia

Areeda, P. (1983). Market Definition and Horizontal Restraints. *Antitrust Law Journal*, *52*, 553.

Banasiński, C. (2015). *Dyskrecjonalność w prawie antymonopolowym*. Wolters Kluwer.

Banasiński, C. i Piontek, E. (red.). (2009). *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. LexisNexis.

Bishop, S. i Walker, M. (2010). *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*. Sweet & Maxwell.

Bork, R. (1978/2021). *The Antitrust Paradox: A Policy at War With Itself*. Bork Publishing LLC.

Eben, M. (2021). The Antitrust Market Does Not Exist: Pursuit of Objectivity in a Purposive Process. *Journal of Competition Law & Economics*, *17*(3), 586–619. https://doi.org/10.1093/joclec/nhab001

Glasner, D. i Sullivan, S. (2020). The Logic of Market Definition. *Antitrust Law Journal*, *83*, 293. http://doi.org/10.2139/ssrn.3223025

Kaplow, L. (2010). Why (Ever) Define Markets? *Harvard Law Review*, *124*(2), 437–517.

Kohutek, K. i Sieradzka, M. (2008). *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Wolters Kluwer.

Kohutek, K. i Sieradzka, M. (2014). *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Wolters Kluwer.

Kolasiński, M. (2017). *Czy istnieją „jednostronne porozumienia" ograniczające konkurencję?* Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego.

Paine, T. (1776/2019). *Zdrowy rozsądek*. Pozyskano z: https://pl.wikisource.org/wiki/Zdrowy_rozs%C4%85dek_(I_ed.) (28.01.2023).

Polański, J. (2019). O skuteczności zwalczania naruszeń wertykalnych. Komentarz do wyroku Sądu Najwyższego z 15 lutego 2019 r. w sprawie I NSK 10/18 (*Anyro*). *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, *6*(8). http://doi.org/10.7172/2299-5749.IKAR.6.8.7.

Róziewicz-Ładoń, K. (2011). *Postępowanie przed Prezesem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w zakresie przeciwdziałania praktykom ograniczającym konkurencję*. Wolters Kluwer.

Skoczny, T. i Szwedziak-Bork, I. (2014). Komentarz do art. 4 pkt 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. W T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Wydawnictwo C.H. Beck.

Stawicki, A. i Stawicki, E. (red.). (2016). *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Wolters Kluwer.

Turno, B. (2015). Definiowanie rynku właściwego w sprawach antymonopolowych z uwzględnieniem podejścia ekonomicznego – problemy, metodologia oraz propozycje rozwiązań alternatywnych. W T. Skoczny (red.), *Prawo konkurencji – 25 lat*. Wolters Kluwer.

Daria Kostecka-Jurczyk*, Katarzyna Marak**

Ochrona niewypłacalnego przedsiębiorcy – uwagi na tle uproszczonego postępowania restrukturyzacyjnego

Spis treści

I. Wprowadzenie
II. Funkcje postępowania upadłościowego i restrukturyzacyjnego
III. Uproszczone postępowanie restrukturyzacyjne
IV. Wykorzystanie uproszczonego postępowania restrukturyzacyjnego przez przedsiębiorców – analiza danych liczbowych
V. Wnioski *de lege ferenda*
VI. Konkluzje

Streszczenie

W roku 2020 na skutek kryzysu wywołanego pandemią SARS-COV-2 wdrożono w Polsce wiele narzędzi prawnych i ekonomicznych mających powstrzymać upadłości przedsiębiorców. Jednym z takich rozwiązań było uproszczone postępowanie restrukturyzacyjne. Po kilkunastu miesiącach zostało ono zastąpione przez postępowanie o zatwierdzenie układu. Obie te procedury mają charakter pozasądowy, a ich głównym celem była ochrona dłużnika i pomoc w restrukturyzacji. Pośrednio było to także utrzymanie przedsiębiorstwa niewypłacalnego przedsiębiorcy w ruchu ze wszystkimi konsekwencjami, które się z tym wiążą, a przede wszystkim ochroną miejsc pracy i ochroną wierzycieli. Celem opracowania jest ukazanie uproszczonego postępowania restrukturyzacyjnego jako narzędzia wdrożonego w czasie kryzysu wywołanego pandemią wirusa SARS-COV-2 mającego na celu powstrzymanie masowych upadłości przedsiębiorców oraz jego znaczenia z punktu widzenia sytuacji prawnej dłużnika, zwłaszcza z punktu widzenia zakresu ochrony dłużnika. Analiza przepisów skłania do wniosku, że pomimo szerokiej ochrony dłużnika nie osłabiły one dotychczasowej pozycji wierzyciela.

Słowa kluczowe: postępowanie restrukturyzacyjne; upadłość przedsiębiorcy; ochrona dłużnika.

JEL: K2, K20, L14, L26, G33

* Doktor habilitowana; Uniwersytet Wrocławski, Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii. ORCID: https://orcid.org/0000-0002-8404-7791; e-mail: daria.kostecka-jurczyk@uwr.edu.pl.

** Doktor; Uniwersytet Ekonomiczny we Wrocławiu, Katedra Prawa Gospodarczego. ORCID: https://orcid.org/0000-0002-3402-5770; e-mail: katarzyna.marak@ue.wroc.pl.

Edition of that article was financed under Agreement Nr RCN/SP/0326/2021/1 with funds from the Ministry of Education and Science, allocated to the "Rozwoj czasopism naukowych" programme.

© 2023 Authors. This is an open access article distributed under the Creative Commons BY 4.0 license (https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/)

I. Wprowadzenie

W sytuacjach kryzysowych państwo w interesie publicznym wykorzystuje różne administracyjnoprawne i ekonomiczne narzędzia w celu powstrzymania negatywnych skutków osłabienia koniunktury. Mogliśmy sami się przekonać, że w takiej sytuacji, jak wystąpienia pandemii możliwe stało się ograniczenie działalności gospodarczej na wiele sposobów, jak choćby poprzez limitowanie liczby osób w punktach handlowych lub usługowych lub wręcz czasowe wyłączenie działalności gospodarczej w pewnych branżach. Takie narzędzia zostały wprowadzone w czasie pandemii wirusa SARS-COV-2 w Polsce[1] oraz w wielu innych krajach. Należy jednak podkreślić, że nie tylko pandemia wymusiła uruchomienie różnych mechanizmów ochronnych. Podobne skutki w Polsce północno-wschodniej wywołało wprowadzenie przez Prezydenta RP stanu wyjątkowego w obszarze przygranicznym w związku z nielegalnym napływem migrantów. Kolejne ograniczenia i działania interwencyjne państwa spowodowane zostały wojną w Ukrainie i kryzysem energetycznym. Na marginesie podnieść należy, że doraźne działania interwencyjne państwa skutkujące ograniczeniem wolności i praw, jak również sposób wprowadzania tych ograniczeń budził kontrowersje co do jego prawidłowości i był przedmiotem krytyki w literaturze i orzecznictwie (Domańska, 2022; Hoffman i Kostrubiec, 2022; Korycińska-Rządca, 2021; Paśnik, 2020; Tuleja, 2020; Uziębło, 2020).

Stan wyjątkowy uzasadniał bowiem nakładanie przez państwo różnych restrykcji na prowadzących działalność gospodarczą, jak wspomniane już czasowe ograniczenie lub wyłączenie możliwości prowadzenia działalności gospodarczej bądź skrócenie dnia pracy, ale jednocześnie wymusza ochronę przedsiębiorców i utrzymywanych przez nich miejsc pracy[2]. W takich bowiem sytuacjach kryzysowych przedsiębiorcy mają problem z płynnością finansową i tracą zdolność do regulowania bieżących zobowiązań. W czasie pandemii SARS-COV-2 silny spadek rentowności odczuła zwłaszcza branża gastronomiczna i hotelarska (z 8 do minus 7,7%) oraz transportowo-magazynowa (spadek z 3 do 1,5%) (GUS, 2021). W pozostałej działalności usługowej spadek wynosił z 6,6 do minus 1,3% (GUS, 2021). W roku 2020 o 0,9% obniżyła się także wartość przychodów ogółem w stosunku do roku 2019. Natomiast wynik finansowy netto przedsiębiorców (będący wynikiem finansowym brutto, pomniejszonym o obowiązkowe obciążenia publicznoprawne) w 2020 roku był mniejszy o 9% w stosunku do roku 2019 (GUS, 2021). Dane te potwierdzają trudną sytuację przedsiębiorców w okresie pandemii wirusa SARS-COV-2, spowodowaną m.in. przez ograniczenia prowadzenia działalności gospodarczej, wprowadzane jako narzędzie zapobiegawcze ograniczające dyfuzję zakażeń.

To przyczyniło się do wdrożenia wielu mechanizmów pomocowych. Jednym z nich było wprowadzenie dnia 24 czerwca 2020 r. uproszczonego postępowania restrukturyzacyjnego. Stanowiło ono pewnego rodzaju hybrydę mechanizmów znanych już prawu restrukturyzacyjnemu, jak np. postępowanie o zatwierdzenie układu i postępowanie sanacyjne. Głównym jego celem była poprawa płynności finansowej przedsiębiorców, którzy utracili płynność finansową przy jednoczesnym ograniczeniu ingerencji sądu.

Uproszczone postępowanie restrukturyzacyjne było rozwiązaniem obowiązującym w stosunkowo krótkim okresie, bo wynoszącym siedemnaście miesięcy, zostało wprowadzone na podstawie

[1] Zob. ustawa z dn. 2.03.2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (t.j. Dz. U. 2022 poz. 2141).

[2] Ustawa z dn. 21.06.2002 r. o stanie wyjątkowym (t.j. Dz. U. 2017 poz. 1928 ze zm.).

dość specjalnej ustawy[3]. Mimo to okazało się bardzo skuteczne, co zostanie zobrazowane za pomocą analizy danych liczbowych w dalszej części niniejszej publikacji. W okresie pierwszych dziewięciu miesięcy (tj. od czerwca 2020 r. do końca marca 2021 r.) uproszczone postępowanie restrukturyzacyjne otwarto w przypadku ponad 700 przedsiębiorców i wiele z tych postępowań zakończyło się zatwierdzeniem układu (BM Restrukturyzacje, 2021; Coface, 2021). Było ono pozytywnie oceniane przez dłużników i z tego względu zostało włączone trwale do prawa restrukturyzacyjnego, choć w zmodyfikowanej formie. Uproszczone postępowanie restrukturyzacyjne z dniem 1 grudnia 2021 r. zastąpiono postępowaniem o zatwierdzenie układu[4]. Cechą charakterystyczną tego postępowania, odróżniającą tę procedurę od pozostałych postępowań restrukturyzacyjnych jest pozasądowy charakter, podobnie jak uproszczonego postępowania restrukturyzacyjnego w okresie pandemii SARS-COV-2, a przede wszystkim umożliwienie niewypłacalnemu przedsiębiorcy uniknięcia upadłości.

II. Funkcje postępowania upadłościowego i restrukturyzacyjnego

Prawo insolwencyjne rozumiane jako zespół rozwiązań i przepisów prawnych regulujących sytuację podmiotu niewypłacalnego (lub wkrótce niewypłacalnego) opiera się na prawie upadłościowym oraz prawie restrukturyzacyjnym (Machowska, 2020, s. 38). Prawo upadłościowe ma zatem dwa zadania, po pierwsze nie dopuścić do likwidacji tych podmiotów, które mają szansę naprawić swą sytuację, po drugie zaś – w przypadku, gdyby to pierwsze nie było możliwe – przeprowadzić skutecznie postępowanie upadłościowe.

Postępowanie upadłościowe z ekonomicznego punktu widzenia stanowi narzędzie eliminowania z rynku nierentownych przedsiębiorców wykazujących trwałą utratę zdolności do regulowania zobowiązań lub których majątek jest niewystarczający do pokrycia wszystkich zobowiązań (Świerk i Banach, 2013, s. 441–452). W takiej sytuacji przedsiębiorca traci możliwość konkurowania na rynku bez uzyskania pomocy z zewnątrz. Wystąpienie permanentnego stanu niewypłacalności stanowi przesłankę ogłoszenia upadłości. Choć z drugiej strony w orzecznictwie NSA podkreśla się, iż dla określenia stanu niewypłacalności bez znaczenia jest przyczyna niewykonywania zobowiązań. Niewypłacalność istnieje nie tylko wtedy, gdy dłużnik nie ma środków, lecz także wtedy, gdy dłużnik nie wykonuje zobowiązań z innych przyczyn, np. nie wykonuje zobowiązań w celu doprowadzenia swego kontrahenta do stanu niewypłacalności albo też nie wykonuje zobowiązań z przyczyn irracjonalnych[5]. Nawet w przypadku dobrej kondycji finansowej spółki, ale przy jednoczesnym niewykonywaniu wymagalnych zobowiązań następuje niewypłacalność i obowiązek zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości lub wszczęcie postępowania naprawczego. Należy również zauważyć, że w art. 11 ust. 1 pu. ustawodawca nie powiązał stanu niewypłacalności ze stanem majątku dłużnika, lecz z konkretnym zaniechaniem, zaprzestaniem płacenia długów[6]. Z niewypłacalnością dłużnika mamy również do czynienia, gdy dłużnik ten nie zaspokaja jednego

[3] Ustawa z dn. 19.06.2020 r. o dopłatach do oprocentowania kredytów bankowych udzielanych przedsiębiorcom dotkniętym skutkami COVID-19 oraz o uproszczonym postępowaniu o zatwierdzenie układu w związku z wystąpieniem COVID-19 (t.j. Dz. U. 2022 poz. 2141); dalej: ustawa o dopłatach do oprocentowania kredytu lub Tarcza 4.0.

[4] Ustawa z dn. 15.05.2015 r. – Prawo restrukturyzacyjne (t.j. Dz. U. 2021 poz. 1588, 2140, z 2022 r. poz. 655); dalej: pr lub prawo restrukturyzacyjne).

[5] Wyr. NSA z dn. 5.05.2023 r., III FSK 112/23, Legalis; wyr. NSA z dn. 21.04.2023 r., III FSK 1971/21, Legalis.

[6] Wyr. NSA z dn. 23.03.2023 r., III FSK 556/22, Legalis.

tylko wierzyciela, choćby wierzycielem tym był Skarb Państwa, a zobowiązania dotyczyły zaległości podatkowych[7].

W ujęciu prawnym pojęcie „upadłości" odnosi się głównie do sytuacji niewypłacalności przedsiębiorcy, która nie ma charakteru przejściowego, co zostanie wyjaśnione w drugiej części niniejszego opracowania. Celem tego postępowania jest przymusowe ściągnięcie wierzytelności i jednocześnie ochrona tak dłużnika, jak i wierzycieli przed narastaniem zadłużenia (Zimmerman, 2022, s. 26).

Postępowanie upadłościowe stanowi zbiorowe postępowanie wierzycieli, które prowadzone jest pod nadzorem sądu i/lub organów administracji publicznej. Jego funkcją jest ściągnięcie wymagalnych roszczeń od niewypłacalnego dłużnika. Naczelną zasadą postępowania upadłościowego jest zaspokojenie wierzycieli w jak najwyższym stopniu, przy uwzględnieniu dobra podmiotu zadłużonego.

W zależności od kondycji finansowej upadającego, jak i relacji pomiędzy dłużnikiem a wierzycielami postępowanie upadłościowe może przyjąć różne formy. Polski system prawny wyróżnia dwa rodzaje postępowania upadłościowego: upadłość obejmującą likwidację i upadłość z możliwością zawarcia układu. Upadłość z możliwością zawarcia układu ogłaszana jest przez sąd, jeżeli zostanie uprawdopodobnione, że wierzyciele będą zaspokojeni w stopniu większym w drodze zawarcia układu niż w toku postępowania upadłościowego (Świerk i Banach, 2013, s. 441–452). Istota postępowania upadłościowego sprowadza się do zbycia masy upadłości i zaspokojenia wierzycieli. Jeżeli nie jest to możliwe w wyniku zawarcia układu, sąd ogłasza upadłość i w konsekwencji likwidację w drodze sprzedaży przedsiębiorstwa w całości.

Należy jednak mieć na uwadze, że rozwiązaniem, które należy w pierwszym rzędzie brać pod uwagę jest utrzymanie działalności upadającego przedsiębiorcy. Zachodzi możliwość, że będzie to korzystniejsze zarówno dla niego samego, dla zatrudnionych przezeń pracowników, jak i dla otoczenia przedsiębiorcy (przykładowo dla kontrahentów lub kooperantów). W wielu systemach prawnych, w tym w Polsce, przeważył pogląd o prymacie restrukturyzacji nad upadłością dłużnika (Adamus, 2022, s. 178–183; Machowska, 2017, s. 4–15), a zatem mamy do czynienia z zasadą pierwszeństwa postępowania restrukturyzacyjnego (Flaga-Gieruszyńska, 2022, s. 121–144; Hrycaj, 2016, s. 113–114), która znajduje swoje legislacyjne odzwierciedlenie w art. 11 pr. restr. oraz w art. 9b ust. 1 prawa upadłościowego[8]. Można jednak wskazać również na dogmat koniecznej upadłości w przypadku wielości wierzycieli niewypłacalnego dłużnika. Jeżeli restrukturyzacja dłużnika nie jest możliwa, wówczas należy złożyć wniosek o upadłość. Nie można bowiem pozostawić pustki dla wyścigu syngularnych postępowań egzekucyjnych i konkurowania między wierzycielami posiadającymi tytuł wykonawczy a nieposiadającymi takiego tytułu. Granicę dla dogmatu koniecznej upadłości wskazuje art. 13 pu. i wskazany w nim ekonomiczny sens prowadzenia tego postępowania (Adamus, 2015, s. 30 i n.).

Jeżeli wierzyciele wyrażą zgodę na dalsze funkcjonowanie przedsiębiorcy po spełnieniu określonych przez nich warunków, właściwe jest podjęcie restrukturyzacji w trybie postępowania o zatwierdzenie układu, przyspieszonego postępowania układowego, postępowania układowego

[7] Wyr. NSA z dn. 10.05.2023 r., III FSK 2084/21, Legalis; wyr. NSA z dn. 16.03.2023 r. III FSK 3255/21, Legalis; wyr. NSA z dn. 7.03.2023 r., III FSK 1088/22, Legalis.

[8] Ustawa z dn. 28.02.2003 r. – Prawo upadłościowe (t.j. Dz. U. 2022 poz 1520 ze zm.); dalej: p.u. lub prawo upadłościowe.

lub postępowania sanacyjnego (Hrycaj, 2015, s. 2 i n.). W takim przypadku pomiędzy wierzycielami a niewypłacalnym przedsiębiorcą zawierany jest układ. Niezbędne jest wówczas oświadczenie woli tego drugiego, ujęte w zgłoszonych propozycjach układowych przez wierzycieli oraz orzeczenie sądu zatwierdzające układ. Jeśli przedsiębiorca zagrożony upadłością jest zainteresowany zawarciem układu, powinien w treści wniosku o ogłoszenie upadłości zamieścić propozycje układowe i źródła finansowania wykonania układu. W przypadku, gdy propozycja układowa nie zostanie zgłoszona przez niewypłacalnego przedsiębiorcę w terminie, traci on prawo do zarządu masą upadłości i do składania propozycji układowych (Flaga-Gieruszyńska, 2012, s. 155–178).

Propozycje układowe wskazują sposób restrukturyzacji zobowiązań poprzez: 1) odroczenie wykonania zobowiązań ze szczegółowym wskazaniem okresu, w jakim ma ono nastąpić; 2) rozłożenie spłaty istniejących długów na raty z określeniem wysokości tych rat i okresu spłaty; 3) zmniejszenie sumy długów, wraz ze wskazaniem kryteriów, wedle których ma nastąpić to pomniejszenie (Flaga-Gieruszyńska, 2012, s. 155–178); 4) konwersję wierzytelności na udziały bądź akcje z uwzględnieniem zasad zamiany oraz jej skutków dla struktury własnościowej podmiotu; 5) zmianę, zamianę lub też uchylenie prawa zabezpieczającego daną wierzytelność.

Układ może przewidywać także likwidację jako środek zaspokajania wierzycieli z majątku podmiotu upadłego. Likwidacja przeprowadzana jest wówczas w oparciu o przepisy o likwidacji masy upadłości. Układ taki obejmuje: 1) wierzytelności powstałe przed dniem ogłoszenia upadłości; 2) wierzytelności zależne od warunku, o ile warunek ten ziścił się w terminie wykonywania układu. Ogłoszenie upadłości obejmujące swym zakresem likwidację majątku upadłego, nie pozbawiając go możliwości zawarcia układu. Istnieje bowiem możliwość zmiany formuły postępowania upadłościowego i przekształcenie go w postępowanie z możliwością zawarcia układu.

Postępowanie upadłościowe prowadzone jest na rzecz wierzycieli, choć pomiędzy wierzycielami i dłużnikiem może powstać konflikt dotyczący wyboru formy postępowania upadłościowego, a także określenia roli dłużnika w przebiegu procesu reorganizacji lub likwidacji przedsiębiorstwa. Celem wierzyciela jest odzyskanie wierzytelności w możliwie krótkim terminie bez względu na rodzaj postępowania upadłościowego oraz możliwość wywierania wpływu na przebieg postępowania. Natomiast dłużnik dąży przede wszystkim do zawarcia układu i zachowania wpływu na zarządzanie swym przedsiębiorstwem, a także odzyskanie przynajmniej części zainwestowanego kapitału. Jednak nadrzędnym celem postępowania upadłościowego jest ochrona interesu publicznego. Interes ten wymaga uzdrowienia sytuacji finansowej dłużnika, utrzymanie w ruchu przedsiębiorstwa i zachowanie miejsc pracy w możliwie największym dotychczasowym zakresie. W konsekwencji postępowanie to może być bardziej efektywne od ogłoszenia upadłości z punktu widzenia możliwości zaspokojenia wierzycieli[9].

Ochrona przedsiębiorców i umożliwienie im restrukturyzacji ma na względzie interes publiczny, m.in. ze względu na konieczność utrzymania konkurencyjnej struktury rynku (Wilczyńska, 2009, s. 51; Nawrot, 2009, s. 67), a w efekcie ochrony konkurencji przed negatywnymi skutkami antykonkurencyjnych zachowań przedsiębiorców (Zimmermann, 1997)[10]. Interes ten jest co do zasady zbieżny z interesem prywatnym niewypłacalnego przedsiębiorcy. W pewnych sytuacjach ochrona interesu publicznego może jednak godzić w interes prywatny przedsiębiorcy, który nie

[9] Postanowienie SO w Warszawie – XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dn. 8.08.2018 r., XXIII Gz 71/18, Legalis.

[10] Por. wyr. NSA z dn. 11.05.2006 r., II OSK 145/06, Legalis.

będzie mógł dokonać transakcji albo będzie musiał ją zmodyfikować. W przypadku restrukturyzacji obie kategorie interesu są zbieżne w tym sensie, że przeprowadzenie szeroko rozumianej reorganizacji przedsiębiorcy może materializować zarówno interes publiczny (ochrona kontrahentów, pracowników oraz innych grup wierzycieli i/lub Skarbu Państwa), jak i interes prywatny przedsiębiorcy, jakim będzie utrzymanie przedsiębiorstwa w ruchu i kontynuacja działalności gospodarczej przez przedsiębiorcę (Korycińska-Rządca, 2020, s. 5 i n.). Przez interes indywidualny można rozumieć interes faktyczny zabezpieczony normą prawa materialnego, przy czym przedmiotowy zakres tego interesu jest kształtowany przez normy prawa materialnego, a nie przez adresata. Normy prawa proceduralnego odgrywają zaś rolę pomocniczą przy realizacji norm materialnoprawnych (Kucharski, 2020, s. 1–11). W kontekście omawianych zagadnień właściwe będzie prawo restrukturyzacyjne regulujące szeroko rozumiane zmiany strukturalne w sposobie funkcjonowania niewypłacalnego przedsiębiorcy (Jagoda, 1999, s. 11–13). Obejmują one działania zmierzające do uzdrowienia jego sytuacji finansowej i długookresowej poprawy płynności, które są realizowane w kilku obszarach. Przede wszystkim w zakresie zarządzania i struktury kapitału.

W literaturze wskazuje się, że podstawowe zmiany obejmują sposób funkcjonowania przedsiębiorstwa, jego wewnętrzną organizację i strukturę kapitału (Sapijaszka, 1996, s. 30). Czasami restrukturyzacja wymusza konieczność adaptacji do zmieniających się warunków w otoczeniu gospodarczym (Nalepka, 1998, s. 21). Wszystkie te działania mają przywrócić płynność i umożliwić realizację zobowiązań zrestrukturyzowanemu dłużnikowi. W konsekwencji ma to zapewnić wzrost wartości rynkowej akcji takiego przedsiębiorcy (Frąckowiak, 1998, s. 439). W efekcie wszystkie te działania powinny wspierać proces zmian umożliwiających rozwój z jednej strony lub eliminację niewypłacalnych przedsiębiorców z drugiej (Głowacki i Zalewski, 2020, s. 4 i n.).

Nierentowni, niewypłacalni przedsiębiorcy mogą zagrażać innym przedsiębiorcom na rynku. Wiąże się to z ryzykiem nierealizowania przez nich zobowiązań wobec kontrahentów i generowania strat po ich stronie z utratą płynności finansowej łącznie. Instytucja upadłości odgrywa więc rolę swoistego regulatora mechanizmów gospodarczych. W tym sensie upadłość jest narzędziem eliminacji nieefektywnych przedsiębiorców z rynku i jednocześnie narzędziem stwarzającym możliwości racjonalizacji procesu alokacji zasobów. Postępowanie upadłościowe powinno umożliwić zawarcie porozumienia stron, czyli wierzyciela z dłużnikiem w stosunkowo krótkim czasie. Pozwala to bowiem ograniczyć straty w następstwie zmniejszania się wartości aktywów dłużnika. Postępowanie upadłościowe ma na celu głównie zaspokojenie wierzycieli w najwyższym możliwym stopniu, przy czym wierzyciele uprzywilejowani spłacani są przed posiadającymi status nieuprzywilejowany, ci zaś przed udziałowcami. Jeśli jednak majątek dłużnika jest niewystarczający do zaspokojenia wszystkich wierzycieli, wierzytelności spłacane są proporcjonalnie do ich wartości[11], o ile majątek dłużnika nie wystarcza na zaspokojenie ich w pełnej wysokości.

Biorąc pod uwagę fakt, że upadłość danego przedsiębiorcy pociąga za sobą negatywne skutki nie tylko dla udziałowców i wierzycieli, lecz także dla pracowników, dostawców lub odbiorców, działania restrukturyzacyjne są w pełni uzasadnione również z punktu widzenia tych podmiotów oraz z punktu widzenia interesu publicznego. Jeżeli zatem jest możliwość zrestrukturyzowania przedsiębiorcy, należy wszcząć odpowiednią procedurę, aby umożliwić mu pozostanie na rynku, a tym samym uniknięcie redukcji miejsc pracy.

[11] Por. wyr. NSA z dn. 11.05.2006 r., II OSK 145/06, Legalis.

Postępowanie restrukturyzacyjne, podobnie jak upadłościowe, można określić jako instytucję prawną lub też narzędzie niezbędne do zapewnienia możliwości sprawnego funkcjonowania mechanizmów rynku (Zimmerman, 2022, s. 13 i n.). Postępowanie restrukturyzacyjne ma na celu uniknięcie upadłości dłużnika. Istotą postępowań wszczynanych w sytuacji niewypłacalności lub zagrożenia niewypłacalnością dłużnika powinno bowiem być uniknięcie likwidacji działalności zadłużonych przedsiębiorców (Adamus, 2020, s. 17 i n.). W niektórych przypadkach konieczność utrzymania danego podmiotu w ruchu może uzasadniać możliwość uzyskania pomocy publicznej ułatwiającej restrukturyzację. Jest to praktykowane w przypadku, gdy upadający przedsiębiorca ma istotne znaczenie dla lokalnego rynku pracy. Jeżeli wartość ekonomiczna przedsiębiorstwa przewyższa wartość likwidacyjną, można rozważać podjęcie starań zmierzających do kontynuacji jego działalności. Decyzja o utrzymaniu przedsiębiorstwa w ruchu jest łatwiejsza w przypadku przedsiębiorców prowadzących działalność w branżach rozwojowych, o wysokich nakładach na działalność badawczo-rozwojową, w porównaniu z branżami schyłkowymi. Utrzymanie przedsiębiorstwa w ruchu może w niektórych sytuacjach chronić gospodarkę przed nagłym i masowym bezrobociem, zapewniając możliwość kontynuacji działalności gospodarczej przez przedsiębiorcę. To z kolei ma wpływ na sytuację kontrahentów (dostawców i odbiorców). Z ich punktu widzenia ważne jest więc również utrzymanie przedsiębiorstwa w obrocie gospodarczym (Jakubecki i Zedler, 2003, s. 102–103). Strategia ta odgrywa szczególną rolę w czasach kryzysu gospodarczego oraz towarzyszącemu mu niekiedy zjawisku tzw. upadłości systemowych, gdyż pozwala ograniczyć koszty społeczne, co było jednym z głównych celów wdrożenia uproszczonego postępowania restrukturyzacyjnego w okresie pandemii SARS-COV-2. Postępowanie to miało ułatwić i przyspieszyć reorganizację przedsiębiorstwa, ale jednocześnie ochronić dłużnika poprzez powstrzymanie działań wierzycieli, uniemożliwiających dalsze prowadzenie działalności gospodarczej i powodujących konieczność ogłoszenia upadłości.

III. Uproszczone postępowanie restrukturyzacyjne

Uproszczone postępowanie restrukturyzacyjne w czasie kryzysu spowodowanego pandemią SARS-COV-2 stanowiło najszybszą i najsprawniejszą procedurę restrukturyzacyjną w Polsce. Jej beneficjentami mogli być wszyscy przedsiębiorcy posiadający zdolność restrukturyzacyjną, w rozumieniu art. 4 prawa restrukturyzacyjnego. Jednak skorzystanie z niej uzależnione było od wystąpienia trudnej sytuacji finansowej wywołanej bezpośrednio przez pandemię COVID-19 lub powstania niewypłacalności przedsiębiorcy w tym okresie.

W istocie było to zmodyfikowane postępowanie o zatwierdzenie układu, mające na celu głównie ochronę dłużnika przed egzekucją komorniczą i jednocześnie skłonienie wierzycieli do zawarcia układu. Przesłanką otwarcia uproszczonego postępowania restrukturyzacyjnego była niewypłacalność lub pojawienie się zagrożenia niewypłacalnością wynikające z sytuacji finansowej przedsiębiorcy. Zagrożenie to występuje, gdy dłużnik nie reguluje wymagalnych zobowiązań przez okres dłuższy niż trzy miesiące (tzw. przesłanka płynnościowa) lub gdy zobowiązania pieniężne spółki przekraczają wartość jej majątku (Zimmerman, 2022, s. 13 i n.). Do katalogu przesłanek złożenia wniosku o zatwierdzenie układu w ramach uproszczonego postępowania restrukturyzacyjnego należy:

1) niewypłacalność lub zagrożenie niewypłacalnością (art. 6 ust. 1 pr.);

2) wielość wierzycieli (art. 11 ust. 1 i 2 w zw. z art. 6 ust. 2 pr.);
3) legitymacja do złożenia wniosku restrukturyzacyjnego (art. 7 ust. 1 oraz art. 283 ust. 1 i 2 pr.);
4) suma wierzytelności spornych nieprzekraczająca 15% sumy wierzytelności uprawniających do głosowania nad układem (art. 3 ust. 2 pkt 2 oraz ust. 3 pkt 2 pr.).

Uproszczone postępowanie restrukturyzacyjne skutkowało przede wszystkim:

- ochroną przeciwegzekucyjną (przed egzekucjami komorniczymi) począwszy od dnia obwieszczenia w MSiG z perspektywy dłużników główną zaletą uproszczonej formy restrukturyzacji była ochrona przed egzekucją sądową; w okresie od dnia dokonania obwieszczenia otwierającego do dnia jego zakończenia, wszczęte przeciwko dłużnikowi postępowania egzekucyjne z mocy prawa były zawieszone, a nowe nie mogły zostać wszczęte;
- ochroną kluczowych dla kontynuacji działalności dłużnika umów, poprzez wykluczenie możliwości ich wypowiedzenia bez uzyskania zgody nadzorcy układu (m.in. umowy najmu albo dzierżawy lokalu, kredytu, leasingu, poręczeń i umowy rachunku bankowego);
- ograniczeniem możliwości zarządzania majątkiem przez dłużnika, który mógł dokonywać wyłącznie czynności zwykłego zarządu (na czynności przekraczające ten zakres wymaga się zgody nadzorcy układu)[12], przy czym zgoda mogła zostać udzielona w ciągu 30 dni od dokonania czynności; w przypadku braku zgody czynność była nieważna;
- możliwością zawarcia układu na zgromadzeniu wierzycieli, któremu przewodniczy nadzorca układu;
- objęciem układem wierzycieli mających zabezpieczenie rzeczowe (hipoteka, zastaw, przewłaszczenie na zabezpieczenie) – kluczowym warunkiem było tutaj jednak przedstawienie propozycji układowej przewidującej pełne zaspokojenie wierzytelności łącznie z należnościami ubocznymi lub też jej zaspokojenie w stopniu nie niższym niż byłoby to możliwe poprzez dochodzenie z przedmiotu zabezpieczenia.

Konstrukcja tego postępowania miała skłaniać wierzycieli do zawarcia układu. W przeciwnym razie konieczne byłoby ogłoszenie upadłości, co mogłoby utrudnić odzyskanie wierzytelności. W razie niepowodzenia uproszczonej restrukturyzacji, której skutkiem była odmowa zatwierdzenia układu lub umorzenie postępowania o zatwierdzenie układu, dłużnik miał możliwość złożenia uproszczonego wniosku o otwarcie postępowania sanacyjnego lub też uproszczonego wniosku o ogłoszenie upadłości. W ten właśnie sposób ustawodawca wzmocnił ochronę dłużnika w czasie kryzysu, umożliwiając mu wszczęcie postępowania restrukturyzacyjnego i tym samym uniknięcie egzekucji.

Postępowanie to miało charakter pozasądowy. Obok wielu korzystnych z punktu widzenia dłużnika rozwiązań ustawa o dopłatach do oprocentowania kredytów przewidywała też ochronę wierzycieli. Każdy z wierzycieli miał możliwość skierowania do sądu wniosku w celu uchylenia w całości skutków wiążących się z obwieszczeniem otwarcia uproszczonego postępowania restrukturyzacyjnego. Ochronę wierzycieli zapewniał również ograniczony zarząd dłużnika (art. 4 pr.). Ponadto wierzycielom przysługiwało roszczenie o naprawienie szkody w przypadku dokonania obwieszczenia otwierającego postępowanie przez dłużnika w złej wierze.

[12] Por. Postanowienie Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dn. 21.12.1998 r., III CKN 982/98, Legalis.

Należy podkreślić, że możliwość wystąpienia wierzyciela o uchylenie skutków otwarcia postępowania ograniczona do sytuacji, gdy działania dłużnika są dla niego krzywdzące była przedmiotem krytyki praktyków. Zgodnie art. 18 ust. 1 ustawy o dopłatach do oprocentowania kredytów sąd uchyla skutki opublikowania obwieszczenia, na wniosek wierzyciela, jeżeli prowadzą one do pokrzywdzenia wierzycieli. To z kolei powoduje zniesienie ograniczeń dłużnika w sprawowaniu zarządu nad przedsiębiorstwem, co w efekcie może mieć niekorzystne skutki dla dłużnika.

Postępowanie to było w pewnym sensie jednorazową szansą na uzdrowienie sytuacji finansowej przedsiębiorcy. Ustawodawca wykluczył bowiem możliwość ponownego dokonania obwieszczenia. Art. 15 ust. 2 ustawy o dopłatach do oprocentowania kredytów dopuszczał tylko jednokrotne obwieszczenie w Monitorze Sądowym i Gospodarczym (MSiG) o otwarciu tzw. uproszczonego postępowania restrukturyzacyjnego przez dłużnika. W literaturze zwracano uwagę na praktyczne trudności w weryfikacji tego ograniczenia (Filipiak, 2020; Kamieński i Borys, 2021, s. 255–261). W ustawie o dopłatach do oprocentowania kredytów nie wskazano bowiem podmiotu kontrolującego składane przez przedsiębiorców wnioski i weryfikującego ich liczbę, co rodziło ryzyko nadużyć ze strony przedsiębiorców. Problem ten został wyeliminowany z chwilą wygaszenia możliwości wszczęcia przez przedsiębiorców uproszczonego postępowania restrukturyzacyjnego, które zostało zastąpione postępowaniem o zatwierdzenie układu. Przepisy dotyczące uproszczonej restrukturyzacji miały charakter epizodyczny, skorzystanie przez uprawnionych i uruchomienie przez nich procedury uproszczonej restrukturyzacji możliwe było tylko jednorazowo i do dnia 30 listopada 2021 r., a zatem w okresie, który według ustawodawcy uznany został za czas oddziaływania negatywnych skutków ekonomicznych wywołanych epidemią koronawirusa SARS-COV-2.

Uproszczone postępowanie restrukturyzacyjne bez wątpienia czyniło zadość wymogom stawianym państwom członkowskim UE przez przepisy dyrektywy w sprawie ram restrukturyzacji zapobiegawczej. Przede wszystkim ułatwiało ono restrukturyzację „ochronną" polegającą na wstrzymaniu indywidualnych czynności egzekucyjnych, o których mowa w art. 6 dyrektywy. Ponadto umożliwiało ono skrócenie czasu postępowań restrukturyzacyjnych, na co także wyraźnie wskazywała Preambuła powyższej dyrektywy (motyw 35). Dodatkowo nie ograniczało ono możliwości kontynuowania działalności gospodarczej (Kruczalak-Jankowska i Witosz, 2021, s. 76–94). Otwarcie postępowania układowego nie pozwalało na prowadzenie egzekucji z majątku dłużnika i ogłoszenie jego upadłości. Zgodnie z dyrektywą w okresie wstrzymania egzekucji niedopuszczalne jest bowiem ogłoszenie upadłości. Jednocześnie UPR ograniczyło rolę sądów powszechnych w postępowaniu restrukturyzacyjnym, co także było postulatem zawartym w dyrektywie (motyw 29–32 Preambuły).

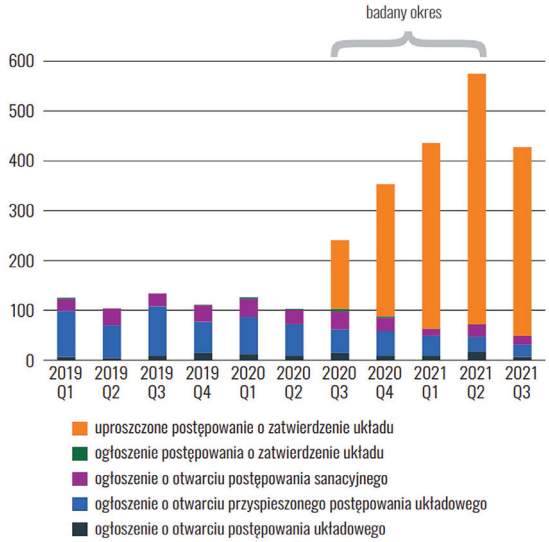
IV. Wykorzystanie uproszczonego postępowania restrukturyzacyjnego przez przedsiębiorców – analiza danych liczbowych

Uproszczone postępowanie restrukturyzacyjne okazało się niezwykle popularne wśród przedsiębiorców, co prawdopodobnie przyczyniło się do recypowania części wdrożonych w nim rozwiązań do prawa restrukturyzacyjnego poprzez zmiany w postępowaniu o zatwierdzenie układu.

Warto byłoby przyjrzeć się bliżej wynikom analizy dostępnych danych ilościowych na temat stosowania UPR w pierwszym roku funkcjonowania. Podstawę przeprowadzonej analizy stanowi

raport Fundacji Court Watch Polska pt. „Monitoring Prawa Restrukturyzacyjnego i Upadłościowego. Uproszczone Postępowanie Restrukturyzacyjne – raport z roku funkcjonowania" (dalej: Raport UPR) (Pilitowski, 2021, s. 8). Raport dotyczy spraw, w których obwieszczenie o wszczęciu postępowania zostało opublikowane od lipca 2020 roku do końca czerwca 2021 roku. Informacje zawarte w obwieszczeniach publikowanych w MSiG uzupełnione zostały o analizę danych dotyczących statusu i sposobu zakończenia postępowań uzyskanych od sądów restrukturyzacyjnych, a zatem sądów rejonowych, wydziałów gospodarczych.

Wykres 1. Postępowania restrukturyzacyjne różnego typu w okresie od 1. kwartału 2019 r. do 3. kwartału 2021 roku



Źródło: Politowski, 2021, s. 17.

Wykres 1 ilustruje wykorzystanie instytucji UPR na tle innych typów postępowań restrukturyzacyjnych. Podstawę badania stanowi liczba obwieszczeń o wszczęciu postępowania zamieszczonych przez dłużników w MSiG. Z analizy tych danych wynika, że w okresie dostępności UPR był najpopularniejszym wśród dłużników typem postępowania restrukturyzacyjnego. Także w przeszłości żaden inny rodzaj postępowania restrukturyzacyjnego nie był wybierany przez dłużników równie chętnie.

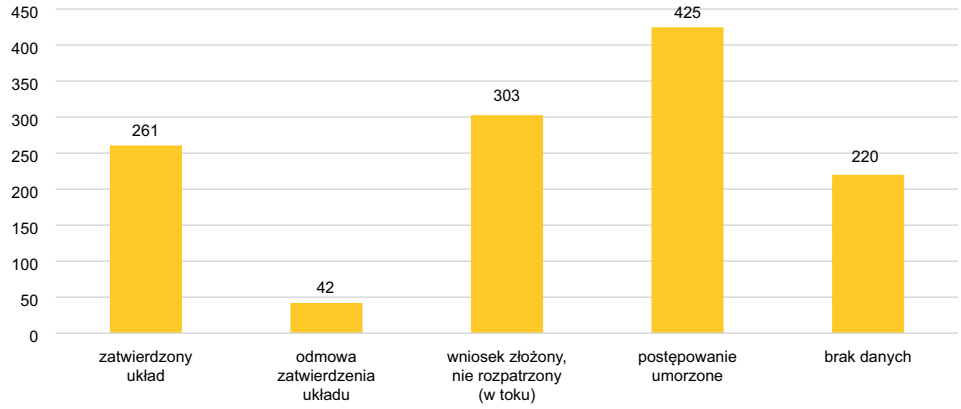
W okresie od lipca 2020 r. do czerwca 2021 r. udział poszczególnych typów postępowań restrukturyzacyjnych wynosił (Politowski, 2021, s. 18):

- UPR – 1251 otwartych uproszczonych postępowań restrukturyzacyjnych, co stanowiło 84% postępowań restrukturyzacyjnych;
- PPU – przyśpieszone postępowanie układowe 9%;
- PS – postępowanie sanacyjne 5%;
- PU – postępowanie układowe 2%;
- PZU – postępowanie o zatwierdzenie układu <1%.

Analizując liczbę ogłoszonych UPR przez przedsiębiorców z obszaru właściwości poszczególnych sądów restrukturyzacyjnych (wydziałów gospodarczych sądów rejonowych), można zaobserwować, że nowa instytucja restrukturyzacyjna wykorzystywana była we wszystkich regionach kraju. Najwięcej postępowań (211) otworzyli przedsiębiorcy z obszaru właściwości Sądu Rejonowego

dla m. st. Warszawy. Potem kolejno z obszaru właściwości Sądu Rejonowego w Poznaniu (126), Białego Stoku (85), Lublina (83), Krakowa i Katowic (po 78). W niewielkich ośrodkach postępowań było proporcjonalnie mniej, najmniej w Legnicy (6) (Pilitowski, 2021, s. 19).

Wykres 2. Sposób zakończenia UPR



Źródło: Pilitowski, 2021, s. 21.

Bardzo pobieżna analiza może stwarzać pozory, że skoro duży odsetek postępowań, bo aż 425 sprawy, co stanowi 34%, umorzono (z mocy prawa z powodu niezłożenia wniosku w terminie 4 miesięcy UPR nie przyniósł spodziewanych rezultatów. Przeprowadzona analiza dotyczy jednak tylko określonego czasu i nie obejmuje badania dalszych losów tych przedsiębiorców, którzy mogli po nieudanym UPR skorzystać z innych form postępowań restrukturyzacyjnych. Na 606 złożonych wniosków o zatwierdzenie układu, połowa z nich była w toku na dzień zakończenia badania, trudno zatem prognozować, jakie było rozstrzygniecie sądu. Natomiast spośród zakończonej połowy postępowań (303 sprawy) aż 261 z nich zakończyło się pozytywnie, czyli zatwierdzeniem układu (tj. ok. 86%), a jedynie w przypadku 42 spraw (czyli 14% złożonych wniosków) sąd odmówił zatwierdzenia układu, zostały one oddalone bądź w sporadycznych przypadkach odrzucone (Pilitowski, 2021, s. 21–23). W przypadku 220 postępowań (blisko 18% spośród wszystkich 1251 spraw) brak było danych umożliwiających ustalenie wyniku postępowania.

Przedstawione wyniki badań potwierdziły, że uproszczone postępowanie restrukturyzacyjne okazało się atrakcyjnym i popularnym narzędziem poprawy sytuacji dłużnika, pozwalającym na uniknięcie upadłości.

Patrząc z obecnej perspektywy, można zauważyć, że stale wzrasta liczba postępowań restrukturyzacyjnych, jest ich rok do roku więcej. W 2020 r. odbyło się ich 800, w 2021 r. – 1888, w 2022 r. – 2379, a do końca września 2023 r. – 3210, z czego największy odsetek (w 2023 r. – ponad 90%) stanowi postępowanie o zatwierdzenie układu, recypowane z uproszczonego postępowania restrukturyzacyjnego[13].

V. Wnioski *de lege ferenda*

Po przedstawieniu założeń uproszczonego postępowania restrukturyzacyjnego można wskazać wnioski *de lege ferenda* odnoszące się do kształtu obecnych przepisów prawa opartych

[13] Dane dotyczące postępowań restrukturyzacyjnych dostępne np. na stronie Centralnego Ośrodka Informacji Gospodarczej: https://www.coig.com.pl/2023-restrukturyzacje-firm_wrzesien.php.

na analizowanej regulacji. Przy porównaniu uproszczonego postępowania restrukturyzacyjnego (UPR) z obecnym postępowaniem o zatwierdzenie układu (PZU) na korzyść tego pierwszego przemawia większa precyzyjność postanowień ustawy. W ustawie prawo restrukturyzacyjne nie określono terminu na wskazanie dnia układowego dla PZU. Natomiast w przypadku uproszczonego postępowania restrukturyzacyjnego w art. 16 ust. 2 ustawy o dopłatach do oprocentowania kredytów wskazano, że dzień układowy nie może przypadać wcześniej niż 7 dni przed złożeniem wniosku o dokonanie obwieszczenia i nie później niż 7 dni po dniu jego złożenia. Aktualnie dzień układowy może zostać wyznaczony nawet po upływie kilku miesięcy od obwieszczenia o otwarciu postępowania o zatwierdzenie układu. Tymczasem określenie dnia układowego ma niebagatelne znaczenie dla powodzenia całego postępowania. Od tego dnia następuje ochrona dłużnika, a wyznaczenie dnia układowego jest niezbędne do głosowania nad układem, co w konsekwencji wywołuje skutków przyjętego układu. Biorąc pod uwagę fakt, że obwieszczenie o ustaleniu dnia układowego może nastąpić dopiero po dokonaniu spisu wierzytelności spornych i opracowaniu wstępnego planu restrukturyzacji oraz że uprawnienia wierzycieli do głosowania nad układem określa się według stanu na dzień układowy, dłużnik będzie miał mniej czasu na złożenie wniosku o zatwierdzenie układu, a tym samym okres jego ochrony ulegnie skróceniu. Dlatego też należy postulować doprecyzowanie terminów. Głównym problemem jest bowiem konieczność ustalenia dnia układowego przed dokonaniem spisu wierzytelności, który z kolei musi być sporządzony przed dniem obwieszczenia. Dzień układowy przypada nie wcześniej niż trzy miesiące i nie później niż dzień przed dniem złożenia wniosku o zatwierdzenie układu (art. 211 ust. 2 pr.). Ochrona dłużnika natomiast rozciąga się na okres do czterech miesięcy od dnia dokonania obwieszczenia. W tym terminie dłużnik obowiązany jest złożyć do sądu wniosek o zatwierdzenie układu, ale jednocześnie złożenie wniosku o zatwierdzenie układu powinno nastąpić w terminie trzech miesięcy po wskazaniu dnia układowego, co w praktyce może istotnie skrócić okres ochrony dłużnika.

Kolejnym problemem jest odpowiedzialność za niezgłoszenie w sądzie wniosku o ogłoszenie upadłości na podstawie art. 21 ust. 1 lub 21 ust. 2a pu., art. 299 § 1 k.s.h.[14] oraz art. 116 ust. 1 Ordynacji podatkowej[15]. Obowiązujące aktualnie przepisy o postępowaniu o zatwierdzenie układu nie określają jednoznacznie czy obwieszczenie o dniu układowym wyłącza odpowiedzialność z tytułu niezgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości. Taki przepis był zawarty w art. 25 ustawy o dopłatach do oprocentowania kredytów regulującej uproszczone postępowanie restrukturyzacyjne.

Można jednak przyjąć, że w okresie od dnia obwieszczenia o wyznaczeniu dnia układowego do dnia zawarcia układu lub do dnia umorzenia postępowania nie biegnie termin na złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości. Trudno byłoby oczekiwać, że dłużnik, który dokonał obwieszczenia we właściwym terminie i dąży do zawarcia układu był obowiązany dodatkowo do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości. Oba tryby znoszą się wzajemnie. Należy zatem zauważyć, że dłużnik powinien poczekać na zakończenie postępowania o zatwierdzenie układu i dopiero w przypadku nie zawarcia układu lub umorzenia postępowania o zatwierdzenie układu będzie obowiązany do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości. Na etapie postępowania o zatwierdzenie układu nie materializują się bowiem przesłanki ogłoszenia upadłości. Termin trzydziestu dni na złożenie przez

[14] Ustawa z dn. 15.09.2000 r. – Kodeks spółek handlowych (t.j. Dz. U. 2022 poz. 1467 ze zm.); dalej: k.s.h.

[15] Ustawa z dn. 29.08.1997 r. – Ordynacja podatkowa (t.j. Dz. U. 2021 poz. 1540 ze zm.).

dłużnika wniosku o ogłoszenie upadłości określony w art. 21 ust. 1. pu. biegnie więc od dnia odrzucenia układu przez wierzycieli w głosowaniu lub od dnia upływu terminu trzech miesięcy na złożenie wniosku o zatwierdzenie układu względnie od dnia uprawomocnienia postanowienia sądu o odmowie zatwierdzenia układu. Należy zatem postulować doprecyzowanie przesłanek złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości, wyłączając lub zawieszając bieg terminu na okres postępowania o zatwierdzenie układu. Takie podejście jest zgodne z zasadą pierwszeństwa postępowania restrukturyzacyjnego (Flaga-Gieruszyńska, 2022, s. 121–144).

Należy jednak zauważyć, że zainicjowanie postępowania o zatwierdzenie układu poprzez obwieszczenie o dniu układowym nie chroni członków zarządu spółek kapitałowych od odpowiedzialności za zobowiązania spółki. Podstawą zwolnienia z odpowiedzialności w myśl art. 299 § 2 k.s.h. jest bowiem wydanie postanowienia przez sąd w przedmiocie zatwierdzenia układu nie później niż w terminie 30 dni od dnia, w którym wystąpiła podstawa do ogłoszenia upadłości (art. 21 ust. 3 pu.). Ochronę stanowić może odpowiednio wczesne zainicjowanie tego postępowania i wydanie postanowienia przez sąd w odpowiednim czasie[16].

Aktualnie możliwość ochrony przeciwegzekucyjnej uzależniona jest od trybu postępowania. W przypadku, gdy dłużnik zdecyduje się na dokonanie obwieszczenia o ustaleniu dnia układowego, uzyskuje ochronę przeciwegzekucyjną z dniem ukazania się obwieszczenia w tym przedmiocie w Krajowym Rejestrze Zadłużonych. Z mocy prawa zawieszone zostają wówczas postępowania egzekucyjne z majątku dłużnika i nie mogą być wszczęte nowe postępowania. Nie może też zostać wykonane postanowienie o zabezpieczeniu roszczenia na majątku dłużnika ani zarządzenie takiego zabezpieczenia. Ochrona trwa do dnia zakończenia postępowania o zatwierdzenie układu lub do dnia upływu terminu do zawarcia układu, jednak nie dłużej niż cztery miesiące. W przypadku nie zawarcia układu w tym okresie wierzyciele mogą złożyć wniosek o ogłoszenie upadłości.

Pomimo stosunkowo krótkiego terminu ochrony, którego górną granicę stanowi dzień zawarcia układu, postępowanie o zatwierdzenie układu wydaje się być atrakcyjnym rozwiązaniem dla przedsiębiorców, którzy utracili zdolność regulowania zobowiązań. Zapewnia ono ochronę dłużnika, umożliwiając mu kontynuowanie działalności gospodarczej. Wdrożone w tym postępowaniu narzędzia ochrony dłużnika z punktu widzenia kluczowych obszarów prowadzenia działalności gospodarczej przez zagrożonych niewypłacalnością przedsiębiorców stanowią skuteczną pomoc w procesie restrukturyzacji. Istnieje jednak ryzyko, że będą one powodować marginalizację innych instrumentów przewidzianych w ustawie – Prawo restrukturyzacyjne, a szczególnie przyspieszonego postępowania układowego. Z tego względu może warto byłoby rozważyć skrócenie okresu ochrony zagrożonego niewypłacalnością dłużnika do trzech miesięcy. Tym bardziej że niedoprecyzowana w ustawie rozpiętość terminów pomiędzy ogłoszeniem dnia układowego a obwieszczeniem w sprawie układu powoduje realne skrócenie ochrony do trzech miesięcy.

Postępowanie o zatwierdzenie układu w znacznej mierze odzwierciedla rozwiązania ograniczające ryzyko masowych upadłości przedsiębiorców przyjęte w UPR, ale jednocześnie częściowo eliminuje niektóre rozwiązania przyjęte w uproszczonym postępowaniu restrukturyzacyjnym.

[16] Art. 21 prawa upadłościowego powoduje, że w praktyce pomimo braku odpowiednika art. 299 k.s.h. w przepisach dotyczących spółki akcyjnej, członkowie zarządu obu spółek kapitałowych ponoszą taką samą odpowiedzialność.

VI. Konkluzje

Wprowadzone w okresie pandemii SARS-COV-2 uproszczone postępowanie restrukturyzacyjne stanowiło atrakcyjne rozwiązanie dla przedsiębiorców znajdujących się w trudnej sytuacji finansowej (tj. zagrożonych niewypłacalnością), choć doraźne. Miało ono charakter incydentalny, było bowiem wdrożone tymczasowo na potrzeby łagodzenia skutków ograniczenia możliwości prowadzenia działalności gospodarczej w czasie pandemii wirusa SARS-COV-2. Dłużnicy mogli z niego skorzystać tylko przez kilkanaście miesięcy. Postępowanie to pozwalało w szybki sposób przeprowadzić restrukturyzację przedsiębiorstwa, przy czym przedsiębiorca mógł wystąpić z wnioskiem o jego wszczęcie tylko jeden raz, co było jednak trudne do weryfikacji.

Regulację przyjętą w tarczy 4.0 należy uznać za godny naśladowania wzór legislacji prostej, logicznej i przy tym efektywnej (Kruczalak-Jankowska i Witosz, 2021, s. 76–94). Na potrzeby doraźne czy kryzysowe sprawdziła się całkiem dobrze. Przeprowadzenie tego rodzaju uproszczonego i odformalizowanego postępowania było skutecznym narzędziem ochrony przedsiębiorców, którzy potrzebowali niewielkiej reorganizacji i dążyli do zawarcia porozumienia z wierzycielami. Łączyło ono odformalizowane postępowanie o zatwierdzenie układu z elementami postępowań: sanacyjnego i przyspieszonego postępowania układowego. Stanowiło dominującą formę postępowania restrukturyzacyjnego. Po zamknięciu możliwości skorzystania z tego wariantu restrukturyzacji ustawodawca zdecydował się na pozostawienie go w polskim porządku prawnym w zmodyfikowanej formie w postaci postępowania o zatwierdzenie układu. Zasadniczym celem utrzymania tego postępowania, choć w nieco zmienionej formie, była dalsza ochrona dłużnika.

Uproszczone postępowanie restrukturyzacyjne jako narzędzie antykryzysowe wdrożone w tarczy 4.0 spełniło pokładane w nim nadzieje, pomogło pewnej grupie przedsiębiorców przezwyciężyć trudności finansowe i ustrzec ich przed upadłością. Sukces tego narzędzia spowodował wprowadzenie go na stałe, w nieco tylko zmodyfikowanej wersji, do prawa restrukturyzacyjnego. Nowe postępowanie o zatwierdzenie układu należy ocenić pozytywnie, biorąc pod uwagę ochronę dłużnika umożliwiającą mu realną restrukturyzację. Należy jednak postulować nowelizację ustawy w celu wyeliminowania wątpliwości interpretacyjnych, które w praktyce tę ochronę będą osłabiać. Przede wszystkim należy wyraźnie określić termin na wskazanie dnia układowego. W przypadku uproszczonego postępowania restrukturyzacyjnego wynosił on 7 dni, a aktualnie może to być kilka miesięcy. Od ustalenia dnia układowego może być uzależnione powodzenie całego postępowania o zatwierdzenie układu, dlatego tak ważne jest doprecyzowanie terminu, w jakim powinien być on wyznaczony. Należy także postulować jednoznaczne wyłączenie odpowiedzialności za niezgłoszenie w sądzie wniosku o ogłoszenie upadłości po otwarciu postępowania o zatwierdzenie układu do czasu jego zakończenia.

Należy podkreślić, że pomimo wielu pozytywnych z punktu widzenia dłużnika rozwiązań, przepisy o UPR budziły wiele zastrzeżeń. Po pierwsze, mocno ograniczały rolę sądu w postępowaniach restrukturyzacyjnych. Ciężar weryfikacji sytuacji dłużnika zainteresowanego UPR i analizy złożonych przezeń dokumentów spoczywał na nadzorcy układu. Po drugie, występowało wysokie ryzyko nadużyć ze strony nieuczciwych przedsiębiorców, ponieważ ochronę przed wierzycielami można było uzyskać w ciągu zaledwie kilku dni po zawarciu umowy z doradcą restrukturyzacyjnym, przygotowaniu spisu wierzytelności i propozycji układowych oraz opublikowaniu

obwieszczenia o rozpoczęciu restrukturyzacji w MSiG. Z tej procedury mogli korzystać przedsiębiorcy, którzy spełniali przesłanki poddania się procedurze upadłościowej. Pokrzywdzeni wierzyciele mogli dochodzić swoich roszczeń wyłącznie w odrębnych postępowaniach sądowych. Po trzecie, ustawodawca przewidział zbyt krótki termin (cztery miesiące) na wypracowanie warunków restrukturyzacji. Często porozumienie z wierzycielami, z instytucjami finansowymi i osiągnięcie konsensusu w zakresie spłaty zobowiązań przez dłużnika i w efekcie uzgodnienie propozycji układowych zajmuje zdecydowanie więcej czasu.

Należy również mieć na uwadze, że nadmierna ochrona dłużnika powoduje zatory płatnicze i w ogólnym rozrachunku szkodzi gospodarce. Niezbędne jest zatem zachowanie odpowiednich proporcji oraz równowagi pomiędzy ochroną wierzyciela i dłużnika, co stanowi niełatwe wyzwanie legislacyjne.

Bibliografia

Adamus, R. (2015). Odpowiedzialność reprezentanta dłużnika za niezłożenie w terminie wniosku o ogłoszenie upadłości. *Monitor Prawa Handlowego*, (2), 27–34.

Adamus, R. (2020). *Uproszczone postępowanie restrukturyzacyjne. Art. 15–25 Tarczy 4.0. Komentarz*. Wydawnictwo C.H. Beck.

Adamus, R. (2022). O nierównowadze w systemie prawa o niewypłacalności: demotywatory restrukturyzacji. *Monitor Prawniczy*, (4), 178–183.

BM Restrukturyzacje. (2021, 17 lipca). *Raport na temat stanu niewypłacalności w Polsce*. Pozyskano z: https://www.bmrestrukturyzacje.pl/raport-na-temat-stanu-niewyplacalnosci-w-polsce/#:~:text=Liczba%20uproszczonych%20postępowań%20restrukturyzacyjnych%20w%20pierwszej%20połowie%202021,wziętych%20innych%20rodzajów%2C%20których%20ogólna%20liczba%20wyniosła%20380 (7.06.2023).

Coface. (2021, 7 kwietnia). *Raport Coface: Niewypłacalności firm w Polsce w I kwartale 2021 roku*. Pozyskano z: https://www.coface.pl/Aktualnosci-i-media/Biuro-prasowe/Raport-Coface-Niewyplacalnosci-firm-w-Polsce-w-I-kwartale-2021-roku (10.06.2023).

COIG. (2023). *2023 Restrukturyzacje firm*. Centralny Ośrodek Informacji Gospodarczej. Pozyskano z: https://www.coig.com.pl/2023-restrukturyzacje-firm_wrzesien.php (7.10.2023).

Domańska, A. (2022). Constitutionality of Restrictions on Freedom of Assembly during the COVID-19 Pandemic in Poland. *Białostockie Studia Prawnicze*, *27*(4), 147–161. https://doi.org/10.15290/bsp.2022.27.02.08

Filipiak, P. (2020). *Uproszczone postępowanie restrukturyzacyjne. Komentarz*. Wolters Kluwer Polska/Lex/el, kom. do art. 15, Nb 12.

Flaga-Gieruszyńska, K. (2012). *Prawo upadłościowe i naprawcze*. Wydawnictwo C.H. Beck.

Flaga-Gieruszyńska, K. (2022). Stosunek pomiędzy postępowaniem egzekucyjnym a postępowaniami restrukturyzacyjnymi – wybrane zagadnienia. *Gdańskie Studia Prawnicze,* (5), 121–144.

Frąckowiak, W. (red.). (1998). *Fuzje i przejęcia przedsiębiorstw*. WN PWN.

Głowacki, A. i Zalewski, C. (red.). (2020). *Postępowanie restrukturyzacyjne. Komentarz praktyczny. Wzory pism i przykłady postępowań restrukturyzacyjnych* (wyd. 2). Wydawnictwo C.H. Beck.

GUS. (2021). *Wyniki finansowe przedsiębiorstw niefinansowych w 2020 r*. Główny Urząd Statystyczny. Pozyskano z: https://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/podmioty-gospodarcze-wyniki-finansowe/przedsiebiorstwa-niefinansowe/wyniki-finansowe-przedsiebiorstw-niefinansowych-i-xii-2020,11,24.html (7.06.2023)

Hoffman, I. i Kostrubiec, J. (2022). Political Freedoms and Rights in Relation to the COVID-19 Pandemic in Poland and Hungary in a Comparative Legal Perspective. *Białostockie Studia Prawnicze*, *27*(4), 31–53. https://doi.org/10.15290/bsp.2022.27.02.02

Hrycaj, A. (2015). Cztery postępowania restrukturyzacyjne. *Doradca Restrukturyzacyjny*, (1), 2–6.

Hrycaj, A. (2016). W A. Hrycaj, A. Jakubecki, A. Witosz (red.), *Prawo restrukturyzacyjne i upadłościowe*. *System Prawa Handlowego*. *Tom 6* (s. 113–114). Wydawnictwo C.H. Beck.

Hrycaj, A. (2023). Restrukturyzacja zapobiegawcza i sanacyjna. *Przegląd Prawa Handlowego,* (8), 43–47.

Jakubecki, A. i Zedler, F. (2003). *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*. Kantor Wydawniczy Zakamycze.

Kaczorowski, T. (2016). Prawa i zagrożenia dla wierzycieli w postępowaniach restrukturyzacyjnych. *Monitor Prawniczy*, (9).

Kamieński, G. i Borys, A. (2021). Podstawy otwarcia uproszczonego postępowania restrukturyzacyjnego i ich weryfikacja. *Monitor Prawniczy*, (5), 255–262.

Kawecka-Wyrzykowska, E. i Synowiec, E. (red.). (2001). *Unia Europejska. Przygotowanie Polski do członkostwa*. Oficyna Wydawnicza SGH.

Korycińska-Rządca, P. (2020). *Ochrona tajemnic strony postępowania antymonopolowego w sprawach praktyk ograniczających konkurencję*. Wydawnictwo C.H. Beck.

Korycińska-Rządca, P. (2021). Legality of Prohibitions on Performing Specific Economic Activities Introduced to Prevent the Spread of the Coronavirus SARS-CoV-2: The Case of Poland. *Studies in Logic, Grammar and Rhetoric*, *66*(79), 321–335. https://doi.org/10.2478/slgr-2021-0018

Kruczalak-Jankowska, A. i Witosz, A.J. (2021). Uproszczone postępowanie restrukturyzacyjne – uwagi wybrane. *Przegląd Sądowy*, (10), 76–94.

Kucharski, K. (2020). *Ochrona prawna interesu indywidualnego w procesie inwestycyjno-budowlanym dróg publicznych w Polsce. Zagadnienia administracyjnoprawne.* Wydawnictwo C.H. Beck.

Machowska, A. (2017). Zbieg wniosków restrukturyzacyjnych i wniosków o ogłoszenie upadłości – niektóre problemy praktyki sądowej. *Doradca Restrukturyzacyjny*, (1).

Machowska, A. (2020). Geneza reformy postępowań, założenia nowelizacji i jej główne cele. W A. Machowska (red.), *Prawo restrukturyzacyjne i upadłościowe. Zagadnienia praktyczne* (wyd. II). Wolters Kluwer.

Nalepka, A. (1998). *Zarys problematyki restrukturyzacji przedsiębiorstw.* Krantor Wydawniczy Zakamycze.

Nawrot, J. (2009). Interes publiczny. W A. Powałowski (red.), *Leksykon prawa gospodarczego publicznego*. Wydawnictwo C.H. Beck.

Paśnik, J. (2020). Kilka refleksji o regulacjach stanu epidemii jako sui generis pozakonstytucyjnego stanu nadzwyczajnego. *Przegląd Prawa Publicznego,* (11).

Pilitowski, B., Sołowij, P., Tatara, K., Trela, Ł., Sokół, B., Michalak, J., Pyzik-Waląg, M. i Ochocińska, K. (2021). *Monitoring Prawa Restrukturyzacyjnego i Upadłościowego. Uproszczone Postępowanie Restrukturyzacyjne – raport z roku funkcjonowania*. Fundacja Court Watch Polska & Instytut Badań i Rozwoju Wymiaru Sprawiedliwości. Pozyskano z: https://tatara.com.pl/wp-content/uploads/2021/12/Raport_UPR_2021_po_roku.pdf (10.06.2023).

Prusak, B. (2011). *Ekonomiczna analiza upadłości przedsiębiorstw. Ujęcie międzynarodowe*. CeDeWu.

Sapijaszka, Z. (1996). *Restrukturyzacja przedsiębiorstwa. Szanse i ograniczenia*. PWN.

Sudoł, S. (2006). *Przedsiębiorstwo. Podstawy nauki o przedsiębiorstwie. Zarządzanie przedsiębiorstwem* (wyd. III). PWE.

Świerk, J. i Banach, A. (2013). Upadłość polskich przedsiębiorstw w latach 2009–2012. *Zarządzanie i Finanse,* (2), 441–452.

Tuleja, P. (2020). Pandemia COVID-19 a konstytucyjne stany nadzwyczajne. *Palestra*, (9).

Uziębło, P. (2020). *Opinia prawna. Czy możliwe jest przeprowadzenie wyborów podczas pandemii?* Fundacja Batorego. Pozyskano z: https://archiwumosiatynskiego.pl/images/2020/03/Czy-mozliwe-jest-przeprowadzenie-wyborow-podczas-stanu-epidemii_-Opinia-prawna.pdf (8.10.2023).

Wilczyńska, A. (2009). Interes publiczny w prawie stanowionym i orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego. *Przegląd Prawa Handlowego*, (6), 48–55.

Witosz, A.J. i Benduch, D. (2022). Restrukturyzacja pozasądowa. *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, (1).

Wójtowicz-Dawid, A. (2020). *Pomoc publiczna udzielana przez gminy*. Wolters Kluwer.

Zimmerman, P. (2022). *Prawo upadłościowe. Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz* (wyd. 7). Wydawnictwo C.H. Beck.

Zimmermann, J. (1997). Konstrukcja interesu prawnego w sferze działań Naczelnego Sądu Administracyjnego. W H. Olszewski, B. Popowska (red.), *Gospodarka. Administracja. Samorząd* (t. II). Printer.

Joanna Affre*, Mateusz Restel**

Nowy model wymierzania kar pieniężnych za naruszenia konkurencji przez związki przedsiębiorców – rodzaje ryzyka i konsekwencje

Spis treści

I. Wstęp
II. Nowy model wymierzania kar pieniężnych wobec związków przedsiębiorców
1. Dyrektywa ECN+ – rozwiązanie modelowe
2. Implementacja przepisów w Polsce
III. Rodzaje ryzyka i konsekwencje
1. Perspektywa związku przedsiębiorców
1.1. Nieprecyzyjne przepisy
1.2. Maksymalna wysokość kary za naruszenie związane z działalnością członków
1.3. Charakter wezwania do wniesienia wkładów oraz skutki niewezwania do ich wniesienia
2. Perspektywa przedsiębiorcy zrzeszonego w związku przedsiębiorców
2.1. Ograniczony wpływ na przebieg i rezultat postępowania antymonopolowego
2.2. Rodzaje ryzyka związane z odpowiedzialnością przedsiębiorców, których przedstawiciele pełnili funkcje w organach decyzyjnych
2.3. Czy przedsiębiorcy, których przedstawiciele nie pełnili funkcji w organach decyzyjnych również ponoszą odpowiedzialność solidarną?
IV. Podsumowanie

Streszczenie

20 maja 2023 r. weszła w życie w Polsce nowelizacja ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, która implementuje przepisy dyrektywy ECN+. Jednym z filarów dyrektywy ECN+ było nadanie krajowym organom ochrony konkurencji uprawnień do nakładania skutecznych, proporcjonalnych i odstraszających kar na związki przedsiębiorców. W sytuacji gdy naruszenie związku przedsiębiorców związane jest z działalnością jego członków, kara pieniężna może wynieść do 10% sumy światowych obrotów członków związku, którzy działali na rynku, na którym doszło do naruszenia. W artykule badamy czy polski ustawodawca należycie wdrożył te przepisy oraz jakie konsekwencje i rodzaje ryzyka dla związków przedsiębiorców i ich członków wynikają z nowelizacji. Celem artykułu jest wskazanie najistotniejszych wątpliwości interpretacyjnych związanych z nowym modelem wymierzania kar pieniężnych wobec związków przedsiębiorców.

* Adwokat, partner zarządzający w kancelarii Affre i Wspólnicy sp.k. ORCID: https://orcid.org/0000-0001-8117-8369; e-mail: joanna.affre@affre.pl.

** Aplikant adwokacki w kancelarii Affre i Wspólnicy sp.k. ORCID: https://orcid.org/0000-0001-7110-6230; e-mail: mateusz.restel@affre.pl.

Edition of that article was financed under Agreement Nr RCN/SP/0326/2021/1 with funds from the Ministry of Education and Science, allocated to the "Rozwoj czasopism naukowych" programme.

© 2023 Authors. This is an open access article distributed under the Creative Commons BY 4.0 license (https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/)

Słowa kluczowe: dyrektywa ECN+; związek przedsiębiorców; kara pieniężna.

JEL: K21, K42, L44

I. Wstęp

Związki przedsiębiorców odgrywają niezwykle ważną rolę we współczesnej gospodarce. Stanowią „formę koncentracji interesów gospodarczych" oraz są „przejawem budowania nowego rodzaju konkurencji opartej na wiedzy i prawdzie" (Bolecki, 2009, s. 201–202). Są one zinstytucjonalizowaną formą kooperacji oraz dzielenia się wiedzą między przedsiębiorcami z tej samej lub różnych branż. Pozytywna rola związków przedsiębiorców przejawia się na przykład w tym, że uczestniczą one w konsultacjach publicznych w procesie legislacyjnym, przyczyniając się do stanowienia lepszej jakości prawa. Organizacje te często publikują raporty przedstawiające trudności i wyzwania w określonej branży oraz bariery prawne. Stowarzyszenia przyczyniają się do podnoszenia świadomości prawnej wśród swoich członków, oferując im szkolenia ze zmian prawnych.

Czasami jednak kooperacja między przedsiębiorcami w ramach związków przedsiębiorców przybiera formy zakazane przez prawo konkurencji. Wówczas stowarzyszenia branżowe stają się „platformą służącą konkurującym ze sobą przedsiębiorcom do regularnej i usystematyzowanej wymiany poufnych informacji handlowych" (Bolecki, 2009, s. 204).

Do tej pory kary pieniężne w decyzjach stwierdzających naruszenie prawa konkurencji przez związek przedsiębiorców były niskie. Mogła ona wynieść maksymalnie 10% rocznego obrotu związku przedsiębiorców w roku poprzedzającym wydanie decyzji. Na obrót ten składają się głównie składki członkowskie od zrzeszonych przedsiębiorców. Analiza orzecznictwa Prezesa UOKiK w sprawach przeciwko związkom przedsiębiorców pokazuje problem braku odstraszających kar[1]. W latach 2010–2020 Prezes UOKiK wydał 63 decyzje w sprawach przeciwko związkom przedsiębiorców. Tylko w 3 spośród 52 decyzji stwierdzających naruszenie prawa konkurencji przez związki przedsiębiorców kara pieniężna wyniosła co najmniej 100 000 zł. W 26 decyzjach kara pieniężna nie przekroczyła 10 000 zł, a w 8 decyzjach Prezes UOKiK odstąpił od jej wymierzenia.

Komisja Europejska[2] zwróciła uwagę na problem braku uprawnień krajowych organów ochrony konkurencji do nakładania skutecznych i odstraszających kar na związki przedsiębiorców za naruszenia prawa konkurencji. Następnie, Parlament Europejski i Rada (UE) przyjęły dyrektywę ECN+ (dalej: dyrektywa), nakładając na państwa członkowskie UE obowiązek wprowadzenia przepisów umożliwiających wymierzanie skutecznych, proporcjonalnych i odstraszających kar na związki przedsiębiorców. W sytuacji gdy naruszenie związku przedsiębiorców jest związane z działalnością jego członków, krajowy organ powinien móc wymierzyć karę pieniężną na związek, opierając się na sumie światowych obrotów członków związku, którzy prowadzili działalność na rynku, na którym doszło do naruszenia prawa konkurencji.

Polski ustawodawca rozpoczął prace legislacyjne nad wdrożeniem przepisów dyrektywy na ostatnią chwilę. W konsekwencji Polska uchybiła obowiązkowi terminowej implementacji przepisów.

[1] Analiza została opracowana na podstawie publicznie dostępnych informacji na stronie https://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec_prez.nsf.

[2] Commission Staff Working Document – *Enhancing competition enforcement by the Member States' competition authorities: institutional and procedural issues*, SWD(2014) 231/2.

Przepisy ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz niektórych innych ustaw weszły w życie 20 maja 2023 r., a więc ponad 2 lata i 3 miesiące później niż powinny. Zgodnie z art. 34 ust. 1 dyrektywy państwa członkowskie UE miały obowiązek wprowadzić w życie przepisy do 4 lutego 2021 roku.

W artykule badamy czy polski ustawodawca należycie wdrożył przepisy zmieniające zasady wymierzania kar pieniężnych wobec związków przedsiębiorców (cz. II) oraz jakie konsekwencje i rodzaje ryzyka dla związków przedsiębiorców i ich członków wynikają z nowelizacji przepisów (cz. III). Celem artykułu jest wskazanie najistotniejszych wątpliwości interpretacyjnych związanych z nowym modelem wymierzania kar pieniężnych wobec związków przedsiębiorców.

II. Nowy model wymierzania kar pieniężnych wobec związków przedsiębiorców

1. Dyrektywa ECN+ – rozwiązanie modelowe

11 grudnia 2018 r. Parlament Europejski i Rada (UE) przyjęły dyrektywę 2019/1 mającą na celu nadanie organom ochrony konkurencji państw członkowskich uprawnień pozwalających na skuteczniejsze egzekwowanie prawa i zapewnienie należytego funkcjonowania rynku wewnętrznego.

Dyrektywa zobowiązała państwa członkowskie Unii Europejskiej do wprowadzenia licznych zmian w zakresie postępowań antymonopolowych, w tym harmonizacji mechanizmu wymierzania kar pieniężnych stosowanego wobec związków przedsiębiorstw za naruszenia związane z działalnością ich członków. Przyjęty model ma charakter harmonizacji minimalnej. Państwa członkowskie UE miały obowiązek implementacji przepisów dyrektywy do 4 lutego 2021 roku.

Jednym z celów dyrektywy jest nadanie krajowym organom ochrony konkurencji uprawnień pozwalających na skuteczniejsze egzekwowanie prawa konkurencji – między innymi poprzez możliwość nakładania (lub wystąpienia o nałożenie) skutecznych, proporcjonalnych i odstraszających kar pieniężnych na przedsiębiorstwa i związki przedsiębiorstw (art. 13 ust. 1 dyrektywy). W trakcie procesu legislacyjnego Komisja Europejska wskazywała na potrzebę harmonizacji przepisów w zakresie kar pieniężnych nakładanych przez krajowe organy ochrony konkurencji na związki przedsiębiorstw[3]. Zdaniem Komisji ta potrzeba wynikała z:

1) braku uprawnień niektórych krajowych organów ochrony konkurencji do wymierzania kar pieniężnych wobec związków przedsiębiorstw; oraz
2) różnic w zakresie uprawnień do wymierzania kar pieniężnych wobec związków przedsiębiorstw między pozostałymi krajowymi organami ochrony konkurencji.

Różnice te dotyczyły przede wszystkim (i) obrotu, jaki organy powinny brać za podstawę obliczenia kary pieniężnej nakładanej na związek przedsiębiorstw oraz (ii) terminów przedawnienia.

Niektóre krajowe organy ochrony konkurencji mogły wymierzać kary opierając się jedynie na obrotach związków przedsiębiorstw, podczas gdy inne – również na obrotach członków tych związków. Warunkiem w tym drugim przypadku było, aby związek prowadził działalność w imieniu albo na korzyść jego członków prowadzących działalność gospodarczą (oryg.: *and those that may consider its members' turnover as well where the activity of the association is conducted on behalf of or to the benefit of the members which pursue an economic activity*). W wyniku harmonizacji

[3] Ibidem, pkt 74.

krajowe organy ochrony konkurencji uzyskały uprawnienie do nakładania bardzo wysokich kar pieniężnych na związki przedsiębiorstw, a w konsekwencji – na samych przedsiębiorców.

Na wniosek Komisji, właśnie w tym duchu, Parlament Europejski i Rada Europejska przyjęły przepisy określające zasady wymierzania kar pieniężnych na związki przedsiębiorstw za naruszenia reguł konkurencji.

Art. 15 dyrektywy określa maksymalną wysokość kary pieniężnej, jaką krajowy organ ochrony konkurencji może nałożyć na związek przedsiębiorców. Przepis ten odróżnia dwie sytuacje:

a) **gdy naruszenie** prawa konkurencji popełnione przez związek przedsiębiorstw **nie jest związane z działalnością jego członków** (art. 15 ust. 1 dyrektywy) – wówczas maksymalna wysokość kary pieniężnej powinna wynieść co najmniej równowartość 10% światowego obrotu związku osiągniętego w roku poprzedzającym wydanie decyzji;
b) **gdy naruszenie** prawa konkurencji popełnione przez związek przedsiębiorstw **jest związane z działalnością jego członków** (art. 15 ust. 2 dyrektywy) – wówczas maksymalna wysokość kary pieniężnej powinna wynieść co najmniej równowartość 10% sumy całkowitych globalnych obrotów każdego z członków prowadzących działalność na rynku, którego dotyczyło naruszenie popełnione przez związek.

Art. 14 ust. 3 dyrektywy 2019/1 nałożył na państwa członkowskie UE obowiązek implementacji przepisów zobowiązujących związki przedsiębiorstw do **wezwania swoich członków do wniesienia wkładów** na pokrycie kary pieniężnej nałożonej za naruszenie prawa konkurencji związane z działalnością członków związku w sytuacji, gdy związek jest niewypłacalny.

Dyrektywa określa w art. 14 ust. 4 konsekwencje niewniesienia w całości wkładów na pokrycie kary pieniężnej w terminie wyznaczonym przez krajowy organ ochrony konkurencji. Organ może zażądać zapłaty kary pieniężnej od każdego przedsiębiorstwa, którego przedstawiciele wchodzili w skład organów decyzyjnych tego związku przedsiębiorstw. Jeżeli powyższe nie zabezpieczy pełnej zapłaty kary, krajowe organy ochrony konkurencji mogą następnie zażądać zapłaty pozostałej kwoty kary od każdego członka związku, który prowadził działalność na rynku, na którym doszło do naruszenia.

Dyrektywa określa maksymalną wysokość kary pieniężnej, której zapłaty może żądać krajowy organ ochrony konkurencji od każdego z przedsiębiorstw zrzeszonych w związku (art. 15 ust. 2 zdanie drugie). Wskazuje ona również na trzy sytuacje, w których krajowe organy ochrony konkurencji nie mogą żądać zapłaty kary pieniężnej od przedsiębiorstw zrzeszonych w związku (art. 14 ust. 4 zdanie trzecie).

Art. 15 ust. 2 zdanie drugie odsyła do ust. 1. Maksymalna wysokość kary pieniężnej, jaką krajowy organ ochrony konkurencji może żądać od przedsiębiorstwa w ramach decyzji adresowanej do związku przedsiębiorstw oraz maksymalna wysokość kary pieniężnej w ramach decyzji stwierdzającej naruszenie prawa konkurencji przez przedsiębiorstwo muszą być zatem identyczne (tj. wynosić co najmniej równowartość 10% światowego rocznego obrotu osiągniętego przez to przedsiębiorstwo w roku poprzedzającym wydanie decyzji).

Organ nie nałoży kary na przedsiębiorcę, jeżeli ten wykaże, że (i) nie wdrożył decyzji związku powodującej naruszenie i albo (ii) nie widział o jej istnieniu, albo (iii) aktywnie zdystansował się od niej przed wszczęciem postępowania.

Powyższe zasady doprecyzowuje i wyjaśnia motyw 48 dyrektywy, zgodnie z którym jeżeli krajowy organ ochrony konkurencji nałożył karę pieniężną zarówno na związek przedsiębiorstw, jak i na przedsiębiorstwo należące do tego związku (tj. oba te podmioty są adresatami decyzji), to obrót tego przedsiębiorstwa nie będzie uwzględniany podczas obliczania kwoty kary nakładanej na związek. Ma to na celu uniknięcie podwójnego ukarania przedsiębiorcy – raz w ramach kary pieniężnej wymierzonej bezpośrednio wobec niego, a ponownie poprzez wymierzenie kary wobec związku w razie jego niewypłacalności.

Warunki uprawniające krajowe organy ochrony konkurencji do żądania zapłaty kary pieniężnej nałożonej na związek przedsiębiorców powinny brać pod uwagę względną wielkość przedsiębiorców należących do związku, a szczególnie sytuację małych i średnich przedsiębiorstw.

Ponadto, motyw 48 nakazuje państwom członkowskim UE wprowadzenie przepisów, które umożliwiają krajowym organom ochrony konkurencji uwzględnienie, w ramach kryterium wagi naruszenia, sumy sprzedaży towarów i usług, której bezpośrednio lub pośrednio dotyczy naruszenie, i którą osiągnęli przedsiębiorcy będący członkami tego związku. Motyw ten budzi wątpliwości interpretacyjne. Nie wiadomo czy należy powyższe rozumieć jako okoliczność łagodzącą, czy szerzej – wytyczną interpretacyjną pojęcia „obrót członków związku przedsiębiorstw". Z pierwszą sytuacją mielibyśmy na przykład do czynienia, gdy przedsiębiorstwo generuje przeważającą część obrotu na innym rynku niż rynek, na którym doszło do naruszenia, a więc uwzględnienie obrotu całego przedsiębiorstwa przy obliczaniu kary pieniężnej na związek przedsiębiorstw byłoby nieproporcjonalne. Za wskazówkę interpretacyjną mogą tutaj posłużyć pkt 71, 72 i 75 Dokumentu roboczego służb Komisji[4] (dalej: Dokument). Komisja Europejska wskazała w pkt 71 i 72 Dokumentu, że istnieją istotne różnice w sposobie obliczania kar pieniężnych między państwami członkowskimi – m.in. w zakresie podstawy obliczania kwoty bazowej kary pieniężnej. Niektóre z krajowych organów ochrony konkurencji przyjmowały za podstawę obliczania kar pieniężnych całkowity obrót przedsiębiorstwa zamiast wartości sprzedaży. W pkt 75 Dokumentu Komisja wskazuje na dalsze różnice w obrębie pojęcia „obrót przedsiębiorstwa". Większość krajowych organów ochrony konkurencji rozumiała je jako obrót światowy przedsiębiorstwa, podczas gdy niektóre z organów jako obrót krajowy lub całkowity obrót na rynku dotkniętym naruszeniem.

Z punktu widzenia pewności obrotu i kontynuacji dotychczasowego orzecznictwa w sprawach antymonopolowych słuszne jest założenie, że pojęcie „obrotu przedsiębiorstw" powinno oznaczać wartość sprzedaży na rynku dotkniętym naruszeniem. Stanowisko to znajduje oparcie w bogatym orzecznictwie Sądu Najwyższego[5]. Wynika z niego, że Prezes UOKiK powinien przy ustalaniu wysokości kary pieniężnej wziąć pod uwagę wyłącznie obrót przedsiębiorcy na rynku dotkniętym naruszeniem, w sytuacji gdy przychód ze sprzedaży towarów, którego dotyczyła praktyka stanowi jedynie niewielki procent przychodu spółki ogółem.

2. Implementacja przepisów w Polsce

Projekt ustawy implementującej dyrektywę pojawił się na stronie Rządowego Centrum Legislacji 14 stycznia 2021 r., a więc około 2 tygodnie przed upływem terminu wdrożenia przepisów unijnych.

[4] Commission Staff Working Document, op. cit.

[5] Wyr. SN z dn. 15.10.2019, I NSK 62/18; wyr. SN z dn. 10.01.2017, III SK 61/16; wyr. SN z dn. 16.04.2015, III SK 24/14; wyr. SN z dn. 15.04.2014, III SK 54/13; wyr. SN z dn. 19.09.2009, II SK 5/09.

W ramach konsultacji publicznych 43 podmioty zgłosiły uwagi. Ponadto 2 podmioty zgłosiły zainteresowanie pracami nad projektem ustawy w ramach art. 7 ustawy z dnia 7 lipca 2005 r. o działalności lobbingowej w procesie stanowienia prawa oraz przedstawiły swoje uwagi. Spośród 45 stanowisk w konsultacjach publicznych aż 39 pochodziło od związków przedsiębiorców. Ustawodawca odrzucił większość zgłoszonych uwag.

Zgłoszone uwagi dotyczyły m.in. pojęcia „naruszenie związane z działalnością członków związku przedsiębiorców". Autorzy uwag zarzucili polskiemu ustawodawcy brak precyzji oraz bezrefleksyjne przeniesienie tego pojęcia bezpośrednio z dyrektywy. Zdaniem organizacji branżowych[6] nie niesie ono za sobą żadnej merytorycznej treści. Związek Pracodawców Polska Miedź podniósł w uwagach do projektu, że każde działanie związku dotyczy (pośrednio) działalności jego członków i zwrócił uwagę na ryzyko niezgodnej z dyrektywą rozszerzającej interpretacji pojęcia.

Organizacje branżowe zaproponowały[7] doprecyzowanie w jakich sytuacjach Prezes UOKiK powinien obliczać karę pieniężną od obrotu samego związku, a w jakich – od sumy obrotów członków związku, którzy prowadzili działalność na rynku, na którym doszło do naruszenia. Ich propozycje polegały na wprowadzeniu rozróżnienia na naruszenia związane **z działalnością statutową** związku oraz na naruszenia pozostające w związku z działaniami członków. Konfederacja Lewiatan zaproponowała natomiast powiązanie przyjmowania sumy obrotów członków związku za podstawę obliczania kary pieniężnej z sytuacją, gdy „naruszenie, (…) dotyczy rynku właściwego, na którym działalność prowadzą członkowie tego związku przedsiębiorców"[8].

Warta odnotowania jest również propozycja ICC Polska. Polegała ona na zastąpieniu wyrażenia „naruszenie **związane** z działalnością członków" wyrażeniem „naruszenie (…), **jest wynikiem** działalności jego członków w ramach tego związku". Projektodawca nie uwzględnił również tego stanowiska, podnosząc argument, że wprowadzenie pojęć innych, niż te które pojawiają się w dyrektywie mogłoby powodować wątpliwości co do jej prawidłowej implementacji[9].

Pojęcie „organ decyzyjny związku przedsiębiorców" również wzbudziło wątpliwości po stronie organizacji branżowych. Związek Pracodawców Gospodarki Odpadami podniósł w zgłoszonych uwagach, że zakres tego pojęcia nie jest precyzyjny. Problematyczna może okazać się sytuacja, w której walne zgromadzenie związku jest najwyższą władzą w organizacji.

Na niezwykle ważki problem zwróciła uwagę w tym kontekście Francusko-Polska Izba Gospodarcza. Funkcje w organach decyzyjnych związków przedsiębiorców (np. w zarządzie lub radzie nadzorczej) są często wykonywane społecznie (bez wynagrodzenia). Pełnią je nie tylko przedstawiciele największych spółek, lecz także osoby prowadzące jednoosobową działalność gospodarczą, mikroprzedsiębiorcy czy przedstawiciele spółek osobowych (np. spółki komandytowej). Zgodnie z przepisami kodeksu cywilnego i kodeksu spółek handlowych (art. 31 § 1 k.s.h., art. 95 § 2 k.s.h., art. 102 k.s.h., art. 33^1 § 1 k.c.) ponoszą oni odpowiedzialność osobistą za

[6] Uwagi zgłoszone przez PIOIRO, Stowarzyszenie Papierników Polskich, Plastics Europe, Forum Rozwoju Przemysłu, Polską Organizację Przemysłu i Handlu Naftowego, Polski Związek Producentów Farb i Lakierów oraz Polską Izbę Przemysłu Chemicznego.

[7] Tj. Francusko-Polska Izba Gospodarcza, Business Centre Club, Polska Izba Odzysku i Recyklingu Opakowań, Stowarzyszenie Papierników Polskich, Krajowe Stowarzyszenie Przemysłu Tytoniowego, Forum Rozwoju Przemysłu, Polska Organizacja Przemysłu i Handlu Naftowego, Polski Związek Producentów Farb i Lakierów, Pracodawcy RP.

[8] Tabela uwag zgłaszanych do projektu ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz niektórych innych ustaw (UC69) w ramach konsultacji publicznych, uwaga nr 226. Pozyskano z: https://orka.sejm.gov.pl/Druki9ka.nsf/0/DADF58847536C14EC125894800411FF0/%24File/2990.pdf (21.08.2023).

[9] Tabela uwag zgłaszanych do projektu ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz niektórych innych ustaw (UC69) w ramach konsultacji publicznych, uwaga nr 218. Pozyskano z: https://orka.sejm.gov.pl/Druki9ka.nsf/0/DADF58847536C14EC125894800411FF0/%24File/2990.pdf (21.08.2023).

zobowiązania wynikające z prowadzonej działalności, a więc również za zapłatę kary pieniężnej nałożonej na związek przedsiębiorców w razie jego niewypłacalności. Projektodawca uwzględnił powyższą uwagę w projekcie z 14 maja 2021 roku. Zawarł on w nowej wersji projektu maksymalną kwotę, jakiej Prezes UOKiK może żądać od członka związku przedsiębiorców. Nie może ona przekroczyć 10% jego rocznego obrotu w roku poprzedzającym wydanie decyzji.

Wskutek konsultacji publicznych prawodawca dodał do art. 106 ust. 1e zgodnie, z którym w przypadku nieuiszczenia kwoty pokrywającej całość kary pieniężnej przez przedsiębiorców, których przedstawiciele wchodzili w skład organów decyzyjnych, Prezes UOKiK może żądać zapłaty pozostałej kwoty kary od każdego członka związku, który prowadził działalność na rynku, na którym doszło do naruszenia prawa konkurencji. Projekt nowelizacji uokik z 14 stycznia nie zawierał takiej regulacji – mimo że wymagała tego dyrektywa.

Praktycznie wszystkie organizacje branżowe zwróciły uwagę, że zmiana zasad odpowiedzialności za naruszenia prawa konkurencji popełnione przez związki przedsiębiorców może doprowadzić do rezygnacji przedsiębiorców z działalności w ramach związków ze względu na zbyt wysokie ryzyko. Zdaniem Francusko-Polskiej Izby Gospodarczej nowelizacja negatywnie wpłynie na budowanie partnerskich relacji między zrzeszonymi przedsiębiorcami. Żaden przedsiębiorca nie chciałby brać na siebie odpowiedzialności za naruszenie popełnione przez innych członków związku. W rezultacie może to doprowadzić do ograniczenia działalności organizacji branżowych i będzie stanowić zagrożenie dla rozwoju polskiej gospodarki.

Nowelizacja została uchwalona 9 marca 2023 r. i opublikowana 5 maja 2023 r. (Dz. U. 2023 poz. 852). Ostatecznie ustawodawca odrzucił większość uwag zgłoszonych w konsultacjach publicznych.

W wyniku nowelizacji ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej: uokik) definiuje związek przedsiębiorców jako **izby, zrzeszenia i inne organizacje zrzeszające przedsiębiorców, o których mowa w pkt 1, jak również związki tych organizacji**. Artykuł 4 pkt 1 uokik, do którego odsyła definicja związku przedsiębiorców, zawiera definicję przedsiębiorcy. Zgodnie z tą definicją, przedsiębiorcą jest również „d) związek przedsiębiorców w rozumieniu pkt 2, z wyłączeniem przepisów dotyczących koncentracji".

Polski ustawodawca wdrożył nowy mechanizm obliczania kary pieniężnej wobec związku przedsiębiorców. Zgodnie z tym modelem podstawą obliczenia kary jest suma światowych obrotów członków tego związku. Wynika to z dodanego do art. 106 ustępu 1a oraz art. 6b uokik. W konsekwencji nowelizacja podwyższyła również podstawę obliczenia kary w postępowaniach opartych wyłącznie o przepisy krajowe. Dyrektywa wymaga natomiast wdrożenia nowych przepisów jedynie w odniesieniu do postępowań o naruszenie art. 101 i 102 TFUE oraz postępowań prowadzonych na podstawie art. 3 ust. 1 rozporządzenia 1/2003 – tj. w oparciu o podwójną podstawę prawną. W takim samym zakresie nowelizacja uokik wdrożyła przepisy dyrektywy dotyczące odpowiedzialności przedsiębiorcy wywierającego decydujący wpływ na przedsiębiorcę, który dopuścił się zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję lub nadużycia pozycji dominującej (art. 6b i 9a uokik) oraz obliczania obrotu poprzez zsumowanie obrotu przedsiębiorcy naruszającego zakaz z obrotem przedsiębiorcy lub przedsiębiorców wywierających decydujący wpływ oraz przedsiębiorców, na których ten decydujący wpływ jest przez nich wywierany (art. 106 ust. 3a uokik). **W konsekwencji Prezes UOKiK zyskał uprawnienie do nałożenia na związek**

przedsiębiorców kary pieniężnej w wysokości do 10% sumy światowych obrotów wszystkich członków tego związku, który prowadzili działalność na rynku, na którym doszło do naruszenia, nawet jeśli zagraniczne spółki dominujące członków związku nie były zaangażowane w to naruszenie, a samo naruszenie miało wyłącznie wymiar krajowy.

Zdaniem prawodawcy art. 106 ust. 1c uokik wdraża art. 14 ust. 3 dyrektywy. Przepisy dyrektywy mówią jednak o obowiązku niewypłacalnego związku przedsiębiorstw polegającym na wezwaniu swoich członków do wniesienia wkładów na pokrycie kary pieniężnej. Artykuł 106 ust. 1c uokik posługuje się wyrażeniem „związek wzywa swoich członków do wniesienia wkładów". Niewezwanie swoich członków do wniesienia wkładów na pokrycie kary w sytuacji niewypłacalności związku nie może więc pociągać za sobą kary pieniężnej za niewykonanie decyzji Prezesa UOKiK (art. 106 ust. 2 pkt 5 uokik), ponieważ Prezes UOKiK nie ma uprawnień do nałożenia takiego obowiązku na związek przedsiębiorców na podstawie art. 10 ust. 4 lub 5 uokik. Jedyną konsekwencją niewezwania członków do wniesienia wkładów „w terminie wyznaczonym przez Prezesa UOKiK" (art. 106 ust. 1d uokik) będzie więc możliwość żądania zapłaty pozostałej do uiszczenia kwoty kary pieniężnej od każdego z przedsiębiorców, którego przedstawiciele wchodzili w skład organów decyzyjnych tego związku.

Artykuł 106 ust. 1d i 1e uokik wdrażają art. 14 ust. 4 dyrektywy w zakresie konsekwencji niewniesienia wkładów na pokrycie kary pieniężnej nałożonej na związek przedsiębiorców. W takiej sytuacji Prezes UOKiK może żądać od każdego z przedsiębiorców, którego przedstawiciele wchodzili w skład organów decyzyjnych związku przedsiębiorców zapłaty pozostałej kwoty kary pieniężnej nałożonej na ten związek. Przedsiębiorcy ci ponoszą odpowiedzialność solidarną za zapłatę tej kwoty, a art. 366 k.c. (solidarność dłużników) znajduje w tym zakresie odpowiednie zastosowanie. Prezes UOKiK nie może, nawet w ramach odpowiedzialności solidarnej, zażądać od pojedynczego członka związku kwoty wyższej niż równowartość 10% jego światowego rocznego obrotu. Termin „organ decyzyjny związku" budzi wątpliwości interpretacyjne, które omówimy w części III.

Jeżeli przedsiębiorcy, o których mowa w art. 106 ust. 1d uokik nie uiszczą kwoty pokrywającej w całości wysokość kary pieniężnej nałożonej na związek, to Prezes Urzędu może żądać zapłaty pozostałej do uiszczenia kary od każdego przedsiębiorcy będącego członkiem tego związku, jeżeli przedsiębiorca ten prowadził działalność na rynku, na którym doszło do naruszenia. Hipoteza tego przepisu jest nieostra. Nie wiadomo czy chodzi o wszystkich przedsiębiorców, których przedstawiciele wchodzili w skład organów decyzyjnych związku, czy tylko o tych, od których Prezes UOKiK zażąda zapłaty pozostałej do uiszczenia kwoty kary. Gdyby przyjąć to drugie stanowisko, to wystarczy, że Prezes UOKiK uprzednio zażąda zapłaty kary pieniężnej od jednego z przedsiębiorców, którego przedstawiciele wchodzili w skład organów decyzyjnych związku, aby mógł zażądać zapłaty kary od któregokolwiek z przedsiębiorców, którzy prowadzili działalność na rynku, na którym doszło do naruszenia.

Powyższe wyjaśniałoby dlaczego prawodawca przewidział odpowiednie zastosowanie przepisów o solidarności dłużników (art. 366 k.c.) jedynie w zakresie żądania zapłaty od przedsiębiorców, których przedstawiciele wchodzili w skład organów decyzyjnych związku, natomiast nie przewidział analogicznego przepisu w odniesieniu do żądania zapłaty od zrzeszonych w związku przedsiębiorców, którzy działali na rynku, na którym doszło do naruszenia. Z pozoru

niekonsekwentne zachowanie prawodawcy zdaje się być, w świetle powyższego, celowym działaniem, aby Prezes UOKiK mógł poprzestać na żądaniu zapłaty od jednego z przedsiębiorców, którego przedstawiciele wchodzili w skład organu decyzyjnego związku, a następnie zażądać zapłaty od przedsiębiorców działających na rynku, na którym doszło do naruszenia.

W odróżnieniu od przepisów uokik, przepisy dyrektywy są w tym względzie jednoznaczne. Art. 106 ust. 1d uokik posługuje się wyrażeniem „W przypadku nieuiszczenia przez przedsiębiorców, o których mowa w ust. 1d, kwoty pokrywającej w całości wysokość kary", natomiast art. 14 ust. 4 dyrektywy – „po tym jak krajowe organy ochrony konkurencji zażądają zapłaty od tych przedsiębiorstw mogą one także zażądać od takich przedsiębiorstw zapłaty pozostałej kwoty kary od każdego członka związku". Z tekstu dyrektywy wynika więc, że krajowy organ ochrony konkurencji musi najpierw zażądać zapłaty kary pieniężnej od każdego z przedsiębiorców, których przedstawiciele wchodzili w skład organów decyzyjnych związku zanim zażąda zapłaty kary pieniężnej od przedsiębiorców, którzy działali na rynku, na którym doszło do naruszenia.

III. Rodzaje ryzyka i konsekwencje

Poniżej analizujemy znowelizowane przepisy uokik w zakresie odpowiedzialności związków przedsiębiorców i ich członków za naruszenia prawa konkurencji. Rodzaje ryzyka płynące z nowelizacji przedstawiamy najpierw z perspektywy związku przedsiębiorców, a następnie – przedsiębiorców będących członkami takich związków.

1. Perspektywa związku przedsiębiorców

1.1. Nieprecyzyjne przepisy

Zgodnie z art. 106 ust. 1a uokik, jeżeli naruszenie związku przedsiębiorców jest związane z działalnością jego członków, Prezes UOKiK może nałożyć na ten związek karę pieniężną nie wyższą niż równowartość 10% sumy rocznych obrotów członków tego związku osiągniętych w roku poprzedzającym wydanie decyzji. Przesłanką przyjęcia za podstawę obliczenia kary pieniężnej sumy rocznych obrotów członków związku przedsiębiorców jest związek przyczynowy pomiędzy naruszeniem a działalnością członków. Ciężar udowodnienia tej przesłanki spoczywa w teorii na Prezesie UOKiK.

Ustawodawca zróżnicował sankcje za naruszenie prawa konkurencji przez związek przedsiębiorców w zależności od tego czy naruszenie wynikało z działalności jego członków, czy też samego związku.

Wątpliwości interpretacyjne budzą (i) pojęcie „związku z działalnością członków", jak również (ii) określenie jakie konkretnie naruszenia należą do kategorii naruszeń związanych z działalnością członków.

Przepisy uokik nie wyjaśniają o jakiego rodzaju związek pomiędzy naruszeniem związku przedsiębiorców a działalnością członków tego związku chodzi w przesłance z art. 106 ust. 1a uokik. Związek Pracodawców Polska Miedź słusznie podniósł w uwagach zgłoszonych w ramach konsultacji publicznych, że związek ten powinien być „związkiem jakiegoś szczególnego rodzaju", ponieważ każde naruszenie związku przedsiębiorców będzie mieć potencjalnie jakiś związek z działalnością członków związku. Jako przykład związku szczególnego rodzaju Związek Pracodawców

Polska Miedź wskazał bezpośrednie oddziaływanie naruszenia na konkurencję między członkami związku.

Spróbujmy określić jakie konkretnie naruszenia mieszczą się w zakresie pojęcia „naruszenia związanego z działalnością członków związku przedsiębiorców". W tym miejscu będziemy się posiłkować najbardziej typowymi naruszeniami, jakie popełniały związki przedsiębiorców.

Antoni Bolecki wyróżnia 5 kategorii naruszeń prawa konkurencji przez związki przedsiębiorców. Są to naruszenia związane z:

a) organizacją działalności stowarzyszeń branżowych: (i) brak równych, sprawiedliwych i obiektywnie uzasadnionych zasad przyjmowania nowych członków do stowarzyszenia branżowego; (ii) brak obiektywnego mechanizmu rozwiązywania sporów i ochrony praw podmiotu wykluczonego; (iii) utrudnienia w zrzeczeniu się członkostwa (np. długi okres jego wypowiedzenia) czy (iv) zróżnicowanie w nieuzasadniony lub niesprawiedliwy sposób praw i obowiązków członków stowarzyszenia;
b) wymianą informacji (o cenach, wielkości produkcji i sprzedaży, wykorzystaniu mocy produkcyjnych, realizowanych zamówieniach, o klientach, o udziałach rynkowych i kosztach);
c) wspieraniem wspólnych akcji marketingowych przez stowarzyszenia branżowe (mogą one umożliwiać wymianę poufnych informacji handlowych lub pogarszać różnorodność oferty między konkurentami; ponadto, rezygnacja z własnych akcji na rzecz akcji organizowanych przez związek przedsiębiorców może również stanowić praktykę ograniczającą konkurencję);
d) standaryzacją i certyfikacją (przykładowo ograniczanie możliwości udziału w przygotowaniu i wdrażaniu standardów, narzucanie członkom stowarzyszenia obowiązku stosowania standardów oraz stosowanie dyskryminacyjnych wymogów certyfikacyjnych, np. poprzez uzależnienie wydania certyfikatu od przynależności przedsiębiorcy do stowarzyszenia);
e) uczestnictwem w targach branżowych oraz giełdach towarowych (postanowienia umożliwiające dostęp do targów tylko członkom danego stowarzyszenia oraz zobowiązujące wystawców do nieuczestniczenia w konkurencyjnych wystawach w określonych przedziałach czasowych oraz narzucanie członkom stowarzyszenia giełdy towarowej, za pośrednictwem której muszą oni dokonywać określonych transakcji);
f) wydawaniem niewiążących wytycznych (zalecenia dotyczące polityki cenowej członków (np. ceny rekomendowane), ograniczeń w akceptacji dystrybutorów, klasyfikacji dystrybutorów czy standardowych warunków płatności).

Które spośród wyżej wymienionych praktyk stowarzyszenia nie mają związku z działalnością jego członków? Nawet naruszenia, które nie leżą w interesie członków (np. zakaz udziału w konkurencyjnych targach branżowych w powiązaniu z ograniczeniami w wystąpieniu ze związku) będą związane z działalnością członków tego związku. Przykładami takich naruszeń nie będą również porozumienia konkurencyjnych organizacji branżowych o podziale rynku szkoleń branżowych albo o minimalnej cenie za szkolenia branżowe. Takie porozumienia są związane z działalnością członków związku przedsiębiorców, ponieważ dostęp do szkoleń oraz ich ceny wpływają na jakość towarów i usług członków oraz na strukturę ich kosztów.

Nie wiemy co ustawodawca miał na myśli, dokonując rozróżnienia. Istnieje realna obawa, że Prezes UOKiK zawsze będzie wskazywał na związek naruszenia z działalnością członków stowarzyszenia jako związek *per se*.

W rezultacie ryzykiem, z jakim zmierzą się związki przedsiębiorców oraz ich członkowie będzie kara pieniężna liczona od sumy obrotów członków związku prowadzących działalność na rynku, na którym doszło do naruszenia w każdym postępowaniu antymonopolowym przeciwko związkowi przedsiębiorców.

1.2. Maksymalna wysokość kary za naruszenie związane z działalnością członków

Wzrost maksymalnej wysokości kary pieniężnej, jaką Prezes UOKiK może wymierzyć związkom przedsiębiorców wynika zarówno z przyjęcia, że podstawą kary jest suma obrotów członków związku, którzy prowadzili działalność na rynku, na którym doszło do naruszenia, jak również z obowiązku uwzględnienia globalnych obrotów w przypadku tych członków związków, którzy są częścią grup kapitałowych. Jeśli spojrzymy na wymierzanie kary z tej perspektywy – wręcz trudno skwantyfikować poziom ryzyka uczestnictwa w stowarzyszeniu branżowym, choć nie ulega wątpliwości, że wysokość potencjalnej kary w stosunku do sytuacji przed nowelizacją drastycznie wzrosła.

Decyzja stwierdzająca naruszenie prawa konkurencji przez związek przedsiębiorców za naruszenie związane z działalnością jego członków będzie prawdopodobnie w każdym przypadku prowadzić do niewypłacalności tego związku. Taka konkluzja wynika z faktu, że większość przychodu w budżecie związku przedsiębiorców stanowią składki członkowskie. Mają one zwykle symboliczną wysokość i nie pozwalają na pokrycie kary pieniężnej obliczonej na podstawie sumy obrotów członków związku, którzy działali na rynku, na którym doszło do naruszenia prawa konkurencji.

Zmiana przepisów z pewnością nie spowoduje podwyższenia składek członkowskich do wysokości zabezpieczającej związek przed niewypłacalnością, ponieważ zrzeszanie się przedsiębiorców w związkach stałoby się nieopłacalne. Warto podkreślić, że uczestnictwo w związkach przedsiębiorców ma charakter dobrowolny.

Problemem, z jakim zmierzą się związki przedsiębiorców, będzie istotny odpływ członków, szczególnie z dużych korporacji, których zasady compliance, ład korporacyjny i oczekiwania akcjonariuszy, co do wypłaty dywidendy, nie pozwolą na udział w związkach przedsiębiorców ze względu na ryzyko kary antymonopolowej.

Nie ulega wątpliwości, że zaostrzenie przepisów w zakresie wymiaru kary ma charakter prewencji ogólnej, a zmiana ma na celu przekonanie przedsiębiorców, że naruszenia prawa konkurencji się nie opłacają. Jednak obecny kształt przepisów może doprowadzić do spadku zainteresowania przedsiębiorców zrzeszaniem się, a przecież związki przedsiębiorców prowadzą przede wszystkim działania korzystne dla rozwoju gospodarki, postępu technologicznego i technicznego, poprawy jakości produktów i usług.

1.3. Charakter wezwania do wniesienia wkładów oraz skutki niewezwania do ich wniesienia

Podstawą obowiązku wezwania swoich członków do wniesienia wkładów na pokrycie kary pieniężnej jest art. 106 ust. 1c uokik. Ma on charakter niezwykle zdawkowy i stanowi w istocie powtórzenie art. 14 ust. 2 dyrektywy (nie zaś jego rzeczywistą implementację). Nie jest jasne czy chodzi o niewypłacalność w rozumieniu art. 11 ust. 1 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe (Dz. U. 2022 poz. 1520 ze zm.) (dalej: pu lub prawo upadłościowe), ponieważ uokik nie zawiera wyraźnego odesłania w tym zakresie. Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów nie definiuje jednak w odrębny sposób niewypłacalności związku przedsiębiorców ani nie

przewiduje szczególnego trybu stwierdzania niewypłacalności przed Prezesem UOKiK. Zgodnie z art. 21 prawa upadłościowego, dłużnik ma obowiązek zgłosić w ciągu 30 dni od zaistnienia podstawy wniosek o ogłoszenie upadłości w sądzie. Jedną z takich podstaw jest niewypłacalność dłużnika (art. 10 pu). W sytuacji, gdy niewypłacalność jest konsekwencją kary pieniężnej nałożonej na związek przedsiębiorców za naruszenie prawa konkurencji związane z działalnością jego członków, może zaistnieć spór kompetencyjny między Prezesem UOKiK a sądem upadłościowym o to, który organ ma rozstrzygnąć czy zaistniała przesłanka niewypłacalności. Artykuł 106 ust. 1d uokik przyznaje uprawnienie do wyznaczenia terminu wniesienia wkładów pieniężnych w razie niewypłacalności związku przedsiębiorców Prezesowi UOKiK. Pierwszym ryzykiem związanym z instytucją wezwania członków do wniesienia wkładów pieniężnych jest więc niepewność tego kto i w jakim trybie stwierdza niewypłacalność związku przedsiębiorców.

Na gruncie przepisów nakładających na związek przedsiębiorców obowiązek wezwania członków do wniesienia wkładów nasuwa się pytanie o konsekwencje niedopełnienia tego obowiązku. Przepisy uokik uprawniają Prezesa UOKiK do prowadzenia postępowania i wydania decyzji w sprawie niewykonania obowiązków nałożonych w decyzji stwierdzającej naruszenie prawa konkurencji. Wówczas Prezes UOKiK może, na podstawie art. 106 ust. 2 pkt 5 uokik, wymierzyć karę pieniężną w wysokości do 3% obrotu rocznego przedsiębiorcy oraz, na podstawie art. 107 ust. 1 pkt 1 uokik, okresową karę pieniężną w celu przymuszenia do wykonania obowiązków w wysokości do 5% średniego dziennego obrotu przedsiębiorcy za każdy dzień zwłoki w wykonaniu decyzji. Artykuł 106 ust. 2 pkt 5 uokik odsyła bezpośrednio do obowiązków art. 10 ust. 4 uokik oraz art. 10 ust. 5 uokik. Artykuł 10 ust. 4 uokik zawiera katalog środków behawioralnych w celu zaniechania stosowania praktyki lub usunięcia jej skutków (np. obowiązek udzielenia licencji praw własności intelektualnej na niedyskryminacyjnych warunkach), a art. 10 ust. 5 uokik – katalog środków strukturalnych (np. obowiązek zbycia udziałów lub akcji zapewniających kontrolę nad przedsiębiorcą lub przedsiębiorcami). Brakuje więc wyraźnej podstawy prawnej pozwalającej na wymierzenie kary pieniężnej w wysokości do 3% obrotu rocznego przedsiębiorcy za niewykonanie obowiązku wezwania członków do wniesienia wkładów. Artykuł 107 ust. 1 pkt 1 uokik uprawnia Prezesa UOKiK do wymierzenia okresowej kary pieniężnej za każdy dzień opóźnienia w wykonaniu decyzji wydanej na podstawie art. 10 uokik (a więc decyzji stwierdzającej naruszenie). W konsekwencji, jeżeli Prezes UOKiK nałoży na związek przedsiębiorców w decyzji stwierdzającej naruszenie obowiązek wezwania do wniesienia wkładów pieniężnych na poczet kary pieniężnej w razie niewypłacalności związku i wyznaczy termin jej wniesienia, a związek przedsiębiorców nie wykona tego obowiązku, będzie musiał liczyć się z ryzykiem postępowania w sprawie niewykonania decyzji oraz z okresową karą pieniężną. Jednakże w przypadku niewypłacalności związku już co do wysokości kary za naruszenie, nakładanie okresowej kary pieniężnej będzie mijać się z celem. Naszym zdaniem brakuje podstaw do nałożenia okresowej kary pieniężnej na członków stowarzyszenia.

2. Perspektywa przedsiębiorcy zrzeszonego w związku przedsiębiorców

2.1. Ograniczony wpływ na przebieg i rezultat postępowania antymonopolowego

Gdy Prezes UOKiK wszczyna i prowadzi postępowanie antymonopolowe przeciwko związkowi przedsiębiorców, status strony postępowania przysługuje wyłącznie związkowi przedsiębiorców,

a nie jego członkom. Z taką sytuacją będziemy mieli do czynienia, gdy źródłem naruszenia będzie uchwała lub inny akt związku przedsiębiorców lub jego organów statutowych.

Gdy stroną postępowania antymonopolowego jest jedynie związek przedsiębiorców, a nie jego członkowie, będą oni pozbawieni praw przysługujących stronie. Mogą oni jednak otrzymać od Prezesa UOKiK wezwanie do udzielenia informacji na podstawie art. 50 ust. 1 uokik. Uczestnictwo przedsiębiorcy zrzeszonego w związku przedsiębiorców, do którego skierowano wezwanie na podstawie art. 50 ust. 1 uokik można więc zdefiniować jako podmiot uboczny postępowania antymonopolowego, którego udział łączy się z realizacją obowiązku do przekazania informacji i dokumentów na żądanie Prezesa UOKiK (Waliszewski, 2020, s. 241–248).

W przeciwieństwie do strony postępowania antymonopolowego, członkom związku przedsiębiorców nie będą przysługiwały takie uprawnienia, jak:

1) prawo do obrony, w tym prawo do składania wniosków dowodowych,
2) prawo do bycia należycie i wyczerpująco informowanym o okolicznościach faktycznych i prawnych, które mogą mieć wpływ na ustalenie ich praw i obowiązków będących przedmiotem postępowania,
3) prawo do czynnego udziału w każdym stadium postępowania,
4) prawo do wypowiedzenia się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań przed wydaniem decyzji.

Adresatem decyzji Prezesa UOKiK może być jedynie podmiot, który był stroną postępowania antymonopolowego (Stawicki i Zawłocka-Turno, 2016, art. 10). Tylko stronie postępowania antymonopolowego będzie przysługiwać więc uprawnienie do wniesienia odwołania od decyzji Prezesa UOKiK do SOKiK (Kwieciński i Witkowska, 2016, art. 81).

Dotychczasowe orzecznictwo Prezesa UOKiK w postępowaniach antymonopolowych prowadzonych przeciwko związkom przedsiębiorców czyni realnym ryzyko ograniczonego wpływu członków związku na przebieg i wynik postępowania antymonopolowego. W dotychczasowych sprawach adresatami decyzji stwierdzających naruszenie były same związki przedsiębiorców, a nie związki przedsiębiorców i ich członkowie.

Przykładowo, w decyzji nr RKT-12/2017 z 29 grudnia 2017 r., Prezes UOKiK uznał za praktykę ograniczającą konkurencję zawarcie przez Polski Związek Pracodawców-Usługodawców Rolnych porozumienia, polegającego na ustalaniu cen, poprzez coroczne opracowywanie dokumentu zawierającego wysokość cen za usługi rolnicze świadczone przez jego członków.

W innej decyzji nr RKT-10/2017 z 22 grudnia 2017 r., Prezes UOKiK uznał za praktykę ograniczającą konkurencję zawarcie przez Stowarzyszenie Geodetów Polskich porozumienia polegającego na corocznym opracowywaniu zestawienia zawierającego stawki opłat za usługi geodezyjne.

Kolejnym przykładem jest decyzja Prezesa UOKiK nr RKT-16/2013 z 28 czerwca 2013 roku. Organ antymonopolowy uznał w niej za praktykę ograniczającą konkurencję zawarcie przez Beskidzkie Stowarzyszenie Pomocy Drogowych porozumienia, przez przedsiębiorców będących członkami tego Stowarzyszenia, polegającego na opracowaniu przez to Stowarzyszenie cennika usług świadczonych przez jej członków. Pomimo że członkowie Stowarzyszenia pojawiają się w rozstrzygnięciu, to stroną postępowania było jedynie Stowarzyszenie.

Uważamy, że przepisy implementujące dyrektywę w Polsce, nie wdrażają jej w sposób pełny. Celem dyrektywy jest nie tylko wzmocnienie uprawnień krajowych organów ochrony konkurencji

w zakresie egzekwowania publicznego prawa konkurencji, lecz także zagwarantowanie przestrzegania praw i gwarancji proceduralnych przysługujących przedsiębiorcom w oparciu o orzecznictwo unijne (Stawicki, 2021, s. 82).

2.2. Rodzaje ryzyka związane z odpowiedzialnością przedsiębiorców, których przedstawiciele pełnili funkcje w organach decyzyjnych

Pojęcie „organu decyzyjnego" w art. 106 ust. 1d uokik budzi wątpliwości interpretacyjne. Nie wiadomo, o jakie konkretnie organy związków przedsiębiorców chodzi. Aspekt ten ma istotne znaczenie dla członków związku, ponieważ pozwala ocenić jakie ryzyko wiąże się z pełnieniem funkcji w określonych organach związku.

Artykuł 4 pkt 5 uokik zawiera definicję porozumienia. Są nimi:

1) umowy zawierane między przedsiębiorcami, między związkami przedsiębiorców oraz między przedsiębiorcami i ich związkami albo niektóre postanowienia tych umów;
2) uzgodnienia dokonane w jakiejkolwiek formie przez dwóch lub więcej przedsiębiorców lub ich związki;
3) uchwały lub inne akty związków przedsiębiorców lub ich organów statutowych.

Wątpliwości budzi czy organami decyzyjnymi związku przedsiębiorców są jedynie organy, które podejmują uchwały lub inne akty związku lub jego organów statutowych czy również inne organy, które podejmują (jakieś) decyzje. Ustawodawca niesłusznie nie wprowadził definicji legalnej pojęcia „organ decyzyjny" w art. 4 uokik. Taka definicja pozwoliłaby uniknąć wątpliwości interpretacyjnych w tym zakresie. W konsekwencji potencjalnie każdy organ związku przedsiębiorców może zostać uznany za „organ decyzyjny", a przedsiębiorcy, których przedstawiciele pełnili w nich funkcje – wezwani do zapłaty kary pieniężnej nałożonej na związek.

Pojęcie „organu decyzyjnego" powinno uwzględniać treść art. 4 pkt 5 uokik. Będzie ono więc obejmować organy uprawnione do reprezentowania związku przedsiębiorców (np. do zawierania umów), a także organy podejmujące uchwały, inne akty związku oraz organy statutowe związku.

W sytuacji gdy Prezes UOKiK uzna za porozumienie ograniczające konkurencję uchwałę walnego zgromadzenia członków związku, istnieje ryzyko, że wszyscy przedsiębiorcy będą odpowiadać za zapłatę kary nałożonej na związek na podstawie art. 106 ust. 1d uokik.

Z punktu widzenia przedsiębiorcy, którego przedstawiciel pełnił funkcję w organie decyzyjnym związku problematyczna jest również kwestia związku między okresem pełnienia funkcji a dniem powzięcia decyzji stanowiącej porozumienie ograniczające konkurencję. Innymi słowy, czy jeśli mandat przedstawiciela przedsiębiorcy do pełnienia funkcji w organie decyzyjnym związku rozpoczął się po powzięciu decyzji naruszającej prawo konkurencji, to Prezes UOKiK może żądać zapłaty kary pieniężnej nałożonej na związek od tego przedsiębiorcy?

Artykuł 106 ust. 1d uokik nie rozstrzyga wprost tej kwestii. Przepis mówi jedynie o tym, że „Prezes Urzędu może żądać zapłaty pozostałej do uiszczenia kwoty kary pieniężnej od każdego z przedsiębiorców, którego przedstawiciele wchodzili w skład organów decyzyjnych tego związku". Takie brzmienie przepisu zwiększa niepewność co do odpowiedzialności za zapłatę kary nałożonej na związek. Z art. 106 ust. 1d uokik nie wynika czy chodzi tylko o dzień powzięcia decyzji stanowiącej porozumienie ograniczające konkurencję, czy cały okres trwania naruszenia związku przedsiębiorców. Obecne brzmienie przepisu tworzy przestrzeń do arbitralnych rozstrzygnięć w tym zakresie.

2.3. Czy przedsiębiorcy, których przedstawiciele nie pełnili funkcji w organach decyzyjnych również ponoszą odpowiedzialność solidarną?

Art. 106 ust. 1e uokik (odpowiedzialność za zapłatę kary pieniężnej przez przedsiębiorców, którzy działali na rynku, na którym doszło do naruszenia) w odróżnieniu od art. 106 ust. 1d uokik (odpowiedzialność za zapłatę kary pieniężnej przez przedsiębiorców, których przedstawiciele pełnili funkcje w organach decyzyjnych) nie zawiera odesłania do art. 366 k.c. (odpowiedzialność solidarna dłużników). Zastanówmy się nad konsekwencjami takiego stanu prawnego dla przedsiębiorców.

Solidarność dłużników polega na tym, że kilku dłużników jest zobowiązanych do spełnienia świadczenia, a wierzyciel może żądać spełnienia całości lub części świadczenia od wszystkich dłużników łącznie, od kilku z nich lub od każdego z osobna. Zaspokojenie wierzyciela przez któregokolwiek z dłużników zwalnia pozostałych – ale przysługuje mu roszczenie regresowe wobec pozostałych dłużników. Decyzja wierzyciela, od których dłużników będzie on dochodził świadczenia „nie podlega właściwie żadnym ograniczeniom" (Dubis, 2021, s. 784).

Odpowiednie zastosowanie przepisu o solidarności dłużników w stosunku do przedsiębiorców, których przedstawiciele wchodzili w skład organów decyzyjnych tego związku oznacza, że Prezes UOKiK może zażądać od każdego z nich (według swojego wyboru) zapłaty kary pieniężnej, a zapłata pełnej kwoty kary przez któregokolwiek z nich zwolni pozostałych z tego obowiązku.

Rozważmy teraz dwie sytuacje. W pierwszej z nich przedstawiciel dużego przedsiębiorcy był jednym z członków zarządu związku przedsiębiorców w chwili powzięcia decyzji uznanej za naruszenie konkurencji. Wówczas Prezes UOKiK prawdopodobnie zwróci się tylko do tego przedsiębiorcy z żądaniem zapłaty kary pieniężnej. Artykuł 106 ust. 1b uokik przewiduje co prawda maksymalną kwotę, której zapłaty Prezes UOKiK może żądać od jednego członka związku przedsiębiorców, ale możemy wyobrazić sobie sytuację, w której równowartość 10% obrotu tego przedsiębiorcy wystarczy na pokrycie kary pieniężnej nałożonej na związek przedsiębiorców. Prezes UOKiK rzadko kiedy wymierza maksymalną możliwą karę pieniężną. Ponadto wiele spośród związków przedsiębiorców zrzesza przedsiębiorców działających w różnych branżach i na różnych rynkach. Sytuację taką widzimy jako ryzyko dla dużych przedsiębiorców. W konsekwencji nie będą oni skłonni do angażowania się w prace organów decyzyjnych związków przedsiębiorców.

Alternatywna sytuacja zakłada, że żaden z przedsiębiorców, których przedstawiciele pełnili funkcje w organie decyzyjnym nie może pokryć kary nałożonej na związek przedsiębiorców, ale członkiem związku jest duży przedsiębiorca, który prowadził działalność na rynku, na którym doszło do naruszenia. W ramach uprawnienia Prezesa UOKiK do wyboru, w oparciu o odpowiednie stosowanie przepisów o solidarności dłużników, będzie mógł zażądać zapłaty kary nałożonej na związek od najmniej rentownego przedsiębiorcy, którego przedstawiciel pełnił funkcję w organie decyzyjnym związku. Z uwagi na nieostrość hipotezy art. 106 ust. 1e uokik (szerzej w II.2.) już samo niespełnienie żądania przez wszystkich przedsiębiorców, których przedstawiciele zasiadali w organach decyzyjnych związku, a od których Prezes UOKiK zażądał zapłaty kary (nawet gdy zażądał tylko od jednego), będzie uprawniać do wystąpienia z żądaniem zapłaty kary do przedsiębiorców, którzy prowadzili działalność na rynku, na którym doszło do naruszenia prawa

konkurencji. Pozwoli to na łatwiejsze wyegzekwowanie kary od dużego przedsiębiorcy, który nie miał swoich przedstawicieli w organach decyzyjnych związku, ale który działał na rynku, na którym doszło do naruszenia.

IV. Podsumowanie

20 maja 2023 r. weszły w życie w Polsce przepisy implementujące dyrektywę ECN+. Dyrektywa ta określa minimalne uprawnienia dochodzeniowe i śledcze krajowych organów ochrony konkurencji oraz opiera się na modelu harmonizacji minimalnej. Polski ustawodawca wprowadził przepisy dyrektywy nie tylko do naruszeń unijnego prawa konkurencji, lecz także do spraw, które nie wywierają wpływu na handel między państwami członkowskimi. Polski ustawodawca uzasadnił to potrzebą zapewnienia jednolitości postępowań prowadzonych na podstawie art. 101 i 102 TFUE oraz przepisów krajowych.

W czasie konsultacji publicznych nad projektem ustawy implementującej dyrektywę wpłynęło 45 stanowisk, z czego aż 39 z nich pochodziło od związków przedsiębiorców. Projektodawca uwzględnił jedynie te uwagi, które wskazywały na luki w implementacji przepisów dyrektywy. Chodzi o nieuwzględnienie w pierwotnej wersji projektu maksymalnej kwoty kary pieniężnej, jakiej zapłaty Prezes UOKiK może żądać od jednego członka związku (10% jego obrotu rocznego) oraz uprawnienia Prezesa UOKiK do żądania zapłaty kary pieniężnej od przedsiębiorców będących członkami związku, którzy działali na rynku, na którym doszło do naruszenia. Projektodawca stanął na stanowisku, że projekt nie zaostrza kar, ponieważ do tej pory Prezes UOKiK mógł wszcząć postępowanie przeciwko każdemu członkowi związku przedsiębiorców. Odrzucił on propozycje doprecyzowujące brzmienie przepisów, argumentując, że zaproponowane brzmienie jest zgodne z dyrektywą. Ponadto podniósł on, że wprowadzenie pojęć innych, niż te które pojawiają się w dyrektywie mogłoby powodować wątpliwości co do jej prawidłowej implementacji.

Taka implementacja dyrektywy niesie za sobą konsekwencje zarówno dla związków przedsiębiorców, jak i dla ich członków.

Prezes UOKiK może uznać każde naruszenie związku przedsiębiorców za związane działalnością jego członków. Każda działalność związku przedsiębiorców jest w jakiś sposób związana z działalnością jego członków, a przepisy nie określają jakiego rodzaju związek między naruszeniem a działalnością członków jest tutaj wymagany. Analiza najbardziej typowych naruszeń prawa konkurencji przez związki przedsiębiorców wskazuje, że wszystkie one były związane z działalnością członków (choć niektóre z nich negatywnie wpływały na działalność członków). W każdej sprawie, w której Prezes UOKiK przyjmie jako podstawę kary sumę obrotów członków, którzy działali na rynku, na którym doszło do naruszenia, związek przedsiębiorców będzie niewypłacalny. Wynika to z tego, że głównymi wpływami do budżetów związków przedsiębiorców są składki członkowskie, które z uwagi na dobrowolność zrzeszania się muszą pozostać atrakcyjne. Duże trudności może sprawić również nieuwzględnienie w czasie prac nad implementacją nowelizacji przepisów prawa upadłościowego. Nie wiadomo kto i w jakim trybie powinien stwierdzić niewypłacalność (a może upadłość?) związku przedsiębiorców – mimo że konsekwencją niewezwania do wniesienia wkładów jest okresowa kara pieniężna w celu przymuszenia do wykonania decyzji.

Przedsiębiorca będący członkiem związku, który prowadził działalność na rynku, na którym doszło do naruszenia prawa konkurencji przez związek przedsiębiorców ma bardzo ograniczony wpływ na przebieg i wynik postępowania antymonopolowego. Stroną postępowania jest w takiej sytuacji związek, a nie jego członkowie. Ci ostatni mają jednak obowiązek przekazania informacji i dowodów na żądanie Prezesa UOKiK – pod groźbą kary pieniężnej do 3% ich obrotu rocznego za utrudnianie postępowania. Adresatem decyzji Prezesa UOKiK będzie związek przedsiębiorców, co wyklucza możliwość wniesienia odwołania oraz apelacji przez przedsiębiorcę będącego członkiem tego związku. Oznacza to brak implementacji art. 3 ust. 2 dyrektywy.

Wprowadzenie do ustawy pojęcia „organ decyzyjny związku" bez uwzględnienia dotychczasowej siatki pojęciowej zwiększa niepewność prawa wśród przedsiębiorców. W konsekwencji zaangażowanie w prace każdego organu związku przedsiębiorców, który podejmuje jakieś decyzje będzie ryzykowne dla przedsiębiorców. Ustawodawca nie dookreślił również, w jakim momencie pełnienie funkcji w organie decyzyjnym będzie wiązało się z odpowiedzialnością członka związku. Czy chodzi tylko o sytuację, gdy przedstawiciel przedsiębiorcy zasiadał w organie decyzyjnym w dniu powzięcia decyzji?

Nie wiadomo również jaki był zamysł ustawodawcy w przyjęciu odesłania do odpowiedzialności solidarnej dłużników jedynie w zakresie odpowiedzialności przedsiębiorców, których przedstawiciele wchodzili w skład organów decyzyjnych. Konsekwencją solidarności dłużników jest możliwość dochodzenia roszczenia regresowego w przypadku, gdy jeden z dłużników spełni świadczenie w całości. W rezultacie brak odesłania do odpowiedzialności solidarnej dłużników w zakresie odpowiedzialności przedsiębiorców, którzy działali na rynku, na którym doszło do naruszenia pozbawia ich roszczenia regresowego.

Bibliografia

Bolecki, A. (2009). Stowarzyszenia branżowe a prawo ochrony konkurencji w świetle orzecznictwa wspólnotowego. *Glosa,* (2), 76–83.

Dubis, W. (2021). W E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks Cywilny. Komentarz*. Wydawnictwo C.H. Beck.

Kwieciński, T. i Witkowska, A. (2016). W A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz* (art. 81). Wolters Kluwer/LEX.

Stawicki, A. i Zawłocka-Turno, A. (2016). W A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz* (art. 10). Wolters Kluwer/LEX.

Stawicki, A. (2021). Prawa przedsiębiorców jako warunek skutecznego egzekwowania przepisów prawa konkurencji – rozważania wokół implementacji dyrektywy ECN+. *Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, *3*(10), 81–90.

Wasilewski, R. (2020). *Postępowanie dowodowe przed Prezesem UOKiK*. Wydawnictwo C.H. Beck.

Justyna Kownacka*

Hearing Officers[1] in competition proceedings conducted by the European Commission for the implementation of Article 101 and 102 TFEU

Table of contents

I. Introduction
II. Origins of the establishment of the institution of the *Hearing Officer*
III. Appointment procedure and scope of powers of the *Hearing Officer*, in the light of the decision of the President of the European Commission of 13 October 2011
IV. Evaluation of the institution and *de lege ferenda* postulates
V. *Hearing Officer* – the Polish perspective
VI. Summary

Summary

The article analyzes the role played by the *Hearing Officer* in competition proceedings conducted by the European Commission to implement Article 101 and 102 TFEU. Currently, the *Hearing Officer* is a guarantor of the effective exercise of procedural rights in the course of all competition proceedings before the EC, while contributing to the objectivity, transparency and efficiency of the proceedings. The article also discusses the proposals to change the scope of the powers of the *Hearing Officer*, as reported in doctrine and literature, and refers to the possibility and legitimacy of introducing such institution into Polish competition law.

Key words: the right to be heard; hearing; Committee; hearing officer; competition law.

JEL: K21, K40

* PhD in law, legal adviser; University of Upper Silesia Wojciech Korfanty in Katowice. ORCID: https://orcid.org/0000-0001-8709-9637; e-mail: Justyna.Kownacka@akademiagornoslaska.pl.

The text is a translation into English of the text published in Polish – Justyna Kownacka, *Funkcjonariusz ds. przesłuchań w postępowaniach z zakresu konkurencji prowadzonych przez Komisję Europejską w celu wykonania art. 101 i 102 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej*, internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny 2022, No. *3*(11), pp. 23–38.

Edition of that article was financed under Agreement Nr RCN/SP/0326/2021/1 with funds from the Ministry of Education and Science, allocated to the "Rozwoj czasopism naukowych" programme.

[1] According to the official translation of the title *Hearing Officer* (HO) as hearing officer from Commission Regulation 773/2004 of 7 April 2004 relating to the conduct of proceedings by the Commission pursuant to Art. 81 and Art. 82 of the EC Treaty (OJ EU 2004 L 123/18); hereinafter: Regulation 773/2004. However, the concept is interpreted differently. In the Decision of the President of the European Commission of 13 October 2011 on the role and the scope of powers of the Hearing Officer in certain competition proceedings (2011/695/EU); referred to as the President's The scope of powers Decision, the title Hearing Officer was translated as "*an officer conducting a hearing meeting*".

In the literature on the subject, the translation "hearing officer" is also found (Cieśliński, 2007, Part VI; Wójtiuk-Janusz, 2002); along with the "hearing officer" [different in Polish] (Krasnodębska-Tomkiel, 2006, p. 93).

In the article, the first of the indicated translations will be used as the dominant one.

© 2023 Authors. This is an open access article distributed under the Creative Commons BY 4.0 license (https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/)

I. Introduction

Ensuring competition rules as effective as possible, two tools must work together – private enforcement under civil law and public enforcement by competition authorities.[2] The axis of private competition law enforcement is civil sanctions, while public law enforcement is based on administrative or criminal sanctions. Regardless of the emphasized tendency to criminalize infringements of competition law (Jurkowska-Gomułka, 2013, p. 85; Powolny, 2020, p. 14) and the promotion of private law, the administrative and legal model of competition law implementation remains the basic one. The concentration of investigative, prosecution and adjudication functions in one body is a characteristic feature of the model.

From the institutional point of view, three main competition enforcement systems can be distinguished in the EU at the level of Member States.[3] Poland represents the most common, i.e. the administrative one-tier system. The structure assuming entrusting one body with such far-reaching powers, at the same time forces the introduction of specific safeguards to preserve such basic rights as the right to be heard and the right to defend the parties to proceedings conducted by antimonopoly authorities.

According to Art. 41 sec. 2 letter a) of the Charter of Fundamental Rights of the European Union,[4] the right of everyone to be heard, before any individual measure which would affect them adversely, is taken as part of the right to good administration, defined as the right of everyone to have their affairs handled impartially, fairly and within a reasonable time by the institutions, bodies, offices and agencies of the Union. Hearing also plays an important role in the pursuit of procedural fairness, it can be defined as "a set of values whose guarantee in procedural standards and actual implementation in the proceedings affects its fair course and enables its positive assessment" (Bernatt, 2011, p. 49).

One of the institutions conceived as the fuse mentioned above is the *Hearing Officer* (hereinafter: HO). It is an entity that performs functions in competition proceedings conducted by the European Commission in accordance with Council Regulation (EC) No. 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of competition rules laid down in art. 81 and 82 of the Treaty (hereinafter: Regulation 1/2003); Commission Regulation 773/2004 of 7 April 2004 relating to the conduct of proceedings by the Commission pursuant to Art. 81 and Art. 82 of the EC Treaty; Council Regulation (EC) 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (the EC Merger Regulation)[5] and Commission Regulation (EC) 802/2004 of 7 April 2004 implementing Council Regulation (EC) No. 139/2004 on the control of concentrations between undertakings.[6] Two caveats should be made in this context. Firstly,

[2] The preamble to Directive 2014/104/EU of the European Parliament and of the Council of 26 November 2014 on certain provisions governing the pursuit of claims for damages for infringement of the competition law of the Member States and of the European Union, covered by the provisions of national law (Official Journal EU 2014 L 349/1), point 6, sentence 1 (more in: Jurkowska-Gomułka, 2013).

[3] The administrative monistic model (administrative body combines inquisitorial and judiciary functions); the administrative dualistic model (based on the division of inquisitorial and judicial functions between separate administrative bodies) and the administrative and judicial model (inquisitorial functions are assigned to the administrative body, judicial functions to the court) (ECN Working Group Cooperation Issues and Due Process Decision-Making Powers Report. 31.10 2012, pp. 5–9).

[4] Charter of Fundamental Rights of the European Union (Official Journal UE 2012 C 326/391).

[5] Council Regulation (EC) 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (the EC Merger Regulation) (OJ EU 2004 L 24/1).

[6] Commission Regulation (EC) 802/2004 of 7 April 2004 on the implementation of Council Regulation (EC) 139/2004 on the control of concentrations between undertakings (OJ EU 2004 L 133/1). According to Art. 15 sec. 1 above of the Regulation: "Formal hearings are conducted by the Hearing Officer in complete independence".

this article is limited to discussing the position of the *Hearing Officer* in proceedings conducted pursuant to Regulation 1/2003. Secondly, even though Regulation 1/2003 is the basis for the application of EU competition rules by the EC and national antitrust authorities of EU Member States in individual cases, the institution of the hearing officer appears only in proceedings before the European Commission, in accordance with the provisions of Regulation 773/2004. This does not change the fact that in some Member States, officials with a similar scope of powers have been constituted, following the example of the *Hearing Officer*. Bearing in mind that the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland is no longer a member of the EU, the procedural arbitrator at the Office of Fair Trading is an example of it[7] (*Procedural Adjudicator*).

The role of the HO in proceedings conducted by the EC was essentially described in Art. 1 sec. 2 of the President's decision on terms of reference. Structurally, he is an official guaranteeing the effective exercise of procedural rights[8] in the course of the entire competition proceedings before the European Commission in order to implement Art. 101 and 102 of the Treaty and on the basis of Regulation (EC) 139/2004. At the same time, such an approach to the role does not in any way change the responsibility of the European Commission (Directorate General for Competition) for observing the procedural rights of entities participating in the proceedings. This is confirmed by the wording of point 8 of the preamble to the above-mentioned of the Decision, it specifies that the Hearing Officer is to "act as an independent arbitrator who seeks to resolve issues affecting the effective exercise of the procedural rights of interested parties, other parties involved, complainants or interested third parties **where the issues could not be resolved through prior contacts between the Commission services responsible for conducting competition proceedings, as are bound to respect them".**

At the same time, it should be noted that the position of *Hearing Officer* is inherently related to the right to be heard (the right to be heard). In proceedings before the European Commission, the right to be heard is exercised through a written response to the allegations made by the European Commission and through an oral hearing.[9] Its time frame is determined by the submission of objections by the EC (Statement of Objections) – the beginning and the issuance of the decision – the end. The President's decision on terms of reference in recital 19) summarizes the purpose of the hearing as follows:

> "The oral hearing allows the parties to whom the Commission has addressed objections,[10] and other parties involved, continue to exercise their right to be heard by developing their arguments orally before the Commission, which should be represented by the Director-General for Competition, and other services whose work contributes to the further preparation of the decision to be taken by Commission. It should provide an additional opportunity to ensure

[7] Opinion of Advocate General Maciej Szpunar presented on 21 July 2016, case C-162/15 P.

[8] According to Recital 2 of the President's The scope of powers decision: The Commission has the duty to conduct competition proceedings in a fair, impartial and objective manner and to "ensure that the procedural rights of stakeholders are respected" as set out in Council Regulation (EC) 1/ 2003 (…), Council Regulation (EC) 139/2004 (…), Commission Regulation (EC) 773/2004 (…) and Commission Regulation (EC) 802/2004 (…), as well as the relevant case law of the Court justice. According to point 37) of Regulation 1/2003: The Regulation respects the fundamental rights and recognizes the principles recognized in particular in the Charter of Fundamental Rights of the European Union; and thus also the rights guaranteed by the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

[9] Chapter V. Exercising the right to be heard of Regulation 773/2004.

[10] The official translation of the President's the scope of powers decision is a statement of objections. In this publication, the translation of the above will be used from Regulation 773/2004 as a statement of objections.

that all relevant facts, whether favourable or unfavourable to the parties concerned, including factual elements related to the gravity and duration of the alleged infringement, are clarified as fully as possible (…)".

II. Origins of the establishment of the institution of the *Hearing Officer*

The proposal to appoint a Hearing Officer was first put forward in the 11th EC Report on Competition Policy in 1981. It concerned only proceedings in the field of competition-restricting agreements and abuse of a dominant position. The European Commission, emphasizing the fact that the essential part of the procedure is in writing, which corresponds to the complicated nature of the cases examined, noted that oral hearings are a convenient instrument for clarifying issues that have not been settled during the written part of the procedure. However, it noted some shortcomings in the conduct of oral hearings and recommended measures to strengthen objectivity. According to the official justification, it was crucial to commission a newly appointed hearing officer with real autonomy to chair hearings. However, the *IBM v EC* case concerning the abuse of a dominant position was the real impetus to change the way the hearings were conducted.[11] Tensions between IBM and European Commission staff over the matter were widely reported by the press, commenting that the EC had in fact made up its mind; by implication, an oral hearing is devoid of practical significance. Therefore, expecting that the planned hearing could become a place of acute conflict, it was decided to entrust it to an external person, the former director of the Competition DG.[12] The latter, being both a personable and firm person, efficiently redirected the interrogation to an exchange of substantive arguments, not of a personal nature (Forrester, 2009, p. 834). The solution found under the pressure of the moment brought results. It was therefore decided to institutionalize them by entrusting the permanent conduct and organization of oral hearings to an official appointed for the purpose. Hence the name *Hearing Officer*. As an alternative, the introduction of administrative law judges on the American model was analysed, but this idea was not recommended.[13]

Ultimately, the Commission created the Hearing Officer post of with effect from 1 September 1982, assigning them the main task of ensuring that hearings were properly conducted, which should translate into their objective conduct and the impartiality of the subsequent decision, whatever that may be.[14]

[11] *International Business Machines Corporation v Commission of the European Communities* C 60/81. Retrieved from: https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&jur=C,T,F&num=60/81&td=ALL (29.03.2022).

[12] The literature on the subject also indicates different, not necessarily mutually exclusive, reasons why the European Commission decided to create the HO position. It is alleged that the appointment of the HO was a direct response of the Commission to the outcome of the proceedings on the annulment of the Commission's decision in the 85/76 *Hoffman – Le Roche v. Commission* case (Kowalik-Bańczyk, 2012, p. 220). Undoubtedly, the aforementioned judgment contributed to the recognition of the right to be heard as a fundamental principle of EU law in cases where sanctions are imposed. The Court pointed out that "the observance of the right to be heard in all proceedings in which sanctions, in particular fines or financial penalties, may be imposed, is a fundamental principle of Community law and should be guaranteed even if the proceedings concerned are of an administrative nature". Another inspiration could be the 1982 Report of the Select Committee on European Communities of the House of Lords, it suggested appointing an Independent Person to conduct oral hearings, the so-called fresh look at the subsequent case, it was supposed to counteract the alleged lack of objectivity of the proceedings pending before the European Commission (Albers & Jourdan, 2011, p. 186).

[13] European Commission. (2011). Eleventh report on competition policy : published in conjunction with the "Fifteenth General Report on the Activities of the European Communities in 1981", Publications Office, p. 31. The first Report was drawn up by the Commission in 1972, following the resolution of the European Parliament of 7 June 1971, in which the EP asked the EC to submit annual reports on the development of competition policy – First Report on Competition Policy of 1971. Retrieved from: https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/418817dc-c69b-42b1-a787-013fd545017d/language-en/format-PDF/source-253800913 (25.03.2022).

[14] European Commission. (2011). Twelfth report on competition policy: published in conjunction with the "Sixteenth General Report on the Activities of the European Communities in 1982", Publications Office. [12th European Commission Report on Competition Policy of 1982], p. 41.

In addition, to inform interested parties in detail about the exact scope of duties and responsibilities, the European Commission, upon the appointment of the *Hearing Officer*, developed the Terms of reference of the Hearing Officer, published as an attachment to the Commission's Report on competition policy dated 1983.[15] She further stressed that it was the *Hearing Officer's* duty to ensure that the rights of the defence were respected not only during the actual hearing, but also at the stage preceding and following it. Since 1990, the Hearing Officer has also acted in merger control proceedings. It was accompanied by the EC's decision of 23 November 1990 on the implementation of hearings in connection with the procedures for applying Art. 85 and 86 of the EEC Treaty and Art. 65 and 66 of the ECSC Treaty, annexed to the 1990 Commission Report on Competition Policy.[16] The content of the above-mentioned decision was actually a literal repetition of the 1982 Terms of Reference.

In the following years, the position of the HO was subjected to further research. For example, the aftermath of the conference on procedural rights organized by the European Commission in September 1993 included recommendations to further extend the scope of its competences (including decisions on extending the deadline for responding to the statement of objections or access to relevant files, documents and information).[17] The directives were implemented in the 1994[18] decision of the European Commission extending the scope of powers towards ensuring adequate protection of the rights of participants in the proceedings, e.g. to allow a party which has received a statement of objections and has reason to believe that the Commission is in possession of documents which have not been disclosed to it and which are necessary for the proper exercise of the right to be heard, to request access to the documents; and introducing the possibility of requesting an extension of the deadline for responding to the documents specified in Art. 4 sec. 3 of the above decision.

Further developments towards HO's continued independence were brought about by the Commission Decision of 23 May 2001 on the terms of reference of hearing officers in certain competition proceedings.[19] This time, not only were tasks referred to, but it was also decided to make an administrative reshuffle by assigning them to the Member of the Commission responsible for competition instead of the Directorate-General for Competition. To increase the transparency of the appointment procedure, it was decided to publish information on the nomination in the Official Journal of the European Communities. Moreover, it was considered sensible to embed the HO more firmly in the decision-making process by requiring the director responsible for the

[15] European Commission. (1996). Thirteenth Report on Competition Policy, Publications Office [13th EC Report on Competition Policy of 1983], pp. 64–65. Retrieved from: https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/161bd425-29e6-4ac0-9b3d-0766ecdda8cd (24/03/2022). Administratively, the HO was assigned to the General Directorate for Competition. Should the HO be unable to fulfill their function, the Director-General, acting in consultation with him, will designate another official of the same rank, but not involved in the specific case, to exercise the HO's powers. The Hearing Officer was also required to ensure that all relevant facts, whether favorable or unfavorable to the parties involved, were duly taken into account when drafting the Commission's competition decision. Much space in the Powers of the Hearing Officer is devoted to the organization of the hearing itself and its conduct. After the hearing, the HO submitted a report to the Director General for Competition, in which, in the context of recommendations as to the further course of the proceedings, they could indicate the need to obtain additional information, withdraw certain allegations, or, on the contrary, provide additional.

[16] European Commission. (1991). XXth Report on Competition Policy, Publications Office [XX EC Report on Competition Policy 1990], p. 71. Retrieved from: https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/d15a0d3f-4d8d-4ca2-9ccc-c1e5854b73a9/ language-en (March 24, 2022).

[17] European Commission. (1995). Directorate-General for Competition, Secretariat-General, XXIIIrd Report on competition policy 1993, Publications Office [XXIII European Commission Report on Competition Policy of 1993], pp. 116–118. Retrieved from: https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/7db4a243-39f3-4ba4-a5b7-1cb48f8ca6d3 (March 24, 2022).

[18] Commission Dec. of 12 December 1994 on the scope of powers of hearing officers in competition proceedings before the Commission (Journal of Laws 1994 L 330/67).

[19] Commission Dec. of 23 May 2001 on the scope of powers of hearing officers in certain competition proceedings (Official Journal EU 2001 L 162/21). Critical remarks, see Flatters, 2010.

investigation of the case to keep him informed of developments up to the draft decision stage, coupled with the right to comment on any point, resulting from any EC competition proceedings, to an authorized member of the European Commission.[20]

III. Appointment procedure and scope of powers of the *Hearing Officer*, in the light of the decision of the President of the European Commission of 13 October 2011

Currently, the procedure for appointing and the scope of powers of the Hearing Officer are regulated by the decision of the President of the European Commission of 13 October 2011.

The Commission sets out quite general requirements for potential candidates for the position of the *Hearing Officer*, but attention is drawn to the order in which they are listed. The HO may be an independent person with experience in competition issues and having the professional ethics necessary to contribute to the objectivity, transparency and efficiency of the proceedings (point 3 of the preamble to the above-mentioned decision). The Hearing Officer is appointed by the EC in accordance with the rules laid down in the Staff Regulations of Officials and the Conditions of Employment of Other Servants of the European Union. An additional requirement – not provided for in the employment rules – is the publication of information about their appointment in the Official Journal of the European Union, it was initiated by the Commission's decision in 2001. The hearing officer remains assigned to the member of the European Commission responsible for competition. It should be clearly emphasized that this is only an administrative assignment and in no way means that the Competition Commissioner may issue binding instructions to the HO in matters in which they are involved. The possibility of addressing them with disputes arising between the said Directorate and a party to the proceedings in order to resolve is also one of the manifestations of its full independence from the Competition DG.[21]

The powers assigned to the *Hearing Officer* in the Chairman's Terms of Reference decision can be divided into four categories (Wils, 2012, pp. 8–28).

First, he is directly involved in the conduct of the proceedings. Therefore, it organizes and conducts an oral hearing and decides whether third parties are to be heard.[22] In the part concerning the duties, to ensure proper preparation of the hearing, but at the same time to emphasize the importance of the oral part of the procedure, and thus the dialogue between the participants of the whole process, the hearing officer may, after consulting the responsible director, conduct a meeting with persons invited to the hearing and (where appropriate) with the Commission services in order to prepare for the oral hearing itself.[23]

[20] More on the evolution of Hearing Officer powers see: Albers & Jourdan (2011, pp. 185–188).

[21] Commission Notice on Best Practices for the Conduct of Art. 101 and 102 TFEU (Journal of Laws UE 2011 C 308/61), point 79, sentence 2.

[22] Article 13 par. 1 of Regulation 773/2004: "If natural or legal persons other than those referred to in Art. 5 and 11, request to be heard and show sufficient interest, the Commission will inform them in writing of the nature and subject matter of the procedure and set a time limit within which they may submit their views in writing. Article 5 par. 1, first sentence, of the President's decision on the scope of powers: "Requests to be heard from persons other than those referred to in Art. 5 and 11 of Regulation (EC) No 773/2004 (…) shall be submitted in accordance with Art. 13 sec. 1 of Regulation (EC) 773/2004 (…). Article 5 par. 2 first sentence of the above decision: The Hearing Officer shall decide whether third parties are to be heard, after consultation with the accountable director." In points 12 and 13 of the President's decision concerning the case, certain premises were introduced which the HO should follow when making the decision in question. Thus, consumer associations that request a hearing should generally be regarded as having a sufficient interest where the proceeding concerns products or services used by the final consumer or products or services which are a direct input into such products or services. In addition, the HO should always be guided by the contribution that the persons can make to the clarification of the relevant facts of the case.

[23] See also regulations concerning *State of Play meetings*: Pursuant to points 2.9.60 and 2.9.61 first to third sentences of the Commission Notice on Best Practices for Conducting Proceedings in connection with Art. 101 and 102 of the TFEU: "Throughout the procedure, the Competition DG shall endeavor to enable, on its own initiative or upon request, the parties concerned to the proceedings to participate in an open and frank discussion and

Secondly, litigants may submit issues relating to the effective exercise of their procedural rights to the Hearing Officer for independent consideration. This is a broad category of rights. It is therefore reasonable to distinguish three subcategories in it in the form of powers: decision-making, reporting and issuing recommendations. Within the first of the sub-categories, the HO makes decisions on: extending the deadlines set for responding to the decision to provide the necessary information;[24] being notified by the Directorate-General for Competition of undertakings or associations of undertakings about their status in the proceedings'[25] access to files, documents and information;[26] extending the deadline for replying to the statement of objections[27] and objections to the disclosure of information that may constitute trade secrets or other confidential corporate information.[28]

In turn, the subcategory of reporting rights is described in Art. 15 of the President's Terms of Reference Decision and deals with situations where (in order to ensure the effective exercise of procedural rights) parties to proceedings who offer commitments to address the concerns raised by the Commission in its preliminary assessment under Art. 9 of Regulation 1/2003 and parties to proceedings in cartel cases that engage in settlement discussions pursuant to Art. 10a of Regulation (EC) 773/2004 may refer to the Hearing Officer at any stage of their respective procedure. Recommendations issued by the official concern the assessment of the application of the freedom from self-incrimination[29] and legal professional secrecy.[30]

to present their views. It also takes into account the progress of the explanatory proceedings. For this reason, at certain stages of the procedure, the Commission proposes state of play meetings. Such meetings, in which the parties participate entirely on a voluntary basis, can contribute to improving the quality and efficiency of the decision-making process, ensuring its transparency and effective communication between the Competition DG and the parties. First of all, they serve to inform the parties about the progress of the proceedings at key moments of the procedure."

[24] Art. 4 section 2 letter c) of the Dec. of the Chairman regarding the scope of powers: when the addressee of the decision requesting information pursuant to Art. 18 section 3 of Regulation (EC) 1/2003 considers that the time-limit for reply is too short, it may refer the matter to the hearing officer within a reasonable time before the expiry of the time-limit originally set. The hearing officer shall decide whether an extension is appropriate, taking into account the length and complexity of the request for information and the requirements of the investigation.

[25] Art. 4 section 2 letter d) of the Dec. of the Chairman regarding the scope of powers: enterprises and associations of enterprises covered by one of the Commission's explanatory (investigative) activities (…) have the right to information about their status in the ongoing proceedings (…). If such an undertaking or association of undertakings considers that it has not received adequate information from the Directorate-General for Competition about its status in an ongoing investigation, it may refer the matter to the hearing officer for resolution. The hearing officer decides that the Directorate-General for Competition will inform the undertaking or association of undertakings that have made the request of their status in the proceedings. (…).

[26] Article 7 par. 1 of the Dec. of the Chairman on the scope of powers: If a party who has exercised their right of access to the file has reason to believe that the Commission is in possession of documents which have not been disclosed to that party and that the documents are necessary for the proper exercise of the right to be heard, they may make a reasoned request for access to the documents from the Hearing Officer, subject to the provisions of Article 3 sec. 7.

[27] Article 9 par. 1 of the Dec. of the Chairman on the scope of powers: If the addressee of the Statement of Objections considers that the time limit for replying to the Statement of Objections is too short, it may ask for an extension by submitting a reasoned request to the responsible director (…). If the request is rejected or the requesting addressee of the Statement of Objections does not agree with the period for which the time limit has been extended, it may refer the matter to the Hearing Officer before the expiry of the original time limit. After hearing the Director Responsible, the Hearing Officer shall decide whether an extension of the time limit is necessary to allow the addressee of the Statement of Objections to effectively exercise its right to be heard, while bearing in mind the need to avoid undue delay in the proceedings (…).

[28] Article 8 par. 2 of the Dec. of the Chairman on the scope of powers: If the company or person concerned objects to the disclosure of the information concerned, they may refer the matter to the Hearing Officer. If the Hearing Officer considers that information may be disclosed because it is not a trade secret or other type of confidential information, or because there is an overriding interest in disclosure, this shall be stated in a reasoned decision and communicated to the company or person concerned (…). On the basis of art. 8, the judgment of the Court of Justice of 14 March 2017, C-162/15 P, was issued, strengthening the position of the *Hearing Officer* in the proceedings, in which the Court found that: Art. 8 of the Dec. of the President of the European Commission 2011/695/EU (…) aims to implement, at the procedural level, the protection offered by Union law to information retrieved by the Commission in the course of proceedings in competition cases. This protection should be understood as covering all reasons that may justify protecting the confidentiality of the information in question. This means that the protection of information in proceedings before the EC can be based on all EU law norms, and not only on the provisions dedicated to the protection of information; in particular, protection may be based on the principles of legitimate expectations and equality.

[29] Article 4 par. 2 letter b) of the Dec. of the Chairman on the scope of powers: when the addressee of the request for information, pursuant to Article 18 section 2 of Regulation (EC) 1/2003, refuses to answer a question contained in such a summons, invoking freedom from self-incrimination as defined in the case-law of the Court of Justice, they may refer the matter to the Hearing Officer in due time after receiving the summons. Where appropriate, bearing in mind the need to avoid undue delay in the proceedings, the Hearing Officer may make a reasoned recommendation as to whether the freedom from self-incrimination applies (…). Point 10 of the preamble to the above Decision clarifies that, when considering cases of claiming freedom from self-incrimination, the Hearing Officer may consider whether a company is making manifestly unfounded claims for protection simply to buy time.

[30] Article 4 par. 2 letter a) of the Dec. of the Chairman on the scope of powers: a company or association of companies may ask the Hearing Officer to investigate claims that a document requested by the Commission in the exercise of powers (…) that has not been provided to the Commission is allegedly

Thirdly, in the case of respecting procedural rights in the course of the proceedings, the *Hearing Officer* (as a guarantor of their effective exercise) is not limited by the initiative of the participants in the proceedings, in the meaning that they should make an ongoing assessment of the observance of the rights, regardless of the activity or even lack thereof on the part of the participants proceedings. This is reflected in the reporting obligations of the Hearing Officer. In the course of the proceedings, they submit two types of reports: interim and final. Interim reports contain the HO's conclusions on the Oral Hearing (if any) and on the effective exercise of procedural rights. Crucially, however, the interim report is not accessible to the parties (Article 14(1), first sentence, of the Dec. of the Chairman on the scope of powers). In the final report, the HO assesses the observance of the effective exercise of procedural rights at each stage of the proceedings (Article 16(1), first sentence, of the above-mentioned decision). Due to the fact that the decision issued by the Commission may be based only on allegations on which the parties have been able to comment (Article 27(3) second sentence of Regulation 1/2003), and the draft decision is not presented to the parties before its adoption, it is logical, and at the same time it becomes necessary for the *Hearing Officer* to determine in the final report whether the draft decision concerns only objections to which the parties had the opportunity to present their positions (Article 16(1) second sentence of the above-mentioned decision). The real significance of the final report is, however, diminished by the legal nature attributed to the document. It is regarded as "only an internal document of the Commission, the purpose of which is not to supplement or correct the arguments of undertakings and which therefore does not contain any decisive aspect which the Community judicature would have to take into account in exercising its review".[31]

Finally, the *Hearing Officer* also has some advisory powers in that they may comment on any matter arising from any European Commission competition procedure to the relevant member of the Commission (Article 3(5) of the Dec. of the Chairman on the scope of powers) and as a supplement to the interim report, it may submit separate comments on the further progress and impartiality of the proceedings (Article 14(2) of the above-mentioned decision).

IV. Evaluation of the institution and *de lege ferenda* postulates

Regardless of the fact that in a relatively short time the scope of powers of the Hearing Officer has been significantly expanded, as was dictated primarily by the EC's desire to increase the objectivity of conducted antitrust proceedings, the discussion as to its role and usefulness is still ongoing. The transition from the stage where they were merely conducting and organizing not too many hearings, to the stage where they became in essence a guardian of procedural rights, still does not exhaust the full potential of the function. The prevailing belief is that the HO institution – if modified – still has a chance for development, increase in importance, to the benefit of all interested parties.

In the considerations on the subject, various, often contradictory, proposals are put forward, but they focus more on the position of the hearing officer in proceedings concerning competition-restricting practices, leaving the concentration proceedings outside the scope of deliberation.

protected by the confidentiality of exchanges information between the lawyer and client. the Hearing Officer may make a reasoned recommendation to the relevant member of the Commission without disclosing the content of the document which may be confidential (…).

[31] Judg. of September 30, 2009 in case T 161/05 *Hoechst GmbH v. EC*. Retrieved from: https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=1B4977F9A2294B6511BF5BA3912C1C7A?text=&docid=78349&pageIndex=0&doclang=PL&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5259731 (28.03.2022).

One thing seems pretty obvious. When analysing the powers of the *Hearing Officer* presented in a framework, the conclusion that the current name of the position is inappropriate seems self-imposing. As a result of the gradual extension of their tasks and responsibilities, the current nomenclature only partly corresponds to what the HO does. A more appropriate term would be, for example, the Procedural Rights Officer or the Procedural Rights Guardian.

As regards the procedure for appointing and dismissing the *Hearing Officer*, it is postulated that the European Parliament should be able to hear them before taking up the function. Admittedly, in terms of competition policy, the role of the EP basically comes down to controlling the executive bodies, but this would increase the transparency of the nomination process. On the other hand, assigning the President of the European Commission directly to them would emphasize their independence. The insufficient number of the officials is also raised – there are now two, which seems to be a completely inadequate number in proportion to the tasks dedicated to them (CCBE, 2000, pp. 16–17). Eliminating the problem does not even require a change in the legal status since Art. 1 sec. 1 of the Dec. of the Chairman on the scope of powers provides that one or more Hearing Officers are to be appointed for competition proceedings. Moreover, it is indicated that the grounds for dismissal of the Hearing Officer should be regulated in such a way that the removal is only possible for serious misconduct (CCBE, 2000, p. 4).

The discourse also revolves around a broader issue, i.e. who should a *Hearing Officer* be? The view is presented that the legal position of the *Hearing Officer* should be brought closer to that of the *hearing examiner* (after changes, *administrative law judge*) in proceedings before the Federal Trade Commission, i.e. a person who contributes to the determination of the facts and sometimes the legal status, while maintaining has decision-making powers under the FTC. The authors of this view stipulate that their intention is not to undermine or change the administrative model of proceedings before the European Commission. They do, however, share the view that relatively minor changes to the HO's mandate and scope of powers would transform the oral hearing into a mechanism for better factual and legal findings (Calvani & Leahy, 2018, pp. 213–230). A much more far-reaching suggestion, already entering the model of competition law enforcement at the EU level, is the establishment of a competition authority independent of the EC, modeled on the European Anti-Fraud Office (OLAF), it replaced the Anti-Fraud Coordination Unit (UCLAF), which is a subsidiary towards the EC and assessed as unable to perform the functions assigned to it in an effective manner. The newly created Competition Authority would focus its activities on establishing the facts, and its role would end when the allegations are presented. Then the case would be referred to a *hearing officer* or a *hearing tribunal*, i.e. an individual or a group of people not involved in the investigative stage, who are representatives of the judiciary, the world of science or law practitioners. The person holding the function of HO seems to be an ideal candidate for the position in this new structure. (Forrester, 2009, pp. 841–842). In particular, broadening the powers of the Hearing Officer should be supported to make them responsible not so much for the exercise of the right to be heard, but rather for the right of defence, including resolving any disputes concerning procedural rights in the course of the proceedings. In addition, the *Hearing Officer* should already be involved in the case from the investigative stage, for example from the moment of carrying out the inspection at the company's premises, and in certain circumstances also at other premises, including private premises. It remains an open question to make them

responsible for the ongoing determination of whether the documents seized during the activities in question are not protected by secrecy or go beyond the scope of the case (Albers & Jourdan, 2011, p. 199).

As far as the course of the hearing itself is concerned, it is emphasized that there is still much to be done in terms of making the *Hearing Officer* an active party during hearings. First of all, they should be given the right to cross-examine witnesses so that they can form an opinion on any disputed fact or provision of law. If the circumstances of a particular case require so, the organization of the interview should also be more flexible. It should not necessarily focus on the presentation of speeches prepared by the parties, which can be partly replaced by hearings of the parties, experts and other persons as to the circumstances helpful to make the necessary findings (Calvani & Leahy, 2018, p. 228). The hearing would be more valuable if the *Hearing Officer* had a real mandate to conduct cross-examination of both parties and members of the DG case team (Calzado & De Stefano, 2012, pp. 5–6). There are also critical comments regarding the hearing itself, which, unlike the hearing, is not held in public, which is supposed to guarantee all its participants the opportunity to freely express their opinions.[32]

It is also possible to consider a change in the meaning attributed to the final report prepared by the hearing officer, or whether its obligatory part should not include (apart from those concerning the respect for procedural rights) also conclusions on the merits of the case. Without changing the legal nature of the document, it would be important to include findings as to the existing potential exculpatory evidence and the manner in which the EC addressed it (Calvani & Leahy, 2018, p. 228). It is a good idea to introduce an obligation for the *Hearing Officer* to submit a report on the activities of the European Commission or its President (CCBE, 2000, p. 4).

V. *Hearing Officer* – the Polish perspective

Polish antitrust law does not know the institution of the hearing officer. The right to be heard is exercised, inter alia, by: by means of a hearing, which is not obligatory in the course of the proceedings. The legislator decided to leave this fundamental issue to the discretion of the antimonopoly authority. The sphere of the recognition is wide, because in the Office of Competition and Consumer Protection[33] the only indication allowing to identify situations in which a hearing would be expected is the wording of Art. 60 sec. 3 of the Office of Competition and Consumer Protection, which allows the competition authority to summon to a hearing and question the parties, witnesses and seek expert opinions. Therefore, if in the case it is necessary to hear the parties, witnesses or seek the opinion of experts, the hearing should take place. This is surprising because the usefulness of the hearing to clarify the circumstances of the case is not a controversial fact, especially taking into account how complex antitrust cases can be. Personal contact of the person who decides and the person involved in the case allows for easier identification of disputed

[32] Commission Notice on Best Practices for the Conduct of Art. 101 and 102 TFEU (Journal of Laws UE 2011 C 308/61), point 107, sentence 3. In this context, the relationship between the so-called closed-door hearing, understood as a meeting between the party and the decision-making body without the other parties present, the granting of which at the party's request remains the discretion of the hearing officer (as opposed to a hearing which is not open to the public) and the rights of the defence. More on this topic in the Opinion of Advocate General Nils Wahl presented on 3 September 2015 in case C-154/14 P and judgment of the Court of Justice of 16 June 2016 in case C-154/14 P. Retrieved from: https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=180323&pageIndex=0&doclang=PL&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1386407 (31.07.2022).

[33] Act of 16 February 2007 on competition and consumer protection (i.e. Journal of Laws 2021, item 275).

areas and possible (mutual) conviction as to the other party's argument, which may significantly contribute to shortening the proceedings.

The national solution in this respect differs from the rules of oral hearings by the European Commission. Regulation 773/2004 provides in Art. 12 that the parties to whom a statement of objections has been addressed shall be given the opportunity by the Commission to put forward their arguments at an oral hearing if they so request in their written observations. In Polish antitrust proceedings, even a convincingly justified request for a hearing does not entail any obligations for the President of the Office of Competition and Consumer Protection. On the sidelines of the mainstream of considerations, without concluding that it is necessary to conduct an administrative hearing in the course of the proceedings in order to ensure the criminal-procedural standard of the right to defense, including the possibility of being heard (Bernatt & Turno, 2015, p. 91), one should support the change of the Office of Competition and Consumer Protection consisting in on the introduction of the obligation to hold a hearing in at least two cases: if requested by the party and – following the example of the Code of Administrative Procedure[34] – when there is a need to reconcile the interests of the parties.

The European Union's competition law is subject to constant changes in the direction of its further harmonization. In recent years, the trend has been emblematic of Directive (EU) 2019/1 of the European Parliament and of the Council of 11 December 2018, which aims to empower the competition authorities of the Member States to enforce the law more effectively and ensure the proper functioning of the internal market[35] (hereinafter: the ECN+ Directive). The EU legislator in The secondary law act placed emphasis on strengthening the position of national competition authorities and establishing a guarantee of respect for the rights of entrepreneurs in their contacts with the national competition authority, however, maintaining the course of decentralization of the competences of the European Commission to the benefit of the Member States. Even though the deadline for the implementation of the ECN+ directive expired on February 4, 2021, Poland has still not changed its national law accordingly[36], thus placing itself in a fairly small group of "latecomers". The amendment to the Act on competition and consumer protection, discussed in the above circumstances, could become an opportunity for bolder, and at the same time – as it seems – necessary institutional changes. It is possible to pose a question here and in this context, whether the institution of the *Hearing Officer* is needed for the Polish antimonopoly procedure and whether it could solve at least some of the problems raised for years, identified shortcomings? To begin with, the proposal to introduce a *Hearing Officer* in Polish antimonopoly proceedings, or more broadly, to introduce a system of internal control of proceedings, has been present in the doctrine for a long time. Already after the entry into force of the Act of 15 December 2000 on competition and consumer protection[37] as part of the assessment of the regulation,

[34] Act of June 14, 1960 – Code of Administrative Procedure (i.e. Journal of Laws 2021, item 735, as amended).

[35] Directive (EU) 2019/1 of the European Parliament and of the Council of 11 December 2018 to empower the competition authorities of the Member States to enforce law more effectively and ensure the proper functioning of the internal market (Official Journal of the EU.L.2019.11. 3).

[36] Since October 26, 2021, no new information regarding the draft amendment to the Act on competition and consumer protection implementing the ECN+ directive (list number: UC69) has appeared on the website of the Government Legislation Centre. During the meeting of September 16, 2021 of the Parliamentary Committee for European Union Affairs, the President of the Office of Competition and Consumer Protection indicated that the delays were mainly due to the lack of agreement with the Ministry of Justice and the National Prosecutor and the Ministry of the Interior and Administration regarding the correct implementation of Art. 23 sec. 2 or sec. 3 of the ECN+ Directive, but also, e.g. the need to conduct a thorough analysis and comprehensive assessment of the compliance of the currently applicable provisions with the ECN+ Directive. Full record of the meeting of the European Union Affairs Committee, p. xsp?view=2&commission=SUE (13.03.2022).

[37] Act of 15 December 2001 on competition and consumer protection (Journal of Laws No. 122, item 1319, as amended).

it was stated that the legislator, deciding on a one-man model of a competition protection authority,

> "did not establish any auxiliary advisory body, nor did it introduce a mechanism for internal control of the course of proceedings (…). Community antimonopoly proceedings are attended by (…) the hearings ombudsman, whose task is primarily to ensure that the rights of defense are respected in the proceedings, so they are assigned the role of the subject of internal control of the manner in which the antimonopoly proceedings are conducted by the community authority" (Janusz, Sachajko & Skoczny, 2001, p. 199).

It was also pointed out that "due to the lack of legal grounds, it is not possible to create an antitrust ombudsman's office or an antitrust advisory body independent of the President of the OCCP" (Wojtniuk-Janusz, 2002, p. 227). Subsequent postulates fall within a fairly wide spectrum: starting from general, neutral in their overtones, regarding the introduction of the *Hearing Officer* institution into Polish law, which would be a counterbalance to the very broad investigative powers of the President of the Office of Competition and Consumer Protection (Sawicki, 2021, p. 50), but at the same time, it would not be an alternative to an appeal against a request to provide all necessary information and documents directed by the President of the Office of Competition and Consumer Protection pursuant to Art. 50 of the Office of Competition and Consumer Protection, because decisions as to the legitimacy and expediency of the request would still be at the discretion of the antimonopoly authority (Kanton, 2020), and ending with more detailed ones, calling for the introduction of

> "the institution of an independent employee who would consider a complaint against a decision (issued on the basis of Art. 69 sec. 1 of the Office of Competition and Consumer Protection) in the course of self-inspection; it would be a person not involved in the case who could objectively assess the standard of protection" (Affre, Kozak & Wawruch, 2018, p. 70).

Giving an affirmative answer to the above questions, one should opt for an evolutionary solution, not a revolutionary one, i.e. for the introduction to the Office of Competition and Consumer Protection for the purposes of antimonopoly proceedings of the *Hearing Officer* institution, equipped as a rule with openly formulated advisory and opinion-making powers. The approach has two advantages. On the one hand, it creates the possibility of further development of an institution already embedded in the Polish legal order and possible corrections based on conclusions drawn from its functioning – through legislation. On the other hand, it gives the person holding the function a chance to specify in practice the content framework of the tasks assigned to them, according to their knowledge and experience, but also strength of character and personality, in the area of identified shortcomings that do not require legislative action. Undoubtedly, an outstanding specialist in the field of competition law, with professional experience in positions where independence was the main feature of employment, should be appointed to perform this function (optimally by the Prime Minister). As to the scope of powers, they should be able to take a position on all matters concerning the procedural rights of the parties involved in the proceedings, presented on an ongoing basis, in the form of opinions made available to the parties and the President of the Office of Competition and Consumer Protection. The parties and the antimonopoly authority could take

the initiative to prepare the opinion, but the *Hearing Officer* could also act on their own initiative. Their role (as rightly claimed in the doctrine) would be of particular importance in the event of a complaint against decisions made in the course of the proceedings, because the involvement of an independent official would create conditions for a real, objective and fair balancing of the interests of the complaining parties, whose presentation in the form of an opinion as part of self-control to the antimonopoly authority could contribute to improving the quality and efficiency of the proceedings. It should also be recommended to introduce an obligation for the President of the Office of Competition and Consumer Protection to refer in each decision concluding the proceedings to the HO's findings as to respecting the procedural rights of the parties contained in the submitted final report, and to equip with the possibility of requesting a hearing in the case. In addition, bearing in mind the above-mentioned objections regarding the inadequacy of the title of *Hearing Officer* in proceedings before the European Commission, when trying to find an accurate title for Polish purposes, some inspiration may be the British name of the position – *Procedural Adjudicator*, i.e. an arbitrator in procedural matters.

VI. Summary

Undoubtedly, the *Hearing Officer* is an entity that, since its establishment in 1982, has had a significant impact on objectifying EU antimonopoly proceedings before the European Commission. Attempting to summarize their role and importance, it can be said that they are currently a guardian and guarantor of the observance of procedural rights of entities participating in proceedings before the European Commission, but without any real impact on the outcome of these proceedings. Institutionally, they are something of an internal controller.

Considering, however, that more than a decade has passed since the last decision on the scope of its powers in 2011, which is sufficient time to trace the functioning of a given regulation over time, and the gravity and complexity of cases dealt with by antimonopoly authorities is constantly increasing, there seem to be convincing arguments for taking action to further strengthen its position and importance. Although there are voices that their contribution as a person who is not a specialist in the area of matters relevant to the case under consideration remains formal, not substantive (Teleki, 2021, p. 166). Practitioners' observations are even more critical: "The hearing officer made sure that the coffee was served at the right time and that the interpreters were not too tired".[38]

Within the so-called minimum plan, one should first of all opt for the appointment of the *Hearing Officer* for a specific, rather longer than shorter, because it gives greater stability and independence, term of office. The end of the HO's term of office would be either the expiry of the term of office or resignation or dismissal, which, however, could take place exceptionally. Secondly, it should be clarified that the hearing officer guarantees the effective exercise not only of procedural rights, but also of the rights of defence throughout the competition proceedings before the EC for the purpose of implementing Art. 101 and 102 of the Treaty and on the basis of Regulation (EC) 139/2004. Thirdly, it should be competent to take a stand in any dispute concerning procedural rights arising at any stage of the proceedings. Fourthly, their basic function of the person managing the oral hearing

[38] DG Competition Stakeholder Survey. Stakeholder Report – Lawyers. August 2010, p. 23 (Albers & Jourdan, 2011, p. 185).

should be supplemented in an unambiguous manner with instruments making them a participant in the decision-making process, e.g. by introducing findings as to the factual and legal status of the case as obligatory elements of the final report. Taken as a whole, a change in the location of the hearing may be considered, in the sense of shifting from the stage of adversarial proceedings to the stage of preliminary investigation. The latter focuses on establishing the facts, which would increase the usefulness of the hearing itself. As the lawyers participating in the proceedings claim, there is a widespread belief that when hearings are conducted, the European Commission has formed an opinion on the case a long time ago, which deprives them – from the point of view of the parties – of their usefulness.[39]

The "transplantation" of the function of the hearing officer to Poland could certainly not take place by simply transferring the EU regulation to Polish law. It is necessary to identify areas where the hearing officer could fill the existing gaps or shortcomings and to place them in the existing institutional structure, as well as to equip them with the scope of powers that would optimally match the duties assigned to them. The article attempts to answer the questions. Especially that the *Hearing Officer* could become a "solution" that would implement the two objectives of the ECN+ Directive – strengthening the position of the President of the Office of Competition and Consumer Protection and creating a guarantee of respecting the rights of entrepreneurs in contacts with the national competition authority.

You can also try a more holistic approach manifested in the abandonment of point-specific changes to the Office of Competition and Consumer Protection in favor of a more comprehensive amendment. It would be reasonable to combine the necessary implementation of the ECN+ Directive and the long-standing discussion on the creation of a collective competition protection authority based on the actual separation of inquisition and adjudication functions (See: Podrecki, Mroczek & Menszig-Wiese, 2019 and the literature cited there) and with the debate on the establishment and location of HO in Polish realities. Moreover, the issues are related to each other. Since the ECN+ Directive "forced" the verification of the status of the President of the Office of Competition and Consumer Protection in terms of independence, it naturally creates space for introducing an official who could become a guarantor of the effective implementation of the procedural rights of the parties, which would strengthen the position of entrepreneurs. And even if the existing model were to be retained, i.e. if there was no internal separation of the investigative, prosecution and adjudicating functions of the President of the Office of Competition and Consumer Protection, the hearing officer could become a counterbalance, an internal controller in each conducted proceeding. Anticipating a possible accusation of an unnecessary multiplication of legal entities, it can be raised as a counterargument that the 40 years of the institution's existence in the EU field have confirmed its value. The representatives of the doctrine and practitioners of competition law not only would not like to liquidate the *Hearing Officer*, but also in their majority are in favour of further strengthening their independence and enriching their powers, which in itself is an incentive.

[39] DG Competition Stakeholder Survey. Lawyers Report. December 2014. Retrieved from: https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/8690e400-108d-44b8-93dd-9671339a3c9d/language-en s. 25.

References

Affre, J., Kozak, M. & Wawruch, A. (2018). Ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa w postępowaniach przed Prezesem UOKiK [Protection of trade secrets in proceedings before the President of the Office of Competition and Consumer Protection]. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, *2*(7).

Albers, M. & Jourdan, J. (2011). The Role of Hearing Officers in EU Competition Proceedings: A Historical and Practical Perspective. *Journal of European Competition Law & Practice, 2*(3). Retrieved from: https://academic.oup.com/jeclap/article/2/3/185/1825310 (16.03.2022).

Bernatt, M. (2011). *Sprawiedliwość proceduralna w postępowaniu przed organem ochrony konkurencji* [*Procedural fairness in proceedings before the competition authority*.] Scientific Publishing House of the Faculty of Management at the University of Warsaw.

Bernatt, M. & Turno, B. (2015). O potrzebie doskonalenia rozwiązań procesowych w znowelizowanej z dniem 18 stycznia 2015 r. ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów [On the need to improve procedural solutions in the Act on Competition and Consumer Protection amended as of January 18, 2015]. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, (2).

Calvani, T. & Leahy, J. (2018). A larger role for the hearing officer: a modest proposal. *Journal of Antitrust Enforcement*, *6*, 213–230.

Calzado, J. & De Stefano, G. (2012). *Rights of Defence in Cartel Proceedings: Some Ideas for Manageable Improvements*. Retrieved from www.lw.com (28.03.2022).

CCBE. (2000). *Submission of the CCBE with regard to the Hearing Officer in EU competition cases*. Retrieved from: https://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality_distribution/public/documents/COMPETITION/CPT_Position_papers/EN_CPT_20001125_Submission_of_the_CCBE_with_regard_to_the_hearing_officer_in_EU_Competition_cases.pdf.

Cieśliński, A. (2007). *Wspólnotowe prawo gospodarcze* [*Community economic law*]. Volume II. C.H. Beck/Legalis.

Flattery, J. (2010). Balancing Efficiency and Justice in EU Competition Law: Elements of Procedural Fairness and their Impact on the Right to a Fair Hearing. *The Competition Law Review*, *7*(1).

Forrester, I. (2009). Due Process in EC Competition Cases: A Distinguished Institution with Flawed Procedures'. *European Law Review*. Retrieved from: https://www.semanticscholar.org/paper/Due-process-in-EC-competition-cases%3A-A-institution-Forrester/2b650c931f866bfa337533a2d70a26445dc41a47 (26.03.2022).

Janusz, R., Sachajko, M. & Skoczny, T. (2001). Nowa ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów [New Act on Competition and Consumer Protection]. *Public Law Quarterly*, *1*(3).

Jurkowska-Gomułka, A. (2013). *Publiczne i prywatne egzekwowanie zakazów praktyk ograniczających konkurencję* [*Public and private enforcement of anti-competitive prohibitions*]. Scientific Publishing House of the Faculty of Management at the University of Warsaw.

Kanton, K. (2020). Odpowiedzialność przedsiębiorcy za niedostarczanie informacji i dokumentów na żądanie Prezesa UOKiK – kilka refleksji po decyzji w sprawie Engie [Responsibility of an entrepreneur for failure to provide information and documents at the request of the President of the Office of Competition and Consumer Protection – some reflections after the decision in the Engie case]. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, *3*(9).

Kowalik-Bańczyk, K. (2012). *Prawo do obrony w unijnych postępowania antymonopolowych. W kierunku unifikacji standardów proceduralnych w Unii Europejskiej* [*Right to defense in EU antitrust proceedings. Towards the unification of procedural standards in the European Union*]. Wolters Kluwer Poland.

Krasnodębska-Tomkiel, M. (2006). *Wspólnotowe prawo konkurencji Skutki dla Polski* [*Community competition law Consequences for Poland*]. The office of Competition and Consumer Protection.

Podrecki, P., Mroczek, M. & Menszig-Wiese, K. (2019). O potrzebie zastąpienia Prezesa UOKiK kolegialnych organem ochrony konkurencji [On the need to replace the President of the Office of Competition and Consumer Protection with a competition protection authority]. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, *6*(8).

Powolny, M. (2020). *Postępowanie antymonopolowe w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka* [*Antimonopoly proceedings in the jurisprudence of the European Court of Human Rights*]. The office of Competition and Consumer Protection. Retrieved from: https://uokik.gov.pl/publikacje.php?tag=2 (29.03.2022).

Stawicki, A. (2021). Gdzie jesteśmy i dokąd zmierzamy? Refleksje wokół możliwych kierunków zmian przepisów polskiego prawa konkurencji [Where are we and where are we going? Reflections on possible directions of changes in Polish competition law]. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny, 5*(10).

Teleki, C. (2021). Due Process and Fair Trial in EU Competition Law. The Impact of Article 6 of the European Convention on Human Rights. Retrieved from: https://www.academia.edu/55944631/Due_Process_and_Fair_Trial_in_EU_Competition_Law?email_work_card=view-paper (31.07.2022).

Wils, W. (2012). The Role of the Hearing Officer in Competition Proceedings before the European Commission. *World Competition: Law and Economics Review*, *35*(3). Retrieved from: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2050478 (18.03.2022).

Wójtiuk-Janusz, R. (2002). Nowy kształt instytucji rzecznika ds. wysłuchań we wspólnotowych postępowaniach w sprawach konkurencji [New shape of the institution of the ombudsman for hearings in Community competition proceedings]. In C. Mik (Ed.), *Economic law of the European Community on the threshold of the 21st century*. TNOiK.

Dominik Borek*

Glosa aprobująca do wyroku Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie z dnia 24 maja 2022 r., sygn. akt: IV Ca 752/21 – granica prawna między zarządzaniem usługą hotelarską a pakietem turystycznym[1]

Spis treści

I. Uwagi wstępne
II. Krótkie przytoczenie stanu faktycznego
III. Rozstrzygnięcie Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie z dnia 24 maja 2022 r., sygn. akt: IV Ca 752/21
IV. Aprobata dla stanowiska Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie oraz komentarz do informacji prasowych dotyczących głosowanego rozstrzygnięcia
V. Podsumowanie

Streszczenie

W artykule przytoczono stan faktyczny opisany w wyroku Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie z dnia 24 maja 2022 r., sygn. akt: IV Ca 752/21. Glosowane orzeczenie ma duże znaczenie dla rynku hotelarstwa oraz organizatorów turystyki w Polsce, dotyczy bowiem definiowania usługi hotelarskiej w konfrontacji do pakietu-imprezy turystycznej. Wyrok wywołał liczne komentarze w branży turystycznej oraz prasie i mimo że dotyczy nieobowiązującego już w obszarze organizacji imprez turystycznych stanu prawnego, to ma praktyczne znaczenie dla funkcjonowania rynku. Należy pamiętać, iż połączenie usług turystycznych, które w poprzednim stanie prawnym nie stanowiło imprezy turystycznej, tym bardziej nie spowoduje jej powstania w aktualnym stanie prawnym. Aspekty te będą podlegały szeroko omówieniu i ocenie w ramach niniejszych rozważań.

Słowa kluczowe: hotel; organizator turystyki; usługa hotelarska; usługa turystyczna; pakiet turystyczny; impreza turystyczna.

JEL: K20

* Adiunkt w Szkole Głównej Handlowej w Warszawie, doktor nauk prawnych, radca prawny. ORCID: https://orcid.org/0000-0002-4359-9426.

Edition of that article was financed under Agreement Nr RCN/SP/0326/2021/1 with funds from the Ministry of Education and Science, allocated to the "Rozwoj czasopism naukowych" programme.

[1] Artykuł prezentuje moje osobiste poglądy i nie może być interpretowany jako stanowisko jakiegokolwiek organu, podmiotu czy instytucji.

© 2023 Authors. This is an open access article distributed under the Creative Commons BY 4.0 license (https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/)

I. Uwagi wstępne

W niniejszym artykule należy na wstępie poczynić uwagi odnośnie do stanu prawnego, podlegającego badaniu w ramach postępowania odwoławczego. Ustawa z dnia 24 listopada 2017 r. o imprezach turystycznych i powiązanych usługach turystycznych weszła w życie z dniem 1 lipca 2018 roku. Z tą samą datą wprowadzono w ustawie z dnia 29 sierpnia 1997 r. o usługach turystycznych (Dz. U. 2017 poz. 1553) następujące zmiany dotyczące tytułu ustawy, który otrzymał brzmienie: „o usługach hotelarskich oraz usługach pilotów wycieczek i przewodników turystycznych". Jednocześnie art. 73 ustawy z dnia 24 listopada 2017 r. o imprezach turystycznych i powiązanych usługach turystycznych wskazał, iż postępowania wszczęte i niezakończone do dnia wejścia w życie ustawy prowadzi się na zasadach dotychczasowych. Spór dotyczący umowy, w ramach której miały odbywać się świadczenia w okresie od 24 września 2017 roku do dnia 1 października 2017 roku, musiał zatem podlegać ocenie na zasadach dotychczasowych.

W ramach prezentowanych badań dwa pierwsze punkty merytoryczne (oznaczone cyframi rzymskimi II i III) zostaną przytoczone na podstawie wyroku poruszanego w niniejszej sprawie. Niejednokrotnie przytoczenie stanu faktycznego następuje wprost słowami sądu lub stron postępowania, w ten sposób bowiem w nawiązaniu do właściwych dokumentów stan faktyczny i rozstrzygnięcie zostały w skróconej formie przystępnie przedstawione czytelnikom.

II. Krótkie przytoczenie stanu faktycznego

Powodowie zawarli z pozwanym – prowadzącym obiekt hotelarski umowę o imprezę turystyczną, której przedmiotem miał być pobyt w Hotelu *** (trzy gwiazdki)[2] oraz świadczenia dodatkowe. Impreza turystyczna miała odbywać się w okresie od 24 września 2017 r. do dnia 1 października 2017 roku. W skład pakietu wchodził dwuosobowy pobyt w obiekcie opiewający na łączną kwotę 2698 zł. W ramach imprezy przewidziano 7 noclegów, 7 śniadań w formie bufetu szwedzkiego, 6 obiadokolacji (zupa, drugie danie, deser z kawą lub herbatą) serwowane od drugiego dnia pobytu w godzinach 14:00–17:00, zniżki na baseny termalne, zniżki na usługę masażu na łóżku masującym – po wcześniejszym uzgodnieniu godziny z recepcją, zniżki na zabiegi balneologiczne (np. bicze wodne, kąpiel perełkowa), a także dostęp do sali zabaw dla dzieci (według dostępności), dostęp do Internetu – Wi-Fi, możliwość gry w: tenis stołowy, piłkarzyki (według dostępności), możliwość korzystania z sali fitness (według dostępności), miejsce parkingowe w cenie pobytu[3]. Powodowie, po przybyciu do hotelu nie zostali poinformowani, że część pomieszczeń może być wyłączona z użytku dla gości indywidualnych, nie uzyskali także informacji o planowanym przyjeździe dwóch grup szkoleniowych w trakcie ich pobytu w obiekcie[4]. Po rozczarowującym w mniemaniu powodów pobycie za pośrednictwem pełnomocnika procesowego została złożona w dniu 10 października 2022 r. reklamacja do gestora obiektu hotelarskiego. W ramach reklamacji zostały wskazane następujące zarzuty:

— długi czas oczekiwania na zamówiony posiłek – trwający co najmniej 60 minut;

[2] Por. w kontekście kategoryzacji: Borek, 2022.

[3] Wyr. SO Warszawa-Praga w Warszawie z dn. 24.05.2022 r., sygn. akt: IV Ca 752/21. Pozyskano z: http://orzeczenia.ms.gov.pl/details/$N/154510000002003_IV_Ca_000752_2021_Uz_2022-07-01_001 (27.12.2022).

[4] Ibidem.

— brak wystarczającej liczby miejsc w sali restauracyjnej, aby zjeść wykupione dodatkowo obiadokolacje;
— zabieranie nakrycia stołowego przez obsługę kelnerską w trakcie konsumpcji;
— spoufalanie się przez obsługę kelnerską z powodami poprzez bezpośrednie uwagi oraz niestosowne gesty, jak np. poklepywanie po plecach;
— nienadające się do spożycia posiłki;
— niesprawny ekspres do kawy;
— brak wody do picia podczas obiadokolacji;
— dokonywanie sprzątania sali restauracyjnej w czasie spożywania posiłków przez powodów;
— brak usługi sprzątania pokoju i ścielenia pościeli (tzw. room service);
— bardzo szorstki papier toaletowy;
— zniszczone meble w części dziennej pokoju hotelowego oraz brak lodówki;
— brak faktycznej możliwości korzystania ze stołu do tenisa stołowego, stołu do bilarda, piłkarzyków, siłowni, miejsca przy kominku z uwagi na obłożenie obiektu[5].

Powodowie nie zaproponowali formy załatwienia reklamacji, a pozostawili możliwość przedstawienia propozycji sposobu zadośćuczynienia z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy samemu pozwanemu.

W odpowiedzi na reklamację, pismem z dnia 25 października 2017 r., pozwany poinformował, że brakuje podstaw do jej uwzględnienia. Według pozwanego w reklamacji nie wykazano by doszło do jakiegokolwiek naruszenia standardów hotelu *** (trzy gwiazdki) i naruszenia regulaminu hotelowego (Borek, 2019). Usługi w ramach pakietu zostały według pozwanego wykonane w sposób należyty.

Po zapoznaniu się z odpowiedzią na reklamację, w dniu 9 listopada 2017 r. powodowie wezwali pozwanego do zapłaty na ich rzecz:

1) kwoty 1618,80 zł wraz z ustawowymi odsetkami od upływu siódmego dnia od dnia otrzymania wezwania do dnia zapłaty z tytułu odszkodowania za nienależyte wykonanie umowy;
2) kwoty 6000 zł wraz z odsetkami w wysokości ustawowej od upływu siódmego dnia od dnia otrzymania wezwania do dnia zapłaty tytułem zadośćuczynienia za „zmarnowany urlop” (tj. po 3000 zł dla każdego z powodów);
3) kwoty 6000 zł tytułem naruszenia dóbr osobistych w postaci użytych stwierdzeń o wykazywaniu przez powodów wybitnie roszczeniowej postawy (tj. po 3000 zł dla każdego z nich)[6].

Pozwany nie zgodził się z argumentacją powodów, wobec czego powodowie złożyli pozew o zapłatę. Sąd Rejonowy ustalił stan faktyczny sprawy w oparciu o dowody w postaci dokumentów, dokumentacji zdjęciowej i filmowej oraz zeznań powodów, pozwanego i świadków, którym dał w całości wiarę. W ocenie sądu I instancji dowody te pozwalały na stwierdzenie, że „pobyt powodów w hotelu nie należał do udanych”[7]. Na powyższe stwierdzenie złożyły się ustalone przez sąd I instancji następujące zdarzenia:

1) niewspółmiernie długi czas oczekiwania na zamówiony posiłek;
2) brak miejsca do spożywania posiłków w restauracji;

[5] Ibidem.
[6] Wyr. SO Warszawa-Praga w Warszawie z dn. 24.05.2022 r., sygn. akt: IV Ca 752/21.
[7] Ibidem.

3) obecności grup szkoleniowych w hotelu w trakcie pobytu powodów, o czym ci ostatni nie zostali poinformowani;
4) niedostateczne i niedokładne sprzątanie, a przy tym powodowanie dużego hałasu;
5) niesprawny ekspres do kawy;
6) spoufalanie się przez obsługę kelnerską z powodami poprzez bezpośrednie uwagi oraz niestosowny gest polegający na poklepaniu po plecach[8].

Za niewykazane Sąd Rejonowy uznał pozostałe zarzuty.

Sąd Rejonowy uznał za uzasadnione żądanie kwoty 6000 zł tytułem zadośćuczynienia za „zmarnowany urlop", dostrzegając podstawę do jego uwzględnienia w art. 11a ust. 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o usługach turystycznych (Dz. U. Nr 133, poz. 884 ze zm.). Zdaniem Sądu Rejonowego zebrany w sprawie materiał dowodowy wskazał jednoznacznie, że powodowie wykazali fakt nienależytego wykonania umowy poprzez otrzymanie usług o niższym standardzie niż umówiony, a tym samym ponieśli szkodę niemajątkową w postaci tzw. zmarnowanego urlopu[9]. Apelację od wskazanego wyroku Sądu Rejonowego wniosły obie strony postępowania. Pozwany wniósł o oddalenie wyroku w części uwzględniającej powództwo i orzekającej o kosztach procesu. Apelacja oparła się w głównej mierze na zarzutach naruszenia prawa materialnego: art. 3 pkt 2 i 5 oraz art. 11a ustawy z 29 sierpnia 1997 r. o usługach turystycznych oraz sprzeczność istotnych ustaleń faktycznych z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego[10]. Z kolei powodowie wnieśli o zmianę wyroku w części oddalającej powództwo i orzekającej o kosztach. W pozwie zarzucili naruszenie prawa materialnego w postaci niewłaściwego zastosowania art. 11a ust. 1 ustawy z 29 sierpnia 1997 r. o usługach turystycznych oraz art. 448 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny[11]. Powodowie wnieśli o zmianę wyroku w części przez zasądzenie dodatkowej kwoty odszkodowania i zadośćuczynienia w wysokości 7618,80 zł wraz z odsetkami[12].

III. Rozstrzygnięcie Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie z dnia 24 maja 2022 r., sygn. akt: IV Ca 752/21

Sąd Okręgowy nie podzielił wszystkich ustaleń faktycznych Sądu Rejonowego, dlatego też zmienił rozstrzygnięcie. W ramach niniejszego artykułu skupimy się wyłącznie na zarzutach naruszenia prawa materialnego, ponieważ to one są zasadniczym rdzeniem rozważań i komentowanego obszaru problemowego.

Ustalenia zakwestionowane przez sąd II instancji dotyczyły:

1) zawarcia umowy o imprezę turystyczną – faktycznie strony zwarły umowę o usługę hotelarską;
2) organizacji sprzątania, które jednak było wykonywane w ramach tzw. room service;
3) czasu oczekiwania na posiłek, który był znacznie krótszy niż deklarowany przez powodów;
4) braku możliwości korzystania z ekspresu do kawy – podczas śniadań goście hotelu mogli korzystać z dwóch sprawnych ekspresów do kawy;

[8] Ibidem.
[9] Ibidem.
[10] Ibidem.
[11] Ibidem.
[12] Ibidem.

5) spoufalania się przez obsługę kelnerską z powodami – jednorazowo zaistniała sytuacja polegająca na delikatnym dotknięciu powoda, gdy kelnerka nie mogła przejść obok stolika powodów, którzy blokowali przejście w części gastronomicznej obiektu[13].

Sąd II instancji uznał, iż apelacja pozwanego zasługuje na uwzględnienie w całości, natomiast apelacja powodów jest bezzasadna. Na poparcie rozstrzygnięcia wskazano następujące argumenty.

Zasadniczą sprawą była multiplikacja roszczeń – co oznacza, iż w omawianej sytuacji faktycznej dochodzone było z tego samego zdarzenia („zmarnowanego urlopu") kilka roszczeń:

1) zadośćuczynienie za „zmarnowany urlop",
2) odszkodowanie za szkodę majątkową,
3) zadośćuczynienie za naruszenie dóbr osobistych[14].

Powyższe wskazuje na brak właściwego zakwalifikowania zdarzenia, które było podnoszone przez powodów. Analiza sprawy wskazuje na dużą dysproporcję pomiędzy ceną pobytu w hotelu (2698 zł) a zasądzoną w I instancji kwotą zapłaty za zmarnowany urlop (6000 zł). Tym bardziej żądanie powodów, które tę kwotę multiplikuje jest trudne do obrony[15].

Umowa łącząca strony powinna być zakwalifikowana jako umowa o świadczenie usług hotelowych (tzw. umowa hotelowa), nie zaś jako umowa o imprezę turystyczną. Nie powinna zatem w stosunku do rozpatrywanego stanu faktycznego znaleźć zastosowania regulacja stanowiąca, iż organizator turystyki odpowiada za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy o świadczenie usług turystycznych, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest spowodowane wyłącznie:

1) działaniem lub zaniechaniem klienta;
2) działaniem lub zaniechaniem osób trzecich, nieuczestniczących w wykonywaniu usług przewidzianych w umowie, jeżeli tych działań lub zaniechań nie można było przewidzieć ani uniknąć, albo
3) siłą wyższą (Borek i Zawistowska, 2021).

Organizatorem turystyki na gruncie ówcześnie obowiązującej ustawy był przedsiębiorca organizujący imprezę turystyczną, którą stanowił pakiet co najmniej dwóch usług turystycznych tworzących jednolity program i objętych wspólną ceną. Ważnym jest, że usługi te miały obejmować nocleg lub trwać ponad 24 godziny albo program imprezy miał przewidywać zmianę miejsca pobytu.

Prawidłowa wykładnia wskazanego zakresu problemowego jest możliwa po odwołaniu się do pojęć „usługi turystycznej" oraz „usługi hotelarskiej".

Usługa turystyczna na gruncie ówcześnie obowiązujących regulacji to usługa przewodnicka, usługa hotelarska lub każda inna usługa świadczona turystom lub odwiedzającym. Z kolei usługą hotelarską jest krótkotrwałe, ogólnie dostępne wynajmowanie domów, mieszkań, pokoi, miejsc noclegowych, a także miejsc na ustawienie namiotów lub przyczep samochodowych oraz świadczenie, w obrębie obiektu, usług z tym związanych (Borek i Wyrwicz, 2021).

Sąd II instancji uznał, iż w odniesieniu do podniesionych tu definicji legalnych i stanu faktycznego sprawy nie ma wątpliwości, że oferta pozwanego nie mogła być uznana za imprezę turystyczną. Wszystkie zaoferowane dodatkowe świadczenia w stosunku do usługi hotelarskiej

[13] Ibidem.

[14] Por. w kontekście różnych roszczeń wysnuwanych w związku z tzw. zmarnowanym urlopem: Wójcik, 2022.

[15] Wyr. SO Warszawa-Praga w Warszawie z dn. 24.05.2022 r., sygn. akt: IV Ca 752/21.

należy kwalifikować jako usługi związane z wynajmowaniem pokoi (czyli usługą hotelarską w ścisłym znaczeniu), mające charakter podrzędny i wykonawczy względem niej[16].

W wyniku rozpatrzenia obu apelacji Sąd Okręgowy Warszawa-Praga w Warszawie w wyroku z dnia 24 maja 2022 r., sygn. akt: IV Ca 752/21 zmienił rozstrzygnięcie poprzez:

1) oddalenie powództwa gości hotelowych w całości;
2) zasądzenie od gości hotelowych solidarnie na rzecz gestora bazy hotelowej kosztów zastępstwa procesowego oraz postępowania apelacyjnego[17].

Wymieniony wyżej wyrok jest prawomocny.

IV. Aprobata dla stanowiska Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie oraz komentarz do informacji prasowych dotyczących głosowanego rozstrzygnięcia

Pytanie zasadnicze brzmi kto decyduje czy dane połączenie – pakiet jest imprezą turystyczną, kto stwierdza ten fakt? (Borek, 2022). W omawianym stanie faktycznym powód starał się fakt spełnienia wymogów ustawowych dotyczących warunku powstania imprezy turystycznej wykazać zarówno przed pozwanym gestorem obiektu hotelowego, jak i sądem w celu uzyskania odszkodowania i zadośćuczynienia za tzw. zmarnowany urlop. W odpowiedzi na pytanie postawione we wstępie do niniejszego podrozdziału warto wskazać tezę, jaką w artykule pt. „Jak łączyć usługi turystyczne, aby nie powstała impreza turystyczna" stawia R. Sarżyński (2022), zgodnie z nią „klient musi zostać poinformowany, że określony pakiet jest nabywany w całości i nie ma możliwości wydzielenia jakichkolwiek usług bez uszczerbku dla zawartości takiego pakietu (…)". Imprezę turystyczną tworzy zatem przedsiębiorca turystyczny samodzielnie lub na polecenie klienta.

Bezspornym jest, iż sąd II instancji stwierdził, że pozwany świadczył powodom usługę hotelarską, nie zaś pakiet w postaci imprezy turystycznej. Analizując dokumenty, należy uznać, że w opisywanym stanie faktycznym zastosowanie znalazła ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o usługach turystycznych, o czym szeroko napisałem na wstępie do niniejszego artykułu. Na aprobatę zasługują wywody formalnoprawne sądu II instancji, w szczególności wskazanie, iż oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają okoliczności, w których zostało złożone, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. W opisywanej umowie Sąd Okręgowy zbadał jaki był zgodny zamiar stron i cel kontraktu, zamiast opierać się na jej tytule i dosłownym brzmieniu oferty. Warto przy tej okazji przytoczyć wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 listopada 2010 r., sygn. akt: I CSK 703/09[18], który uznał, iż „Ocena charakteru umowy zależy nie od jej nazwy, ale od rzeczywistej treści oraz celu i zgodnego zamiaru stron (art. 65 § 2 k.c.). (…) Wymaga się więc ustalenia jej treści, dokonania wykładni oświadczeń woli stron oraz ich oceny (…)" (Kowalski, 2011).

Nie budzi najmniejszych wątpliwości ustalenie faktyczne sądu II instancji, zgodnie z którym powodowie zawarli umowę o usługę hotelarską, która jest swego rodzaju umową nienazwaną,

[16] Ibidem.

[17] Ibidem.

[18] Wyr. SN z dn. 25.11.2010 r., sygn. akt: I CSK 703/09. Pozyskano z: http://www.sn.pl/sites/orzecznictwo/Orzeczenia2/I%20CSK%20703-09-1.pdf (27.12.2022).

mieszaną noszącą cechy charakteru umowy użyczenia, najmu i umowy przechowania[19]. Rolę umowy hotelowej wzmacniają regulacje prawa powszechnie obowiązującego. Jak wskazuje M. Nesterowicz (1995), „przy tworzeniu ustawy nie było wątpliwości że bezpieczeństwo rzeczy wnoszonych przez gości wymaga wzmożonej odpowiedzialności na zasadzie ryzyka, niezależnie od winy hotelarza czy jego służby, zwłaszcza że podróżny nie ma możności sprawowania pieczy nad swoimi rzeczami wniesionymi do hotelu".

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, ugruntowane poglądy doktryny i bezsprzecznie prawidłowość dokonanej subsumpcji przepisów i ustaleń faktycznych sądu, uzasadniony sprzeciw muszą budzić wnioski wysnuwane we współczesnej literaturze przedmiotu.

Przytoczony już w niniejszym podrozdziale R. Sarżyński (2022) błędnie wskazuje w swoim artykule, iż „powodowie domagali się zadośćuczynienia i odszkodowania od przedsiębiorcy świadczącego usługi turystyczne, a podstawą ich roszczeń były przepisy ustawy o imprezach turystycznych i powiązanych usługach turystycznych". Jak już było przeze mnie stwierdzone, w trakcie wykonywanych świadczeń w obiekcie hotelarskim nie obowiązywała ustawa z dnia 24 listopada 2017 r. o imprezach turystycznych i powiązanych usługach turystycznych, co więcej nie została nawet jeszcze uchwalona, dlatego jedynym źródłem prawa w tym zakresie mogła być ówcześnie funkcjonująca ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o usługach turystycznych. Wskazany autor, dalej pisze: „W kontekście uzasadnienia dyrektywy oraz jej motywów, a także analizując przepisy ustawy, uzasadnienie Sądu Okręgowego wydaje się dalece niewystarczające i nieprawidłowe (…)"[20]. Autor ten kategorycznie stwierdza, iż „Sąd Okręgowy nieprawidłowo nazwał i określił stosunek pomiędzy usługami, chociaż mógł prawidłowo odczytać ich charakter"[21].

Takie jednoznaczne osądy muszą budzić zdziwienie w kontekście brzmienia art. 28 dyrektywy 2015/2302[22] dotyczącego transpozycji. Zgodnie z jej postanowieniami państwa członkowskie miały obowiązek przyjąć i opublikować najpóźniej do dnia 1 stycznia 2018 r. przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne niezbędne do jej wykonania. Natomiast samo ich stosowanie miało nastąpić dopiero od dnia 1 lipca 2018 roku. Regulacje te nie mogą mieć zatem znaczenia dla sytuacji, które miały miejsce przed ich terminem stosowania, a tym bardziej jeśli przed tym terminem się zakończyły – jak w omawianym przypadku pobytu trwającego do 1 października 2017 roku.

Następnie R. Sarżyński (2022) wskazuje, iż „Sąd Okręgowy w ogóle nie rozpoznał motywów dyrektywy 2015/2302, chociaż dostarczają one wystarczająco jasnych zasad wykładni co do możliwości zakwalifikowania różnych usług świadczonych w tym samym miejscu lub czasie jako integralnych bądź rozłącznych względem siebie". Dalej autor wyciąga także błędne wnioski, wskazując, iż „Pierwszym zasadniczym kryterium jest wartość usług dodatkowych względem usługi głównej. Jeżeli wyżywienie, zabiegi kosmetyczne lub inne mają stanowić ponad 25% wartości danej umowy, to mamy do czynienia z imprezą turystyczną" (Sarżyński, 2022).

Dyrektywa z dnia 13 czerwca 1990 r. w sprawie zorganizowanych podróży, wakacji i wycieczek (90/314/EWG) mówi o innych usługach turystycznych niezwiązanych z zakwaterowaniem,

[19] Por. https://mfiles.pl/pl/index.php/Umowa_hotelowa (27.12.2022).

[20] Ibidem.

[21] Ibidem.

[22] Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/2302 z dn. 25.11.2015 r. w sprawie imprez turystycznych i powiązanych usług turystycznych, zmieniająca rozporządzenie (WE) nr 2006/2004 i dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/83/UE oraz uchylająca dyrektywę Rady 90/314/EWG; dalej: dyrektywa 2015/2302.

stanowiących znaczącą część imprezy turystycznej. Tylko ona mogła być ewentualnie przytoczona w wyroku przez Sąd Okręgowy. Obecnie obowiązująca zaś dyrektywa 2015/2302 również odnosi się do tej kwestii w sposób zbieżny. W motywie 17 stwierdza się, iż usługi, które są nieodłączną częścią innej usługi turystycznej, nie powinny być uważane za odrębne usługi turystyczne. Chodzi tu na przykład o posiłki, napoje oraz sprzątanie zapewnione w ramach zakwaterowania lub dostęp do urządzeń na miejscu, takich jak np. basen, sauna, spa lub sala treningowa przeznaczona dla gości hotelu[23].

Pomimo przytoczonych dosyć jednoznacznych regulacji, obowiązujących zarówno poprzednio, jak i dziś, konkluzja R. Sarżyńskiego jest niewłaściwa, wskazuje on iż „w teorii najbezpieczniejszym rozwiązaniem jest ograniczenie oferty do usług bardzo ściśle powiązanych funkcjonalnie ze sobą (w przypadku hoteli, pensjonatów czy nawet agroturystyki mogą to być zakwaterowanie, wyżywienie oraz np. parking) oraz ograniczenie się do wskazania dodatkowych usług, których wybór oraz nabycie jest możliwe dopiero po wykonaniu usługi zasadniczej" (Sarżyński, 2022). Szczególnie kontrowersyjne jest ostatnie zdanie. Nie chodzi bowiem o to aby wybór i wykonanie świadczeń dodatkowych było możliwe po wykonaniu usługi zasadniczej, gdyż jakie może mieć znaczenie np. wejście do aquaparku, oddalonego o 400 km od miejsca zamieszkania, jeśli zakończyliśmy pobyt w hotelu, na którego obszarze znajduje się tego typu atrakcja turystyczna. Nie jest przeto imprezą turystyczną połączenie powstałe, gdy dodatkowe usługi zostały wybrane i nabyte po rozpoczęciu realizacji podstawowej usługi turystycznej w postaci transportu lub zakwaterowania. Usługa ta zatem nie musi zostać zakończona.

Błędnym jest także stwierdzenie zawarte w drugim artykule poruszającym temat głosowanego orzeczenia. K. Wójcik (2022a) wskazuje, iż „wrażliwy turysta może mieć zmarnowany urlop, ale zadośćuczynienia za to nie dostanie". Jednocześnie autorka ocenia, iż właśnie to wynika wprost z wyroku Sądu Okręgowego Warszawa-Praga[24]. W omawianym wyroku sąd II instancji nie podzielił ustaleń sądu I instancji w przedmiocie stanu faktycznego, czemu dał wyraz w uzasadnieniu. W żadnym miejscu wyroku nie stwierdza się, iż Sąd Okręgowy podziela twierdzenie gości hotelowych, iż mieli do czynienia ze „zmarnowanym urlopem". W odniesieniu do treści apelacji Sąd wręcz kategorycznie stwierdza, iż „roszczenie powodów o zapłatę kwoty 6000 zł za rzekomo zmarnowany urlop nie ma podstaw prawnych również w przepisach ogólnych prawa cywilnego"[25]. Rozstrzygając zatem niniejszą sprawę Sąd wypowiada się o „rzekomym" zmarnowaniu urlopu powodów, nie dając wiary ich twierdzeniom. Dlatego też zbyt daleko idącym jest wniosek, mówiący iż „wrażliwy turysta za zmarnowany urlop nie uzyska rekompensaty" (Wójcik, 2022a). Kwestia nie rozstrzyga się o poziom wrażliwości konsumentów, lecz o realny, zobiektywizowany punkt widzenia i postrzegania danej sytuacji – w tym przypadku wypoczynku wakacyjnego.

Na zakończenie należy wskazać, iż granicą między usługą hotelarską a pakietem w postaci imprezy turystycznej zawsze są świadczenia, które stanowią nieodłączną część usługi zakwaterowania. Chodzi o takie usługi, które samodzielnie nie miałyby racji bytu i nie byłoby racjonalnego uzasadnienia do ich nabycia. Mam na myśli tutaj np. usługę parkingu przy obiekcie hotelarskim, która to usługa postoju na miejscu parkingowym ma znaczenie wyłącznie wtedy, gdy korzystamy

[23] Ibidem.

[24] Ibidem.

[25] Wyr. SO Warszawa-Praga w Warszawie z dn. 24.05.2022 r., sygn. akt: IV Ca 752/21.

z pobytu w hotelu. Podobnie jest z usługą sprzątania pokoju, dostępu do urządzeń na terenie obiektu hotelarskiego, Wi-Fi, ubezpieczenia pobytu w obiekcie hotelarskim czy usług dostarczania posiłków do pokoju hotelowego (Borek i Zawistowska, 2020). Samodzielnie wymienione wyżej świadczenia nie mogą być uważane za odrębne usługi turystyczne. Komentowany wyrok Sądu Okręgowego granicę pomiędzy usługą hotelarską a imprezą turystyczną wytyczył w sposób jednoznaczny i bardzo obrazowy. Wobec powyższego należy stwierdzić, iż każdorazowo prawidłowa wykładnia wskazanego zakresu problemowego jest możliwa po odwołaniu się do pojęć „usługi turystycznej" oraz „usługi hotelarskiej", biorąc pod uwagę tzw. nieodłączny charakter świadczenia (niezależnie od aktualnego stanu prawnego).

IV. Podsumowanie

W opisywanym stanie faktycznym rozstrzygnięcie Sądu było prawidłowe. Warto zwrócić uwagę, iż jest ono prawomocne, w związku z powyższym goście hotelowi najprawdopodobniej uznali, iż wyjaśnienia są na tyle przekonujące, iż nie istnieje potrzeba podjęcia nadzwyczajnych środków zaskarżenia w rzeczonym zakresie. Goście hotelowi przez cały okres postepowania sądowego utrzymywali, iż musieli mierzyć się z konsekwencjami „zmarnowanego urlopu". Warto zwrócić uwagę, iż ich reklamacja została złożona dopiero 9 dni po zakończonym pobycie. Sam stan faktyczny w opisywanym wyroku przypominał nieco komediowe zdarzenia wyreżyserowane przez Patryka Vegę w słynnym „Last minute", gdzie jeden z bohaterów, skrupulatnie dokumentuje sytuacje wpływające na jego „zmarnowany urlop"[26]. Przy okazji dokumentowania bohater o imieniu Robert posługuje się tzw. tabelą frankfurcką[27], która służy mu do obliczenia rekompensaty za nienależyte wykonanie usług[28]. Oczywiście w trakcie pobytu na wakacjach bohater komedii nie zgłasza zastrzeżeń co do pobytu, chcąc wykazać swoje szkody i krzywdy po powrocie z urlopu, w drodze złożonej reklamacji[29]. Chcąc uniknąć tego typu wyolbrzymionych sytuacji prawodawca unijny zdecydował się na zmiany co do sposobu zgłaszania nieprawidłowości w związku z imprezą turystyczną[30].

Zgodnie z art. 13 ust. 2 dyrektywy 2015/2302: podróżny bez zbędnej zwłoki – z uwzględnieniem okoliczności danej sprawy – informuje organizatora o wszelkich niezgodnościach stwierdzonych przez niego w trakcie wykonywania usługi turystycznej objętej umową o udział w imprezie turystycznej. Brak zgłoszenia niezgodności w trakcie trwającej imprezy turystycznej może świadczyć o braku zastrzeżeń co do jakości usług turystycznych. Ponadto brak zadbania o swój interes w trakcie trwającego pakietu usług turystycznych może oznaczać utratę ubiegania się o rekompensatę (Borek, 2019). Wskazana zmiana, jest więc proprzedsiębiorcza i służy urealnieniu roszczeń konsumenckich, które niejednokrotnie wykraczały poza rzeczywiste szkody i krzywdy poniesione w trakcie pobytu wakacyjnego.

Biorąc pod uwagę fachową prasę branżową, z dużym zadowoleniem przyjmuję, iż temat wzbudził uzasadnione zainteresowanie. R. Sarżyński (2022) w artykule „Jak łączyć usługi turystyczne, aby nie powstała impreza turystyczna" dokonał analizy materiału wyłącznie pod względem prawnym,

[26] *Last Minute*, reż. P. Vega, 2013. Zob. https://www.filmweb.pl/film/Last+Minute-2013-673532 (27.12.2022).

[27] Jest to tabela powstała na bazie wyroku XXIV Izby Cywilnej Sądu Krajowego we Frankfurcie nad Menem.

[28] *Last Minute*, op. cit.

[29] Ibidem.

[30] Tak uzasadniano m.in. wprowadzanie dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/2302 z dn. 25.11.2015 r. w sprawie imprez turystycznych i powiązanych usług turystycznych, zmieniającej rozporządzenie (WE) nr 2006/2004 i dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/83/UE oraz uchylającą dyrektywę Rady 90/314/EWG.

która okazała się błędna, podjął jednak rozważania nad ważnym aspektem pakietowania i konsekwencji prawnych tego zjawiska. Z kolei K. Wójcik poddała badaniu wyłącznie warstwę odczuć konsumentów, gdzie jednoznacznie stwierdziła, iż „nadwrażliwy turysta nie otrzyma zadośćuczynienia za zmarnowany urlop" (Wójcik, 2022a), co jest również nadużyciem. W obu przypadkach zwrócono uwagę na zupełnie inne aspekty rozstrzygnięcia, którego istotą jest wytyczenie granicy pomiędzy usługą hotelarską a imprezą turystyczną – to właśnie ten wątek był decydujący dla ogłoszonego wyroku. W obu artykułach nie zabrakło jednak podstawowych elementów, jak data rozstrzygnięcia i sygnatura akt, co pozwala czytelnikom na samodzielne ustosunkowanie się do rzeczonego rozstrzygnięcia. Pozostaje mieć nadzieję, iż ten dodatkowy głos wyrażony na łamach czasopisma naukowego pozwoli na ożywioną dyskusję nie tylko branży turystycznej, lecz także naukowców zajmujących się prawem turystyki (Borek i Zawistowska, 2021) w wymiarze nauk prawnych oraz nauk o zarządzaniu i jakości (Borek, 2022b).

Bibliografia

Borek, D. (2019). „Nieudane wakacje, czyli jak reklamować usługi turystyczne" – słowo komentarza. *Radca Prawny. Dwumiesięcznik,* (185).

Borek, D. (2022). Glosa krytyczna do wyroku Sądu Rejonowego Gdańsk-Północ w Gdańsku z dnia 20 października 2021 r., sygn. akt: V GC 1736/19. *Co do zasady. Studia i analizy prawne,* (2).

Borek, D. (2022a). Glosa krytyczna do wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego (WSA) w Warszawie z dnia 9 grudnia 2016 r., sygn. akt: VI SA/Wa 721/16 (granica pomiędzy decyzją o wykreśleniu z ewidencji a decyzją o nakazie wstrzymania świadczenia usług hotelarskich. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny UW*, (3).

Borek, D. (2022b). *Kompendium do nauki Prawa Turystyki – wybór aktów prawnych*. Forum Turystyki Regionów.

Borek, D. i Zawistowska, H. (red.). (2020). *Komentarz do ustawy o imprezach turystycznych i powiązanych usługach turystycznych*. Wydawnictwo ODDK.

Borek, D. i Wyrwicz, E. (2021). Agroturystyka jako miejsce realizacji Polskiego Bonu Turystycznego – aspekty prawne. *Zagadnienia Doradztwa Rolniczego*, (2).

Borek, D. i Zawistowska, H. (red.). (2021). *Prawo turystyki, Podręcznik*. Wydawnictwo ODDK.

http://orzeczenia.ms.gov.pl/details/$N/154510000002003_IV_Ca_000752_2021_Uz_2022-07-01_001.

http://www.sn.pl/sites/orzecznictwo/Orzeczenia2/I%20CSK%20703-09-1.pdf.

https://mfiles.pl/pl/index.php/Umowa_hotelowa.

https://www.filmweb.pl/film/Last+Minute-2013-673532.

Kowalski, W. (2011). *SN: o charakterze umowy nie decyduje jej nazwa*. Prawo.pl. Pozyskano z: https://www.prawo.pl/prawnicy-sady/o-charakterze-umowy-nie-decyduje-jej-nazwa-a-zamiar-stron-sn,37234.html.

Nesterowicz, M. (1995). Od nieograniczonej do ograniczonej odpowiedzialności hoteli za rzeczy gości hotelowych. *Państwo i Prawo,* (2).

Sarżyński, R. (2022). Rynek turystyczny, Jak łączyć usługi turystyczne, aby nie powstała impreza turystyczna, *Rynek Turystyczny,* (10).

Wójcik, K. (2022). Biuro podróży nie zawsze zapłaci za zmarnowany urlop. *Rzeczpospolita.* Pozyskano z: https://www.rp.pl/konsumenci/art36689171-biuro-podrozy-nie-zawsze-zaplaci-za-zmarnowany-urlop.

Wójcik, K. (2022a). Nadwrażliwy turysta bez zadośćuczynienia za zmarnowany urlop. *Rzeczpospolita.* Pozyskano z: https://www.rp.pl/konsumenci/art37007591-nadwrazliwy-turysta-bez-zadoscuczynienia-za-zmarnowany-urlop.

Dominik Borek*

Glosa krytyczna do wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego (WSA) w Warszawie z dnia 27 października 2022 r., sygn. akt: VI SA/Wa 2058/22 (granica prawna w zarządzaniu relacjami konsumentów z organizatorami turystyki w czasie pandemii COVID-19)[1]

Spis treści

I. Uwagi ogólne
II. Krótkie omówienie stanu faktycznego
III. Dezaprobata dla stanowiska WSA w Warszawie oraz aprobata dla poprzedzających wyrok rozstrzygnięć administracyjnych
IV. Podsumowanie

Streszczenie

W niniejszym artykule przytoczono stan faktyczny opisany w wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego (WSA) w Warszawie z dnia 27 października 2022 r., sygn. akt: VI SA/Wa 2058/22. Glosowane orzeczenie ma duże znaczenie dla rynku organizatorów turystyki i zakładów ubezpieczeń w Polsce, dotyczy bowiem postawienia granicy odpowiedzialności za działanie przedsiębiorcy w warunkach nadzwyczajnych i nieuniknionych okoliczności.

W omawianym wyroku mamy do czynienia z dwiema wartościami – ochroną konsumenta i rozstrzyganiem wątpliwości na korzyść przedsiębiorcy, te dwa kluczowe aksjomaty należy wyważyć i poddać odpowiedniej ocenie wobec kontrowersyjnego rozstrzygnięcia.

Słowa kluczowe: organizator turystyki; zakład ubezpieczeń; konsument; gwarancja ubezpieczeniowa; COVID-19.

JEL: K20

I. Uwagi ogólne

Glosowane orzeczenie zapadło w stanie prawnym, gdy dział administracji rządowej turystyka był ponownie częścią Ministerstwa Sportu i Turystyki i nadal jego częścią pozostaje. Taki stan rzeczy utrzymywał się pierwotnie w latach 2007–2019 (Borek i Zawistowska, 2021, s. 11–19), aż

* Adiunkt w Szkole Głównej Handlowej w Warszawie, doktor nauk prawnych, radca prawny. ORCID: https://orcid.org/0000-0002-4359-9426.

[1] Artykuł prezentuje moje osobiste poglądy i nie może być interpretowany jako stanowisko jakiegokolwiek organu, podmiotu czy instytucji.

© 2023 Authors. This is an open access article distributed under the Creative Commons BY 4.0 license (https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/)

do czasu wydania rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 19 listopada 2019 r. w sprawie utworzenia Ministerstwa Rozwoju[2], które powstało w wyniku przekształcenia ówczesnego Ministerstwa Przedsiębiorczości i Technologii (Borek, 2022). Zmiany w roku 2019 polegały na połączeniu wskazanego resortu z departamentami obsługującymi sprawy działu administracji rządowej budownictwo, planowanie i zagospodarowanie przestrzenne oraz mieszkalnictwo, jak również Departamentu Turystyki z dotychczasowego Ministerstwa Sportu i Turystyki zajmującego się prowadzeniem spraw działu administracji rządowej turystyka (Borek, Świtaj i Zawistowska, 2020; Borek, 2022). Ponowne złączenie sportu (a w zasadzie kultury fizycznej, bo taką nazwę nosi dział administracji rządowej) i turystyki nastąpiło na podstawie rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 27 października 2021 r. w sprawie utworzenia Ministerstwa Sportu i Turystyki, które weszło w życie z mocą wsteczną – 26 października 2021 roku (Borek, 2022). Fakt ten ma znaczenie dla omawianej w niniejszej glosie sprawy, ponieważ rozstrzygnięcie wydane w I instancji przez Marszałka Województwa miało miejsce we wrześniu 2021 r., to jest w czasie, gdy dział administracji rządowej turystyka znajdował się w Ministerstwie Rozwoju i Technologii, właściwym do wniesienia odwołania w terminie 14 dni od dnia skutecznego doręczenia rozstrzygnięcia był zatem Minister Rozwoju i Technologii. Odwołanie nie zostało jednak złożone we wskazanym ustawowo czasie. Pomimo blisko dwumiesięcznego uchybienia terminu, Minister Sportu i Turystyki (właściwy już w okresie wpłynięcia dokumentów od strony postępowania) zawiadomieniem, wydanym na podstawie art. 15zzzzzn² ust. 1 pkt 2 i ust. 2 ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (Dz. U. 2021 poz. 2095 z późn. zm.), poinformował stronę o uchybieniu terminu do wniesienia odwołania od decyzji Marszałka Województwa i wyznaczył termin 30 dni od dnia jego otrzymania, na złożenie wniosku o przywrócenie terminu do wniesienia odwołania[3]. Strona skierowała wniosek o przywrócenie terminu do wniesienia odwołania od decyzji Marszałka Województwa do tegoż organu, który niezwłocznie przekazał je Ministrowi Sportu i Turystyki. Ten ostatni uznał zaś, że strona złożyła wniosek o przywrócenie terminu do wniesienia odwołania w wyznaczonym terminie, choć nie do właściwego organu. Jednakże podanie wniesione do organu niewłaściwego przed upływem przepisanego regulacjami prawa terminu uważa się za wniesione z zachowaniem tego terminu.

Ważną i ujętą we wstępie sprawą jest zwrócenie uwagi, iż urząd obsługujący Ministra Sportu i Turystyki jest nowym urzędem w stosunku do urzędu funkcjonującego w latach 2007–2019 (Borek, 2019, s. 44; Borek, 2022). Dlatego też należy postrzegać omawiane rozstrzygnięcie jako zapadłe w czasach funkcjonowania obecnego (nowego) urzędu obsługującego ministra właściwego ds. turystyki.

W ramach prezentowanych rozważań punkty oznaczone cyframi rzymskimi II i III zostaną przytoczone na podstawie wyroku poruszanego w niniejszej sprawie, ale również rozstrzygnięć organu I i II instancji, stąd uzasadnionym jest podjęcie powyżej wskazanych rozważań dotyczących kształtowania relacji konsumentów z organizatorami turystyki w czasie pandemii przez autora niniejszej glosy. W wielu przypadkach przytoczenie stanu faktycznego będzie następowało wprost słowami Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie, Marszałka Województwa

[2] Rozporządzenie Rady Ministrów z dn. 19.11.2019 r. w sprawie utworzenia Ministerstwa Rozwoju (Dz. U. 2019 poz. 2291).

[3] Wyr. WSA w Warszawie z dn. 27.10.2022 r., sygn. akt: VI SA/Wa 2058/22. Pozyskano z: https://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/C594FE7279.

lub Ministra Sportu i Turystyki, ponieważ w ten sposób w nawiązaniu do właściwych dokumentów stan faktyczny i rozstrzygnięcie zostały w skróconej formie, najbardziej możliwie przystępnie przedstawione czytelnikom.

II. Krótkie omówienie stanu faktycznego

Marszałek Województwa we wrześniu 2021 r. wszczął kontrolę u organizatora turystyki w zakresie przestrzegania warunków wykonywania działalności określonych w ustawy z dnia 24 listopada 2017 r. o imprezach turystycznych i powiązanych usługach turystycznych (dalej: ustawa o imprezach turystycznych) (Dz. U. 2022 poz. 511), (Borek i Wyrwicz, 2019). Po zakończonej kontroli Marszałek Województwa wydał zalecenia pokontrolne dotyczące udokumentowania posiadania dokumentu aktualnego zabezpieczenia finansowego. W tym celu wezwał do przedłożenia dokumentu aktualnego zabezpieczenia finansowego w terminie 2 dni od dnia skutecznego doręczenia tego wezwania. W wezwaniu tym wskazano, iż zgodnie z art. 7 ust. 1 pkt 2 ustawy o imprezach turystycznych organizator turystyki jest obowiązany do przedłożenia dokumentu potwierdzającego posiadane zabezpieczenie finansowe na wypadek niewypłacalności nie później niż na 14 dni przed upływem terminu obowiązywania zabezpieczenia finansowego, a sankcją za jego nieprzedłożenie, mimo wezwania, jest zakaz prowadzenia działalności gospodarczej objętej wpisem przez okres 3 lat. Po bezskutecznym upływie wskazanego terminu Marszałek Województwa wszczął postępowanie w sprawie wykreślenia organizatora turystyki z rejestru oraz zakazu wykonywania działalności objętej wpisem do rejestru organizatorów turystyki i przedsiębiorców ułatwiających nabywanie powiązanych usług turystycznych prowadzonego przez Marszałka Województwa przez okres 3 lat[4]. Strona nie przedłożyła organowi I instancji wymaganego dokumentu zabezpieczenia finansowego w trakcie trwającego postępowania administracyjnego. Organ I instancji wydał we wrześniu 2021 r. decyzję wykreślającą stronę z prowadzonego przez siebie rejestru organizatorów turystyki i przedsiębiorców ułatwiających nabywanie powiązanych usług turystycznych (dalej: rejestr) oraz zakazującą wykonywania działalności objętej wpisem do tego rejestru przez okres 3 lat[5]. Strona złożyła z uchybieniem terminu (o czym była mowa w pkt I) odwołanie, jednak w związku ze stwierdzeniem uchybienia przez stronę, w okresie obowiązywania stanu epidemii ogłoszonego z powodu COVID-19, przewidzianych przepisami prawa administracyjnego terminów do dokonania czynności kształtujących jej prawa i obowiązki (wniesienie odwołania) wyznaczono termin 30 dni na złożenie wniosku o przywrócenie terminu. W takim przypadku ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (k.p.a.) bezwzględnie stwierdza w art. 58, iż należy przywrócić termin na prośbę zainteresowanego, jeżeli uprawdopodobni, że uchybienie nastąpiło bez jego winy. To w rzeczonej sytuacji nastąpiło, gdyż pobyt strony w placówce leczniczej w związku z epidemią koronawirusa był okolicznością uzasadniająca podjęte działanie[6].

Organ odwoławczy utrzymał rozstrzygnięcie Marszałka Województwa. Ważnym jest, że po wydaniu decyzji przez organ I instancji strona przedłożyła dokument gwarancji, lecz dopiero kilka tygodni po upływie ważności poprzedniej umowy zabezpieczenia finansowego. Nie powinien mieć znaczenia w tej sprawie fakt, iż umowa gwarancji była datowana na dzień przed zakończeniem

[4] Dec. Marszałka Województwa z dn. 30.09.2021 r., DR-T.I.5222.296.2021.

[5] Ibidem.

[6] Dec. Ministra Sportu i Turystyki z dn. 19.05.2022 r., DT- WLRT.0204.1.2022.

obowiązywania poprzedniego dokumentu. Ustawa o imprezach turystycznych wskazuje bowiem, iż rażącym naruszeniem warunków wykonywania działalności jest nieprzedłożenie, mimo wezwania, Marszałkowi Województwa aktualnego dokumentu zabezpieczenia finansowego. Biorąc to pod uwagę Minister Sportu i Turystyki utrzymał w mocy rozstrzygnięcie Marszałka Województwa, wydając w maju 2022 r. decyzję II instancji[7]. Strona skarżąca w ustawowym terminie zaskarżyła do sądu administracyjnego powyższe rozstrzygniecie, wnosząc o uchylenie obu wydanych w sprawie decyzji, zarzuciła im naruszenie zarówno przepisów postępowania, jak i regulacji prawa materialnego, które z punktu widzenia komentowanego rozstrzygnięcia są kluczowe i budzą wątpliwości interpretacyjne, które zostaną przedstawione w dalszej części rozważań. Do podniesionych przez stronę naruszeń prawa materialnego należały:

a) art. 30 ust. 7 pkt 1 lic. c w zw. z art. 31 pkt 6 ustawy o imprezach turystycznych, przez ich zastosowanie w stanie faktycznym sprawy, w którym nie doszło do spełnienia przesłanek określonych w powołanych przepisach[8];
b) art. 7 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 pkt 2 i ust. 5 ustawy o imprezach turystycznych poprzez błędne uznanie, że doszło do ich naruszenia, podczas gdy strona posiadała ważną gwarancję ubezpieczeniową przez cały okres prowadzenia działalności[9].

III. Dezaprobata dla stanowiska WSA w Warszawie oraz aprobata dla poprzedzających wyrok rozstrzygnięć administracyjnych

W opisanym w rozdziale II stanie faktycznym przyszło wyrokować Wojewódzkiemu Sądowi Administracyjnemu w Warszawie, który bywa nazywany dedykowanym sądem dla administracyjnych spraw turystycznych. Powyższe wynika z faktu, iż do rozpoznania sprawy właściwy jest wojewódzki sąd administracyjny, na którego obszarze właściwości ma siedzibę organ administracji publicznej, którego działalność została zaskarżona. W omawianym przypadku siedziba urzędu obsługującego Ministra Sportu i Turystyki znajduje się w Warszawie, stąd stała właściwość tego sądu. Dzięki wyłącznej właściwości dla spraw turystycznych zarezerwowanej dla Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie istnieje możliwość ujednolicenia praktyki orzeczniczej, zdarzają się jednak rozstrzygnięcia odbiegające od dotychczas przyjętej reguły wyrokowania, za takie przyjmuję orzeczenie, które zapadło w omawianej w niniejszej glosie sprawie.

Wojewódzkie sądy administracyjne sprawują wymiar sprawiedliwości przez kontrole działalności administracji publicznej, przy czym kontrola ta sprawowana jest pod względem zgodności z prawem, jeżeli ustawy nie stanowią inaczej. Mamy tutaj zatem do czynienia z kontrolą aktów lub czynności z zakresu administracji publicznej dokonywanych pod względem ich zgodnością z prawem materialnym i przepisami procesowymi[10]. Ten pierwszy element – regulacje materialnoprawne są kluczowe dla niniejszego rozstrzygnięcia. WSA w Warszawie przytoczył w swoim rozstrzygnięciu brzmienie art. 15zzzzzn² ust. 1 ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych. Zgodnie z brzmieniem wskazanego

[7] Ibidem.
[8] Wyr. WSA w Warszawie z dn. 27.10.2022 r., sygn. akt: VI SA/Wa 2058/22.
[9] Ibidem.
[10] Ibidem.

przepisu w przypadku stwierdzenia uchybienia przez stronę w okresie obowiązywania stanu epidemii ogłoszonego z powodu COVID-19 przewidzianych przepisami prawa administracyjnego terminów:

1) od zachowania których jest uzależnione udzielenie ochrony prawnej przed organem administracji publicznej;
2) do dokonania przez stronę czynności kształtujących jej prawa i obowiązki;
3) przedawnienia;
4) których niezachowanie powoduje wygaśnięcie lub zmianę praw rzeczowych oraz roszczeń i wierzytelności, a także popadnięcie w opóźnienie;
5) zawitych, z niezachowaniem których ustawa wiąże ujemne skutki dla strony;
6) do dokonania przez podmioty lub jednostki organizacyjne podlegające wpisowi do właściwego rejestru czynności, które powodują obowiązek zgłoszenia do tego rejestru, a także terminów na wykonanie przez te podmioty obowiązków wynikających z przepisów o ich ustroju

– organ administracji publicznej zawiadamia stronę o uchybieniu terminu. W dalszej kolejności wyznacza stronie termin 30 dni na złożenie wniosku o przywrócenie terminu (Borek i Puciato, 2023).

Sąd stwierdził, iż zdarzenia stanowiące podstawę wyrokowania miały miejsce w okresie obowiązywania stanu epidemii ogłoszonego z powodu COVID-19, który obowiązywał od 20 marca 2020 r. na mocy rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 20 marca 2020 r. w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu epidemii i trwał do 16 maja 2022 r. w związku z jego odwołaniem na mocy rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 12 maja 2022 r. w sprawie odwołania na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu epidemii. Sąd uznał, iż wskazany wyżej tryb postępowania znajdować winien zastosowanie także w razie uchybienia terminu z art. 7 ust. 1 pkt 2 ustawy o imprezach turystycznych. Przewidziany w powyższym przepisie termin stanowi według WSA w Warszawie termin zawity, z niezachowaniem którego ustawa wiąże ujemne skutki dla strony. Stwierdzając zatem uchybienie rzeczonego terminu, należało według sądu w pierwszej kolejności zawiadomić o jego uchybieniu, a następnie wyznaczyć stronie termin 30 dni na złożenie wniosku o jego przywrócenie.

Jest to w mojej ocenie stanowisko co najmniej kontrowersyjne.

Po pierwsze, regulacja art. 15zzzzzn² mówi o uchybieniu terminu przez stronę. Tymczasem organizator turystyki nie był stroną w momencie uchybienia terminu, gdyż niedopełnienie obowiązku dotyczyło regulacji prawa materialnego nie zaś procesowego. Konsekwencją tego uchybienia było wszczęcie postępowania w sprawie wykreślenia organizatora turystyki z rejestru organizatorów turystyki i przedsiębiorców ułatwiających nabywanie powiązanych usług turystycznych prowadzonego przez Marszałka Województwa oraz zakazu wykonywania działalności objętej wpisem do tego rejestru przez okres 3 lat. Dopiero w momencie wszczęcia postępowania administracyjnego organizator turystyki stał się stroną, do której zastosowanie mógł mieć art. 15zzzzzn², lecz wyłącznie w stosunku do sytuacji procesowych, w których zgodnie z dyspozycją przepisu mamy do czynienia ze stroną. Dlatego też organ II instancji w stosunku do organizatora turystyki zastosował ten przepis w związku z przywróceniem terminu do wniesienia odwołania, traktując normę wyrażoną w art. 15zzzzzn² jako tę, która dotyczy regulacji proceduralnych (procesowych).

Po drugie, zgodnie z art. 31 pkt 6 ustawy o imprezach turystycznych za rażące naruszenie warunków wykonywania działalności organizatora turystyki uznaje się nieprzedłożenie, mimo

wezwania, aktualnego dokumentu zabezpieczenia finansowego. Przepis ten nie mówi o terminie, lecz wyłącznie obliguje do przedłożenia dokumentu po wezwaniu przez Marszałka Województwa, trudno zatem aby w tym kontekście rozważać zastosowanie art. 15zzzzzn². Ten ostatni artykuł dotyczy bowiem niedotrzymania terminu, nie zaś niewypełnienia obowiązku. Uchybienie dotyczące nieprzedłożenia dokumentu gwarancji mimo wezwania nie ma charakteru drobnego niedopełnienia obowiązku, lecz jest poważnym przekroczeniem zasad, pryncypiów prowadzenia działalności jako organizator turystyki (profesjonalista na rynku imprez turystycznych). Znaczenie tejże normy jest niebagatelne, ponieważ sam fakt nieprzedłożenia Marszałkowi Województwa oryginału lub poświadczonej za zgodność z oryginałem przez adwokata, radcę prawnego lub notariusza kopii posiadanego zabezpieczenia finansowego, przed upływem terminu obowiązywania umowy lub gwarancji poprzedniej powoduje znaczące komplikacje proceduralne. W luce czasowej pomiędzy wygaśnięciem gwarancji a jej przedłożeniem po terminie materialnoprawnym może dojść do poważnego zagrożenia interesów podróżnych (konsumentów). Z pewnością sytuacja ta wpływa na kształtowanie relacji konsumentów z organizatorami turystyki. W szczególności należy mieć na uwadze do jak delikatnych kwestii należy kształtowanie relacji konsumentów z organizatorami turystyki w czasie kryzysów, a pandemia COVID-19 jest tego najlepszym przykładem. Dyskusje, które trwały w związku choćby z wprowadzeniem vouchera turystycznego czy okresu wypowiedzenia umowy o imprezę turystyczną przesuniętego do 180 dni pokazały, iż relacje konsumentów z organizatorami turystyki w tamtym okresie były zdeterminowane przez regulacje prawa powszechnie obowiązującego (Borek i Zawistowska, 2021). Niejednokrotnie niełatwe kontakty konsumentów z organizatorami turystyki były nasilone przez dynamicznie następujące zmiany regulacyjne. Tym bardziej należy mieć na uwadze, iż wykładnia przepisów, które budzą ewentualne wątpliwości interpretacyjne powinna być prokonsumencka.

Brak przedłożenia gwarancji ubezpieczeniowej przed upływem ważności poprzedniego zabezpieczenia powoduje, iż w przypadku niewypłacalności organizatora turystyki, Marszałek Województwa nie może uruchomić środków finansowych z takiej gwarancji. Powyższe wynika z faktu, iż w przypadku niewypłacalności to Marszałek Województwa prowadzi działania związane z organizacją powrotu podróżnych do kraju, jeżeli organizator turystyki wbrew obowiązkowi, nie zapewnia tego powrotu. Treść gwarancji ubezpieczeniowej obejmuje upoważnienie dla Marszałka Województwa do wydawania dyspozycji wypłaty zaliczki na pokrycie kosztów kontynuacji imprezy turystycznej lub kosztów powrotu podróżnych do kraju (Borek i Zawistowska, 2020). Brak przedłożenia takiego dokumentu w przepisanych prawem terminach powoduje zatem, iż Marszałek Województwa nie posiada wiedzy o swojej roli jako beneficjenta, a dodatkowo nie posiadając dokumentu w formie prawem przepisanej, nie może formalnie uruchomić środków z takiej gwarancji u danego ubezpieczyciela. Dyspozycja wypłaty zawiera bowiem m.in.:

1) wskazanie numeru gwarancji, nazwy podmiotu zlecającego jej udzielenie oraz podstawy prawnej dyspozycji wypłaty;
2) oświadczenie Marszałka Województwa o wystąpieniu okoliczności, upoważniających do dyspozycji wypłaty z gwarancji;
3) oświadczenie Marszałka Województwa o wysokości kwoty niezbędnej na pokrycie kosztów powrotu do kraju.

Nie mając wiedzy w tym zakresie Marszałek Województwa nie może wypełnić ciążącego na nim obowiązku, dlatego niezwłocznie powinien wydać decyzję o zakazie prowadzenia działalności organizatora turystyki i o wykreśleniu go z właściwego rejestru.

Decyzja taka podlega z mocy prawa natychmiastowemu wykonaniu, ponieważ w swej istocie odnosi się do stwierdzenia rażącego naruszenia warunków wykonywania działalności organizatora turystyki. Dlatego też rozstrzygnięcia organów zarówno I, jak i II instancji były w tym obszarze ze wszech miar właściwe i uzasadnione. Niezwykle istotne jest bowiem informowanie z odpowiednim wyprzedzeniem o posiadaniu dokumentu zabezpieczenia finansowego, w istocie dlatego, aby Marszałek Województwa w razie niewypłacalności mógł podjąć niezwłocznie odpowiednie działania.

IV. Podsumowanie

W opisywanym stanie faktycznym wydaje się, iż rozstrzygnięcie sądu nie było trafne. Warto zwrócić uwagę, iż jest ono prawomocne. Strona skarżąca dopiero po kilku tygodniach od upływu ważności gwarancji ubezpieczeniowej przedłożyła Marszałkowi Województwa właściwy dokument. Biorąc powyższe pod uwagę, należy uznać, iż permanentnie w okresie prowadzonych postępowań administracyjnych istniała przesłanka do wydania, a następnie utrzymania w mocy decyzji o zakazie prowadzenia działalności organizatora turystyki i o wykreśleniu go z właściwego rejestru. Przesłanka taka nie może przestać istnieć nawet po udokumentowaniu spełnienia wymagań po upływie ważności pierwotnej gwarancji ubezpieczeniowej. Wyjątkiem są przedsiębiorcy turystyczni zaprzestający działalności albo zawieszający działalność, których zwalnia się z tego obowiązku, jeżeli zawiadomią Marszałka Województwa o zaprzestaniu albo zawieszeniu działalności organizatora turystyki.

Ziszczenie się warunku w postaci usunięcia stwierdzonych uchybień, lecz dopiero po upływie ważności poprzedniej gwarancji, automatycznie powoduje, że przestaje istnieć skuteczna możliwość sanowania braków. Posiadanie i przedłożenie umowy gwarancji ubezpieczeniowej musi nastąpić przed upływem obowiązywania poprzedniego kontraktu. Ochronie podlega bowiem hipotetyczna możliwość narażenia konsumenta na niedogodności związane z trudnością zorganizowania jego powrotu do kraju, który jest zabezpieczony gwarancją ubezpieczeniową. W omówionym wyroku sąd miał do czynienia z dwiema wartościami – ochroną konsumenta i rozstrzyganiem wątpliwości na korzyść przedsiębiorcy. COVID-19 należało w tym przypadku potraktować jako nadzwyczajne i nieuniknione okoliczności, które w mojej ocenie nie są usprawiedliwieniem dla narażania konsumenta na konsekwencje związane z utrudnionym bądź w skrajnym przypadku nawet niemożliwym powrotem do kraju.

Bibliografia

Borek, D. (2019). *Ustawa z dnia 25 czerwca 1999 r. o Polskiej Organizacji Turystycznej – Komentarz*. Uniwersytet Technologiczno-Humanistyczny im. Kazimierza Pułaskiego w Radomiu.

Borek, D. (2022). Glosa krytyczna do wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego (WSA) w Warszawie z dnia 9 grudnia 2016 r., sygn. akt: VI SA/Wa 721/16 (granica pomiędzy decyzją o wykreśleniu

z ewidencji a decyzją o nakazie wstrzymania świadczenia usług hotelarskich. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny,* (3).

Borek, D. i Puciato, D. (2023). Extraordinary and Unavoidable Circumstances in Tourism under COVID-19 and Post Pandemic Times – Casus Poland as Example of Sustainability Management. *Sustainability*,*15*(3).

Borek, D. i Wyrwicz, E. (2019). Turystyczna działalność gospodarstw rolnych w świetle regulacji sektorowych. *Zagadnienia Doradztwa Rolniczego,* (3).

Borek, D. i Zawistowska, H. (red.). (2020). *Komentarz do ustawy o imprezach turystycznych i powiązanych usługach turystycznych*. Wydawnictwo ODDK.

Borek, D. i Zawistowska, H. (red.). (2021). *Prawo turystyki, Podręcznik*. Wydawnictwo ODDK.

Borek, D., Świtaj, K. i Zawistowska, H. (2020). O zgodności z prawem UE regulacji art. 15k ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych oraz niektórych innych ustaw. W I. Barwicka-Tylek, P. Dziewałtowski-Gintowt, K. Zyzik, Ł. Łyżwa (red.), *Prawo-narzędzie sprawiedliwości czy władzy?* ArchaeGraph Wydawnictwo Naukowe.

Marta Mackiewicz*

Compensation liability for antitrust damages caused by related companies – development of the concept of a single economic unit

Case comment to the CJEU judgment of 6 October 2021 in case C-882/19 *Sumal SL v Mercedes Benz Trucks España SL*[1]

Table of contents

I. Facts of the case and the subject of the case comment
II. Juridical analysis
III. Summary

Summary

The subject of this case comment is the analysis and assessment of the judgment of the Court of Justice of the European Union (CJEU) issued on 6 October 2021 in case C-882/19, brought by *Sumal SL v Mercedes Benz Trucks España SL*. The *Sumal* judgment concerns an important issue in the area of competition law, both public and private (*private enforcement*) – determining the group of entities responsible for infringements of competition law operating within one economic body. Earlier CJEU case law in this regard focused primarily on determining the liability of the parent company within a group of companies. In the *Sumal* judgment, however, the CJEU raised the issue of the liability of subsidiaries in the event of a breach of competition law by the parent company. The CJEU has by no means crossed out its earlier case law on the *single economic unit*, but looked at the issue from the opposite direction and specified the liability conditions of subsidiaries. Such clarification was undoubtedly desirable. However, it calls into question the principle of liability of subsidiaries in a situation where they were not directly involved in the infringement, rather than only indirectly or informally.

Key words: *private enforcement*; *single economic unit*; determining the entities responsible for repairing the damage; infringement of competition law.

JEL: K21, K41, K42

* PhD in law, associated with the Kozminski University in Warsaw, advocate – of counsel at Rymarz Zdort Maruta. ORCID: https://orcid.org/0000-0001-8005-2342.

Edition of that article was financed under Agreement Nr RCN/SP/0326/2021/1 with funds from the Ministry of Education and Science, allocated to the "Rozwoj czasopism naukowych" programme.

[1] The text is a translation into English of the case comment published in Polish – Marta Mackiewicz, Odpowiedzialność odszkodowawcza za szkody antymonopolowe wyrządzone przez spółki powiązane – rozwój koncepcji jednolitego organizmu gospodarczego. Glosa do wyroku TSUE z 6 października 2021 r. w sprawie C-882/19 *Sumal SL przeciwko Mercedes Benz Trucks España SL, internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny* 2022, No. 3(11), pp. 79–86.

© 2023 Authors. This is an open access article distributed under the Creative Commons BY 4.0 license (https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/)

I. Facts of the case and the subject of the case comment

The defendant Mercedes Benz Trucks España SL is a subsidiary of the Daimler group, of which Daimler is the parent company. In 1997–1999, the plaintiff – Sumal SL (hereinafter: Sumal) purchased two trucks from Mercedes Benz Trucks España SL.

On July 19, 2016, the European Commission issued *Decision C(2016) 4673 final* regarding the procedure provided for in Art. 101 of the TFEU and Art. 53 of the EEA Agreement (Case AT.39824 – *Trucks*), a summary of which was published in the Official Journal of the European Union of 6 April 2017 (OJ 2017, C 108, p. 6).

In the above decision, the Commission found that fifteen European truck manufacturers, including Daimler, had participated in a cartel involved in a single and continuous infringement of Art. 101 of the TFEU and Art. 53 of the Agreement on the European Economic Area of 2 May 1992 (OJ 1994 L 1, p. 3), consisting in colluding arrangements for fixing prices and increasing gross prices of trucks in the territory of the European Economic Area (EEA) as well as the timing and cost-passing of the introduction of the emission technologies for the trucks required by the applicable standards. For three of the companies involved, the infringement took place between 17 January 1997 and 20 September 2010, and for the other twelve participating companies, including Daimler, between 17 January 1997 and on January 18, 2011.

Following that decision, Sumal brought an action before the Commercial Court of Barcelona against Mercedes Benz Truck España for damages in the amount of EUR 22 204.35, corresponding to the additional acquisition costs incurred by Sumal as a result of the cartel involving Daimler, the parent company of Mercedes Benz Truck España SL.

By judgment of January 23, 2019, the court rejected the above-mentioned lawsuit on the ground that Mercedes Benz Trucks España SL had no locus standi in this case, since Daimler, which is the only one affected by the Commission's decision, should be regarded as the sole entity responsible for the infringement in question.

In connection with the above decision, Sumal appealed against the judgment to the appellate court in Barcelona, which wonders whether actions for damages, brought as a result of decisions of competition authorities finding anti-competitive practices, may be directed against subsidiaries that are not affected by the decisions, but which are 100% owned by the companies directly indicated in the decisions.

In that regard, it points to divergences in the approach taken by Spanish courts. Some of them admit that such actions may be brought against subsidiaries, based on the single economic unit theory. Other courts oppose it because, according to them, the theory makes it possible to attribute civil liability for the behavior of a subsidiary to the parent company but does not allow the subsidiary to be prosecuted for the behavior of the parent company.

In such circumstances, the Barcelona Court of Appeal decided to stay the proceedings and refer the following questions to the CJEU for a preliminary ruling:

1. Does the theory of a single economic unit, which comes from the jurisprudence of the Court itself, justify the extension of the liability of the parent company to the subsidiary, or does the theory apply only to the extension of the liability of subsidiaries to the parent company?

2. Should the extension of the concept of an economic entity to intra-group relationships be made solely on the basis of control criteria, or can it also be based on other criteria, including the fact that the subsidiary may have benefited from the infringing conduct?
3. If it is found possible to extend the liability of the parent company to the subsidiary, under what conditions would it be possible?
4. If the above questions are answered positively, indicating the possibility of extending the liability for the actions of parent companies to subsidiaries, is the national provision, Art. 71 sec. 2 of the [Act on Competition Protection] in accordance with such jurisprudence, as it provides only for the possibility of extending the liability of the subsidiary to the parent company, provided that the parent company exercises control over the subsidiary?

After a detailed analysis of the above issues against the background of the existing case law of the CJEU regarding the single economic unit, the CJEU in the judgment in case C-882/19 *Sumal SL v Mercedes Benz Trucks España SL*[2] assumed as follows:

1) Article 101(1) 1 of the TFEU must be interpreted as meaning that the victim of an anti-competitive practice by an undertaking may bring an action for damages against a parent company on which sanctions have been imposed by the European Commission in relation to that practice, or against a subsidiary of that company which is covered by the decision if together they form an economic unit. The subsidiary concerned should be able to effectively exercise its rights of defense in order to demonstrate that it does not belong to that undertaking, and where the Commission has not taken any decision pursuant to Article 101 of the TFEU, it also has the right to challenge the veracity of the alleged unlawful conduct.
2) Article 101(1) 1 of the TFEU must be interpreted as precluding national legislation which provides that liability for the conduct of one company may be imputed to another company only where the second company controls the first company.

II. Juridical analysis

Jurisprudence of the CJEU on the basis of claims based on violation of Art. 101 of the TFEU, in the context of determining the perpetrator of the infringement, has long developed the concept of a *single economic unit*.[3] The concept is derived from the interpretation of the concept of "entrepreneur" infringing competition law.

In the jurisprudence of the CJEU, the term "entrepreneur" is defined primarily as an economic unit, not a legal one. Recognition of an "enterprise" in economic, and not strictly legal terms, enables assigning liability to entities which, in the light of the law, do not constitute a separate entity to which such liability can be attributed. This is the case with a group of companies, it consists of

[2] Judgment of the CJEU of October 6, 2021 in case C-882/19 *Sumal SL v Mercedes Benz Trucks España SL* (hereinafter: the judgment in the *Sumal* case).

[3] In the judgment of 12 December 2007 in the case T-112/05, *Akzo Nobel NV and others against the Commission of the European Communities* (hereinafter: the *Akzo* case), the CJEU definitively decided that the parent company could be held liable for an act committed by its subsidiary. The Court accepted that Akzo Nobel, the parent company of the Akzo group, was responsible, together with several other subsidiaries, for the participation of one of them in a cartel involving the production of choline chloride. The Court held that the parent company together with the other companies in the group constituted a single undertaking. Another important case in this matter was the judgment of 12 July 2011 in case T-132/07, *Fuji Electric Co. Ltd v European Commission* T-132/07, EU:T:2011:344 (hereinafter: *Fuji Electric* case). In the issued judgment, the CJEU emphasized that it is permissible to attribute liability for an act of unfair competition to the parent company when it is proved that the parent company had a decisive influence on the operation of such a subsidiary, and it does not matter what part of the shares it holds in share capital of that company. A similar conclusion can be drawn from the judgment of 9 September 2015 in case T-104/13, *Toshiba Corp. v European Commission*, EU:T:2015:610 (hereinafter: the *Toshiba* case). The Court found that Toshiba could be held liable for the operation of the joint venture, even though it held only 35.5% of the share capital in it. The rationale for this is that Toshiba had a veto right that went beyond the normal powers of minority shareholders to control the joint venture.

several companies with separate legal entities, but from the economic perspective it often constitutes the so-called one economic organism (e.g. Opalski, 2012; Błaszczyk, 2013; Wajda, 2017). In groups of companies, there is often one managing center, which is the parent company, while other companies – subsidiaries are subordinated to a uniform group strategy. Implementation of a uniform strategy is also often related to the existence of a certain group interest to which the subsidiaries submit themselves.

The concept of a single economic unit has a strong legal and ethical justification. As far as the formal aspect of this concept is concerned, simple moral intuition, characteristic of both criminal and civil law, requires the responsibility and sanction for a violation of the law to be imposed on the entity actually responsible for the violation. Thus, if an apparently independent entrepreneur implements decisions made within the decision-making center located in one economic organism, the entire economic organism should bear moral and thus legal responsibility for its actions. The concept of a *single economic unit* assumes a similar justification in its material aspect, consisting primarily in no illegality of anti-competitive "agreements" concluded within a single economic unit. Since entrepreneurs belonging to one economic organism do not have market autonomy, they are not competitors, and therefore any "agreement" between them cannot be described as anti-competitive. After all, competition law should not interfere with "intra-organizational" activities of two companies.

The existence of an independent (one) economic organism is evidenced by control (decisive influence) and a sufficient (or insufficient) degree of economic integration. Economic control and integration result, for example, from contractual or capital links between entities imposing rights or obligations on the entities, which may indicate a lack of economic independence. Circumstances allowing the separation of one economic entity in practice may also concern costs and risks transferred by potential members of the company. Moreover, the circumstances allowing to prove the existence of one organism can be understood not so much in a static (structural) way, i.e. by examining the existence of the above-mentioned capital and contractual relationships (and the above-mentioned costs and types of risk, as long as the risks result from specific capital and contractual relations), but in a dynamic (behavioral) way, i.e. to study how individual entities behave on the market (and what risks and costs they actually incur).

Already in 1971, in the case of *Béguelin Import*,[4] the CJEU found that the daughter company and the parent company constitute one economic organism, in a situation where the daughter company "does not enjoy any economic independence". Three years later, the same court added in the *Centrafarm* case that a daughter company should be treated in the same way when it "has no real freedom to determine its course of action in the market".

The formal aspect of the concept of a single economic unit consists in extending responsibility for infringement of competition rules to all entities belonging to the "single economic unit", and thus the possibility of imposing sanctions on each of the entities. In the context of the formal aspect of the concept of a single economic unit, there is often talk of *attribution of liability* for infringement of competition law.

The latest case law of the CJEU in cases of claims for damages arising from infringement of competition law clearly shows that companies operating in a capital group are jointly and severally

[4] Judgment CJEU of 25 November 1971. *Béguelin Import* Co. *against S.A.G.L. Import Export*, Case 22–71.

liable, regardless of which of them actually committed the infringement. This applies in particular to the situation of the parent company's liability.

In the judgment of the CJEU of 14 March 2019 in case C-724/17 *Vantaan kaupunki v. Skanska Industrial Solutions et al., NCC Industry Oy, Asfaltmix Oy* (hereinafter: the *Skanska* case), the CJEU approved a broad understanding of the term "enterprise" as the perpetrator infringement and ruled that the scope of the concept covers any entity engaged in economic activity, regardless of its legal status and the way it is financed, as well as an economic unit consisting of several natural or legal persons.[5]

In the above judgment in the *Skanska* case, the CJEU clarified that "the concept of 'enterprise' within the meaning of Art. 101 of the TFEU, is an autonomous concept of the EU law, it cannot have a different scope in the context of the imposition of fines by the Commission under art. 23 par. 2 of Regulation No 1/2003 and another in the context of actions for damages for infringement of EU competition rules".[6] At the same time, it pointed out that the interpretation of the concept of "infringer" (determining who committed the infringement) should be made directly on the basis of the EU law (Article 101 of the TFEU), and not national law (see Nb 28 of the judgment in the *Skanska* case).

By interpreting the notion of an, "enterprise" as the perpetrator of the damage and linking it to the concept of a single economic unit, the CJEU emphasized the significance of the principle of equivalence and effectiveness of the EU law. It pointed out that in the absence of regulations in Community law, establishing the rules for exercising the right to claim compensation for damage resulting from the agreement or practice prohibited in art. 101 of the TFEU is up to the Member State, ensuring that the principles of equivalence and effectiveness are respected.[7] In the opinion of the CJEU, "the full effect of art. 101 of the TFEU and, in particular, the effectiveness (*effet utile*) of the prohibition laid down in par. 1 would be called into question if any person could not claim compensation for damage caused to them by a contract or conduct capable of restricting or distorting competition".[8]

Indication that the subsidiary did not commit the act or liquidation/dissolution or transformation of companies in the group in such a way as to formally eliminate the responsible entity is a perfect example of evasion of liability within a group of companies (one economic entity). For this reason, the CJEU has developed a broad interpretation of the concept of an entrepreneur who infringes (the concept of a single economic unit) and clearly indicated in the above-mentioned judgment in the Skanska case that the determination of the entity – the perpetrator of the infringement of competition law is made on the basis of European law (Article 101 of the TFEU). Relying on national law would narrow down the category of the perpetrator of the damage to legally separate economic entities that could be held liable.

In the context of the above analysis, it should be stated that the judgment in the Sumal case does not in any way invalidate the uniform and well-established case law of the CJEU regarding a single economic unit and joint and several liability of companies forming such an organism for

[5] Ibidem, point 37.

[6] Judgment CJEU of 14 March 2019, *Vantaan kaupunki v Skanska Industrial Solutions et al., NCC Industry Oy, Asfaltmix Oy*, C-724/17, 2018/C 083/21, point 47.

[7] Ibidem, point 27.

[8] Ibidem, point 25. The CJEU refers to the judgment of 5 June 2014, *Kone et al.*, C-557/12, point 21, as well as the case law cited therein.

infringement of competition law. The judgment in the Sumal case only specifies the conditions for holding companies from the group liable for damages, pointing to three key issues expressed in recitals 42, 51 and 51 of the justification of the judgment:

> "(42) (…) in order to attribute liability to a given legal entity belonging to an economic unit, it is necessary to provide evidence that at least one legal entity belonging to that economic unit has infringed art. 101 sec. 1 of the TFEU in such a way that an enterprise set up by that economic unit has infringed that provision."[9] [in principle, therefore, the aggrieved party may seek compensation from the subsidiary, even if the infringement was proven on the part of the parent company or another group company – footnote by the author].

> "(51) Thus, in circumstances where the existence of a breach of art. 101 sec. 1 of the TFEU has been established on the part of the parent company, the aggrieved party may claim civil liability of that parent company's subsidiary rather than liability of the parent company, in accordance with the case-law cited in point 42 of the judgment. [as a rule, the aggrieved party may seek compensation from the subsidiary, even if the infringement was proven on the part of the parent company – footnote by the author]. However, the liability of that subsidiary can arise only if the injured party proves either on the basis of a decision previously issued by the Commission pursuant to Article 101 of the TFEU, or otherwise, in particular where the Commission is silent on that point in the decision or has not yet adopted a decision, that, first, because of the economic, organizational and legal links referred to in points 43 and 47 of the judgement, and, secondly, the existence of specific links between the economic activities of the subsidiary and the subject-matter of the infringement for which the parent company was responsible, the subsidiary formed an economic unit with the parent company".

> "(52) It follows from the foregoing considerations that such an action for damages brought against a subsidiary presupposes that, in order to establish the existence of an economic unit between the parent company and the subsidiary within the meaning of points 41 and 46 of the judgment, the applicant proves the existence of links between the companies mentioned in the previous point of the judgment, as well as the actual link, referred to in the point, between the economic activities of that subsidiary and the subject-matter of the infringement for which the parent company was found liable. Thus, in circumstances such as those at issue in the main proceedings, the aggrieved party must, in principle, demonstrate that the anti-competitive agreement entered into by the parent company for which it was penalized relates to the same products sold by the subsidiary. Thus, the injured party demonstrates that it is the economic unit to which the subsidiary belongs together with its parent company that constitutes the enterprise which actually committed the infringement previously found by the Commission pursuant to art. 101 sec. 1 of the TFEU, in accordance with the functional understanding of the term 'enterprise' adopted in point 46 of the judgment".

Nor does it follow from the *Sumal* judgment that subsidiaries are to exist from the date of the first infringement of competition law by the parent company. The CJEU indicates in points 42–44 "(…) at the time of the infringement", "(…) at the time of the infringement taking place". In

[9] Judgement in the *Sumal* case.

the case of continuous acts, **where the infringement of competition law is of a lasting nature and extended over time, the assumption that the subsidiary is to exist already at the time of the first infringement constituting the continuous act undermines the principle of effectiveness and the purpose of the developed concept of a single economic unit.** For this reason, on the basis of the statute of limitations for claims for infringement of competition law the following provision is assumed, following the judgment of the CJEU of 13 July 2016 in joined cases C-295/04 to C-298/04,

> "a national provision on the basis of which the limitation period for bringing an action for damages runs from the date on which the agreements or concerted practice were put into effect could make it practically impossible to exercise the right to claim compensation for the harm caused by the agreement or prohibited practice, in particular if that national provision also provides for a short limitation period and provides that the limitation period cannot be suspended. In such a situation, in the case of continuous and repeated infringements, it cannot be ruled out that the limitation period will expire before the infringement has ceased, in which case persons who have suffered damage after the expiry of the limitation period have no possibility of bringing an action."

It would be enough to liquidate the subsidiary and transform the parent company in the subsequent periods of infringement to avoid liability. As explained by the CJEU in the judgment in the *Skanska* case[10] – such treatment is prevented by the concept of a single economic unit.

Using the analogy indicated by the CJEU in the *Sumal* judgment, "(52) (…) an anti-competitive agreement concluded by the parent company for which it was fined concerns the same products sold by the subsidiary" – if the parent company in the group, for example, Microsoft introduces a new computer and software on the world market in 2005, in the meantime (2007) the antimonopoly authority or a competitor accuses it of violating competition law in connection with the products, and then in 2010 a subsidiary is established in Poland that promotes and sells the computers and software, it cannot be assumed that Microsoft, a subsidiary in Poland, is not liable for the actions of the parent company in Poland.

In the *Sumal* judgment, the CJEU once again emphasized, following the well-established case law of the Court, that

> "**the behavior of a subsidiary may be attributed to the parent company, inter alia, when**, despite having a separate legal entity, **the subsidiary, at the time of the infringement, does not display autonomous behavior but complies with the instructions given to it by the parent company**, taking into account, in particular, the economic, organizational and legal ties linking the two legal entities in such a way that, in such a situation, they form the same economic unit and thus form a single undertaking which is the perpetrator of the infringement found".[11]

[10] Judgement CJEU of 14 March 2019 and opinion of Advocate General Nils Wahl of 6 February 2019 in case C-724/17 *Vantaan kaupunki v Skanska Industrial Solutions Oy, NCC Industry Oy, Asfaltmix Oy*.

[11] Judgment CJEU in the *Sumal* case, n.b. 43.

III. Summary

As indicated above, the judgment in the *Sumal* case specifies the conditions for holding companies from the group liable for damages. The CJEU does not in any way invalidate the existing case law of the CJEU on the *single economic unit*. The clarification was undoubtedly desirable. However, it calls into question the principle of liability of subsidiaries in a situation where they were not directly involved in the infringement, but indirectly or informally. Practice of the economic life provides many examples of such functioning of groups of companies, in which some subsidiaries function only as "settlement and cost" companies or provide administrative and marketing services – and this is usually the subject of activity entered in registration documents. In the light of the *Sumal* judgment, such companies would not be liable for the infringement as they are not directly involved in the "selling of the product". However, they participate indirectly – as a settlement company that *de facto* issues a settlement document or by promoting the products of the parent company. The facts in the *Sumal* case were clarified against the background that in the light of the commented judgment, the liability of Mercedes Benz Trucks is beyond doubt (a direct seller of cars within the Daimler group). However, if Sumal were to acquire the cars under the influence of the successful marketing of a Daimler subsidiary (with a different name than the defendant), the question arises: is such a subsidiary involved in the infringement covered by the parent company decision? It seems, taking into account the previous jurisprudence of the CJEU, that the answer should be positive. However, the thesis of the CJEU contained in the *Sumal judgment "(52) (…) the anti-competitive agreement concluded by the parent company, for which it was fined, applies to the same products sold by the subsidiary"* excludes the liability of the subsidiary only promoting the products sold by another.

References

Błaszczyk, P. (2013). Pojęcie grupy spółek na tle stosunku dominacji i zależności w kodeksie spółek handlowych [The concept of a group of companies against the background of the relationship of dominance and dependence in the Code of Commercial Companies]. *Review of Commercial Law*, *7*.

Opalski, A. (2012). *Prawo zgrupowań spółek* [*Law of groupings of companies*]. Wydawnictwo C.H. Beck.

Wajda, D. (2017). Zgrupowania spółek w orzecznictwie sądowym [Groupings of companies in court jurisprudence]. *Commercial Law Review*, *11*.

Paulina Korycińska-Rządca, *Ochrona tajemnic strony postępowania antymonopolowego w sprawach praktyk ograniczających konkurencję*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2020

I. Informacje wprowadzające

Monografia autorstwa Pauliny Korycińskiej-Rządcy pt. „Ochrona tajemnic strony postępowania antymonopolowego w sprawach praktyk ograniczających konkurencję" jest według mojej wiedzy pierwszym na polskim rynku wydawniczym kompleksowym opracowaniem tytułowej problematyki. Dotychczas w literaturze szczególną uwagę poświęcono problematyce ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa w prawie cywilnym (zob. Michalak, 2006) oraz karnym (zob. Kunicka-Michalska, 1972; Kozłowska-Kalisz, 2006), a publikacje obejmujące zagadnienia dotyczące ochrony tajemnic w związku z postępowaniem antymonopolowym miały charakter jedynie przyczynkarski (Materna, 2008; Bernatt, 2011; Błachucki, 2012; Kowalik-Bańczyk, 2012; Sosnowski, 2013).

Przedmiot monografii ma doniosłe znaczenie praktyczne, ponieważ z pozyskiwaniem przez organy antymonopolowe informacji oraz ochroną ich poufności wiąże się wiele wątpliwości, takich jak: czy organ antymonopolowy może zażądać przekazania informacji będącej tajemnicą, czy podmiot, do którego się zwróci jest zobowiązany do przekazania tajemnicy oraz w jaki sposób organ powinien postępować z pozyskanymi tajemnicami. W publikacji w sposób systemowy przeanalizowano zakres i warunki ochrony udzielanej informacjom poufnym strony postępowania antymonopolowego w sprawach praktyk ograniczających konkurencję. Rozważania obejmują głównie polskie prawo antymonopolowe, jednakże autorka obszernie odwołuje się także do odpowiednich rozwiązań w prawie unijnym i praktyki ich stosowania.

Monografia uwzględnia stan prawny obowiązujący na dzień 1 lipca 2020 r., a zatem przed wejściem w życie ustawy z dnia 9 marca 2023 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz niektórych innych ustaw[1], wdrażającej dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/1 z dnia 11 grudnia 2018 r. mającą na celu nadanie organom ochrony konkurencji państw członkowskich uprawnień w celu skuteczniejszego egzekwowania prawa i zapewnienia należytego funkcjonowania rynku wewnętrznego[2]. Warto odnotować, że wspomniana nowelizacja częściowo uwzględnia postulowane przez autorkę zmiany w zakresie uprawnienia Prezesa UOKiK do żądania informacji stanowiących tajemnice (o czym niżej).

II. Struktura oraz zawartość merytoryczna

Niewątpliwą zaletą recenzowanej monografii jest jej uporządkowana struktura. Publikacja składa się z pięciu rozdziałów poprzedzonych przedmową, wykazami skrótów i literatury oraz wprowadzeniem.

[1] Dz. U. 2023 poz. 852 ze zm.; dalej: ustawa nowelizująca z dnia 9 marca 2023 r.

[2] Dz. Urz. UE L 11 z dn. 14.01.2019, s. 3.

© 2023 Authors. This is an open access article distributed under the Creative Commons BY 4.0 license (https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/)

W rozdziale pierwszym omówione zostały kluczowe pojęcia związane z ochroną tajemnic strony postępowania antymonopolowego w sprawach praktyk ograniczających konkurencję oraz przedstawione źródła uzasadnienia dla udzielenia prawnej ochrony takim tajemnicom. Autorka słusznie wskazuje, że udzielenie prawnej ochrony tajemnicom strony może polegać na uniemożliwieniu organowi konkurencji uzyskania tajemnic bądź też jedynie na ochronie tych tajemnic przed ich ujawnieniem innym stronom lub osobom trzecim przy jednoczesnym zapewnieniu organowi możliwości uzyskania takich informacji oraz trafnie identyfikuje czynniki, które uzasadniają zastosowanie każdego z tych wariantów. Ponadto omawia także czynniki przemawiające za odmową objęcia tajemnic prawną ochroną.

Drugi rozdział poświęcony jest omówieniu zasad ochrony tajemnic strony w postępowaniu prowadzonym przez Komisję Europejską w sprawach naruszeń art. 101 i 102 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej[3]. Autorka szczegółowo analizuje sposoby i zakres ochrony różnych rodzajów informacji poufnych w związku z tym postępowaniem oraz identyfikuje czynniki decydujące o przyznaniu lub odmowie udzielenia prawnej ochrony określonym kategoriom tajemnic. Ta część recenzowanej monografii w syntetyczny sposób omawia standard ochrony udzielanej tajemnicom w postępowaniu prowadzonym przez Komisję.

Rozważania zawarte w kolejnych trzech rozdziałach dotyczą obowiązującej w polskim prawie regulacji w zakresie ochrony różnych kategorii tajemnic strony postępowania antymonopolowego w sprawach praktyk ograniczających konkurencję.

Rozdział trzeci szczegółowo analizuje zagadnienie prawnej ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa strony postępowania antymonopolowego. Autorka przekonująco argumentuje, że przepisy określające zasady obejmowania prawną ochroną informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa nie budzą zastrzeżeń. Podkreśla, że – z jednej strony – przyznają one organowi antymonopolowemu szerokie uprawnienia dochodzeniowe, umożliwiające pozyskanie takich tajemnic, gdyż okoliczność, że dana informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa nie stanowi podstawy do odmowy jej przekazania organowi. Natomiast z drugiej – zawierają one, jak akcentuje, podstawę prawną do ograniczenia prawa wglądu do materiału dowodowego, gdy jego udostępnienie groziłoby ujawnieniem tajemnicy przedsiębiorstwa (t.j. art. 69 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów[4]). Jednocześnie zauważa, że praktyka stosowania przez Prezesa UOKiK tego przepisu budzi zastrzeżenia. Opierając się na praktyce decyzyjnej tego organu, przekonująco dowodzi, że przy stosowaniu tego przepisu w zbyt małym stopniu uwzględnia się uzasadniony interes prawny innych stron, w tym potrzebę ochrony przysługującego im prawa do wysłuchania, co stanowi przejaw skrajnie odmiennego podejścia niż to prezentowane w orzecznictwie sądów unijnych.

Rozdział czwarty został poświęcony zagadnieniom dotyczącym prawnej ochrony tajemnic związanych z rynkiem finansowym, takich jak tajemnica bankowa, tajemnica ubezpieczeniowa oraz tajemnice zawodowe w rozumieniu ustawy z dnia 27 maja 2004 r. o funduszach inwestycyjnych i zarządzaniu alternatywnymi funduszami inwestycyjnymi[5] oraz ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie

[3] Dz. Urz. UE C z dn. 30.03.2010 r., Nr 83, s. 47; dalej: TFUE.

[4] T.j. Dz. U. 2023 poz. 1689 ze zm.; dalej: uokik.

[5] T.j. Dz. U. 2018 poz. 1355 ze zm.

instrumentami finansowymi[6]. Autorka zwraca uwagę na liczne mankamenty rozwiązań prawnych regulujących zasady dostępu Prezesa UOKiK do informacji stanowiących te tajemnice, związane między innymi ze sposobem redakcji przepisów uchylających obowiązek zachowania poufności tajemnic w przypadku ich zażądania przez Prezesa UOKiK, jak też ograniczony zakres podmiotów, od których organ antymonopolowy mógł żądać przekazania takich informacji. Warto zauważyć, że postulowana interwencja ustawodawcy polegająca na zapewnieniu Prezesowi UOKiK uprawnienia do żądania informacji objętych tymi tajemnicami nie tylko od podmiotów posiadających status przedsiębiorcy, została zrealizowana zmianami wprowadzonymi ustawą nowelizująca z dnia 9 marca 2023 roku.

W rozdziale piątym omówiono zakres i zasady udzielania prawnej ochrony tajemnicy porady prawnej w toku przeszukania oraz w toku korzystania przez Prezesa UOKiK z innych uprawnień dochodzeniowych. Autorka słusznie punktuje zastrzeżenia w zakresie ochrony tego rodzaju informacji, które w dużej mierze wynikają z braku przepisów kompleksowo regulujących to zagadnienie w odniesieniu do postępowań prowadzonych przez Prezesa UOKiK na podstawie uokik i przyłącza się do postulowanego w literaturze wprowadzenia do ustawy kompleksowej regulacji prawnej w tym zakresie.

W podsumowaniu autorka syntetycznie streszcza wyniki swoich badań oraz przedstawia wnioski *de lege lata* oraz *de lege ferenda*, realizując jednocześnie praktyczny i poznawczy cel monografii określony we wprowadzeniu.

III. Strona formalna

Stronę formalną recenzowanej monografii oceniam zdecydowanie pozytywnie. Autorka sprawnie posługuje się specjalistycznym słownictwem właściwym dla tekstów naukowych w obranym obszarze badawczym. O staranności przygotowania publikacji świadczą między innymi rzetelnie opracowane, liczne przypisy oraz bardzo obszerna – jak na standardy monografii – bibliografia piśmiennictwa naukowego, obejmująca niemal 300 pozycji literatury, z czego wiele to publikacje zagraniczne. Autorka odwołuje się także do licznych orzeczeń sądów krajowych oraz unijnych, ich dobór uważam zaś za niezwykle trafny.

IV. Wnioski końcowe

Recenzowana monografia stanowi cenne opracowanie ważnej problematyki związanej z publicznoprawnym egzekwowaniem zakazu praktyk ograniczających konkurencję, stanowiąc istotny wkład do dorobku doktryny prawa ochrony konkurencji. Publikacja stanowi ważny głos w prowadzonej w literaturze dyskusji na temat potrzeby wyposażania organów ochrony konkurencji w odpowiednie uprawnienia umożliwiające efektywną kontrolę przestrzegania przez przedsiębiorców przepisów antymonopolowych przy jednoczesnym poszanowaniu praw podstawowych stron postępowania oraz innych podmiotów. Gorąco polecam ją praktykom, a szczególnie adwokatom, radcom prawnym, sędziom i pracownikom Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, a także przedstawicielom nauki, doktorantom oraz studentom, którzy interesują się kwestiami związanymi z postępowaniami prowadzonymi przez organy antymonopolowe. Monografia ta stanowi doskonałą

[6] T.j. Dz. U. 2018 poz. 2286 ze zm.

bazę do dalszych, szczegółowych badań nad zagadnieniem wzmacniania kompetencji organów ochrony konkurencji w celu podniesienia efektywności egzekwowania zakazów z poszanowaniem uzasadnionych interesów stron postępowania oraz osób trzecich.

Bibliografia

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

Błachucki, M. (2012). *System postępowania antymonopolowego w sprawach kontroli koncentracji przedsiębiorców*. Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Kowalik-Bańczyk, K. (2012). *Prawo do obrony w unijnych postępowaniach antymonopolowych w kierunku unifikacji standardów proceduralnych w Unii Europejskiej*. Wydawnictwo Wolters Kluwer Polska.

Kozłowska-Kalisz, P. (2006). *Odpowiedzialność karna za naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa*. Zakamycze.

Kunicka-Michalska, B. (1972). *Ochrona tajemnicy zawodowej w polskim prawie karnym*. Wydawnictwo Prawnicze.

Materna, G. (2008). Ograniczenie prawa wglądu do materiału dowodowego w postępowaniu przed Prezesem Urzędu. *Przegląd Prawa Handlowego*, (4), 27–33.

Michalak, A. (2006). *Ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa. Zagadnienia cywilnoprawne*. Wydawnictwo Wolters Kluwer Polska.

Sosnowski, P. (2013). *Prawo przedsiębiorcy do obrony w postępowaniu antymonopolowym przed Komisją Europejską*. Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

dr hab. Anna Piszcz, prof. UwB
Uniwersytet w Białymstoku
ORCID: https://orcid.org/0000-0001-7163-3292
e-mail: piszcz@uwb.edu.pl

Seminar on the Rule of Law and the Internal Market of the EU/EEA

In many European jurisdictions, the state of the rule of law has deteriorated significantly over the past few years. Until now, this problem has been dealt with mainly by human rights scholars and constitutionalists. However, since the landmark ruling in the T-791/19 *Sped-Pro* case, it is clear that democratic backsliding affects business law too. Therefore, it is not surprising that this problem gained the attention of several scholars who gathered at a seminar on the subject of "The Rule of Law and the Internal Market of the EU/EEA". The seminar was organized on 19 May 2023 by the Centre of Antitrust and Regulatory Studies (Faculty of Management, University of Warsaw), the Institute of Legal Sciences of the Polish Academy of Sciences, and the University of Oslo (the Central Europe Chapter of the Academic Society for Competition Law helped with the organisation too).

The seminar was opened by Maciej Taborowski (Professor, Institute of Legal Sciences, Polish Academy of Sciences) who provided participants with a recap of the jurisprudence of European courts concerning the rule of law. His presentation was titled: 'Relationship between the EU Internal Market and the Value of the Rule of Law'. Professor Taborowski stressed that the ECJ has already confirmed the status of the rule of law as a founding value and a part of the identity of the European Union.[1] Therefore, the rule-of-law jurisprudence of the ECJ should be also applicable in the context of the EU's internal freedoms (such as freedom of movement of goods, services etc.). However, as the presenter noted, those freedoms oftentimes rely on mutual trust (e.g., in the area of mutual recognition of standards that were established in the *Cassis de Dijon*[2] case). As a result – whenever the presumption that the member respects the rule of law is rebutted, EU internal freedoms may be impaired.

In the following presentation, Mateusz Grochowski (Assistant Professor, Institute of Legal Sciences, Polish Academy of Sciences; Senior Research Fellow, Max Planck Institute for Comparative and International Private Law) discussed the private law dimension of the rule of law crisis. Professor Grochowski noted that the proper functioning of a single market needs an efficient mechanism of enforcement of private law judgments issued in a different member state. However, it is possible that rule-of-law deficiencies in a particular member state would render (at least in some situations) judgments issued by courts of that member state unenforceable (this is already a case of European Arrest Warrants[3]). The presenter showed possible negative consequences of such a situation for the functioning of the internal market.

The following presentation was given by Maciej Bernatt (Professor, Centre for Antitrust and Regulatory Studies, University of Warsaw) and concerned the relationship between the rule of law and the EU competition law. Professor Bernatt was drawing conclusions from his previous work in that area (Bernatt, 2022; 2021). According to the presenter, the rule of law crisis poses particular threats to the effective competition law enforcement. This is because several competition law procedures include a mechanism of cooperation between the European Commission and national

[1] *Cf.* Case C-157/21 *Poland v Parliament and Council* [2022] ECLI:EU:C:2022:98, para 145.

[2] Case 120/78 *Rewe-Zentral AG v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* [1979] ECLI:EU:C:1979:42.

[3] *Cf.* Case 216/18 PPU *LM* [2018] ECLI:EU:C:2018:586.

© 2023 Authors. This is an open access article distributed under the Creative Commons BY 4.0 license (https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/)

competition authorities which could be impaired if national competition authority was not independent or objective. A good example are merger control referrals – even though the European Commission has a general duty to assess every merger that falls into its jurisdiction, there are referral procedures that allow for transferring some cases to national competition authorities, among others at the request of one of such authorities. The presenter noted that so far the European Commission has not been referring to rule of law considerations while rejecting referral requests from the Polish Competition Authority (UOKiK) even in cases with an "obvious" political component.[4]

The last presentation was given by Christophe Hillion (Professor, University of Oslo) who reflected upon the rule of law enforcement in the EEA context. Professor Hillion was building his argumentation on the basis of his article (at the time it was not published) (Hillion, 2023). According to the presenter, EFTA countries are in a worse position than their EU counterparts, since no mechanism would allow for an interstate dispute between an EFTA country and an EU member state before the ECJ (EU countries can institute the proceedings defined in Art. 259 TFEU against each other). Therefore, EFTA countries do not have an efficient mechanism to protect the rights of their citizens who may be negatively affected by rule of law backsliding in some EU countries. This weakens the position of citizens of those countries on the EEA internal market. Therefore, Professor Hillion proposes to allow EFTA countries to sue the European Commission for the failure to act if it did not bring an infringement proceeding against the country violating principles of the rule of law.

After the session, Sybe de Vries (Professor, Utrecht University; Honorary Judge, District Court of Rotterdam, the Netherlands), Małgorzata Kozak (Assistant Professor, Utrecht University), Kati Cseres (Assistant Professor, University of Amsterdam) and Dawid Miąsik (Professor, Institute of Legal Sciences, Polish Academy of Sciences; Judge, the Supreme Court of Poland) reflected upon the presentations. After comments made by invited guests, attendees of the seminar could ask additional questions. The discussion was long and fruitful.

The presenters will likely continue researching the nexus between the rule of law and the EU internal market. This is very important since it seems that the number of cases related to the intersection of those two areas of European law will likely be growing.

References

Bernatt, M. (2021). The double helix of rule of law and EU competition law: An appraisal. *European Law Journal*, *148*.

Bernatt, M. (2022). *Populism and Antitrust: The Illiberal Influence of Populist Government on the Competition Law*. Cambridge University Press.

Hillion, Ch. (2023). The EU External Action as mandate to uphold the rule of law outside *and* inside the Union. *Cambridge Journal of European Law*, *228*.

Jacek Mainardi
PhD Student, Interdisciplinary Doctoral School, University of Warsaw
ORCID: https://orcid.org/0000-0003-0266-2078
e-mail: j.mainardi@uw.edu.pl

[4] *See*, for instance, Commission Art. 9(3) decision dated 6.02.2018 COMP/M.8665 *Discovery/Scripps.*

The economy and the market in the application of competition law (from the Editor-in-Chief)

Articles

Janusz Michałek, **Mirosław Pachucki,** Support of automation and robotization processes with public aid regulations, conclusions *de lege ferenda*

Summary: In this article, the authors analyze the legal aspects of the possibility of using existing fiscal solutions for technology transfer to companies from the SME sector, also proposing the adoption of specific legislative solutions in this regard. In the authors' opinion, changes taking place in the global economy, remodeling of supply chains in connection with COVID-19, or the war in Ukraine, force the process of investment relocation closer to the relevant markets. Imperfections in the level of automation among Polish entrepreneurs, resulting from the lack of awareness in this area, or from the lack of capital set aside for the purchase of robots, make it necessary to consider the introduction of additional tax solutions that will strengthen technology transfer and cooperative ties.

Key words: industry 4.0; technology transfer; tooling; Polish investment zone; quality criteria; tax incentives; automation and digitization of industry; relief for robotization.

JEL: 230

Jadwiga Urban-Kozłowska, Permissible forms of state aid for airlines in the era of the COVID-19 pandemic (part II)

Table of contents

III. Aid to remedy a serious disturbance in the economy of a Member State
   1. The most important conditions for using this type of assistance
   2. Individual aid as an appropriate measure to remedy a serious disturbance in the economy of a Member State
   3. Proportionality of anti-crisis assistance provided to air carriers during the COVID-19 pandemic

IV. Comparison of both exclusions and final conclusions

Summary: The aim of this study is to critically analyze the use of two types of state aid – emergency aid (Article 107(2)(b) TFEU) and anti-crisis aid (Article 107(3)(b) TFEU), which played a key role in supporting air carriers during the COVID-19 pandemic. This will make it possible to compare both types of aid, and to answer the question of their importance and usefulness in the context of supporting air carriers, and more broadly, entrepreneurs overall, during extraordinary events such as COVID-19.

The premises for each of these exemptions will be discussed separately, and theoretical considerations will be accompanied by examples from the decision-making practice of the European Commission and the case law of EU courts. In the field of emergency aid, three issues of particular

© 2023 Authors. This is an open access article distributed under the Creative Commons BY 4.0 license (https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/)

importance will be examined. First, the paper will consider whether the COVID-19 pandemic can be considered a phenomenon falling within the scope of Article 107 section 2 letter (b) TFEU. Secondly, it will be analyzed what types of damages may be compensated on this basis. Thirdly, the paper will discuss the methods of determining the amount of compensation due, so that it meets the condition of proportionality.

The analysis of the anti-crisis aid exemption will begin with a discussion of the most important conditions for its admissibility. The paper will then examine in detail the question whether, and if so, in what cases, a national measure in the form of individual aid can be considered appropriate to remedy a serious disturbance in the economy of a given Member State. Finally, the requirements that an aid must meet, in order to be considered proportional, will be examined.

The analysis carried out will show the most important differences and similarities between emergency aid and anti-crisis aid. In particular, the different purposes served by these two types of aid will be presented. It will be shown that both emergency and anti-crisis aid play an important role in the process of overcoming the COVID-19 crisis, and that the funds granted within them complement each other. Therefore, these exemptions, from the general EU state aid ban, provide the necessary flexibility in the EU state aid system, enabling Member States to adapt their economic policies to the serious disturbances or crises that sometimes occur.

Key words: state aid; COVID-19 pandemic; aviation law; European Union competition law; air carriers.

JEL: H84, K33

Jan Polański, Irrelevant markets

Table of contents

I. Introduction
II. Current state
  1. Statements in literature
  2. Statements of the Polish NCA and the judicature
  3. “Irrelevant” markets
III. Criticism
  1. Arguments supporting the current approach
  2. Counterarguments
    2.1. Criticism of the “linguistic argument”
    2.2. Criticism of the “argument of actual necessity”
    2.3. Criticism of the “general principles argument”
IV. Damage and solutions
  1. Damage
  2. Solutions
V. Conclusions

Summary: There is a widespread view in Polish antitrust literature that it is necessary to define the relevant market in every antitrust case. The above is in contradiction with, for example, the approach adopted in EU law. However, it is pointed out that such an obligation results in Polish

law, in particular, from the actual wording of the Act on Competition and Consumer Protection. This article aims to defend the opposite thesis: defining relevant markets is not always necessary, and emphasis on defining them every time is even harmful and leads to the definition of “irrelevant” markets.

Key words: antitrust analysis; economic analysis of law; competition protection; antitrust law; competition law; relevant market.

JEL: K21

Daria Kostecka-Jurczyk, **Katarzyna Marak**, Protection of an insolvent undertaking – comments against the background of Simplified Restructuring Proceedings

Table of contents

I. Introduction
II. Functions of bankruptcy and restructuring proceedings
III. Simplified Restructuring Proceedings
IV. Application of Simplified Restructuring Proceedings – analysis of numerical data
V. Conclusions *de lege ferenda*
VI. Conclusions

Summary: In 2020, as a result of the crisis caused by the COVID-19 pandemic, many legal and economic tools were implemented in Poland to stop undertakings from going bankrupt. One of such solutions was the Simplified Restructuring Procedure. A few months later, it was replaced by Proceedings for the Approval of the Arrangement. Both of these procedures are extrajudicial, and their main purpose was to protect debtors and assist their restructuring. Indirectly, the procedure was also keeping the business activities of an insolvent undertaking going, with all the consequences that are associated with it, and above all, the protection of jobs and the protection of creditors. The aim of this study is to show the simplified restructuring law tools, implemented during the COVID-19 pandemic, meant to stop mass bankruptcies of undertakings, and the importance of these tools from the point of view of the legal situation of debtors, especially from the perspective of the scope of debtor protection. An analysis of the provisions governing these proceedings leads to the conclusion that, despite the broad protection granted to debtors, they did not weaken the position of creditors.

Key words: restructuring proceedings; entrepreneur’s bankruptcy; debtor protection.

JEL: K2, K20, L14, L26, G33

Joanna Affre, **Mateusz Restel**, A new model for imposing fines for competition law violations by business associations – risks and consequences

Table of contents

I. Introduction
II. A new model for imposing fines on business associations
    1. The ECN+ Directive – model solution
    2. Implementation in Poland

III. Risks and consequences
1. The perspective of business associations
1.1. Imprecise legal rules
1.2. Maximum penalty for violations related to the activities of association members
1.3. The nature of the “call for contributions” and the consequences of not calling for contributions
2. The perspective of an undertaking as a member of a business association
2.1. Limited influence on the course and result of antitrust proceedings
2.2. Risks related to the liability of undertakings the representatives of which held functions in decision-making bodies
2.3. Are undertakings the representatives of which did not hold positions in decision-making bodies also liable?
IV. Summary

Summary: On 20 May 2023, an amendment to the Act on Competition and Consumer Protection entered into force in Poland, which implements the provisions of the ECN+ Directive. One of the pillars of the ECN+ Directive is to give National Competition Authorities (NCAs) the power to impose effective, proportional and dissuasive penalties on business associations. In a situation where the violation committed by an association of undertakings is related to the activities of its members, the fine may amount to up to 10% of the total global turnover of those members of the association that operated on the market where the violation occurred. In this article, the authors examine whether the Polish legislator has properly implemented these EU provisions, and what consequences and risks, for business associations and their members, result from the amendment. The aim of the article is to indicate the most important interpretative doubts related to the new model of fines imposed on business associations.

Key words: ECN+ directive; entrepreneurs’ union; financial penalty.
JEL: K21, K42, L44

Justyna Kownacka, Hearing Officers in competition proceedings conducted by the European Commission for the implementation of Article 101 and 102 TFEU

Table of contents

I. Introduction
II. Origins of the establishment of the institution of the Hearing Officer
III. Appointment procedure and scope of powers of the Hearing Officer, in the light of the decision of the President of the European Commission of 13 October 2011
IV. Evaluation of this institution and *de lege ferenda* postulates
V. Hearing Officer – the Polish perspective
VI. Summary

Summary: The article analyzes the role played by the Hearing Officer in competition proceedings conducted by the European Commission to implement Article 101 and 102 TFEU. Currently, the Hearing Officer is a guarantor of the effective exercise of procedural rights in the course of all competition proceedings before the EC, while contributing to the objectivity, transparency and efficiency of the proceedings. The article also discusses the proposals to change the scope of the

powers of the Hearing Officer, as reported in doctrine and literature, and refers to the possibility and legitimacy of introducing such institution into Polish competition law.

Key words: the right to be heard; hearing; Committee; hearing officer; competition law.
JEL: K21, K40

Legislation and Case Law Review

Dominik Borek, Case comment in support of the judgment of the Warsaw-Praga District Court of 24 May 2022, file reference number: IV Ca 752/21 on the boundary between the management of a hotel service and a tourist package

Table of contents

I. Introductory remarks
II. A brief statement of the facts
III. Decision of the Warsaw-Praga District Court of 24 May 2022, ref. no. file: IV Ca 752/21
IV. Endorsement of the position of the Warsaw-Praga District Court and commentary on press releases regarding the decision
V. Summary

Summary: This article cites the facts described in the judgment of the Warsaw-Praga District Court of 24 May 2022, ref. no. file: IV Ca 752/21. The ruling is of great importance for the hotel market and tourism organizers in Poland, as it concerns the definition of a hotel service, as opposed to a package-tourist event. The judgment sparked numerous comments in the tourism industry and the press. Even though it concerns a legal status no longer applicable in the field of organizing tourist events, it has practical significance for the functioning of the market. It should be kept in mind that the combination of tourist services, which did not constitute a tourist event under the previous legal status, will not result in its creation under the current legal status. These aspects will be discussed extensively in this case comment.

Key words: hotel; tour operator; hotel service; tourist service; tourist package; tourist event.
JEL: K20

Dominik Borek, Critical commentary on the judgment of the Provincial Administrative Court (WSA) in Warsaw of 27 October 2022, ref. no. file: VI SA/Wa 2058/22 on the boundary in managing consumer relations with tour operators during the COVID-19 pandemic

Table of contents

I. General remarks
II. Brief description of the facts
III. Disapproval of the position taken by the Provincial Administrative Court in Warsaw and the endorsement of the administrative decisions preceding the judgment
IV. Conclusions and summary

Summary: This article cites the facts described in the judgment of the Provincial Administrative Court (WSA) in Warsaw of 27 October 2022, ref. no. file: VI SA/Wa 2058/22. The scrutinized judgment is of great importance for the market of tour operators and insurance companies in

Poland, as it concerns setting the limits of liability for actions of entrepreneurs in extraordinary and unavoidable circumstances.

In the judgment in question, two values are considered, namely consumer protection, and resolving doubts in favor of entrepreneurs. These two key axioms should be balanced and assessed appropriately in the light of this controversial ruling.

Key words: tour operator; insurance company; consumer; insurance guarantee; COVID-19.
JEL: K20

Marta Mackiewicz, Compensation liability for antitrust damages caused by related companies – development of the concept of a single economic unit. Case comment to the CJEU judgment of 6 October 2021 in case C-882/19 *Sumal SL v Mercedes Benz Trucks España SL*

Table of contents

I. Facts of the case and the subject of the case comment
II. Juridical analysis
III. Summary

Summary: The subject of this case comment is the analysis and assessment of the judgment of the Court of Justice of the European Union (CJEU) issued on 6 October 2021 in case C-882/19, brought by *Sumal SL against Mercedes Benz Trucks España SL*. The *Sumal* judgment concerns an important issue in the area of competition law, both public and private (*private enforcement*) – determining the group of entities responsible for infringements of competition law operating within one economic body. Earlier CJEU case law in this regard focused primarily on determining the liability of the parent company within a group of companies. In the *Sumal* judgment, however, the CJEU raised the issue of the liability of subsidiaries in the event of a breach of competition law by the parent company. The CJEU has by no means crossed out its earlier case law on the *single economic unit*, but looked at the issue from the opposite direction and specified the liability conditions of subsidiaries. Such clarification was undoubtedly desirable. However, it calls into question the principle of liability of subsidiaries in a situation where they were not directly involved in the infringement, rather than only indirectly or informally.

Key words: private enforcement; single economic unit; determining the entities responsible for repairing the damage; infringement of competition law.
JEL: K21, K41, K42

Literature Reviews

Paulina Korycińska-Rządca, *Ochrona tajemnic strony postępowania antymonopolowego w sprawach praktyk ograniczających konkurencję* [*Protection of secrets of the party to antitrust proceedings concerning competition-restricting practices*], C.H. Beck, Warszawa 2020 (**Anna Piszcz**)

Reports

Seminar on the Rule of Law and the Internal Market of the EU/EEA (**Jacek Mainardi**)

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

Publikacja jest bezpłatna. Wszystkie teksty wydawane są na zasadzie otwartego dostępu i na licencji CC BY 4.0 Creative Commons – Uznanie autorstwa (https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/legalcode.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)