internetowy

KWARTALNIK ANTYMONOPOLOWY I REGULACYJNY

2(1)
2012

- Kilka uwag do projektu założeń ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów
- Postulowane zmiany w prawie kontroli koncentracji – uwagi na tle propozycji Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów
- Instrumenty ochrony konsumentów w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów z 2007 r. – potrzeba zmian?
- Wybrane zagadnienia z zakresu wydawania i realizacji decyzji udzielających warunkowej zgody na dokonanie koncentracji przedsiębiorców
- O konieczności zwiększenia partycypacji podmiotów trzecich w postępowaniu antymonopolowym
- Programy zgodności z prawem konkurencji – efektywny mechanizm w tworzeniu europejskiej kultury compliance?
- Występowanie i reguły zgodności pomocy publicznej w publicznym finansowaniu infrastruktury portów morskich

ISSN 2299-5749

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

internetowy KWARTALNIK ANTYMONOPOLOWY I REGULACYJNY

2(1)
2012

18. publikacja Programu Wydawniczego CARS;

3. publikacja Programu Wydawnictw Elektronicznych CARS

Redaktor naczelny: Prof. UW dr hab. Tadeusz Skoczny

Redaktor statystyczny: Prof. dr hab. Jerzy Wierzbiński

Redaktor językowy: Elżbieta Michniewicz

Projekt okładki: Darek Kondefer

ISSN: 2299-5749

Licencja: Creative Commons 3.0 Polska

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

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

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

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

UNIWERSYTET WARSZAWSKI
WYDZIAŁ ZARZĄDZANIA

Rada Naukowa

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Kolegium Redakcyjne

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Spis treści

Drugi numer iKAR – kontynuacja i wzbogacenie koncepcji periodyku (od redaktora naczelnego) 5

Wokół nowelizacji ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów

Anna Piszcz, Kilka uwag do projektu założeń ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów 7

Szymon Syp, Postulowane zmiany w prawie kontroli koncentracji – uwagi na tle propozycji Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów 16

Małgorzata Sieradzka, Instrumenty ochrony konsumentów w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów z 2007 r. – potrzeba zmian? 24

Artykuły

Dominik Wolski, Wybrane zagadnienia z zakresu wydawania i realizacji decyzji udzielających warunkowej zgody na dokonanie koncentracji przedsiębiorców 34

Rafał Stankiewicz, O konieczności zwiększenia partycypacji podmiotów trzecich w postępowaniu antymonopolowym 46

Maciej Gac, Programy zgodności z prawem konkurencji – efektywny mechanizm w tworzeniu europejskiej kultury *compliance*? 57

Kamil Ciupak, Występowanie i reguły zgodności pomocy publicznej w publicznym finansowaniu infrastruktury portów morskich 72

Przegląd prawa i orzecznictwa

Anna Piszcz, Zmiany w polskim prawie antymonopolowym w latach 2010-2011 (cz. II) 88

Tabele decyzji Prezesa UOKiK 100

Tabele orzeczeń SOKiK 107

Nadużywanie pozycji dominującej – antykonkurencyjne wykluczenie konkurentów z rynku współzależnego. Wyrok SOKiK z 22.02.2012 r. w sprawie AmA 171/11 (Konrad Kohutek) 115

Nadużywanie pozycji dominującej – obiektywne uzasadnienie praktyk dominanta. Wyrok SOKiK z 30.03.2012 r. w sprawie AmA 180/10 (Konrad Kohutek). 117

Regulacja telekomunikacyjna – rozstrzyganie spraw spornych między przedsiębiorstwami. Wyrok SOKiK z 15.03.2012 r. w sprawie AmT 230/09 (Stanisław Piątek) 119

Regulacja energetyczna – nałożenie kary pieniężnej bez podstawy prawnej. Wyrok SOKiK z 9.03.2012 r. w sprawie AmE 99/10 (Bartłomiej Nowak) 121

Regulacja energetyczna – słuszny interes strony w zmianie taryfy. Wyrok SOKiK z 12.03.2012 r. w sprawie AmE 170/11 (Bartłomiej Nowak) 123

Przegląd piśmiennictwa

Dawid Miąsik, *Stosunek prawa ochrony konkurencji do prawa własności intelektualnej* (Agata Jurkowska-Gomułka) 125

Małgorzata Sieradzka, *Pozew grupowy jako instrument prywatnoprawnej ochrony interesów konsumentów z tytułu naruszenia reguł konkurencji* (Maciej Bernatt) 127

Sprawozdania

Prawa przedsiębiorcy w sprawach antymonopolowych. Sprawozdanie z konferencji naukowej INP PAN – przy współpracy CARS (Warszawa, 23 kwietnia 2012 r.) (Agata Jurkowska-Gomułka). 129

Bezpieczeństwo i efektywność funkcjonowania portów lotniczych. Sprawozdanie z seminarium CARS oraz Przedsiębiorstwa Państwowego „Porty Lotnicze" (Warszawa, 24.05.2012) (Anna Zirk-Sadowska) 133

Contents, abstracts and key words 135

Drugi numer iKAR – kontynuacja i wzbogacenie koncepcji periodyku (od redaktora naczelnego)

Drugim numerem iKAR kontynuujemy realizację koncepcji periodyku naukowo-profesjonalnego poświęconego ekonomii i prawu ochrony konkurencji i regulacji sektorowych. Wciąż dominują w nim jednak teksty prawnicze i poświęcone ochronie konkurencji. Mamy nadzieję, że to się zmieni, zwłaszcza w kontekście zamiaru poświęcenia nr 4/2012 iKAR wyłącznie problematyce regulacji telekomunikacyjnej.

iKAR 2/2012 ma swoją specyfikę. Zgodnie bowiem z zapowiedzią zawartą w numerze inauguracyjnym, udostępniamy łamy naszego periodyku dla tekstów odnoszących się bezpośrednio do planowanej nowelizacji uokik z 2007 r., której założenia zostały opublikowane na stronie www.uokik.gov.pl. Ich autorzy prezentują swoje stanowisko i formułują propozycje dotyczące wybranych zamiarów legislacyjnych UOKiK (A. Piszcz) lub zamierzonych i pożądanych zmian ustawy w obszarze kontroli koncentracji (Sz. Syp) i ochrony konsumentów (M. Sieradzka). Teksty te uwzględniają już niekiedy opinie w sprawie zmian zaproponowanych przez UOKiK oraz innych pożądanych zmian uokik, wyrażone w ramach ogłoszonych przez Urząd – niestety niezmiernie krótkich – konsultacji, w tym w szczególności Opinii Grupy Roboczej CARS pt. Proponowane przez UOKiK i inne pożądane zmiany w ustawie o ochronie konkurencji z 2007 r. (opublikowanej na stronie www.cars.wz.uw.edu.pl/news) oraz Stanowiska Grupy Roboczej SPK w sprawie założeń ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (opublikowanego na stronie www.spk.org.pl). Mamy nadzieję, że dyskusja nad potrzebami i kierunkami planowanej nowelizacji będzie trwała także na łamach następnego numeru iKAR.

Także prezentowany numer zawiera artykuły niezwiązane bezpośrednio z planowaną nowelizacją uokik z 2007 r., dotyczące różnorodnych kwestii wdrażania reguł konkurencji, w tym zakresu wydawania i realizacji decyzji warunkowych na dokonanie koncentracji (D. Wolski), udziału podmiotów trzecich w postępowaniach antymonopolowych (R. Stankiewicz) czy programów zgodności z prawem konkurencji jako mechanizmu tworzenia kultury c*ompilian-ce* (M. Gac), ale także aktualnych problemów oceny zgodności finansowania infrastruktury portów morskich w świetle prawa pomocy państwa (K. Ciupak).

W drugim numerze iKAR rozpoczynamy realizację tej części koncepcji naszego periodyku, która poświęcona jest **prezentacji i krytycznej analizie praktyki decyzyjnej oraz orzecznictwa sądowego w zakresie ochrony konkurencji i regulacji sektorowych**. Koncepcja ta zakłada trzy rodzaje działań: (1) kwartalną, tabelaryczną identyfikację decyzji Prezesa UOKiK i prezesów urzędów regulacyjnych (UKE, URE i UTK) oraz orzeczeń kontrolujących je sądów – SOKiK, SA w Warszawie oraz SN, (2) omawianie i tezowanie ważniejszych orzeczeń oraz (3) glosowanie tych orzeczeń, które w największym stopniu kształtują linie orzecznicze w obszarach, które są reprezentowane w iKAR. Rozpoczynamy od **prezentacji wykazów decyzji** Prezesa UOKiK – wydanych w 1. kwartale 2012 r. – dotyczących ochrony konkurencji **oraz**

orzeczeń SOKiK w sprawach ochrony konkurencji, regulacji telekomunikacyjnej i regulacji energetycznej (obejmujących w każdym obszarze także sprawy kar pieniężnych). Wykazy te zawierają najważniejsze informacje o wydanych w danym kwartale decyzjach i orzeczeniach – także tych, które nie zawierają uzasadnień. Pięć orzeczeń SOKiK z ostatniego kwartału redaktorzy tematyczni naszego periodyku uznali za ważne; zostały one krótko omówione. Najważniejszym elementem tych omówień są jednak **tezy orzecznicze**, jakimi zostały one opatrzone przez redaktorów; nie są to zatem tezy sędziowskie, ale zostały one sformułowane z zachowaniem jak największego związku z tekstem uzasadnienia danego orzeczenia. Formułowania autorskich tez orzeczeń sądowych będziemy z pewnością uczyć się w kolejnych numerach iKAR. Z góry dziękujemy za uwagi i sugestie w tej kwestii. Liczymy też na dalsze przeglądy prawa i orzecznictwa dotyczące wybranych obszarów ochrony konkurencji i regulacji sektorowych.

Podobny model chcemy stosować także **w zakresie przeglądu piśmiennictwa**. Obok **ciągłej bibliografii**, której publikację zaczniemy w którymś z kolejnych numerów iKAR, w każdym następnym jego numerze będziemy prezentowali **krótkie omówienia** publikacji, które ukazały się w minionym numerze; rozpoczęliśmy od wydanych niedawno prac D. Miąsika i M. Sieradzkiej. Liczymy jednak, że głównie dzięki **recenzjom** tych i innych prac, toczyć się będzie na łamach iKAR ożywiona dyskusja naukowa.

Prezentowany numer kończą sprawozdania z konferencji. Liczymy, że będziemy mogli publikować sprawozdania z konferencji i innych spotkań naukowych i profesjonalnych, organizowanych w różnych ośrodkach.

W dalszym ciągu zapraszamy do współpracy wszystkich pracowników naukowych i doktorantów oraz praktyków zajmujących się sprawami ochrony konkurencji i regulacji sektorowych.

Prof. UW dr hab. Tadeusz Skoczny

Warszawa, 4.07.2012 r.

Anna Piszcz*

Kilka uwag do projektu założeń ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów

Spis treści:

I. Wprowadzenie
II. Kontrola w toku postępowania przed Prezesem UOKiK
III. Środki zaradcze
IV. Dobrowolne poddanie się karze
V. Odpowiedzialność osób fizycznych
VI. Kary pieniężne

Streszczenie:

Artykuł poświęcony jest wybranym zagadnieniom i propozycjom zmian przedstawionym w projekcie założeń ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (uokik). Projekt został opublikowany przez Prezesa UOKiK i przekazany do konsultacji społecznych w maju 2012 r. W pierwszej kolejności autorka zwraca uwagę na znaczenie ustawy o swobodzie działalności gospodarczej dla projektowania zmian przepisów uokik o kontroli w toku postępowania przed Prezesem UOKiK. Po drugie, artykuł porusza niektóre kwestie dotyczące środków zaradczych oraz tzw. dobrowolnego poddania się karze. W ostatnim części autorka skupia uwagę na pewnych problemach związanych z karami pieniężnymi oraz odpowiedzialnością osób fizycznych.

Słowa kluczowe: konsultacje społeczne; kontrola; nakaz zaniechania praktyki; ugoda; kary pieniężne

I. Wprowadzenie

W maju 2012 r. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (UOKiK) przekazał do konsultacji społecznych oraz uzgodnień międzyresortowych „Projekt założeń projektu ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów" opatrzony datą 15 maja 2012 r. („Projekt założeń"). Projekt założeń w poszczególnych częściach prezentuje potrzebę i cel uchwalenia projektowanej nowelizacji ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (uokik z 2007 r.)[1], zakres projektowanej regulacji, opis proponowanych rozwiązań (część III) oraz zamykającą dokument informację o oczekiwanych wynikach konsultacji społecznych (część IV).

* Adiunkt w Katedrze Prawa Gospodarczego Publicznego Wydziału Prawa Uniwersytetu w Białymstoku; radca prawny.

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

II. Kontrola w toku postępowania przed Prezesem UOKiK

W pierwszej kolejności zwracam uwagę na proponowane rozwiązania dotyczące **kontroli w toku postępowania przed Prezesem UOKiK** (obecnie art. 105a-105l uokik z 2007 r.). Projektując je, nie należy zapominać o przepisach o kontroli działalności gospodarczej przedsiębiorcy zawartych w rozdziale piątym ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (u.s.d.g.)[2]. Stosownie do art. 77 ust. 1 u.s.d.g., kontrola działalności gospodarczej przedsiębiorców przeprowadzana jest na zasadach określonych w u.s.d.g., chyba że zasady i tryb kontroli wynikają z bezpośrednio stosowanych przepisów powszechnie obowiązującego prawa wspólnotowego albo z ratyfikowanych umów międzynarodowych. Ponadto w świetle art. 77 ust. 2 u.s.d.g., **jedynie w zakresie nieuregulowanym w rozdziale piątym u.s.d.g. do kontroli działalności gospodarczej przedsiębiorcy stosuje się przepisy ustaw szczególnych**. Tło ustanowienia tej „nadregulacji"[3] było następujące. Ustawa z dnia 19 listopada 1999 r. – Prawo działalności gospodarczej[4] regulowała kompetencje kontrolne tylko organów udzielających koncesji i zezwoleń oraz incydentalnie organów wykonawczych gminy, podczas gdy zakres kontroli działalności gospodarczej przedsiębiorców był znacznie szerszy. Dlatego też wolą ustawodawcy było ustanowienie ogólnych norm w tym zakresie w rozdziale piątym u.s.d.g.[5]

Ustawą z dnia 19 grudnia 2008 r. o zmianie ustawy o swobodzie działalności gospodarczej oraz o zmianie niektórych innych ustaw[6], z dniem 7 marca 2009 r. zmieniono m.in. przepisy uokik z 2007 r. w zakresie kontroli w toku postępowania przed Prezesem UOKiK. To wówczas w dziale VI uokik z 2007 r. („Postępowanie przed Prezesem Urzędu") dodano rozdział piąty („Kontrola w toku postępowania przed Prezesem Urzędu") obejmujący art. 105a-105l, uchylając jednocześnie art. 62-68 uokik z 2007 r. Z uzasadnienia projektu ustawy wynikało, że zmiany uokik z 2007 r. związane były z dostosowaniem jej przepisów do przepisów u.s.d.g. w zakresie wykonywania kontroli działalności gospodarczej przedsiębiorcy[7]. Już wówczas można było odnieść wrażenie, że ustawodawca „zapomniał" o założeniu związanym z rozdziałem piątym u.s.d.g. Wykładnia art. 77 u.s.d.g. może bowiem prowadzić do wniosku, że **ustawy szczególne (*verba legis*) nie powinny ani powtarzać przepisów u.s.d.g., ani zawierać przepisów sprzecznych z przepisami rozdziału piątego u.s.d.g.**[8] Z pewnością służyłoby to unikaniu legislacyjnego nieładu oraz braku pewności i spójności prawa. Tymczasem w uokik z 2007 r. odnajdujemy pewne powtórzenia przepisów rozdziału piątego u.s.d.g. (zob. art. 105a ust. 7, art. 105a ust. 4 uokik z 2007 r.). Co więcej, cały art. 105l uokik z 2007 r. jest kuriozalny, gdyż stanowi, że do kontroli działalności gospodarczej przedsiębiorcy, stosuje się przepisy rozdziału piątego u.s.d.g., jak gdyby bez tego odesłania przepisy u.s.d.g. nie miały zastosowania do kontroli w toku postępowania przed Prezesem UOKiK (a przecież gdyby nie miały one zastosowania, to w art. 79 ust. 2 pkt 4, art. 80 ust. 2 pkt 3, art. 82 ust. 1 pkt 3 i art. 83 ust. 2 pkt 3 u.s.d.g. nie wprowadzono by wyłączeń zastosowania wybranych zasad prowadzenia kontroli działalności

[2] Tekst jednolity Dz.U. z 2010 r. Nr 220, poz. 1447, z późn. zm.

[3] Określeniem tym posłużyli się C. Banasiński i M. Bychowska; zob. C. Banasiński, M. Bychowska, *Kontrola przedsiębiorcy w świetle ustawy o swobodzie działalności gospodarczej*, Przegląd Prawa Handlowego 2010, nr 1, s. 48.

[4] Dz.U. Nr 101, poz. 1178, z późn. zm.

[5] Tak uzasadnienie projektu u.s.d.g., nr druku 2118. W literaturze przedmiotu uznano, że omawiane rozwiązanie nie tylko złamało utrwalone od czasów prawa rzymskiego zasady interpretacji prawa, ale też pozbawione było oparcia w normach konstytucyjnych, jako że u.s.d.g. i ustawy szczególne są aktami prawnymi o identycznej randze, co nie pozwala stwierdzić, że którykolwiek z nich stoi wyżej w hierarchii obowiązujących aktów prawnych. Tak C. Banasiński, M. Bychowska, *Kontrola przedsiębiorcy*…, s. 48.

[6] Dz.U. z 2009 r. Nr 18, poz. 97, z późn. zm.

[7] Nr druku 1204.

[8] Tak też C. Banasiński, E. Piontek (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 917-918.

gospodarczej przedsiębiorcy do kontroli w toku postępowania prowadzonego na podstawie przepisów uokik z 2007 r.)[9].

Omawiane rozbieżności w podejściu ustawodawcy do przepisów o kontroli spotkały się z różnymi odpowiedziami przedstawicieli doktryny. Niektórzy zdają się bez zastrzeżeń przyjmować tezę o pierwszeństwie u.s.d.g. przed ustawą szczególną[10], inni bardziej[11] bądź mniej zdecydowanie[12] odrzucają pogląd o prymacie regulacji ogólnej odnoszącej się do kontroli przedsiębiorców nad unormowaniami szczegółowymi. Na uwagę zasługuje też propozycja, zgodnie z którą w razie sprzeczności ustawy szczególnej i u.s.d.g. należałoby zastosować normę korzystniejszą dla kontrolowanego[13].

W „Projekcie założeń" (s. 5-7) zaproponowano doprecyzowanie procedury, o której mowa w art. 105a ust. 7 uokik z 2007 r., tj. wszczęcia kontroli w sytuacji nieobecności kontrolowanego lub osoby przez niego upoważnionej w miejscu kontroli i w konsekwencji niemożności doręczenia tym osobom upoważnienia do przeprowadzenia kontroli i okazania legitymacji służbowej. Między innymi proponuje się, by pojęcie „pracownika kontrolowanego, który może być uznany za osobę, o której mowa w art. 97 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny" (tzw. osoby czynnej) zastąpić pojęciem „osoby obecnej w miejscu kontroli, będącej pracownikiem kontrolowanego lub wykonującej czynności na rzecz kontrolowanego". Zapomniano natomiast, że art. 105a ust. 7 uokik z 2007 r. to przepis w znacznym stopniu powielający rozwiązanie z art. 79a ust. 9 u.s.d.g. (oraz z art. 79 ust. 1 zdania ostatniego u.s.d.g.), operującego właśnie pojęciem „osoby czynnej". Wprowadzenie zmian do art. 105a ust. 7 uokik z 2007 r. przyniesie pożądany przez projektodawcę efekt tylko, jeśli przyjmiemy tezę o pierwszeństwie projektowanej ustawy przed u.s.d.g. W innym razie należałoby raczej zastanowić się nad zmianą art. 79a ust. 9 u.s.d.g. przy okazji najbliższej nowelizacji u.s.d.g. albo pomyśleć o zmianach w art. 105a ust. 7 uokik z 2007 r. jednocześnie z ustanowieniem kolejnego wyłączenia w u.s.d.g. dotyczącego kontroli w toku postępowania prowadzonego na podstawie przepisów uokik z 2007 r. (bo może okazać się, że art. 105a ust. 7 uokik z 2007 r. będzie miał zastosowanie tylko do kontrolowanych nie w zakresie działalności gospodarczej, a do pozostałych konieczne będzie stosowanie wyłącznie u.s.d.g.). Zwłaszcza projektodawca będący organem, który będzie następnie stosował ustanowione rozwiązania, powinien mieć na uwadze groźbę późniejszej konieczności sprawdzania *in casu concreto*, który przepis jest korzystniejszy dla kontrolowanego.

Z powyższych względów wybór techniki nowelizacji uokik z 2007 r. w zakresie przepisów o kontroli jest trudniejszy, niż na pierwszy rzut oka mogłoby się wydawać. W literaturze podkreśla się, że art. 77 ust. 1 u.s.d.g. stanowi wskazanie skierowane do ustawodawcy, który stoi na straży spójności systemu prawnego i nie powinien dopuszczać do sprzeczności przepisów u.s.d.g. i regulacji ustaw szczególnych[14]. Jeśli zatem ustawodawca popełnił błąd, „przepisując" w art. 105a ust. 7 uokik z 2007 r. przepisy u.s.d.g., to zamiast brnąć dalej w ten błąd, należałoby przy okazji projektowanej nowelizacji przeprowadzić „porządki" w tym zakresie. Jeśli pomyłką było zawarcie w art.

[9] W doktrynie wyrażono pogląd, że kontrola prowadzona w toku postępowania przed Prezesem UOKiK, co do zasady, podlega reżimowi u.s.d.g. od 7.03.2009 r. na mocy nowelizacji uokk dokonanej ustawą z 19.12.2008 r. o zmianie ustawy o swobodzie działalności gospodarczej oraz o zmianie niektórych innych ustaw; zob. B. Turno, *Komentarz do art. 105(l) ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*, LEX 2011.

[10] Np. M. Swora [w:] T. Skoczny, A. Jurkowska, D. Miąsik (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 1593; M. Sieradzka, *Komentarz do art. 77 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej*, LEX/el. 2012; B. Turno, *Komentarz*…, op. cit.

[11] Por. S. Szuster, *Komentarz do art. 77 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej*, LEX/el. 2005.

[12] S. Koroluk, *Komentarz do art. 77 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej*, LEX 2007.

[13] C. Banasiński, E. Piontek (red.), *Ustawa o ochronie*…, s. 916-917.

[14] *Ibidem.*

105l uokik z 2007 r. odesłania do u.s.d.g.[15], to jest okazja, by to skorygować, aczkolwiek w uzasadnieniu projektu ustawy należałoby objaśnić motywy zmiany tak, by nie została ona zrozumiana przez przedsiębiorców w ten sposób, że od chwili wejścia w życie ustawy nowelizującej uokik z 2007 r. przepisy u.s.d.g. o kontroli nie będą już miały zastosowania w ogóle do kontroli w toku postępowania prowadzonego na podstawie uokik.

Podobne rozważania można odnieść do propozycji dotyczącej **zażalenia na czynności przeszukania** wykraczające poza zakres przedmiotowy przeszukania lub inne czynności przeszukania podjęte z naruszeniem projektowanych przepisów o przeszukaniu, wraz z którą pojawia się zapowiedź rezygnacji z odesłania do u.s.d.g. w zakresie przysługującego przedsiębiorcy sprzeciwu wobec podjęcia i wykonywania przez organ kontroli czynności z naruszeniem określonych przepisów (s. 12 Projektu założeń). Powstaje pytanie, czy przedsiębiorcy nie zyskają przez tę „zamianę" (sprzeciwu na zażalenie) znacznie więcej, niż oczekiwali. Wszak sprzeciw może być wniesiony jedynie wobec podjęcia i wykonywania przez organy kontroli czynności z naruszeniem przepisów art. 79-79b, art. 80 ust. 1 i 2, art. 82 ust. 1 oraz art. 83 ust. 1 i 2 u.s.d.g., a spośród tych przepisów w przypadku kontroli w toku postępowania prowadzonego na podstawie przepisów uokik z 2007 r. *de facto* przedmiotem sprzeciwu może być jedynie podjęcie i wykonywanie czynności z naruszeniem przepisów art. 79a ust. 1 oraz 3-9 u.s.d.g.[16] I znowu rodzi się pytanie o technikę nowelizacji. W mojej ocenie owa „rezygnacja" z odesłania do u.s.d.g. w zakresie przysługującego przedsiębiorcy sprzeciwu nie powinna polegać na dodaniu na końcu art. 105l uokik z 2007 r. frazy w stylu: „z wyłączeniem art. 84c w zakresie czynności przeszukania". Rozważenia wymagałoby natomiast uzupełnienie art. 84d u.s.d.g. określającego, kiedy wniesienie sprzeciwu nie jest dopuszczalne. Skoro podstawowym argumentem za rezygnacją ze sprzeciwu w zakresie czynności przeszukania (zob. s. 7 Projektu założeń) jest fakt, że wniesienie sprzeciwu powoduje wstrzymanie czynności kontrolnych do czasu jego rozpatrzenia, rozważyć można jako jedno z możliwych rozwiązań wprowadzenie wyjątków od zasady z art. 84c ust. 5 u.s.d.g. w tym samym przepisie. Natomiast utrzymywanie stanu rzeczy, w którym część wyjątków od zasad kontroli określonych w 5 u.s.d.g. zawarto w tymże akcie prawnym, zaś dalsze wprowadza się ustawami szczególnymi, coraz bardziej komplikuje istniejący stan prawny.

III. Środki zaradcze

Projekt założeń przewiduje wprowadzenie do uokik z 2007 r. regulacji **tzw. środków zaradczych**, wzorowanej na rozwiązaniach wprowadzonych w rozporządzeniu Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu[17]. Sama idea tej zmiany zasługuje na aprobatę, natomiast osobną kwestią jest sposób, w jaki unijny wzór zostanie przeniesiony do polskiej ustawy.

Wydaje się, że najprostsze dla projektodawcy byłoby dodanie w dotychczasowym art. 10 uokik z 2007 r. („Prezes Urzędu wydaje decyzję o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję i nakazującą zaniechanie jej stosowania, jeżeli stwierdzi naruszenie zakazu określonego w art. 6 lub 9 ustawy lub art. 81 lub 82 Traktatu WE") regulacji analogicznej do przepisów art. 7 ust. 1 zd. 2-3 rozporządzenia nr 1/2003 („W tym celu Komisja może użyć wobec przedsiębiorstw środków zaradczych o charakterze

[15] Dało to zresztą impuls do rozważań, czy chodzi o stosowanie u.s.d.g. wprost czy może odpowiednio; por. B. Turno, *Komentarz*…, op. cit.

[16] B. Turno, *Komentarz*…, op. cit.

[17] Dz. Urz. WE z 4.01.2003 r., L 001, s. 1.

behawioralnym lub strukturalnym, proporcjonalnych do popełnionego naruszenia i koniecznych do jego skutecznego zakończenia. Środki strukturalne zastosować można jedynie, gdy nie istnieją równie skuteczne środki behawioralne lub gdy równie skuteczne środki behawioralne byłyby bardziej uciążliwe dla zainteresowanych przedsiębiorstw niż środki strukturalne"). Nasuwa się tu jednak kilka uwag. Po pierwsze, skoro Projekt założeń (s. 13) motywuje proponowaną zmianę interesem przedsiębiorców, którzy „niejednokrotnie zgłaszali potrzebę szczegółowego wskazania przez Prezesa UOKiK sposobu wykonania decyzji, ponieważ mieli wątpliwości jak ją wykonać, a obawiali się kary za jej niewykonanie", to nowa regulacja art. 10 uokik z 2007 r. powinna przewidywać obligatoryjne szczegółowe wskazywanie przez Prezesa UOKiK sposobu wykonania decyzji (a nie fakultatywne jak w regulacji unijnej, na co wskazuje użycie w niej frazy „Komisja może"). Można bowiem żywić obawę, że motywacja projektodawcy jest nieco przewrotna. W literaturze podkreśla się, że tzw. środki zaradcze, których obowiązek podjęcia jest nakładany na przedsiębiorców, to pewne nowe działania, które nie polegają na samym tylko prostym zaniechaniu dalszego stosowania antykonkurencyjnych praktyk[18]. Jeśli z nowej regulacji będzie wynikało, że Prezes UOKiK „może" zastosować tzw. środki zaradcze rozumiane tak jak w prawie unijnym, to zachodzi obawa, że opisane wyżej potrzeby przedsiębiorców nie będą zaspokojone. Prezes UOKiK i tak nie będzie miał obowiązku wyjaśnić sposobu zaniechania dalszego stosowania antykonkurencyjnych praktyk, ale będzie mógł nakładać na przedsiębiorcę obowiązek pewnych nowych działań, które nie polegają na samym tylko zaniechaniu praktyk (do czego obecnie nie ma podstawy prawnej). Oczywiście, poszerzenie kompetencji Prezesa UOKiK o możliwość stosowania tzw. środków zaradczych sprzyja skuteczności prawa ochrony konkurencji, dlatego zasługuje na poparcie. Jeśli jednak w Projekcie założeń stwierdza się, że „na wprowadzeniu tej instytucji najbardziej skorzystają strony postępowania", to przygotowując następnie propozycje brzmienia konkretnych przepisów, projektodawca powinien mieć na uwadze te korzyści dla stron postępowania, zwłaszcza że drugą stroną „medalu" będą nowe sankcje pieniężne (zob. s. 15 Projektu założeń).

Po drugie, przestrzec należy przed pokusą powielania unijnej terminologii. Język regulacji unijnych, krytykowany jako urzędniczy ponadnarodowy żargon, z reguły nie pozwala w prosty sposób przekładać się na polski język prawny[19]. „Środki zaradcze" to dosłowne tłumaczenie na język polski angielskiego rzeczownika *remedies*. Określenie to nie funkcjonowało w polskim języku prawnym, dopóki nie pojawiło się w szeregu aktów prawnych (głównie rozporządzeń) wskutek jego bezrefleksyjnego powielania z umów międzynarodowych czy unijnych aktów prawnych. Nie ma potrzeby wprowadzania nowego terminu do polskiego języka prawa antymonopolowego. Określenie „środki zaradcze" może funkcjonować w języku prawniczym, ale nie musi trafić do polskiego języka prawnego (języka prawa antymonopolowego), zwłaszcza że ów wierny przekład słowa *remedies* nie oddaje istoty „środków zaradczych". Sam projektodawca zdaje się dostrzegać ten problem, ponieważ wyjaśnia w Projekcie założeń (s. 14), że środki zaradcze mają służyć usunięciu skutków naruszenia i zapobiegać naruszeniom prawa konkurencji w przyszłości, natomiast nie są rodzajem kary, gdyż kary mają przede wszystkim charakter prewencyjno-represyjny. Owe środki zaradcze to nic innego jak rodzaj sankcji **prawnej** (w ujęciu realnym[20]). Faktycznie, zwykle nie będą one spełniały funkcji represyjnej. Nazwa „środki zaradcze" wskazywałaby jednak, że ich funkcją jest prewencja. „Zaradczy"

[18] M. Szydło, *Prawo konkurencji a regulacja sektorowa*, Oficyna (LEX) 2010.

[19] Por. K. Pawłowicz, *O niektórych skutkach „europeizacji" publicznego prawa gospodarczego*, Studia Iuridica 2008, tom XLVIII, s. 186; K. Koźmiński, *Ułomność języka prawnego a finistyczna skuteczność prawa,* [w:] T. Giaro (red.), *Skuteczność prawa*, Warszawa 2010, s. 73.

[20] Por. M. Lewicki, *Pojęcie sankcji prawnej w prawie administracyjnym*, Państwo i Prawo 2002, nr 8, s. 66.

to zgodnie ze słownikowym rozumieniem taki, który ma bądź może czemuś zaradzić, przeciwdziałać[21], czyli prewencyjny. Jednak nie mniej istotną funkcją tzw. środków zaradczych jest restytucja, czyli przywrócenie stanu poprzedniego, czy też stanu zgodnego z prawem (tak samo jak w przypadku samego nakazu zaniechania stosowania praktyki). Gdyby ustawodawca zdecydował się – mimo wszystko – na wprowadzenie w ustawie odrębnej nazwy dla sankcji, o których tu mowa, to nazwa „środki zaradcze" będzie odzwierciedlać jedynie jedną z funkcji tych sankcji, pomijając ich funkcję pierwszorzędną. To tak, jak gdyby kary pieniężne nazwać karami zaradczymi, bo przecież jedną z ich funkcji jest prewencja. Oczywiście, w tym „przerysowanym" przykładzie nazwa „kary zaradcze" nie miałaby tego atutu, który posiada określenie „środki zaradcze", mianowicie unijnej proweniencji.

W Projekcie założeń (s. 15) podkreślono, że „przedsiębiorca będzie zobowiązany do wykonania nałożonych na niego środków dopiero po uprawomocnieniu się decyzji, w której to Prezes UOKiK je nałożył". W tym miejscu nasuwa się pytanie o relację tej deklaracji do art. 90 uokik z 2007 r., zgodnie z którym Prezes UOKiK może nadać rygor natychmiastowej wykonalności decyzji w całości lub w części, jeżeli wymaga tego ochrona konkurencji lub ważny interes konsumentów. Trudno wyobrazić sobie, aby projektodawca zamierzał proponować zmianę art. 90 uokik z 2007 r. w ten sposób, że z zakresu jego zastosowania wyłączone zostaną rozstrzygnięcia dotyczące tzw. środków zaradczych. Jeśli istotnie projektodawca nie ma takiego zamiaru, to kategoryczne twierdzenia Projektu założeń – aby odzwierciedlały faktyczne intencje projektodawcy – winny być złagodzone choćby krótką wzmianką o możliwości nadania decyzji rygoru natychmiastowej wykonalności na ogólnych zasadach.

IV. Dobrowolne poddanie się karze

Inna propozycja projektodawcy zakłada wprowadzenie do uokik z 2007 r. instytucji **„dobrowolnego poddania się karze"**. I znowu sam pomysł zasługuje na aprobatę. Nowa instytucja umożliwiłaby stosowanie sankcji pieniężnych w sposób, który może przyczynić się do większej skuteczności prawa ochrony konkurencji. Przedsiębiorca w zamian za przyznanie się do stosowania zakazanej praktyki uzyskiwałby obniżenie wysokości kary pieniężnej. Natomiast zastrzeżenia budzi konstrukcja. Projektodawca chce wzorować się do pewnego stopnia na rozwiązaniach z zakresu procedury karnej lub karno-skarbowej, o czym zresztą świadczy już sama nazwa proponowanej nowej instytucji. Dobrowolne poddanie się karze bądź odpowiedzialności występuje jedynie w postępowaniach karnych, karno-skarbowych oraz dyscyplinarnych, ale nie w postępowaniach administracyjnych. Antymonopolowe „dobrowolne poddanie się karze" byłoby w prawie administracyjnym „prototypem". I tu rodzą się wątpliwości natury systemowej. Nie wydaje się prawidłowe recypowanie instytucji prawa karnego do prawa administracyjnego. Wskazane działy prawa posługują się różnymi metodami regulowania stosunków społecznych. Metoda kamistyczna polega na stosowaniu kary jako podstawowego środka oddziaływania[22], zaś kary pieniężne nakładane przez Prezesa UOKiK – niezależnie od sporu o ich charakter[23] – nie są podstawowym środkiem kształtowania praw czy obowiązków przedsiębiorców i w myśl przepisów uokik z 2007 r. są jedynie fakultatywne.

[21] Por. *Słownik języka polskiego. Tom III R-Z*, Warszawa 1993, s. 951.

[22] A. Stelmachowski, *Wstęp do teorii prawa cywilnego*, Warszawa 1984, s. 25 i nast.

[23] Np. M. Król-Bogomilska uważa, że mają one „ukryty", „zamaskowany", „zakamuflowany" kryminalnoprawny charakter; M. Król-Bogomilska, *Kary pieniężne w prawie antymonopolowym*, Warszawa 2001, s. 235, 249, 257.

Zastanawiać może, dlaczego projektodawca w przypadku „dobrowolnego poddania się karze" zachowuje się inaczej niż w przypadku „środków zaradczych". W Projekcie założeń operuje się angielskim określeniem *settlements*, którego nie tłumaczy się dosłownie, lecz szuka się odpowiednika wśród nazw funkcjonujących w polskim języku prawnym czy prawniczym oraz polskich instytucji, sięgając aż do działu prawa karnego. A przecież *settlement* to ugoda czy też umowa. Ale one są z natury instytucjami prawa prywatnego. Ugoda administracyjna uregulowana w Kodeksie postępowania administracyjnego[24] występuje tylko w jednym wariancie – może być zawarta jedynie pomiędzy stronami postępowania, a nie pomiędzy stroną (stronami) postępowania a prowadzącym je organem administracji publicznej (choć w przepisach uokik z 2007 r. o postępowaniu w sprawach praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, w którym to postępowaniu z natury występuje jedna strona postępowania, ustawodawca o tym zapomniał i w art. 102 zapisał, że w postępowaniu takim może być zawarta ugoda, jeżeli przemawia za tym charakter sprawy, a ugoda nie zmierza do obejścia prawa lub nie narusza interesu publicznego lub słusznego interesu konsumentów). Prace legislacyjne nad projektem ustawy – Przepisy ogólne prawa administracyjnego[25], która mogłaby rozwiązać omawiany problem za pomocą instytucji umowy administracyjnej, nie zostały zamknięte do końca VI kadencji Sejmu RP i projekt pozostał jedynie projektem historycznym wobec zastosowania zasady dyskontynuacji.

Skoro zatem polskie prawo administracyjne nie zna drugiego wariantu ugody (umowy) administracyjnej, to w polskim prawie pojawiają się różne rozwiązania, za pomocą których „obchodzi" się tę lukę. Tak jest, moim zdaniem, w przypadku decyzji zobowiązującej, o której mowa w art. 12 uokik z 2007 r., a przecież nie szukano dla tej instytucji żadnego odpowiednika w prawie karnym. Gdyby prawo polskie znało drugi wariant ugody (umowy) administracyjnej, to być może w tej formule uregulowano by decyzję z art. 12 uokik z 2007 r. W mojej ocenie, nawet przy braku takiej formuły, i tym razem możliwe jest wprowadzenie w uokik z 2007 r. kolejnej instytucji *sui generis* „porozumienia" pomiędzy przedsiębiorcą a Prezesem UOKiK co do sposobu załatwienia sprawy będącej przedmiotem postępowania, bez konieczności wprowadzania do uokik z 2007 r. terminologii karnistycznej rodzącej wątpliwości dotyczące zastosowanej metody regulacji stosunków społecznych.

Również szczegółowe rozwiązania w zakresie projektowanej instytucji wymagają kilku uwag. Analiza procedury (s. 17-18 Projektu założeń) nasuwa przypuszczenie, że projektowana instytucja może nie spotkać się z zainteresowaniem przedsiębiorców. Obniżenie kary pieniężnej w zamian za przyznanie się do zarzucanej praktyki sięgać miałoby jedynie 10%. Przedsiębiorcy, mając świadomość, jak często sądy uchylają bądź zmieniają decyzje Prezesa UOKiK, w tym także w zakresie samej wysokości kary pieniężnej nałożonej na stronę (strony), oraz wiedząc, że koszty procesowe w razie przegrania sprawy sądowej są niskie, a czas rozpatrywania spraw bardzo długi, mogą nie mieć motywacji do korzystania z projektowanej instytucji. Prosta kalkulacja doprowadzi przedsiębiorcę do wniosku, że jeśli w praktyce decyzja wydana wobec przedsiębiorcy, który korzysta z prawa do wniesienia odwołania od decyzji i apelacji od wyroku Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, uprawomocni się po ok. trzech latach, to bardziej będzie mu się opłacało przez te trzy lata obracać kwotą, którą musiałby w razie „porozumienia" z Prezesem UOKiK „wydać" od razu. A przy tym wciąż będzie miał szansę na sukces w sądzie. Wydaje się, że projektowana instytucja mogłaby zainteresować przedsiębiorców, którym zagrażać będzie niewysoka kara (tego rzędu, że poniesione honoraria

[24] Ustawa z 14.06.1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jednolity Dz.U. z 2000 r. Nr 98, poz. 1071, z późn. zm.

[25] Druk nr 3942.

na rzecz prawników byłyby zbyt wysokie w relacji do wysokości kary, co i tak nie dotyczy przedsiębiorców stale zatrudniających prawników), albo przedsiębiorców, w przypadku których szanse na obronę nie byłyby zbyt duże, np. w związku z dostarczeniem niezbitych dowodów zakazanego porozumienia przez jego uczestnika ubiegającego się o odstąpienie od nałożenia kary. Chociaż zauważyć należy, że w tym ostatnim przypadku to zapewne Prezes UOKiK nie będzie zainteresowany obniżeniem kary w zamian za przyznanie się do uczestnictwa w porozumieniu, a po drugie, również i w tego rodzaju sprawach zdarzają się „korekty" wysokości nałożonej kary pieniężnej w wyroku sądowym.

Reasumując, projektowana instytucja miałaby perspektywy szerszego zastosowania, gdyby Prezes UOKiK nie był związany 10%-owym limitem obniżenia kary pieniężnej, lecz mógł bardziej swobodnie „negocjować" wysokość kary z przedsiębiorcą (oczywiście, konieczne byłoby takie korzystanie z uznania, by projektowana instytucja nie umniejszała motywacji przedsiębiorców do ubiegania się o odstąpienie od nałożenia kary na podstawie art. 109 uokik z 2007 r.). Co więcej, projektowana regulacja powinna pozwalać Prezesowi UOKiK na większą swobodę w negocjowaniu treści „porozumienia" z przedsiębiorcą. Propozycje, o których mowa w Projekcie założeń, mogłyby obejmować pewne zobowiązania przedsiębiorcy (jak tzw. „środki zaradcze" czy jak zobowiązania z art. 12 uokik z 2007 r.), co z drugiej strony mogłoby wiązać się z dodatkową redukcją wysokości kary pieniężnej. Warto wskazać tu jako przykład do naśladowania możliwości czeskiego organu ochrony konkurencji, który w jednej z prowadzonych spraw wydał w rezultacie negocjacji z przedsiębiorcą decyzję i nałożył nią na przedsiębiorcę zredukowaną karę pieniężną oraz warunek naprawienia szkody dziesiątkom tysięcy poszkodowanych[26]. Polskie przepisy nawet po planowanej nowelizacji nie pozwalałyby na tak elastyczne i korzystne dla poszkodowanych, w tym konsumentów, zakończenie postępowania.

V. Odpowiedzialność osób fizycznych

Bardzo ważna jest z perspektywy skuteczności prawa ochrony konkurencji propozycja, by wprowadzić w uokik z 2007 r. **odpowiedzialność osób fizycznych** za „dopuszczenie" do naruszenia przez przedsiębiorcę zakazu praktyk ograniczających konkurencję (s. 22 Projektu założeń). Maksymalna wysokość kary pieniężnej dla osób fizycznych miałaby wynosić 500.000 euro.

Przy obliczaniu wysokości kary pod uwagę miałaby być brana indywidualna sytuacja danej osoby, w tym również jej zarobki. Zindywidualizowana w ten sposób kara miałaby zapewniać, że gorzej usytuowane materialnie osoby nie dostaną kary pieniężnej, której wykonanie mogłoby być dla nich zbyt dolegliwe lub wręcz niemożliwe. Powyższe zasady indywidualizacji kary pieniężnej budzą zastrzeżenia. I nie chodzi tu o sam fakt, że analogicznych zasad organ ochrony konkurencji nie powinien stosować przy nakładaniu kar pieniężnych na przedsiębiorców niebędących osobami fizycznymi, co potwierdza orzecznictwo[27]. Sytuacja finansowa karanego przedsiębiorcy nie może stanowić podstawy przy ustalaniu wysokości nałożonej kary. Uwzględnienie gorszej sytuacji finansowej przedsiębiorcy jako okoliczności łagodzącej, byłoby bowiem równoznaczne z przyznaniem nieuzasadnionej przewagi konkurencyjnej przedsiębiorcom gorzej przystosowanym do warunków rynkowych. Ale chodzi również o to, że nawet w nauce prawa karnego przyjmuje się, że trudna sytuacja materialna sprawcy nie może przesądzać o wysokości nałożonej grzywny[28]. Wreszcie, należy wziąć pod uwagę również

[26] *RWE Transgas will pay compensations for customers to settle the charges* http://www.compet.cz/en/competition/news-competition/rwe-transgas-will-pay-compensations-for-customers-to-settle-the-charges/ (ostatni dostęp 29.05.2012 r.).

[27] Por. np. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 21.04.2011 r., VI ACa 996/10.

[28] Por. V. Konarska-Wrzosek, *Projektowane zmiany w prawie karnym w zakresie kary grzywny i dyrektyw jej wymiaru*, Państwo i Prawo 2001, nr 5, s. 44 i nast.

doświadczenia praktyków, którzy niejednokrotnie obserwują zachowania np. dłużników alimentacyjnych pozorujących z powodzeniem swoją złą sytuację materialną. Rozwiązania ustawowe nie powinny do takich praktyk w najmniejszym stopniu zachęcać.

VI. Kary pieniężne

Projekt założeń przewiduje szereg zmian w przepisach dotyczących **kar pieniężnych**. W tym miejscu należy zaznaczyć, że niewłaściwe jest posługiwanie się w Projekcie założeń określeniem „przepisy karne" odnośnie do tych przepisów. Cała uokik z 2007 r. zawiera tylko jeden przepis karny – jest nim art. 114, wprowadzający wykroczenie, które polega na naruszeniu obowiązku udzielenia rzecznikowi konsumentów wyjaśnień i informacji będących przedmiotem wystąpienia rzecznika lub naruszeniu obowiązku ustosunkowania się do uwag i opinii rzecznika.

Większość z proponowanych zmian zasługuje na aprobatę. Mam natomiast wątpliwości co do proponowanej zmiany, zgodnie z którą w przypadku, jeżeli przedsiębiorca przed wydaniem decyzji nie dysponuje jeszcze danymi finansowymi niezbędnymi do ustalenia obrotu (obecnie przychodu) za rok obrotowy poprzedzający rok nałożenia kary, Prezes UOKiK miałby brać pod uwagę obrót osiągnięty przez przedsiębiorcę w roku ten rok poprzedzającym. Oczywiście, zrozumiała (choć nieujęta w Projekcie założeń) jest motywacja projektodawcy. Jako że przedsiębiorcy sporządzają swoje sprawozdania finansowe w okresie trzech miesięcy po zakończeniu danego roku obrotowego, Prezes UOKiK czasem nie jest w stanie zakończyć prowadzonego postępowania w ustawowym terminie, gdyż musi oczekiwać na dane finansowe niezbędne do określenia wymiaru kary pieniężnej. Wprowadzenie proponowanej zmiany rozwiązałoby omawianą trudność.

Zmiana taka wiązałaby się jednak z innymi problemami. Jeśli Prezes UOKiK byłby zobligowany oprzeć się o dane z przedostatniego zamkniętego roku obrotowego, przedsiębiorca mający świadomość wyższych obrotów w ostatnim zamkniętym roku obrotowym mógłby świadomie opóźniać opracowanie danych finansowych niezbędnych do ustalenia obrotu, byleby uzyskać wymiar kary w niższej wysokości. Dane te i tak w ustawowym terminie trafiają do organów podatkowych – jeśli nie od przedsiębiorcy, to od organu podatkowego mógłby je uzyskać Prezes UOKiK. Inna wątpliwość dotyczy kwestii równego traktowania przedsiębiorców w przypadku, gdy Prezes UOKiK prowadzi postępowanie przeciwko kilku przedsiębiorcom, spośród których niektórzy dysponują już danymi za poprzedni rok obrotowy, a inni jeszcze nie (a przy tym nie upłynął jeszcze termin na sporządzenie sprawozdania finansowego wynikający z przepisów o rachunkowości). Różna przychodowość stron w różnych latach może doprowadzić do wątpliwego zróżnicowania nałożonych na nie kar[29].

*

Krótki termin na zgłaszanie uwag[30] uniemożliwił mi szczegółowe odniesienie się do wszystkich propozycji zawartych w 30-stronicowym Projekcie założeń. Liczę jednak na to, że publikacja projektu ustawy nowelizującej da sposobność zgłaszania dalszych uwag – tym razem do samego projektu ustawy, a nie tylko do jego założeń.

[29] Por. rozważania Sądu Apelacyjnego w Warszawie odnośnie do różnicowania ułamków kary maksymalnej przypisanych poszczególnym uczestnikom zakazanego porozumienia czy kwestii związanych z uwzględnianiem przy wymiarze kary danych z innego roku obrotowego, niż gdyby Prezes UOKiK w ustawowym terminie kończył postępowanie w wyroku z 9.112010 r., VI ACa 383/10 i w wyroku z 12.05.2010 r., VI ACa 983/09. Zob. A. Piszcz, *Przegląd polskiego orzecznictwa antymonopolowego za lata 2010-2011 (cz. 1)*, internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny 2012, nr 1, s. 134-135.

[30] Uwagi należało zgłaszać Prezesowi UOKiK do 5.06.2012 r.

Szymon Syp*

Postulowane zmiany w prawie kontroli koncentracji – uwagi na tle propozycji Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

Spis treści:

I. Uwagi wstępne
II. Polityka konkurencji w latach 2011-2013 a kontrola koncentracji
III. Proponowane zmiany w prawie kontroli koncentracji
IV. Uwagi na tle proponowanych zmian
  1. Uwagi natury ogólnej
  2. Uwagi szczegółowe
V. Podsumowanie

Streszczenie:

Artykuł dotyka zagadnienia proponowanych założeń zmian w zakresie prawa kontroli koncentracji w Polsce. Z uwagi na fakt, że organ antymonopolowy – Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (UOKiK) oficjalnie zaprezentował główne założenia zmian, autor opisując podstawowe propozycje zmian konfrontuje je z dotychczas formułowanymi przez urzędników podczas oficjalnych konferencji kierunkami zmian w prawie kontroli koncentracji. Dodatkowo autor zestawia postulaty zmian z uprzednio opublikowaną przez organ antymonopolowy Polityką konkurencji w latach 2011-2013. Finalnie, uwzględniając pojawiające się głosy praktyki i nauki w aspekcie proponowanych zmian, autor podejmuje próbę oceny mocnych oraz słabych stron postulowanych rozwiązań. Na zakończenie zostanie przedstawiona ogólna ocena proponowanych zmian przez UOKiK.

Słowa kluczowe: Kontrola koncentracji, zmiany w prawie kontroli koncentracji, procedura kontroli koncentracji, polityka konkurencji

I. Uwagi wstępne

W związku z oficjalną publikacją przez Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (UOKiK) w dniu 15.05.2012 r. na stronie internetowej UOKiK Projektu założeń do ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów[1] (Projekt zmian)[2] warto odnieść się do zaproponowanych przez UOKiK zmian w li tylko jednym z aspektów działalności UOKiK – w zakresie kontroli koncentracji[3] – wskazując w szczególności na ich mocne oraz słabe strony. Warto również skonfrontować

* Prawnik w Kancelarii Yingke Varnai BWHS, doktorant stacjonarny w Zakładzie Prawa Międzynarodowego oraz Ochrony Konkurencji i Konsumenta w Szkole Głównej Handlowej.

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

[2] Projekt jest dostępny na stronie UOKiK: http://www.uokik.gov.pl/konsultacje_spoleczne3.php#faq1654.

[3] Por. Projekt zmian ss. 2-5.

postulowane zmiany z dotychczas formułowanymi przez UOKiK podczas różnych okazji kierunkami zmian w procesie badania koncentracji.[4]

Przedmiotem niniejszego artykułu będzie, na wstępie, syntetyczna analiza wybranych zagadnień polityki konkurencji w aspekcie kontroli koncentracji, a więc zasygnalizowanych kierunków zmian procesu kontroli zamiarów koncentracji zgłaszanych przez przedsiębiorców. Ponadto, zostaną zaprezentowane główne zmiany w prawie kontroli koncentracji ujęte w Projekcie zmian w zestawieniu z rozwinięciem niektórych zmian przekazanych w toku kilku konferencji a poczynionym przez urzędników UOKiK.

Zasadnicza część artykułu dotknie problematyki oceny proponowanych zmian z naukowego oraz praktycznego punktu widzenia, z uwzględnieniem dotychczasowych wypowiedzi przedstawicieli nauki oraz praktyki na łamach czasopism oraz prasy[5].

II. Polityka konkurencji a kontrola koncentracji

W opublikowanej w 2011 r. przez UOKiK Polityce konkurencji na lata 2011-2013[6] (Polityka konkurencji) zasygnalizowano postulowane zmiany przepisów prawa antymonopolowego w Polsce. Przy tym sporo miejsca poświęcono zagadnieniu kontroli koncentracji[7]. Jak wskazano w Polityce konkurencji: „kontrolowanie przez organ antymonopolowy połączeń pomiędzy przedsiębiorcami z roku na rok nabiera coraz większej wagi ze względu na to, że poziom koncentracji, z którym mamy już obecnie do czynienia, na wielu rynkach powoduje, że kolejne fuzje i przejęcia mogą prowadzić do istotnego ograniczenia konkurencji. W ostatnich latach systematycznie **zwiększa się liczba transakcji problematycznych**[8]**, które wymagają kompleksowej analizy, angażującej znaczne zasoby po stronie organu antymonopolowego** (podkreślenie własne)”[9].

W ramach systemowego podejścia do zagadnienia kontroli koncentracji i jej usprawnienia w Polityce konkurencji opisano, że zmiany będą dotyczyć następujących kwestii: opracowania zmian dotyczących możliwości wprowadzenia w Polsce dwufazowej procedury rozpatrywania koncentracji (tzw. działanie 1)[10], zwiększenia nacisku na inne, niż powstanie lub wzmocnienie pozycji dominującej, skutki koncentracji, przy jednoczesnym szerszym wykorzystaniu metod analizy ekonomicznej w praktyce oceny połączeń (tzw. działanie 2)[11], opracowania przez UOKiK wewnętrznych wytycznych

[4] Chodzi zwłaszcza o sygnalizowane zmiany podczas dwóch konferencji naukowych, które odbyły się w marcu 2012 r.: konferencji Koła Naukowego Ochrony Konkurencji i Konsumentów WPiA UW pt. Wybrane zagadnienia kontroli koncentracji, która odbyła się 27.03.2012 r., oraz konferencji UOKiK i Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego pt. Jak skutecznie chronić rynek – czas na zmiany w prawie?, która odbyła się 28.03. 2012 r.

[5] W dotychczasowych publikacjach znaleźć można kilka odniesień *explicite* do postulowanych zmian w zakresie kontroli koncentracji, por. M. Kolasiński, *Polityka kontroli koncentracji w Polsce – stan obecny i możliwe zmiany*, internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny 2012, 1(1), ss. 74-84; J. Giziński, J. Przybył, *Ocena propozycji zmian w prawie antymonopolowym*, publikacja dostępna na stronie internetowej: www.prawnik.pl; *Allen & Overy ocenia nowy reżim prawa konkurencji*, publikacja dostępna na stronie internetowej: www.prawnik.pl; S. Syp, *Planowane zmiany w prawie konkurencji – korekta czy rewolucja?* publikacja dostępna na stronie internetowej www.antitrust.pl; M. Sendrowicz, *Prawidłowo funkcjonujący rynek to wspólny cel UOKiK i przedsiębiorców*, Rzeczpospolita, wyd. z 24.04.2012 r.

[6] Publikacja dokumentu jest dostępna na stronie internetowej UOKiK http://www.uokik.gov.pl/publikacje.php?tag=2.

[7] Szerzej o wybranych problemach związanych z Polityką konkurencji w świetle Sprawozdania UOKiK za 2010 r. zob. S. Syp, *O świadomości i priorytetach w zakresie polityki konkurencji* http://www.antitrust.pl/2011/06/o-swiadomosci-i-priorytetach-w-zakresie-polityki-konkurencji-%E2%80%93-wybrane-problemy/.

[8] Jako przykład transakcji problematycznych posłużyć mogą dwie koncentracje zablokowane w 2011 r. przez UOKiK: Por. decyzja zakazująca koncentracji w sektorze energetycznym polegającej na przejęciu Energii przez Polską Grupę Energetyczną (decyzja Nr DKK – 1/2011 z dnia 13 stycznia 2011 r.) oraz decyzja zakazująca przejęcia przez NFI Empik spółki Merlin.pl (decyzja Nr DKK-12/2011 z dnia 3 lutego 2011 r.).

[9] Polityka konkurencji, s. 5.

[10] Polityka konkurencji, s. 33. Przy czym Polityka konkurencji zawiera jedynie informację o tym, iż UOKiK oceni możliwość wdrożenia postępowania dwufazowego w zakresie kontroli koncentracji, wzorując się przy tym na rozwiązaniach funkcjonujących na poziomie Unii Europejskiej (UE), tj. w ramach kontroli koncentracji dokonywanej przez Komisję Europejską czy w systemach prawnych innych państw członkowskich UE.

[11] Polityka konkurencji, s. 33. W tym kontekście stwierdzono, że: „przy ocenie zarówno bardziej skomplikowanych, jak i prostszych teorii ograniczenia konkurencji pomocne są narzędzia analizy ekonomicznej, pozwalające na formułowanie hipotez odnośnie do zachowania rynku oraz ich weryfikację. Często umożliwiają one precyzyjniejszą odpowiedź na pytanie o specyfikę konkurencji na danym rynku, czy też skutki dokonującego się na nim połączenia, niż oparcie się

dotyczących analiz zgłaszanych koncentracji (działanie 3)[12]. Wśród innych priorytetów dotyczących prawa kontroli koncentracji pokreślono konieczność zwiększenia wiedzy przedsiębiorców w zakresie działalności Prezesa UOKiK w dziedzinie kontroli koncentracji oraz badań rynku np. poprzez organizację konferencji[13] czy dystrybucję materiałów informacyjnych UOKiK.

W ocenie UOKiK Projekt zmian obejmować ma wszystkie obszary działania wskazane w Polityce konkurencji, zaś wprowadzenie postulowanych zmian ma w zamierzeniu stać się fundamentem polskiego prawa konkurencji[14].

III. Proponowane zmiany w prawie kontroli koncentracji

Celem Projektu zmian jest według UOKiK wdrożenie rozwiązań, które wzmocnią system ochrony konkurencji i konsumentów w Polsce i wpłyną m.in. na uproszczenie i skrócenie procedur w zakresie kontroli koncentracji wychodząc w tym miejscu naprzeciw licznym postulatom środowisk biznesowych, ale również usuną wątpliwości interpretacyjne występujące w dotychczasowych przepisach[15]. W efekcie zmiany mają przyczynić się do poprawy pozycji przedsiębiorców, zwiększą ich pewność prawną, natomiast przyśpieszenie procedury w zakresie kontroli koncentracji spowoduje, że „zainteresowane podmioty będą szybciej dysponować wiedzą na temat ich sytuacji prawnej" (np. możliwości przeprowadzenia danej transakcji – przyp. Sz.S.), co oczywiście znajdzie bezpośrednio przełożenie na prowadzoną przez przedsiębiorców działalność oraz politykę biznesową[16].

Wśród proponowanych zmian UOKiK proponuje co następuje:

1) wprowadzenie w zakresie kontroli koncentracji dwuetapowych postępowań, które będą wzorowane na rozwiązaniach stosowanych w prawie wspólnotowym (na bazie rozporządzenia nr 139/2004) i w innych państwach członkowskich Unii Europejskiej w celu zróżnicowania trybu postępowań i długości terminów ze względu na skutki planowanych koncentracji w sferze konkurencji i uwzględniając stopień ich skomplikowania (w ocenie UOKiK – wprowadzenie dwuetapowych postępowań ma na celu przede wszystkim przyśpieszenie postępowań w przypadkach niebudzących wątpliwości, przez co ma zostać zredukowany czas oczekiwania na decyzję w sprawie koncentracji wydawaną przez Prezesa UOKiK;

2) w wyniku wprowadzenia postępowań o których mowa powyżej, zasadą będzie zakończenie postępowania w sprawie koncentracji w terminie 1 miesiąca, jednakże nie wliczając w to okresów oczekiwania na dokonanie zgłoszenia przez pozostałych uczestników koncentracji, uzupełnienie braków lub informacji w zgłoszeniu zamiaru koncentracji, uiszczenia opłaty od wniosków o wszczęcie postępowania;

wyłącznie na dowodach jakościowych". W związku z tym w Polityce konkurencji sformułowano postulat dotyczący szerszego wykorzystania narzędzi analizy ekonomicznej w praktyce decyzyjnej UOKiK w zakresie kontroli koncentracji.

[12] Polityka konkurencji, s. 34. Wspomniane wytyczne będą miały charakter wewnętrzny i mają wskazywać, w jakich sytuacjach niezbędne będzie dokonanie określonych analiz, co będzie się wiązało również z pozyskaniem niezbędnych danych. Wynikiem opracowania wytycznych ma być w szczególności: usprawnienie procesu rozpatrywania koncentracji, a więc skrócenie czasu oczekiwania przedsiębiorców na decyzję, lepsza współpracy urzędników UOKiK z przedsiębiorcami w trakcie pozyskiwania dodatkowych informacji, uzyskanie lepszej gwarancji, że w przypadku każdej rozpatrywanej transakcji będą zastosowane wszystkie niezbędne analizy, oraz ułatwienie ewentualnego wprowadzenia dwufazowej procedury rozpatrywania koncentracji.

[13] Jako przykład podnoszenia świadomości z zakresu kontroli koncentracji posłużyć może zorganizowanie wspólnej konferencji przez UOKiK i Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego 28.03.2012 r. we Wrocławiu z licznym udziałem przedsiębiorców. Szerzej zob. E. Krajewska, *Jak skutecznie chronić rynek. Konferencja UOKiK i Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego*, internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny 2012, nr 1(1), s. 165 i n.

[14] Por. Projekt zmian, s. 1.

[15] Por. Projekt zmian, s. 1.

[16] Por. Projekt zmian, s. 2.

3) miesięczny termin zakończenia postępowania w sprawie koncentracji dotyczyłby spraw niebudzących większych wątpliwości ze strony UOKiK;

4) w sytuacji, gdy zgłoszony zamiar koncentracji budziłby wątpliwości co do skutków koncentracji na rynek, dana koncentracja byłaby szczególnie skomplikowana, przewiduje się możliwość przejścia do kolejnego etapu postępowania przez wydanie postanowienia o przedłużeniu terminu na jego zakończenie o 4 miesiące;

5) wprowadzenie w sprawach budzących wątpliwości – instytucji przedstawiania przedsiębiorcy zastrzeżeń do planowanej koncentracji, tak aby przedsiębiorca mógł przed wydaniem decyzji zapoznać się z zarzutami Prezesa UOKiK oraz ustosunkować się do nich;

6) wyeliminowanie obchodzenia przepisów ustawy poprzez dokonywanie transakcji wieloetapowych, tj. nabywanie przez przedsiębiorców w niewielkich odstępach czasu kolejnych stosunkowo niewielkich części mienia innego przedsiębiorcy lub jego kolejnych spółek zależnych, które to transakcje ze względu na mały obrót z uwagi na obrót realizowany przez części mienia bądź spółki, nie podlegają zgłoszeniu Prezesowi UOKiK (jeżeli przejęcie kontroli lub nabycie mienia przedsiębiorców należących do tej samej grupy kapitałowej następuje w okresie 2 lat, zgodnie z informacją urzędnika UOKiK)[17];

7) doprecyzowanie przepisu, na podstawie którego nie będzie podlegał wyłączeniu od zgłoszenia zamiar koncentracji następującej w toku postępowania upadłościowego polegający na nabyciu mienia konkurentów dokonywanego przez konkurentów;

8) wyłączenie spod kontroli UOKiK koncentracji polegających na połączeniu przedsiębiorców osiągających niewielki obrót na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej lub tworzeniu przez nich wspólnych przedsiębiorców (planowany próg obrotu *de minimis* to zgodnie z zapowiedzią urzędnika UOKiK – 10 mln euro[18]);

9) doprecyzowanie przepisów dotyczących zasad obliczania obrotu przedsiębiorców biorących udział w koncentracji, w szczególności, kiedy uczestnicy koncentracji sprawują wspólną kontrolę nad innymi przedsiębiorcami lub nad nimi samymi sprawowana jest wspólna kontrola, w takich przypadkach obrót współkontrolujących lub współkontrolowanych będzie również (proporcjonalnie do liczby przedsiębiorców sprawujących wspólną kontrolę) wliczany do obrotu uczestników koncentracji, co ma pozwolić na realną ocenę siły ekonomicznej przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji (*ergo* skutki rynkowe koncentracji), (tytułem przykładu wskazanego przez R. Kamińskiego (Dyrektora Departamentu Kontroli Koncentracji UOKiK) – jeśli udział kapitałowy spółki dominującej w spółce zależnej wynosi 50% uwzględniany na potrzeby zgłoszenia kontroli koncentracji będzie obrót na poziomie 50%)[19];

10) wprowadzenie możliwości utajnienia części sentencji decyzji Prezesa UOKiK wyrażającej warunkową zgodę na koncentrację – w zakresie dotyczącym terminu spełnienia warunków nałożonych na przedsiębiorcę, jeżeli ujawnienie tego terminu mogłoby poważnie naruszyć interes przedsiębiorcy.

[17] Por. E. Krajewska, *Wybrane zagadnienia kontroli koncentracji. Konferencja Koła Naukowego Ochrony Konkurencji i Konsumentów WPiA UW* , internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny 2012, nr 1(1) s. 161.

[18] Tamże.

[19] Por. E. Krajewska, *Jak skuteczniej chronić rynek*…, op. cit., s. 169.

IV. Uwagi na tle proponowanych zmian

1. Uwagi natury ogólnej

Zanim ustosunkuję się do zaprezentowanych powyżej postulowanych zmian w prawie kontroli koncentracji warto na wstępie poczynić kilka uwag natury ogólnej.

W pierwszej kolejności, brak jest w Projekcie zmian informacji o innych działaniach wynikających z Polityki konkurencji, które podjął czy zamierza podjąć UOKiK w zakresie kontroli koncentracji. W szczególności istotne są dwa działania wspomniane w Polityce konkurencji – szersze wykorzystanie metod analizy ekonomicznej w praktyce połączeń oraz opracowanie przez UOKiK wewnętrznych wytycznych dotyczących analiz zgłaszanych koncentracji. Z pewnością wartość dodaną stanowiłaby informacja o sposobie wykorzystania dodatkowych metod analizy ekonomicznej przez urzędników UOKiK oraz formuła w jakiej wykorzystanie nastąpi (czy daną koncentrację będzie badał obligatoryjnie ekonomista, prawnik oraz ekonomista?). Ponadto, wiadomością pożądaną byłaby taka, w której UOKiK informowałby o fakcie, iż równolegle do prac nad zmianami ustawy antymonopolowej, toczą się prace nad wewnętrznymi wytycznymi dotyczącymi analiz zgłaszanych koncentracji oraz w jaki sposób wytyczne te mogą wpłynąć na postępowanie w zakresie kontroli koncentracji, a tym samym na jego rzetelność, przejrzystość oraz szybkość. Z pewnością uzupełnienie postulatów zmian o, nawet mające charakter informacyjny, dwie kwestie podniesione powyżej, byłoby cenne z punktu widzenia przedsiębiorców oraz kompatybilne z postulatami zmian.

Po wtóre, podkreślenia wymaga fakt, iż zaprezentowany przez UOKiK Projekt zmian zawiera dosyć ogólne sformułowania (zapewne ze względu na to, iż są to jedynie założenia zmian). Niemniej można wymagać, aby Projekt zmian chociaż w sposób usystematyzowany i precyzyjny dotykał pewnych kwestii, a nie opisywał je w sposób generalny i miejscami niejasny (np. w opisie „przejęcia kontroli nad przedsiębiorcami nieosiągającymi wysokich obrotów RP powinny być wyłączone spod kontroli Urzędu" brak jest wyjaśnienia o jakie „wysokie obroty" może chodzić; czy też sformułowanie „nabywanie przez przedsiębiorców w niewielkich odstępach czasu kolejnych stosunkowo niewielkich części mienia innego przedsiębiorcy" nie wyjaśnia o jaki przedział czasowy może chodzić – 1 rok czy też 2 lata). W tym miejscu, warto byłoby postulować o precyzyjniejsze formułowanie założeń, aby uniknąć wątpliwości bądź niejasności w interpretacji „ducha" planowanych zmian oraz ich przełożenia na partykularne przepisy prawa.

Wreszcie wskazane byłoby, aby wraz z działaniami legislacyjnymi dotyczącymi zmian w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów przystąpić do zmian nad Wyjaśnieniami w sprawie kryteriów i procedury zgłaszania zamiaru koncentracji z 2010 r. (Wyjaśnienia)[20], które w związku ze zmianami przestaną być aktualne.

2. Uwagi szczegółowe

W stosunku do propozycji wprowadzenia w zakresie kontroli koncentracji procedury dwuetapowych postępowań, a więc zmiany polegającej na skróceniu czasu dla tzw. prostych koncentracji, uważam że należy ją ocenić pozytywnie[21]. Umożliwi ona bowiem skrócenie terminu postępowania dla spraw

[20] Wyjaśnienia dostępne są na stronie UOKiK: http://www.uokik.gov.pl.

[21] Tak też m.in. J. Giziński, J. Przybył, *op. cit.* Autorzy stwierdzają: „na pozytywną ocenę zasługuje proponowana zmiana procedury zgłoszenia zamiaru koncentracji, polegająca na wprowadzeniu dwuetapowych postępowań. Najbardziej korzystne jej elementy to skrócenie terminu załatwiania spraw niebudzących wątpliwości urzędu oraz wprowadzenie obowiązku przedstawienia zastrzeżeń urzędu w sprawach trudnych. Ich dotychczasowy brak uniemożliwiał *de facto* zaproponowanie przez przedsiębiorcę odpowiednich środków kompensujących negatywne skutki koncentracji dla rynku".

niebudzących wątpliwości – *ergo* zakończenie postępowania w terminie 1 miesiąca (dla porównania średni czas prowadzonych postępowań w sprawach koncentracji – wyniósł w 2011 r. 56 dni). Trudno zgodzić się z wyrażanymi głosami krytycznymi wskazującymi, że oczekiwane zmiany usprawnienia będzie trudno osiągnąć, jeżeli wspomniany termin nie będzie miał charakteru sztywnego i będzie mógł być przedłużany przez UOKiK bez ograniczeń[22]. Z pewnością zagwarantowanie sztywnego terminu 1 miesiąca, bez uwzględnienia możliwości tzw. niekompletności zgłoszenia zamiaru koncentracji po stronie przedsiębiorcy byłoby ryzykownym posunięciem ze strony UOKiK. Pozytywnie należy ocenić wymóg niewliczania okresów oczekiwania na dokonanie przez przedsiębiorców obowiązków formalnych związanych ze zgłoszeniem koncentracji (zgłoszenia przez pozostałych uczestników koncentracji, uzupełnienie braków lub informacji w zgłoszeniu, uiszczenia opłaty od wniosków o wszczęcie postępowania). Jednocześnie brakuje formalnego uregulowania rozwiązania, które wychodziłoby naprzeciw oczekiwaniom przedsiębiorców i prowadziłoby do przyśpieszenia postępowania. Mowa o konsultacjach na linii przedsiębiorca(y) zgłaszający zamiar koncentracji – urzędnik organu antymonopolowego przed złożeniem wniosku o wszczęcie postępowania, które usprawniłyby oraz usunęły wątpliwości po stronie zgłaszającego w zakresie dokumentów niezbędnych, które organ antymonopolowy wymaga od zgłaszającego. Kontakt przed oficjalnym złożeniem wniosku o wszczęcie postępowania stanowiłby krok do przodu na drodze usprawnienia samego postępowania[23]. Wyrazić więc można nadzieję, że szerzej wykorzystywana będzie możliwość konsultacji i rozmów dotyczących oczekiwanych dokumentów przez UOKiK z pełnomocnikami i przedstawicielami przedsiębiorców zgłaszających zamiar koncentracji.

Wprowadzenie instytucji przedstawienia przedsiębiorcy zastrzeżeń organu antymonopolowego w sprawach budzących wątpliwości należy ocenić pozytywnie[24]. Brak jest jednak informacji czy zastrzeżenia organu antymonopolowego przyjmą postać pisemną czy jedynie ustną, rozbudowaną czy skrótową, brak również informacji o tym jakich kwestii będą one dotyczyć (np. definicji rynku właściwego, udziałów rynkowych). W mojej ocenie warto rozważyć obligatoryjność odniesienia się przez organ antymonopolowy w zastrzeżeniach do ewentualnej analizy ekonomicznej zgłaszanej koncentracji, przygotowanej przez zgłaszającego[25].

Kontynuując wątek przyśpieszenia postępowania w sprawie kontroli koncentracji warto rozważyć wprowadzenie tzw. *fast track* (szybkiej ścieżki) dla odwołania od decyzji UOKiK zakazującej koncentracji[26]. Według mnie postulowanym rozwiązaniem byłoby wprowadzenie tzw. szybkiej ścieżki

[22] Tak M. Kolasiński, *op. cit.*, s.84.

[23] Krytycznie o braku tzw. prenotyfikacji również: J. Giziński, J. Przybył, *op. cit.* Stwierdzają oni jej słuszność w oparciu o doświadczenia w zakresie postępowania przed Komisją Europejską: „szkoda że w założeniach projektu brakuje polskiego odpowiednika unijnej procedury prenotyfikacji. Doświadczenie z postępowań przed Komisją Europejską wskazuje, że dzięki tej wstępnej weryfikacji wniosków, postępowania formalne są efektywne i często nie wymagają jakiegokolwiek uzupełnienia informacji lub dokumentów. Ponadto wstępna weryfikacja umożliwia przedsiębiorcom rezygnację z transakcji budzących duże wątpliwości Komisji, już na bardzo wczesnym etapie, bez konieczności wyrażenia formalnego zamiaru koncentracji (np. bez zawarcia umowy)."

[24] Podobnie M. Sendrowicz, *op. cit.* Autorka twierdzi, że „taki dokument pozwoli przedsiębiorcy nie tylko poznać punkt widzenia UOKiK na danym etapie sprawy, ale również stworzy mu sposobność do bardziej aktywnego uczestniczenia w postępowaniu koncentracyjnym poprzez przekazywanie wyjaśnień oraz analiz, które dotyczą wskazanych przez Urząd obszarów wątpliwości".

[25] Por. częściowo krytycznie o wprowadzeniu tej instytucji – M. Kolasiński, *op. cit.*, s. 84. M. Kolasiński wskazuje, że „dużo szersze uprawnienia proceduralne gwarantowane (są przedsiębiorcom – przyp. Sz.S.) aktualnie na gruncie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, jak i kodeksu postępowania administracyjnego, tylko nie są respektowane przez UOKiK.

[26] Analiza czasu potrzebnego na weryfikację przez Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (SOKiK) odwołania od decyzji zakazującej koncentrację we wszystkich 3 dotychczas rozpatrywanych przez SOKiK przypadkach nie nastraja optymistycznie. Wręcz krytycznie należy odnieść się do 1 roku 4 miesięcy potrzebnych do rozstrzygnięcia odwołania w sprawie PGE/Energa. Jeszcze gorzej przedstawia się harmonogram rozpatrzenia odwołań od decyzji Prezesa UOKiK złożonych przez Cogifer (1 rok i 6 miesięcy) oraz Orzeł Biały (aż 2 lata i 1 miesiąc). Wydaje się, że tak długie oczekiwanie na rozpatrzenie odwołania od decyzji prezes UOKiK *de facto* przekreśla dalszą drogę sądową (złożenie apelacji) tych spółek. Retorycznie bowiem zabrzmi pytanie z punktu widzenia prowadzącego biznes czy odwoływać się od decyzji zakazującej koncentracji skoro na wyrok w I instancji przychodzi czekać minimum 1 rok i 4 miesiące. W tym czasie zaistnieje przecież konieczność wstrzymania się do koncentracji, a sama fuzja czy przejęcie, zapewne w miarę upływu czasu, będzie traciła sens ekonomiczny.

rozpatrywania odwołań od decyzji zakazujących koncentracje uwzględniając specyfikę transakcji oraz samą istotę zakazu koncentracji (który bardzo mocno uderza w swobodę prowadzenia działalności gospodarczej przez przedsiębiorstwa). Taka szybka ścieżka powodowałaby, że decyzje zakazujące koncentracji rozpatrywane byłyby przez sąd (w I instancji) w określonym terminie np. 3 miesięcy, co wzmocniłoby sens odwołań oraz miałoby ekonomiczne uzasadnienie dla przeprowadzających transakcję.

Traktowanie przy obliczaniu obrotów dwóch lub więcej transakcji jako jednej koncentracji (jeżeli przejęcie kontroli lub nabycie mienia przedsiębiorców należących do tej samej grupy kapitałowej następuje w okresie 2 lat) w celu ominięcia obchodzenia przepisów dotyczących transakcji wieloetapowych jest zbytnim rozszerzeniem kompetencji w zakresie kontroli koncentracji UOKiK oraz może spowodować znaczne bariery i utrudnienia dla przedsiębiorców bez prawidłowego określenia przedziału czasowego, który będzie miał znaczenie dla łączenia obrotów transakcji. W mojej ocenie sugerowanym terminem łączenia dla celów liczenia obrotów wielu transakcji jest 1 rok[27].

W zakresie doprecyzowania przepisu, na podstawie którego nie podlega zgłoszeniu zamiar koncentracji następującej w toku postępowania upadłościowego i zlikwidowanie wyłączenia dotyczącego nabycia mienia konkurentów – należy ocenić negatywnie. Brak jest bowiem uzasadnienia ekonomicznego w zakazie dla konkurenta przejmowania (łączenia, nabycia) mienia innego konkurenta w toku postępowania upadłościowego. Rekomendowane byłoby pozostawienie dotychczasowego kształtu wyłączenia. W tym miejscu warto w uokik (bądź w Wyjaśnieniach) byłoby wprowadzić *sui generis* uprawnienie dla zgłaszającego koncentrację w zakresie możliwości skorzystania z doktryny upadającej firmy. Przesłanki doktryny można implementować z europejskiego prawa konkurencji: 1) przedsiębiorstwo, które podobno ma upaść, zostałoby w najbliższej przyszłości wyparte z rynku ze względu na trudności finansowe, jeśli nie zostałoby przejęte przez inne przedsiębiorstwo; 2) nie istnieje żadna inna mniej antykonkurencyjna alternatywa zakupu niż dana koncentracja; 3) gdyby nie doszło do koncentracji, aktywa upadającego przedsiębiorstwa nieuchronnie opuściłyby rynek).[28]

Z zadowoleniem należy przyjąć wyłączenie spod kontroli organu antymonopolowego koncentracji polegających na tworzeniu przez przedsiębiorców zagranicznych osiągających niewielkie obroty w Polsce spółek *joint venture.* Pozostaje jednak kwestia doprecyzowania niewielkich obrotów w Polsce, co może mieć decydujące znaczenie dla ilości zgłoszeń. Wydaje się, że próg 10 milionów euro może być zbyt mały i warto byłoby go zwiększyć. Postulowane byłoby zwiększenie obrotu *de minimis* z 10 mln euro do 20 mln euro w zakresie wyłączeń spod obowiązku zgłoszenia zamiaru przejęcia kontroli nad przedsiębiorcą jak i tworzenia *joint venture*[29].

Propozycja doprecyzowania zasad obliczania obrotu przedsiębiorców biorących udział w koncentracji, w szczególności, kiedy uczestnicy koncentracji sprawują wspólną kontrolę nad innymi przedsiębiorcami lub nad nimi samymi sprawowana jest wspólna kontrola należy ocenić sceptycznie, bowiem zmian ta może przełożyć się na zwiększenie trudności w obliczaniu obrotów przez przedsiębiorców a ponadto doprowadzić do wzrostu liczby zgłoszeń zamiaru koncentracji po stronie podmiotów

[27] Tak też M. Kolasiński, *op. cit.*, s. 83. Autor sugeruje stosunkowo krótki czas, a nie okres np. kilkuletni, wskazuje bowiem, że: „w przeciwnym razie przymusowym zgłoszeniem koncentracji objęte byłyby transakcje, które z założenia nie miały na celu ominięcie prawa, ale faktycznie były wynikiem decyzji biznesowych…".

[28] Por. szerzej S. Syp, *Doktryna upadającej firmy*, Państwo i Prawo, 2012 nr 5.

[29] Podobnie w przypadku obrotu *de minimis* w przypadku przejęcia kontroli – J. Giziński, J. Przybył, *op. cit.* Według nich „obecny próg 10 mln euro obrotu w Rzeczpospolitej Polskiej przedsiębiorcy przejmowanego w ostatnim roku obrotowym jest na tyle niski, że trudno wyobrazić sobie, by przejęcie kontroli nad tej wielkości podmiotem mogło prowadzić do istotnego ograniczenia konkurencji (może poza bardzo małymi rynkami lokalnymi, dla których jednak nawet obecne progi mogą być za wysokie)."

współkontrolujących. Konieczne w tym względzie będzie doprecyzowanie postulatu w celu usunięcia ryzyka nadmiernego wzrostu ilości zgłoszeń bez uwzględnienia realiów i wpływu na rynek[30].

Wreszcie wprowadzenie możliwości utajnienia części sentencji decyzji Prezesa UOKiK wyrażającej warunkową zgodę na koncentrację należy ocenić pozytywnie. Popieram w pełni w tym względzie pogląd wyrażony przez M. Sendrowicz, która stwierdziła, że: „jeżeli konkurenci wiedzą, do kiedy przedsiębiorca musi sprzedać składniki swojego majątku oraz wiedzą, co musi być przedmiotem sprzedaży, pozycja konkurencyjna sprzedającego wobec nabywców jest dramatycznie nierówna. Dlatego propozycja utajnienia tych fragmentów sentencji decyzji warunkowej byłaby w istocie bardzo dobrym rozwiązaniem”.[31]

V. Podsumowanie

Zaproponowane przez UOKiK postulaty zmian w uokik zawarte w Projekcie zmian w zakresie dotyczącym kontroli koncentracji oceniam bardzo pozytywnie. Taka jest również opinia większości komentatorów – praktyków oraz naukowców – zajmujących się prawem konkurencji.[32]Przede wszystkim decyzja o wprowadzeniu dwuetapowych postępowań w zakresie zgłoszenia zamiaru koncentracji powinna wpłynąć na szybsze oraz efektywniejsze rozpatrywanie spraw związanych z koncentracjami. Jednak wiele postulatów wymaga doprecyzowania na poziomie konkretnych artykułów, co pozwoli na precyzyjniejsze sformułowanie wynikających z nich konsekwencji dla przedsiębiorców zgłaszających koncentracje.

[30] Tak też M. Kolasiński, *op.cit*., s.83

[31] M. Sendrowicz, *op. cit*.

[32] Por.: J. Giziński, J. Przybył, *op. cit*.; M. Sendrowicz, *op. cit*.

Małgorzata Sieradzka*

Instrumenty ochrony konsumentów w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów z 2007 r. – potrzeba zmian?

Spis treści:

I. Wprowadzenie
II. Wpływ braku definicji zbiorowych interesów konsumentów na postępowanie w sprawach praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów
1. Pojęcie ,,zbiorowy interes konsumentów”
2. Poszukiwanie właściwej (odpowiedniej) definicji zbiorowych interesów konsumentów
III. Znaczenie decyzji zobowiązującej w postępowaniach w sprawach praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów
1. Istota decyzji zobowiązującej
2. Ocena propozycji wprowadzenia nowych obowiązków w decyzjach zobowiązujących
IV. Charakter prawny zawiadomienia dotyczącego podejrzenia stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów
V. Fikcja ugody w postępowaniu przed Prezesem UOKiK
VI. Terminy zakończenia postępowania w sprawach praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów
VII. Podsumowanie

Streszczenie:

Celem artykułu jest szczegółowe zaprezentowanie tych przepisów konsumenckich uokik z 2007 r., które wymagają pilnej zmiany oraz jej uzasadnienie. Pozwoli to udzielić odpowiedzi na pytanie, w jakim zakresie i jak szczegółowo powinna przebiegać zmiana przepisów konsumenckich w tej ustawie. Zwłaszcza, że główne założenia projektowanej nowelizacji nie zawierają zmian w zakresie materialnych i proceduralnych przepisów konsumenckich, a jedynie zaakcentowanie, iż zmiany w innych przepisach (co dotyczy także przepisów konsumenckich) mają na celu wyeliminowanie niespójności redakcyjnych i wątpliwości interpretacyjnych.

Słowa kluczowe: instrumenty ochrony konsumentów; zbiorowe interesy; praktyki

I. Wprowadzenie

Już ponad pięcioletni okres funkcjonowania ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z 2007 r. (uokik z 2007 r.) pozwala ocenić skuteczność jej przepisów. Zaangażowanie organu antymonopolowego w realizację celów ustawy, a także doświadczenie podmiotów ją stosujących pozwoliło wypracować stanowisko w zakresie potrzeby zmian jej przepisów. W tym przedmiocie jednak pojawia się zasadnicze pytanie, **jakie zmiany powinny zostać wprowadzone?** Nasuwa się także kolejne

* Dr nauk prawnych, adiunkt na Wydziale Prawa i Administracji Uczelni Łazarskiego w Warszawie, współpracownik Kancelarii Adwokackiej K. Wawrzaszek-Kosmalska.

pytanie – **jak głęboko powinna sięgać ingerencja?** Odpowiedź na postawione pytania wydawałaby się prosta, gdyby postulaty zmian, zgłaszane przecież przez różne podmioty, były tożsame. Tak jednak nie jest. Konieczne zatem staje się przedstawienie zmian zaproponowanych przez urząd antymonopolowy oraz dokonanie ich wnikliwej analizy.

Przedmiotem dalszych rozważań stanie się ocena zmian[1] przepisów konsumenckich[2]. Z uwagi na zawężenie przedmiotu artykułu wyłącznie do zmian przepisów konsumenckich niezbędne staje się poprzedzenie dalszych rozważań przedstawieniem celu ich rewizji. W Projekcie założeń projektu ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów[3] wskazuje się, że ,,Celem projektowanej nowelizacji ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów[4] jest wdrożenie rozwiązań wzmacniających polski system ochrony konkurencji i konsumentów, wpływających na większą skuteczność obecnie obowiązujących regulacji (…) oraz na uproszczenie i skrócenie procedur, zwłaszcza w zakresie kontroli koncentracji, jak również eliminujących wątpliwości interpretacyjne wynikłe w toku stosowania aktualnie funkcjonujących przepisów. Analiza efektywności instrumentów prawa antymonopolowego i ochrony konsumentów (…), dokonana na podstawie doświadczeń zebranych w toku 5 lat stosowania przepisów ww. ustawy, a także rozwój instytucji prawnych służących lepszemu działaniu prawa ochrony konkurencji w innych systemach prawnych, w szczególności w systemach prawnych państw członkowskich Unii Europejskiej, wskazują na potrzebę dokonania ww. nowelizacji".

Pomimo zaakcentowania potrzeby usunięcia wątpliwości interpretacyjnych wynikłych w toku stosowania aktualnie funkcjonujących przepisów, co dotyczy także ochrony konsumentów, szczegółowa analiza założeń mocno rozczarowuje. Zmiany bowiem nie tylko nie usuwają większości wątpliwości interpretacyjnych pojawiających się w czasie stosowania przepisów uokik z 2007 r., ale także nie uwzględniają kluczowych dla praktyki orzeczeń[5].

Biorąc pod uwagę *projekt założeń* oraz potrzebę wpływu na kształt przepisów konsumenckich, które powinny być objęte projektowaną nowelizacją uokik z 2007 r., konieczne staje się przedstawienie zmian pożądanych oraz uzasadnienie ich znaczenia dla skutecznej ochrony zbiorowych interesów konsumentów. Zmiany te mają znaczenie także dla przedsiębiorców, gdyż eliminują wątpliwości interpretacyjne i zapewniają większą transparentność przepisów prawnych .

II. Wpływ braku definicji zbiorowych interesów konsumentów na postępowania w sprawach praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów

1. Pojęcie ,,zbiorowy interes konsumentów"

Problemy definicyjne związane z wykładnią pojęcia ,,zbiorowe interesy konsumentów" oraz ,,godzenie w zbiorowe interesy konsumentów"[6] pozostają wciąż otwartą kwestią. Pomimo bowiem tego,

[1] Zmiany te zostały zaprezentowane w Opinii przygotowanej przez Grupę Roboczą CARS.

[2] Dla potrzeb artykułu posługuję się pojęciem przepisy konsumenckie, którym obejmuję materialne i procesowe przepisy uokik dotyczące ochrony zbiorowych interesów konsumentów.

[3] Opublikowane 15.05.2012 r. (dalej jako: Projekt założeń).

[4] Dz.U. Nr 50, poz. 331, z późn. zm. (dalej jako: uokik lub uokik z 2007 r.).

[5] M.in.: wyroku SN z 2.07.2009 r., III SK 10/09; wyroku SOKiK z 2.05.2009 r., XVII Ama 98/08; wyroku SA w Warszawie z 2.06.2010 r., VI ACa 1323/09; postanowienia NSA w Warszawie z 12.07.2011 r., II GSK 1035/11.

[6] Na temat wykładni pojęcia ,,godzenie w zbiorowe interesy konsumentów " zob. M. Sieradzka, *Glosa do wyroku SA w Warszawie z dnia 2 czerwca 2009 r., VI ACa 1323/09 – aprobująca*, LEX./el.

iż praktyka ukazuje trudności wynikające z braku definicji pojęcia ,,zbiorowy interes konsumentów", polski ustawodawca nie podejmuje kroków w kierunku uregulowania tej sytuacji. W prawie polskim nadal brak legalnej (normatywnej) definicji pojęcia ,,zbiorowy interes konsumentów".

Już na wstępie do dalszych rozważań należy negatywnie ocenić brak definicji zbiorowych interesów konsumentów. Z jednej strony pojawia się bowiem pytanie o skuteczną ochronę tych interesów, jeśli ustawa nie definiuje podmiotu chronionego. Z drugiej strony brak wykładni tego pojęcia utrudnia, czy wręcz uniemożliwia przedsiębiorcy ocenę, czy stosowana praktyka narusza indywidualne, grupowe, czy też zbiorowe interesy konsumentów, a w konsekwencji, czy podlega regulacjom uokik.

W art. 24 ust. 3 uokik z 2007 r. nie ma definicji zbiorowych interesów konsumentów. Wskazany przepis to w istocie definicja negatywna sprowadzająca się do wyłączenia „tego", co tym interesem nie jest. Omawiany przepis brzmi: „nie jest zbiorowym interesem konsumentów suma indywidualnych interesów konsumentów". Brak definicji zbiorowych interesów konsumentów wywołuje praktyczne trudności[7]. Organ antymonopolowy jest zobligowany w każdym przypadku wszczęcia postępowania w sprawach praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów wykazać, iż: 1) doszło do naruszenia (zagrożenia) tych interesów; 2) praktyka stosowana przez przedsiębiorcę (w rozumieniu przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów) jest bezprawna. Stwierdzenie naruszenia art. 24 ust. 1 i 2 uokik z 2007 r. wymaga kumulatywnego spełnienia powyższych przesłanek. Prezes UOKiK w każdej decyzji wydawanej w sprawach praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów akcentuje brak definicji pojęcia zbiorowych interesów konsumentów. Przy ustalaniu jego treści odwołuje się do orzecznictwa sądowego i poglądów doktryny. Prezes UOKiK jest zobligowany w każdym postępowaniu ustalać treść tego interesu. Poza tym pojawia się problem kwalifikacji interesu grupy (np. poszkodowanych, którzy zawarli umowę z dostawcą wody na określonym obszarze). Zarysowuje się zatem problem rozgraniczenia interesu grupy konsumentów, podlegającego ochronie na gruncie ustawy o dochodzeniu roszczeń w postępowaniu grupowym (roszczenia z tytułu złamania reguł konkurencji) od interesu zbiorowego, który w pewnych okolicznościach może obejmować interes grupy konsumentów.

2. Poszukiwanie właściwej (odpowiedniej) definicji zbiorowych interesów konsumentów

Podmiotem chronionym na gruncie prawa antymonopolowego jest konsument rozumiany abstrakcyjnie; zbiorowe interesy konsumentów nie stanowią bowiem sumy, a nawet wielokrotności interesów indywidualnych. Chodzi o interes zbiorowości, czyli nieograniczonej liczby podmiotów, których nie da się zidentyfikować. Bezprawne działania przedsiębiorcy dotykają zatem zbiorowości, ale – co z tego wynika – są w stanie dotknąć każdego członka tej zbiorowości. Cechą charakterystyczną zbiorowości konsumentów jest brak identyfikacji konsumentów – indywidualizacji adresata. Interes zbiorowy jest czymś więcej niż tylko interesem wielu konsumentów poszkodowanych wskutek stosowania przez przedsiębiorcę bezprawnych praktyk. W swoich publikacjach podkreślam konieczność zdefiniowania tego pojęcia, na potrzeby postępowań w sprawach praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów[8]. Zwłaszcza, że Prezes UOKiK korzysta wprost z tej definicji zbiorowych interesów

[7] Zob. również: decyzja Prezesa UOKiK z 20.12.2010 r., RWR 32/2010; decyzja Prezesa UOKiK z 20.12.2008 r. nr 33/2008, s. 24; decyzja Prezesa UOKiK z 20.12.2010 r. RBG 20/2010, s. 15; decyzja Prezesa UOKiK z 19.12.2011 r., RBG 26/2011); A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 541; D. Miąsik [w:] *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów pod* red. T. Skocznego, Warszawa 2009, s. 943-1059; C. Banasiński, E. Piontek, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów*. *Komentarz,* Warszawa 2009, s. 423

[8] Zob. M. Sieradzka, *Wykładnia pojęcia „zbiorowy interes konsumentów" na tle orzecznictwa*, Glosa 2008, Nr 3, s. 102, M. Sieradzka [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa*…, s. 645 i n.; M. Sieradzka, Glosa do wyroku SA w Warszawie z 2.06.2010 r., VI ACa 1323/09 – aprobująca, LEX./el., nr 127996.

konsumentów (np. decyzja z 16 lipca 2011 r. RWR nr 16/2011): ,,zbiorowy interes konsumentów (…) oznacza interes szerokiego kręgu (niezindywidualizowanych co do liczby i tożsamości) konsumentów – zarówno aktualnych, jak i potencjalnych – adresatów bezprawnych praktyk stosowanych przez przedsiębiorcę oraz interesy grupy konsumentów, która jest dostatecznie liczna i charakteryzuje się wspólną cechą”[9]. Za zasadnością prawnego zdefiniowania kategorii zbiorowych interesów konsumentów przemawia także definicja tych interesów zawarta w rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) z dnia 27 października 2004 r. nr 2006/2004 w sprawie współpracy między organami krajowymi odpowiedzialnymi za egzekwowanie przepisów prawa w zakresie ochrony konsumentów. Artykuł 3 lit. k) tego rozporządzenia definiuje zbiorowe interesy konsumentów jako ,,interesy pewnej liczby konsumentów, które doznały lub mogą doznać uszczerbku w wyniku naruszenia”.

Warto także pamiętać, że zmieniające się warunki obrotu gospodarczego, w tym pojawiające się nowe rodzaje naruszeń interesów konsumentów, wymuszają konieczność szerszego spojrzenia na problematykę praktyk godzących w zbiorowe interesy konsumentów[10]. Ich definiowanie nie może opierać się na sztywnych kryteriach (w postaci przesłanki nieograniczonego kręgu adresatów tych praktyk) niedostosowanych do zmieniających się warunków rynkowych. W wielu sytuacjach bowiem ocena bezprawnych praktyk przedsiębiorców, z uwagi na zasięg terytorialny, czy też charakter stosunku prawnego będzie utrudniona. Bowiem bezprawne praktyki przedsiębiorców mogą godzić w krąg, grupę podmiotów. Nie oznacza to jednak, iż nie mogą zostać zakwalifikowane jako praktyki godzące w zbiorowe interesy konsumentów. Adresatem praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów może bowiem stać się grupa konsumentów – kategoria lub zbiór konsumentów o pewnych cechach.

W związku z powyższym pozostawienie art. 24 ust. 3 uokik z 2007 r. w aktualnym kształcie definicji negatywnej należy ocenić krytycznie. Warto także pamiętać o konflikcie w interpretacji tego pojęcia, który zarysowuje się pomiędzy organem antymonopolowym a przedsiębiorcą w trakcie postępowania w sprawie stosowania praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów. Pożądane zatem staje się zamieszczenie w art. 24 ust. 3 ustawy definicji zbiorowego interesu konsumentów o treści: ,,Zbiorowy interes konsumentów oznacza interes szerokiego kręgu (niezindywidualizowanych co do liczby i tożsamości) konsumentów – zarówno aktualnych, jak i potencjalnych – adresatów bezprawnych praktyk stosowanych przez przedsiębiorcę oraz interesy grupy konsumentów, która jest dostatecznie liczna i charakteryzuje się wspólną cechą”.

III. Znaczenie decyzji zobowiązującej w postępowaniach w sprawach praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów

1. Istota decyzji zobowiązującej

W Projekcie założeń zauważa się potrzebę doprecyzowania przepisów dotyczących decyzji zobowiązaniowych (s. 28). Proponuje się, aby zobowiązania dotyczyły nie tylko zapobieżenia naruszeniom, lecz także obejmowały usunięcie skutków naruszeń. Poza tym optuje się za wprowadzeniem

[9] Zob.: M. Sieradzka, *Wykładnia pojęcia „zbiorowy interes konsumentów”*…, op. cit., s. 102; M. Sieradzka [w:] K.Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa*…, s. 645 i n.; M. Szydło, *Publicznoprawna ochrona zbiorowych interesów konsumentów*, MoP 2004, nr 17, s.791; D. Miąsik [w:] T. Skoczny, A. Jurkowska, D. Miąsik (red.), *Ustawa*…; C. Banasiński, E. Piątek (red.), *Ustawa*…. Zob. też: wyrok SN z 29.5.2001 r., I CKN 1217/98, OSN 2002/1, poz.13; wyrok SN z 28.1.2002 r. I CKN 112/99, OSNC 2002/11, poz.144; wyrok SN z 12.09.2003 r. I CKN 504/01, niepubl.; wyrok SN z 22.02.2004 r. , III SK 2/04, OSNP 2004/19, s.349; wyrok Sądu Antymonopolowego z 24.01.1991 r., XV Amr 8/90, Wokanda 1992, nr 2, s.39 i n.; decyzja Prezesa UOKiK z 6.3.2006 r. nr RGD-5/2006, Dz.UrzUOKiK z 2006/2, poz.61.

[10] Zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 02.06.2010 r., VI ACa 1323/09 oraz glosę do tego wyroku – M. Sieradzka, *Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego*….

możliwości nałożenia na przedsiębiorcę obowiązków publikacyjnych w decyzjach zobowiązaniowych w sprawach praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów (o czym poniżej). Projektowana nowelizacja nie uwzględnia jednak wszystkich pożądanych zmian, które powinny dotyczyć: 1) okoliczności branych pod uwagę przy wydawaniu decyzji zobowiązujących, 2) doprecyzowania ustępu 6 art. 28 uokik z 2007 r., poprzez dodanie wyrazu ,,albo zmienić"[11].

Możliwość wydania decyzji zobowiązującej jest specyficznym środkiem zmierzającym niejako do polubownego rozstrzygnięcia powstałego sporu[12]. *Ratio legis* art. 28 ust.1 ustawy stanowi, że jeżeli w toku postępowania w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów zostanie uprawdopodobnione – na podstawie okoliczności sprawy, informacji zawartych w zawiadomieniu, o którym mowa w art. 100 ust. 1, lub innych informacji będących podstawą wszczęcia postępowania – że przedsiębiorca stosuje praktykę, o której mowa w art. 24, a przedsiębiorca, któremu jest zarzucane naruszenie tego przepisu, zobowiąże się do podjęcia lub zaniechania określonych działań zmierzających do zapobieżenia tym naruszeniom, Prezes Urzędu może, w drodze decyzji, nałożyć obowiązek wykonania tych zobowiązań. W świetle powyższego przepisu wydaje się, że wystarczającą przesłanką wydania decyzji w oparciu o art. 28 uokik z 2007 r. jest zobowiązanie się przez przedsiębiorcę w trakcie postępowania do podjęcia lub zaniechania określonych działań zmierzających do zapobieżenia tym naruszeniom zbiorowych interesów konsumentów. Artykuł 28 ustawy nie zawiera przesłanek, którymi powinien kierować się Prezes UOKiK przy wydawaniu decyzji zobowiązującej. Tym samym wydanie decyzji zobowiązującej jest fakultatywne. **Czy zatem można przyjąć, że przy wydawaniu decyzji zobowiązującej Prezes UOKiK powinien kierować się jedynie gotowością współpracy zgłoszoną przez przedsiębiorcę [(przedsiębiorca zobowiąże się do (….)]**. Ustawodawca bowiem nie określił w art. 28 uokik z 2007 r. przesłanek, którymi powinien kierować się Prezes UOKiK przy jej wydawaniu. Należy jednak zwrócić uwagę na konstrukcję powołanego przepisu, w którym ustawodawca użył zwrotu ,,organ może w drodze decyzji (…)". Wskazana konstrukcja, to nic innego jak uznanie administracyjne, które przyznaje organowi administracji swobodę w wydaniu rozstrzygnięcia. Trzeba jednak pamiętać, że ,,owa" swoboda organu nie jest ograniczona – odbywa się bowiem w granicach prawa. Ramy prawne uznania zakreśla przepis art. 28 ust. 1 uokik z 2007 r., na podstawie którego Prezes UOKiK ocenia, czy istnieją podstawy do jego zastosowania. W związku z tym, że wskazany przepis, jako podstawa zakończenia postępowania jest wyjątkowo korzystny dla przedsiębiorcy (brak możliwości nałożenia kar pieniężnych, publikacji decyzji), organ antymonopolowy jest zobligowany do szczegółowego badania stanu faktycznego sprawy. Wydaje się zatem, że przy wydawaniu tej decyzji Prezes UOKiK nie może oprzeć się wyłącznie na gotowości współpracy przedsiębiorcy. Pod uwagę powinny być bowiem brane także stwierdzone nieprawidłowości, ich rodzaj i powszechność naruszeń. Może się bowiem zdarzyć, że pomimo gotowości współdziałania z organem antymonopolowym, z uwagi na inne okoliczności np. rodzaj stwierdzonych nieprawidłowości, ich powszechność, wydanie decyzji z art. 28 uokik z 2007 r. stanie się niecelowe. W związku z powyższym pożądane byłoby wskazanie okoliczności, które będą brane przez Prezesa UOKiK pod uwagę przy wydawaniu

[11] Na temat tej zmiany zob. szeroko J. Sroczyński, *Naruszenie zbiorowych interesów konsumentów: decyzja zobowiązująca (uwagi praktyczne oraz de lege ferenda),* iKAR 2010, 1(1).

[12] Tak uważa większość przedstawicieli doktryny; zob. m.in.: D. Miąsik [w:] T. Skoczny, A. Jurkowska, D. Miąsik (red.), *Ustawa*…, s. 735 in.; K. Mrzygłód: *Decyzja zobowiązująca w prawie konkurencji UE*, *cz. I i II,* Europejski Przegląd Sądowy 2010, Nr 2-3, s. 15; A. Gill, M. Swora, *Decyzja zobowiązująca jako metoda rozwiązywania sporów w postępowaniu przed Prezesem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów*, Kwartalnik Prawa Prywatnego 2005, Nr 3, s. 128; M. Sieradzka [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa*…, op. cit., s. 679 i n.; M. Szydło, *Publicznoprawna ochrona zbiorowych interesów konsumentów*, MoP 2004, Nr 17, s. 791 i n.; J. Sroczyński, *Naruszenie zbiorowych interesów konsumentów*…, op. cit., s. 101 i n.

decyzji zobowiązującej. Zwłaszcza, że obecna konstrukcja przepisu może nasuwać błędne przekonanie, że jedyną przesłanką do jej wydania jej gotowość przedsiębiorcy do współpracy z Prezesem UOKiK[13]. Zmiana konstrukcji art. 28 ust. 1 uokik z 2007 r. usunęłaby wątpliwości w tym zakresie i jednocześnie ograniczyłaby liczbę wnoszonych odwołań.

Na podstawie charakteru decyzji zobowiązującej możemy wyróżnić dyrektywy, którymi powinien kierować się (uwzględnić je) organ antymonopolowy przy jej wydawaniu. Należą do nich w szczególności: rodzaj stwierdzonych naruszeń, okoliczności naruszenia zbiorowych interesów konsumentów oraz gotowość współdziałania przedsiębiorcy.

W związku z powyższym pożądane byłoby dodanie ustępu 1a o treści **„Przy wydawaniu decyzji, o której mowa w art. 28 ust. 1, Prezes UOKiK powinien uwzględnić w szczególności: rodzaj stwierdzonych naruszeń, okoliczności naruszenia zbiorowych interesów konsumentów oraz gotowość współdziałania przedsiębiorcy".**

2. Ocena propozycji wprowadzenia nowych obowiązków w decyzjach zobowiązujących

Wydanie decyzji zobowiązującej do podjęcia określonych działań zmierzających do zapobieżenia naruszeniom zbiorowych interesów konsumentów jest bardzo korzystne dla przedsiębiorcy. Jej istotą jest ograniczenie do minimum obowiązków nakładanych na przedsiębiorcę. Prezes UOKiK nakłada bowiem w decyzji obowiązek wykonania określonych zobowiązań oraz składania w wyznaczonym terminie informacji o stopniu realizacji przyjętych zobowiązań[14]. W *Projekcie założeń* zauważa się potrzebę doprecyzowania przepisów dotyczących decyzji zobowiązaniowych (s. 28). Proponuje się, aby zobowiązania dotyczyły nie tylko zapobieżenia naruszeniom, lecz także usunięcia skutków naruszeń. Poza tym optuje się za wprowadzeniem możliwości nałożenia na przedsiębiorcę obowiązków publikacyjnych w decyzjach zobowiązaniowych w sprawach praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów. Biorąc pod uwagę podstawy wydania tej decyzji (przedstawione powyżej) oraz korzyści dla organu antymonopolowego i przedsiębiorcy wynikające z jej wydania, należy ocenić zmiany art. 28 uokik z 2007 r. proponowane przez UOKiK.

Już na wstępie warto wskazać, że ,,uznaniowość decyzji zobowiązującej nakłada na Prezesa UOKiK obowiązek uwzględnienia przepisu art. 1 ust. 1, który określa kwestię przeciwstawiania interesu publicznego i prywatnego"[15]. Wydanie decyzji zobowiązującej z art. 28 uokik z 2007 r. jest fakultatywne. **Czy zatem proponowana zmiana w kierunku ,,upodobnienia" decyzji zobowiązującej do innych decyzji wydawanych w postępowaniu w sprawach praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów jest potrzebna***?* Zanim udzielona zostanie odpowiedź warto wskazać pogląd J. Sroczyńskiego, który zauważa, iż ,,(…) korzystnym dla przedsiębiorcy efektem decyzji zobowiązującej jest wyłączenie, na podstawie art. 28 ust. 4 uokik z 2007 r., możliwości zastosowania przez Prezesa UOKiK dodatkowych środków o charakterze restytucyjnym, jakim jest nakaz usunięcia trwających skutków naruszenia zbiorowych interesów konsumentów oraz prewencyjno-edukacyjnym, jakim jest nakaz publikacji decyzji w całości lub części na koszt przedsiębiorcy". Odnosząc się do zaproponowanych zmian należy wskazać, że wprowadzenie w decyzji zobowiązującej zobowiązania w zakresie

[13] Wyrok SOKiK z 25.05.2009 r. XVII Ama 98/08, Dz.Urz.UOKiK 2009, nr 3, s.100.

[14] Zob. np. decyzję Prezesa UOKiK z 9.02.2007 r., nr RŁO 6/2007. Zob. także na temat decyzji z art. 28 ustawy: C. Banasiński I. Wesołowska, *Ochrona zbiorowych interesów konsumentów* [w:] C. Banasiński (red.), *Standardy wspólnotowe w polskim prawie ochrony konsumenta*, Warszawa 2004, s, 288; M. Sieradzka, *Komentarz do art. 28 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów,* LEX 2008/el.; A. Gill, M. Swora, *Decyzja zobowiązująca*…, s. 118 i n.

[15] Wskazują na to A. Gill, M. Swora, *Decyzja zobowiązująca*…, s. 131.

usunięcia skutków praktyki naruszającej zbiorowe interesy jest z punktu widzenia ochrony interesów konsumentów korzystną regulacją i przyczyni się do zwiększenia jej skuteczności. Natomiast stworzenie możliwości nałożenia przez Prezesa UOKiK na przedsiębiorcę obowiązków publikacyjnych w decyzjach zobowiązujących godzi w ich charakter. Bowiem nakaz publikacji decyzji w środkach masowego przekazu może stanowić dla przedsiębiorcy koszt porównywalny z karą pieniężną[16], której przecież nie orzeka się w decyzji zobowiązującej.

IV. Charakter prawny zawiadomienia dotyczącego podejrzenia stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów

Zawiadomienie ma charakter niewiążący, co znajduje potwierdzenie w rezygnacji z wszczynania postępowań antymonopolowych oraz w sprawach praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów na wniosek. Każdy może zgłosić Prezesowi UOKiK na piśmie zawiadomienie dotyczące podejrzenia stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów[17]. Jednak w uokik 2007 r. nie przepisu, który wyraźnie wskazuje na niewiążący charakter zawiadomienia. Zawiadomienie o podejrzeniu stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów ma charakter niewiążący, gdyż nie jest wnioskiem o wszczęcie postępowania antymonopolowego (instytucję wniosków o wszczęcie postępowania przewidywał art. 84 uokik z 2000 r.). Zawiadomienie jest swoistego rodzaju skargą, o określonej ustawowo treści. Organ antymonopolowy jest zobligowany rozpatrzyć zawiadomienie, jednak nie jest zobligowany do wszczęcia postępowania na jego podstawie (przychylenia się do stanowiska zawiadamiającego). „Rozpatrzenie zawiadomienia", o którym mowa w art. 86 ust. 4 uokik 2007 r., jest to przekazanie zawiadamiającemu na piśmie informacji sposobie jego rozpoznania wraz z uzasadnieniem, co powinno nastąpić w określonym terminie (art. 100 ust. 3 ustawy stanowi o odpowiednim stosowaniu przepisów dotyczących zawiadomienia zawartych w jej art. 86 ust. 2-4). Organ antymonopolowy ma obowiązek ustosunkować się do treści zawiadomienia. W wyniku rozpoznania zawiadomienia organ antymonopolowy może wszcząć postępowanie w sprawach praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, jeśli przekazane informacje w ocenie organu są wystarczające do jego zainicjowania. Jednak zawiadamiający, z uwagi na niewiążący charakter zawiadomienia, nie ma roszczenia o wszczęcie tego postępowania.

W celu zapewnienia jasności przepisu warto wskazać niewiążący charakter zawiadomienia dotyczącego podejrzenia stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów. Proponuję dodanie ust. 1a o treści: ,,**Zawiadomienie ma charakter niewiążący**".

W zakresie sposobu rozpatrzenia zawiadomienia dotyczącego podejrzenia stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów przepis art. 100 ust. 3 uokik z 2007 r. odsyła do art. 86 ust. 4 tej ustawy. Bezspornym jest fakt, iż zawiadomienie dotyczące podejrzenia stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów (art. 100 ust.1 uokik z 2007 r.) ma wyłącznie informacyjny charakter; skutki prawne informacyjnego charakteru zawiadomienia są takie same, jak skutki jego charakteru niewiążącego[18].

[16] Zob. decyzję Prezesa UOKiK nr RKR-25/2006, w której wskazuje się, iż nakaz publikacji w środkach masowego przekazu decyzji Prezesa UOKiK, choćby tylko w części, może stanowić dla przedsiębiorcy dolegliwość finansową porównywalną z wysokością kary pieniężnej, z uwagi na wysoki koszt ogłoszeń w popularnych mediach. Podaję za J. Sroczyński, *Naruszenie zbiorowych interesów…,* s. 100.

[17] Zob. art. 86 ust.1 i art. 100 ust.1 uokik z 2007 r.

[18] Tak również J. Baehr, J. Krüger, T. Kwieciński, M. Radwański, A. Stawicki, E. Stawicki, B. Turno, A. Wędrychowska-Karpińska, A. Wiercińska-Krużewska, A. Wierciński, *Komentarz do art. 86 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów,* LEX 2011.

Biorąc pod uwagę powyższe, istotne staje się ustalenie, czy zawiadamiającemu przysługują środki kontroli, w sytuacji, gdy Prezes UOKiK uzna, że treść zawiadomienia nie daje podstaw do wszczęcia postępowania antymonopolowego. Ustęp 4 art. 86 uokik z 2007 r. stanowi jedynie, że Prezes Urzędu przekazuje zgłaszającemu zawiadomienie, w terminie określonym w art. 35–37 k.p.a., informację na piśmie o sposobie rozpatrzenia zawiadomienia wraz z uzasadnieniem. Pojawia się zatem wątpliwość, jakiego charakteru jest pismo Prezesa UOKiK o zakończeniu postępowania wyjaśniającego w sprawie wstępnego ustalenia, czy nastąpiło naruszenie przepisów ustawy antymonopolowej. **Jak pokazuje praktyka stosowania ustawy przepis dotyczący przekazania informacji na piśmie o sposobie rozpatrzenia zawiadomienia wraz z uzasadnieniem wzbudza wątpliwości**[19]. Niezbędne staje się wyraźne wskazanie, że do informacji, o której mowa w art. 86 ust. 4 uokik z 2007 r. nie stosuje się przepisów ustawy Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi. Przekazanie zgłaszającemu informacji na piśmie o sposobie rozpatrzenia zawiadomienia wraz z uzasadnieniem ma bowiem jedynie czysto informacyjny charakter. Biorąc pod uwagę sposób wszczęcia postępowania w sprawach praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów (postępowanie jest wszczynane z urzędu) oraz brak statusu strony zawiadamiającego o podejrzeniu stosowania praktyk ograniczających konkurencję, należy jednoznacznie przyjąć, że informacja Prezesa UOKiK nie dotyczy uprawnień i obowiązków wynikających z przepisów prawa. Brak wiążącego charakteru zawiadomienia składanego na podstawie art. 100 ust.1 uokik z 2007 r. oznacza brak konieczności wszczynania przez Prezesa UOKiK postępowania w sprawie stosowania praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów, na podstawie informacji zawartych w zawiadomieniu. Bowiem w żadnym razie skargi na pismo Prezesa UOKiK, w przedmiocie informacji o zakończeniu postępowania wyjaśniającego w sprawie ustalenia, czy nastąpiło naruszenie prawa o ochronie konkurencji i konsumentów, nie można traktować jako skargi na bezczynność[20].

W związku z powyższym proponuję zamieszczenie w art. 86 uokik z 2007 r. przepisu wyłączającego kontrolę administracyjną nad pismem Prezesa UOKiK informującym o zakończeniu postępowania wyjaśniającego w sprawie ustalenia, czy nastąpiło naruszenie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Proponuję dodanie ust. 5 o treści: ,,**Informacja o sposobie rozpatrzenia zawiadomienia o podejrzeniu stosowania praktyk ograniczających konkurencję nie jest innym aktem lub czynnością z zakresu administracji publicznej w rozumieniu art. 3 § 2 pkt 4 ustawy Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi**".

V. Fikcja ugody w postępowaniu przed Prezesem UOKiK

W postępowaniu przed Prezesem UOKiK nie może być zawarta ugoda. Funkcjonowanie przepisu art. 102 uokik z 2007 r. wprowadza w błąd, co do możliwości jej zawarcia przed organem antymonopolowym. Aktualny kształt przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów dotyczących wszczynania postępowań w sprawach praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów wyklucza możliwość zawarcia ugody.

Zmiana sposobu wszczynania postępowań w sprawach antymonopolowych oraz w sprawach praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów (rezygnacja z instytucji wniosku o wszczęcie postępowania) wyklucza dopuszczalność zawarcia ugody, zatem przepis nie znajduje zastosowania

[19] Zob. wyrok NSA w Warszawie z 12.07.2011 r., II GSK 1035/11.

[20] *Ibidem*. Zob. także szeroko na ten temat M. Sieradzka, *Glosa do wyroku NSA w Warszawie z dnia 12 lipca 2011 r., II GSK 1035/11*- LEX./el.

w praktyce. Postępowanie z urzędu wyklucza dopuszczalność zawarcia ugody. Stroną postępowania w sprawach praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów jest bowiem organ antymonopolowy i przedsiębiorca (art. 101 uokik z 2007 r.). Tym samym przepis art. 102 ustawy o treści: ,,W postępowaniu w sprawach praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów może być zawarta ugoda, jeżeli przemawia za tym charakter sprawy, a ugoda nie zmierza do obejścia prawa lub nie narusza interesu publicznego lub słusznego interesu konsumentów" należy usunąć.

Za uchyleniem możliwości zawarcia ugody w sprawach praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów opowiada się także UOKiK wskazując, iż ,,przepis dotyczący ugody nie ma zastosowania, istotą ugody administracyjnej jest bowiem występowanie sporu pomiędzy co najmniej dwoma stronami postępowania (…)[21]".

VI. Terminy zakończenia postępowania w sprawach praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów

Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów z 2007 r. określa terminy zakończenia postępowania w sprawie stosowania praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów, które uzależniono od stopnia skomplikowania sprawy. Postępowanie powinno zakończyć się nie później niż w ciągu dwóch miesięcy, a w sprawie szczególnie skomplikowanej – nie później niż w ciągu trzech miesięcy od dnia wszczęcia postępowania w sprawie praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów. Jak pokazuje praktyka stosowania ustawy postępowania w sprawach praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów są coraz bardziej skomplikowane. Organ antymonopolowy jest nierzadko zobligowany do przeanalizowania szeregu dowodów, a jak wiadomo proces gromadzenia materiału dowodowego wymaga czasu. Jeśli wydłużenie terminów zakończenia tego postępowania wpłynie na efektywność postępowań oraz skuteczność ochrony zbiorowych interesów konsumentów, to projekt zmian w tym zakresie zasługuje na uwzględnienie. UOKiK proponuje wydłużenie postępowania w stosunku do obowiązujących terminów o dwa miesiące. Według projektu założeń ,,postępowanie sprawie stosowania praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów powinno zakończyć się nie później niż w ciągu czterech miesięcy, a w sprawie szczególnie skomplikowanej – nie później niż w ciągu pięciu miesięcy od dnia wszczęcia postępowania w sprawie praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów".

Uzasadnienie dla wydłużenia terminów zakończenia postępowania w sprawach praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów znajdujemy również w przepisach dotyczących terminów zakończenia postępowań w sprawach praktyk ograniczających konkurencję. Zatem zmiana w tym zakresie niejako dostosuje terminy zakończenia postępowań w sprawach praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów do terminów obowiązujących w sprawach praktyk ograniczających konkurencję – co słusznie podkreśla UOKiK.

VII. Podsumowanie

Przegląd zmian przepisów konsumenckich proponowanych w nowelizacji pozwala stwierdzić, że nie są one wystarczające. Zapewnienie skutecznej i efektywnej ochrony zbiorowych interesów konsumentów wymaga dokonania pilnych zmian i to w zakresie wykraczającym poza proponowane

[21] Projekt założeń…, s. 29-30.

przez UOKiK. Zwłaszcza, że pięcioletni okres funkcjonowania uokik z 2007 r. umożliwia dokonanie identyfikacji tych przepisów, które wywołują wątpliwości interpretacyjne (art. 28, art. 100 ust.1), w ogóle nie są stosowane (art. 102), czy też których wprowadzenie zwiększy skuteczność ochrony zbiorowych interesów konsumentów (zobowiązanie do usunięcia skutków naruszeń, wydłużenie terminów prowadzenia postępowań w sprawach praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów). Jednak kluczową i najważniejszą zmianą, która została całkowicie pominięta w proponowanej nowelizacji, staje się zamieszczenie definicji zbiorowych interesów konsumentów. Z uwagi na to, że ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów obejmuje protekcją zbiorowe interesy konsumentów, a ochrona tych interesów jest podejmowana w celu publicznym, brak zamieszczenia definicji zbiorowych interesów konsumentów należy ocenić negatywnie. Ustawa określając zasady i tryb przeciwdziałania praktykom naruszającym zbiorowe interesy konsumentów powinna zawierać definicję podmiotu chronionego.

Pozostaje zatem wierzyć, że zaproponowane powyżej zmiany przepisów konsumenckich uokik z 2007 r. zostaną uwzględnione na dalszym etapie prac, a wypracowane w tym zakresie wspólne stanowisko pozwoli skuteczniej i efektywniej chronić zbiorowe interesy konsumentów przed praktykami przedsiębiorców.

Dominik Wolski*

Wybrane zagadnienia z zakresu wydawania i realizacji decyzji udzielających warunkowej zgody na dokonanie koncentracji przedsiębiorców

Spis treści:

I. Wprowadzenie
II. Podstawa i tryb wydawania decyzji warunkowych w sprawie koncentracji przedsiębiorców
III. Warunki nakładane przez organ antymonopolowy
IV. Realizacja warunku nałożonego przez organ antymonopolowy
V. Podsumowanie

Streszczenie:

Artykuł prezentuje wybrane aspekty z zakresu wydawania i realizacji decyzji udzielających warunkowej zgody na dokonanie koncentracji przedsiębiorców. Ten rodzaj decyzji organu antymonopolowego, choć pojawiający się stosunkowo rzadko w praktyce orzeczniczej, jest jednak szczególnie interesujący. Dlatego też w artykule omówione zostały zagadnienia dotyczące rodzaju warunków (zobowiązań) nakładanych na przedsiębiorcę przez organ antymonopolowy, w tym kryteria, jakimi kieruje się Prezes UOKiK przy ustalaniu warunku lub zobowiązania. Przeanalizowany został także problem podmiotu uprawnionego do zaproponowania warunku i jego rodzaju, a także zakresu, w jakim propozycja ta winna być wiążąca. W ostatniej części zawarte zostały uwagi dotyczące odpowiedzialności przedsiębiorcy z tytułu realizacji warunku, a w szczególności zasady, o jaką odpowiedzialność ta winna być oparta.

Słowa kluczowe: koncentracje przedsiębiorców, decyzja warunkowa, warunki, zobowiązania, kryteria, praktyka orzecznicza, realizacja warunku, odpowiedzialność, sankcje

I. Uwagi wprowadzające

Na rynku występuje wiele transakcji dokonywanych przez przedsiębiorców, które polegają na: połączeniu się z innym przedsiębiorcą (*merger*), przejęciu innego przedsiębiorcy (*acquisition*) lub nabyciu określonych składników czy praw majątkowych od innego przedsiębiorcy. Nierzadko, w szczególności w literaturze fachowej, przedsięwzięcia tego rodzaju dzielone są dychotomicznie na transakcje dokonywane na udziałach (*share deal*) oraz na składnikach majątku (*asset deal*). Jeżeli planowana przez przedsiębiorców transakcja spełnia kryteria wskazane w art. 13 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów,[1] nie korzystając równocześnie z wyłączeń wskazanych w art. 14 tej ustawy, to przedsiębiorca występujący po aktywnej stronie transakcji zobowiązany jest zgłosić zamiar koncentracji i przed jej dokonaniem[2] uzyskać zgodę Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Prezes

* Doktor nauk prawnych, *in house lawyer*; zajmuje się prawem ochrony konkurencji, w tym z zakresu kontroli koncentracji. Adres e-mail: wolski_d@yahoo.pl.

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

[2] Podmiotem zobowiązanym do zgłoszenia przedmiotowego zamiaru jest aktywny uczestnik koncentracji (np. podmiot zamierzający przejąć kontrolę nad innym przedsiębiorcą). Polska ustawa podobnie jak prawo unijne przyjęła koncepcję kontroli dokonywanej *ex ante* (przed dokonaniem koncentracji objętej

UOKiK). W następstwie złożonego wniosku Prezes UOKiK przeprowadza ocenę wpływu planowanej koncentracji na wyznaczony rynek właściwy i wydaje decyzję, w której wyraża zgodę na dokonanie koncentracji (art. 18 uokik) lub jej odmawia i w konsekwencji zakazuje dokonania koncentracji (art. 20 uokik). Przesłanką ewentualnej odmowy jest ustalenie w ramach postępowania toczącego się na skutek zgłoszonego zamiaru koncentracji, iż w jej wyniku może dojść do istotnego ograniczenia konkurencji na rynku, w szczególności poprzez powstanie lub umocnienie pozycji dominującej[3]. Poza wymienionymi wcześniej dwiema możliwościami, sprowadzającymi się do udzielenia zgody na koncentrację lub do jej odmowy, ustawodawca przewidział także rozwiązanie, które może być uznane za rodzaj swoistego „kompromisu". Sprowadza się ono do możliwości udzielenia zgody na dokonanie koncentracji o charakterze warunkowym (art. 19 uokik). Wspomniany „kompromis" polega w tym przypadku na tym, iż przedsiębiorca uzyskuje wprawdzie możliwość dokonania koncentracji, jednak jego pierwotny zamiar ujęty w zgłoszeniu dokonanym na podstawie art. 13 uokik zostaje zmodyfikowany poprzez nałożenie warunku, którego realizacja pozwoli na uniknięcie możliwego, antykonkurencyjnego skutku. Podstawową przesłanką wyrażenia zgody warunkowej jest zatem fakt, iż w następstwie wykonania warunku konkurencja na rynku nie zostanie istotnie ograniczona, w szczególności poprzez powstanie lub umocnienie pozycji dominującej. Jak wskazuje dorobek orzeczniczy polskiego organu antymonopolowego przypadki, w których Prezes UOKiK korzysta z możliwości wydania decyzji warunkowej nie należą może do bardzo częstych, ale mają dość istotne znaczenie z uwagi na to, iż z reguły dotyczą przedsiębiorstw posiadających znaczącą pozycję rynkową[4].

Wydaje się kwestią bezsporną, iż nałożenie na przedsiębiorcę określonego rodzaju warunków (zobowiązań)[5] wymaga przeprowadzenia przez organ antymonopolowy nie tylko analizy prawnej, ale przede wszystkim analizy ekonomicznej w zakresie skutków, jakie może wywołać zgłaszana koncentracja na wyznaczonym rynku właściwym. Organ proponując warunek powinien uprzednio przeanalizować zarówno konsekwencje przeprowadzenia koncentracji, jak i możliwości realizacji nałożonych na przedsiębiorcę warunków w ramach określonych uwarunkowań panujących na rynku. Na tym tle, ale także w świetle wymagań stawianych przez obowiązujące przepisy oraz na kanwie dotychczasowej praktyki orzeczniczej Prezesa UOKiK, pojawia się szereg interesujących zagadnień. Dotyczą one zarówno etapu poprzedzającego wydanie decyzji warunkowej (postępowania w sprawie koncentracji przedsiębiorców), jak również fazy realizacji przez przedsiębiorcę decyzji wydanej na podstawie art. 19 uokik. Spośród tych zagadnień przykładowo wymienić można tryb, w jakim ustalany jest warunek, który następnie znajduje się w decyzji, rodzaje nakładanych przez organ

zgłoszeniem). Zob. m.in. T. Skoczny [w:] A. Jurkowska, D. Miąsik, T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów, Komentarz*, Warszawa 2009, s. 758; C. Bansiński, E. Piontek (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów, Komentarz*, Warszawa 2009, s. 322; P. Sobolewski, *Koncentracje przedsiębiorców we wspólnotowym prawie konkurencji*, Przegląd Prawa Handlowego nr 7/2007, s. 32; I.B. Nestoruk, *Kontrola koncentracji w prawie antymonopolowym – obowiązek zgłoszenia zamiaru koncentracji*, Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego nr 9/2008, s. 13.

[3] Wskazuje się jednak, co ma pewne znaczenie także w kontekście dalszych rozważań zawartych w niniejszym artykule, iż pojęcie „istotnego ograniczenia konkurencji" jest niedookreślone i zostaje doprecyzowane w każdym stanie faktycznym indywidulanie (C. Banasiński, E. Piontek (red.), *Ustawa* …, s. 358). Skutkuje to przyznaniem Prezesowi UOKiK dość dużej swobody w zakresie wyrażenia zgody na koncentrację lub jej odmowy.

[4] Zob. *Warunkowa zgoda w branży farmaceutycznej*, 26.03.2012, http://uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=3327. W wymienionym tam okresie warunkowy charakter miały m.in. decyzje Prezesa UOKiK w następujących sprawach: 26.03.2012, DKK 23/2012 (Zakłady Farmaceutyczne Polfarma S.A.); 27.10.2011, DKK 128/2011 (Eurocash S.A.); 5.09.2011, DKK 101/11 (UPC Polska sp. z o.o.); 28.06.2011, DKK 70/11 (Fresenius Medical Care Beteiligungsgesellschaft mbH); 12.07.2010, DKK 64/10 (Unibail-Rodamco SE); 25.02.2009, DKK 9/09 (Agros Nova sp. z o.o.); 24.09.2008, DKK 76/2008 (Jeronimo Martins Dystrybucja S.A.); 20.06.2008, DKK 49/08 (Multikino S.A.); 28.06.2007, DOK 86/2007 (Carrefour Nederland B.V.); 5.06.2007, DOK 71/07 (CRH Deutschland GmbH); 3.10.2006, DOK 116/06 (PCC Aktiengesellschaft); 30.09.2005, DOK 123/05 (Carey Agri International Poland sp. z o.o.); 20.04.2005, DOK 35/2005 (Nafta Polska S.A.).

[5] W dalszej treści niniejszego artykułu w celu uproszczenia terminologii stosowane będzie pojęcie warunku, które będzie obejmowało nałożenie obowiązków i przyjęcie zobowiązań wskazane w art. 19 ust. 2 uokik z 2007 r., co uzasadnione jest również posługiwaniem się w praktyce pojęciem decyzji warunkowej. Szerzej na temat pojęcia warunku i zobowiązania z art. 19 ust. 1 i ust. 2 uokik z 2007 r. zob. T. Skoczny [w:] A. Jurkowska, D. Miąsik, T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji*…, s. 782 i nast.; C. Banasiński, E. Piontek (red.), *Ustawa* …, s. 365 i nast.

antymonopolowy warunków, jak również możliwość ich realizacji i odpowiedzialność przedsiębiorcy z tego tytułu. Interesującego materiału dostarczają w tym zakresie decyzje wydawane przez polski organ antymonopolowy, których treść pozwala na wysunięcie kilku istotnych postulatów *de lege lata*, jak również zaproponowanie kilku wniosków o charakterze *de lege ferenda*. W odniesieniu do tych ostatnich moment wydaje się szczególnie właściwy z uwagi na zainicjowane przez Prezesa UOKiK prace nad nowelizacją polskiej ustawy antymonopolowej, które obejmują również regulacje dotyczące postępowań w sprawie koncentracji przedsiębiorców[6]. Jest to znakomity asumpt do podjęcia dyskusji nad przynajmniej częścią przedstawionych propozycji oraz możliwymi kierunkami zmian ustawy antymonopolowej. Zmiany te powinny służyć lepszej ochronie konkurencji w duchu art. 1 uokik, ale także pozwolić przedsiębiorcom na sprawniejsze dokonywanie transakcji wymienionych na początku, co będzie wspierało rozwój gospodarczy.

II. Podstawa i tryb wydawania decyzji warunkowych w sprawie koncentracji przedsiębiorców

Należy podkreślić, iż przeprowadzanie operacji, których skutkiem jest koncentracja przedsiębiorców jest nie tylko co do zasady – dozwolone i nie wymaga zgody organu antymonopolowego, ale możliwość ich przeprowadzenia jest jednym z istotnych elementów wolności działalności gospodarczej. Zasada ta proklamowana została w art. 20 oraz art. 22 Konstytucji RP[7] i znajduje swą kontynuację w art. 6 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej.[8] Jedynie zatem w przypadkach, w których spełnione zostaną przesłanki wskazane w art. 13 ust. 1 uokik w odniesieniu do czynności wymienionych w ust. 2 tegoż artykułu oraz przy braku zwolnienia na podstawie art. 14 uokik przedsiębiorca jest zobowiązany do zgłoszenia zamiaru koncentracji Prezesowi UOKiK. Zgłoszenie to powoduje uruchomienie mechanizmu kontroli prewencyjnej. Jednym z efektów jej przeprowadzenia może być wydanie decyzji warunkowej na podstawie art. 19 uokik. Główną przesłanką wydania tego rodzaju decyzji jest to, iż spełnienie przez przedsiębiorcę warunku nałożonego przez organ antymonopolowy pozwoli na uniknięcie istotnego ograniczenia konkurencji na rynku. W art. 19 ust. 2 uokik zawarty został katalog przykładowych warunków (zobowiązań), jakie mogą być zastosowane przez organ antymonopolowy. Z kolei przepisem o charakterze proceduralnym jest art. 95 ust. 2 uokik, zgodnie z którym Prezes UOKiK może przedstawić przedsiębiorcom uczestniczącym w koncentracji warunki oraz wyznaczyć termin na ustosunkowanie się do nich. Brak ich akceptacji ze strony przedsiębiorcy lub nieustosunkowanie się do nich w zakreślonym terminie powoduje wydanie decyzji odmawiającej zgody na dokonanie koncentracji. Przyjęcie takiej konstrukcji ma istotny wpływ na praktykę wydawania decyzji warunkowych i możliwość proponowania określonych rozwiązań również przez przedsiębiorców w trakcie toczącego się postępowania. Może to mieć istotny wpływ także na ukształtowanie ostatecznej treści warunku w decyzji. Zauważyć również należy, iż wydanie decyzji udzielającej zgody na dokonanie koncentracji, jednak uzależnionej od spełnienia nałożonych w decyzji warunków jest dla przedsiębiorcy sytuacją niezwykle trudną. Z jednej strony dochodzi bowiem do modyfikacji

[6] Zob. http://www.uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=3330&news_page=2 oraz E. Krajewska, *Jak skuteczniej chronić rynek – czas na zmiany w prawie?. Konferencja UOKiK i Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego (28.03.2012,Wrocław)*, internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny 1/2012, s. 165, http://www.ikar.wz.uw.edu.pl/.

[7] Konstytucja stanowi w art. 20 o wolności działalności gospodarczej, jako jednym z fundamentów społecznej gospodarki rynkowej, a w art. 22 dopuszcza ograniczenie wolności działalności gospodarczej tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny. Zob. także T. Skoczny [w:] A. Jurkowska, D. Miąsik, T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji…*, s. 758.

[8] Ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (tekst jedn. Dz. U. 2010, Nr 220, poz. 1447).

pierwotnie planowanej koncentracji objętej zgłaszanym zamiarem, co może mieć istotny wpływ na model businessowy, jaki stworzyli przedsiębiorcy zamierzający dokonać koncentracji, a w konsekwencji na jej wynik ekonomiczny. Z drugiej strony, nie mniej istotnej, do czasu zrealizowania warunku przedsiębiorcy nie mogą być pewni, czy całe przedsięwzięcie zakończy się powodzeniem. To powoduje swoisty stan niepewności i „zawieszenia". Właśnie dlatego tak istotny jest tryb w jakim wydawana jest decyzja warunkowa, a w szczególności udział przedsiębiorcy w ustalaniu warunku nałożonego decyzją. Wydaje się, iż obowiązujące obecnie przepisy nie dostarczają przedsiębiorcom odpowiednich gwarancji udziału w ustalania treści warunku wykazując przy tym pewną niespójność. Zgodnie z brzmieniem art. 95 ust. 2 uokik to Prezes UOKiK jest uprawniony do przedstawienia przedsiębiorcom określonego warunku. Tak się dzieje w praktyce, a treść wydawanych decyzji wskazuje, iż proces ustalania treści warunku w niektórych przypadkach ogranicza się do zaproponowania określonego rozwiązania przez organ antymonopolowy. Z lektury treści uzasadnień decyzji wynika, iż udział przedsiębiorcy sprowadza się w tych sytuacjach do przyjęcia zaproponowanego rozwiązania do wiadomości i jego zaakceptowania[9]. W przypadku niektórych decyzji warunkowych przedsiębiorca zgłaszający zamiar podejmuje próbę modyfikacji zaproponowanego warunku, przedstawiając stosowną argumentację[10]. Część z tych prób odniosła określony skutek w postaci zmiany treści warunku w mniejszym lub większym stopniu[11], choć brak przykładów sytuacji, w których organ antymonopolowy w ogóle zrezygnował z zaproponowanego przedsiębiorcy warunku. Oczywiście brak dialogu może być również skutkiem małej aktywności ze strony przedsiębiorców, którzy rezygnują z podjęcia uzgodnień z organem antymonopolowym. Jest to w pierwszej kolejności spowodowane tym, iż przedsiębiorcy zależy na uzyskaniu decyzji w jak najkrótszym czasie. Nie można tracić z pola widzenia faktu, iż przedsiębiorca nierzadko działa pod presją czasu i uzgodnień poczynionych z drugim uczestnikiem transakcji. Niejednokrotnie to czas jest czynnikiem decydującym o powodzeniu całego przedsięwzięcia. Przedsiębiorca obawia się zatem, iż podjęcie „dyskusji" z organem antymonopolowym ten czas wydłuży. Nie bez znaczenia jest też panujące przekonanie, iż z uwagi na to, że ostateczny głos zawsze należy do organu antymonopolowego, skuteczność podjętych przez przedsiębiorcę starań jest wątpliwa. Pewne uzasadnienie dla takiej postawy stanowi także literalne brzmienie art. 95 ust. 2 uokik, które w powiązaniu z treścią art. 19 uokik wskazuje, iż podmiotem uprawnionym do zaproponowania warunku jest organ antymonopolowy. Przepisy wykazują w tym zakresie zresztą wspomnianą już niespójność, gdyż art. 96 ust. 2 uokik w zakresie procedury stanowi o przedłużeniu terminu wydania decyzji warunkowej w przypadku zaproponowania przez przedsiębiorcę warunków określonych w art. 19 ust. 2 uokik. Ta regulacja jest niespójna z brzmieniem art. 95 ust. 2 uokik, który w zdaniu pierwszym jako podmiot legitymowany do zaproponowania warunku wymienia organ antymonopolowy. Powiązanie tego rozwiązania z treścią zdania drugiego tego przepisu mówiącą o możliwości wydania decyzji odmawiającej zgody na dokonanie koncentracji w oparciu o postanowienia art. 20 ust. 1 uokik powoduje, iż przestrzeń możliwej „dyskusji" przedsiębiorcy z organem antymonopolowym w zakresie ustalania treści warunku została ograniczona do minimum. Tymczasem w trakcie procesu wydawania decyzji na podstawie art. 19 uokik winna mieć miejsce współpraca pomiędzy przedsiębiorcą,

[9] Zob. m.in. decyzja Prezesa UOKiK z 5.06.2007 r., DOK 71/07, s. 25-26; decyzja Prezesa UOKiK z 28.06.2007, DOK 86/207; s. 46; decyzja Prezesa UOKiK z 24.09.2008, DOK 76/208; s. 120; decyzja Prezesa UOKiK z 26.03.2012, DKK 23/2012, s. 56.

[10] Zob. decyzja Prezesa UOKiK z 27.10.2011, DKK 128/2011, s. 59-60.

[11] Zob. decyzja Prezesa UOKiK z 20.06.2008, DKK 49/08, s. 25-27; decyzja Prezesa UOKiK z 28.06.2011, DKK 70/11, s. 29-31.

a organem antymonopolowym, a nawet pewna forma negocjacji[12]. Ponadto w literaturze podnosi się, iż w takiej sytuacji również przedsiębiorca jest podmiotem legitymowanym do zaproponowania określonej treści warunku. Co więcej może to zrobić nie tylko następczo, po zaproponowaniu warunku przez organ antymonopolowy, jako alternatywę w stosunku do tego warunku, ale także uprzednio, wraz ze zgłoszeniem zamiaru koncentracji[13]. Celem negocjacji przeprowadzonych pomiędzy organem antymonopolowym, a przedsiębiorcą powinno być ustalenie takiej treści warunku, która będzie zapobiegała istotnemu ograniczeniu konkurencji na rynku, a równocześnie będzie mniej uciążliwa z punktu widzenia realizacji transakcji przez przedsiębiorcę[14]. Wydaje się, iż w celu zagwarantowania przedsiębiorcy odpowiedniego udziału w ustalaniu treści warunku, te słuszne skądinąd poglądy winny odnaleźć swe odzwierciedlenie w treści przepisów ustawy antymonopolowej. Zatem niezależnie od koniecznego i często powtarzanego *de lege lata* postulatu domagającego się większego dialogu pomiędzy organem antymonopolowym a przedsiębiorcami w trakcie postępowań w sprawach koncentracji[15], należałoby także zgłosić odpowiedni postulat *de lege ferenda* w odniesieniu do stosownych regulacji ustawy. Podmiotem uprawnionym do zaproponowania warunku zgodnie z art. 95 ust. 2 uokik winien być również przedsiębiorca uczestniczący w postępowaniu, a organ antymonopolowy powinien być zobowiązany do odniesienia się do przedstawionej propozycji. Nie ma żadnego uzasadnienia dla przyznania organowi antymonopolowemu wyłącznej legitymacji w tym zakresie. Efekt taki mógłby zostać równie dobrze osiągnięty, jeżeli treść warunku zostałaby zaproponowana przez przedsiębiorcę. Co więcej, biorąc pod uwagę, iż to przedsiębiorca znacznie lepiej zna rynek na którym działa, jego strukturę i mechanizmy można uznać, iż jest on podmiotem znacznie bardziej legitymowanym do zaproponowania odpowiedniego rozwiązania. To może prowadzić do dalej idącego wniosku, iż to przedsiębiorca powinien być podmiotem wyłącznie legitymowanym do zaproponowania treści warunku lub zobowiązania. Już jednak zrównoważenie pozycji przedsiębiorcy i organu w tym zakresie wydaje się rozwiązaniem znacznie lepszym, niż wynikające z obecnej regulacji i praktyki postępowań w sprawie koncentracji przedsiębiorców. Przyjęcie zarówno pierwszego, jak i drugiego z wymienionych powyżej rozwiązań nie stanowiłoby jakiegokolwiek zagrożenia dla konkurencji, gdyż w każdym przypadku ostateczna ocena proponowanych warunków należałaby do Prezesa UOKiK. Takie ukształtowanie przepisów zwiększyłoby możliwości wspomnianej współpracy, do jakiej powinno dochodzić w trakcie wydawania warunkowej decyzji w sprawie koncentracji. Wprowadzenie mechanizmu gwarantującego udział przedsiębiorcy w procedurze ustalania optymalnej z punktu widzenia zainteresowanych podmiotów treści warunku z pewnością zachęci przedsiębiorców do poparcia możliwej kontrpropozycji stosownymi analizami ekonomiczno-prawnymi, wskazującymi na skutki wprowadzenia proponowanej modyfikacji warunku dla rynku, na którym ma nastąpić koncentracja. Istniejący obecnie brak gwarancji, iż organ antymonopolowy pochyli się nad przedłożoną kontrpropozycją z pewnością nie stanowi zachęty dla takiego działania. W konsekwencji przedstawione powyżej postulaty *de lege ferenda* mogą również w szerszej perspektywie przyczynić się do poprawy jakości wydawanych decyzji warunkowych.

[12] C. Banasiński, E. Piontek (red.), *Ustawa* …, s. 369.

[13] *Ibidem*, s. 369-370 oraz s. 792.

[14] *Ibidem*, s. 369.

[15] Postulaty te były podnoszone również w czasie konferencji dotyczącej planowanych zmian w ustawie antymonopolowej. Zob. przypis 6.

III. Warunki nakładane przez organ antymonopolowy

Przykładowy katalog warunków, jakie może nałożyć organ antymonopolowy zamieszczony został w art. 19 ust. 2 uokik. Należą do nich: 1) zbycie całości lub części majątku, 2) wyzbycie się kontroli nad określonym przedsiębiorcą lub przedsiębiorcami, w szczególności przez zbycie określonego pakietu akcji lub udziałów, lub odwołania z funkcji członka organu zarządzającego lub nadzorczego jednego lub kilku przedsiębiorców, oraz 3) udzielenie licencji praw wyłącznych konkurentowi. Jest to katalog otwarty, co nie budzi wątpliwości w literaturze[16] i znajduje także potwierdzenie w treści wydawanych decyzji[17]. Oznacza to, iż organ antymonopolowy ma możliwość zmodyfikowania środka wskazanego w tym przepisie lub zastosowania całkiem odmiennego rozwiązania poprzez nałożenie niewymienionego tam warunku. Jedyną przesłanką wskazaną w art. 19 ust. 1 uokik, która powinna decydować o zastosowaniu takiego, a nie innego środka, jest zapobieżenie istotnemu ograniczeniu konkurencji na rynku. Jednak właśnie w odniesieniu do tej przesłanki stwierdzić należy, iż pojęcie istotnego ograniczenia konkurencji jest niedookreślone i powinno być precyzowane w każdym stanie faktycznym indywidulanie[18]. Warunki te mogą więc przybierać różną treść[19]. W praktyce jednak, co wynika z treści wydawanych decyzji, organ antymonopolowy najczęściej korzysta z warunków ujętych w katalogu z art. 19 ust. 2 uokik lub do nich zbliżonych. Przykładem mogą być warunki zbliżone w swej treści do warunku polegającego na *wyzbyciu się* lub *trwałym i nieodwracalnym wyzbyciu się* określonych składników lub praw majątkowych, w tym udziałów, praw do instalacji lub urządzeń, a także wyzbyciu się kontroli, odpowiadające treści art. 19 ust. 2 pkt 1) i pkt 2 uokik. Tego rodzaju warunki o charakterze strukturalnym powtarzają się w większości decyzji[20], choć w praktyce orzeczniczej polskiego organu antymonopolowego można odnaleźć także warunki o charakterze behawioralnym lub mieszanym (częściowo behawioralnym, a częściowo strukturalnym)[21].Jedną z przyczyn takiego stanu rzeczy wydaje się być swoiste „domniemanie prawidłowości" nałożonego warunku, z jakiego korzysta organ antymonopolowy w przypadku zastosowania środka co najmniej zbliżonego w swej treści do warunku wymienionego *expressis verbis* w omawianym przepisie. Skorzystanie z innego środka wymagałoby pogłębionej analizy ekonomicznej przewidywanych skutków koncentracji w kontekście proponowanego warunku i szerszego uzasadnienia prawidłowości ustalenia warunku o określonej treści. Oczywiście nie ulega wątpliwości, iż taka analiza powinna być przeprowadzona w każdym przypadku, także w odniesieniu do środków wymienionych wprost w art. 19 ust. 2 uokik, aby umożliwić precyzyjne ustalenie odpowiedniego środka *ad casu*. Jednak zastosowanie warunku znajdującego swe umocowanie bezpośrednio w przepisie bez wątpienia utrudnia jego możliwe kwestionowanie zarówno na etapie toczącego się postępowania, jak i po wydaniu decyzji. Można zatem stwierdzić, iż organ antymonopolowy przyjął rozwiązanie bezpieczniejsze, którego kosztem może być w konkretnych przypadkach niezastosowanie optymalnego w danej sytuacji środka zarówno z perspektywy możliwego ograniczenia konkurencji na rynku, jak i mniejszej dolegliwości dla przedsiębiorcy. Znajduje to swoje odzwierciedlenie również w treści wydawanych decyzji, w których nie ma

[16] C. Banasiński, E. Piontek (red.), *Ustawa* …, s. 366 oraz T. Skoczny [w:] A. Jurkowska, D. Miąsik, T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji*…, s. 877.

[17] Zob. m.in. decyzja Prezesa UOKiK z dnia 26.03.2012, DKK 23/2012, s. 54.

[18] C. Banasiński, E. Piontek (red.), *Ustawa* …, s. 358.

[19] E. Modzelewska-Wąchal, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2002 r., s. 16.

[20] Zob. większość decyzji wymienionych w przyp. 5.

[21] Zob. m.in. decyzje: 20.06.2008, DKK 49/08 (Multikino S.A.), 30.09.2005, DOK 123/05 (Carey Agri International Poland sp. z o.o.); 5.09.2011, DKK 101/11 (UPC Polska sp. z o.o.).

dostatecznego uzasadnienia przyjętych przez organ antymonopolowy rozwiązań. W uzasadnieniu jednej z decyzji[22] Prezes UOKiK stwierdza, iż „Organ antymonopolowy uznał, iż negatywnym skutkom planowanej koncentracji […] można zapobiec poprzez zobowiązanie […] do realizacji działań mających na celu zniwelowanie antykonkurencyjnych skutków transakcji na tych rynkach, a przedstawiony warunek w ocenie organu antymonopolowego całkowicie eliminuje możliwość uzyskania przez […] nadmiernej siły rynkowej na trzech ww. rynkach właściwych". Niektóre z decyzji zawierają nieco szersze uzasadnienie przyjęcia określonego rozwiązania, jednak wydaje się, iż stale występuje deficyt w zakresie powołania się na stosowne analizy, wynikające z nich wnioski oraz wskazanie „toku myślenia", który doprowadził organ do przyjęcia takiego a nie innego rozwiązania. Poza kluczową w tym zakresie przesłanką, jaką wydaje się być udział w rynku, istotne znaczenie mogą mieć także inne czynniki, które wpływają na możliwość ograniczenia konkurencji lub brak takiego zagrożenia. W konsekwencji brak jest dostatecznego uzasadnienia, w tym podania głównych przesłanek, na jakich oparł się organ antymonopolowy, które doprowadziły go do wniosku, iż zastosowany warunek jest rozwiązaniem optymalnym zarówno z perspektywy ochrony konkurencji, jak i praw przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji. Choć oczywiście to jakość argumentów, a nie ich ilość powinna być decydująca, jednak uzasadnienie wyboru przez organ antymonopolowy określonego warunku zajmuje stosunkowo niewiele miejsca w treści decyzji. O ile znaczna część uzasadnienia decyzji poświęcona jest analizie rynku, co ma dowodzić zaistnienia zagrożenia w postaci istotnego ograniczenia konkurencji, o tyle dobór rodzaju zastosowanego środka uzasadniany jest w stopniu minimalnym. Z reguły brak także dostatecznego uzasadnienia przyjęcia określonego terminu realizacji warunku, a zatem informacji o tym, jakie elementy zadecydowały o wskazaniu takiej, a nie innej daty, do której warunek winien zostać zrealizowany. Tymczasem z perspektywy przedsiębiorcy są to nierzadko elementy kluczowe, przesądzające o powodzeniu całego przedsięwzięcia.

Wskazuje się również, iż nakładane na przedsiębiorcę zobowiązania winny być możliwe do realizacji i oparte o zasadę proporcjonalności[23]. Wydaje się, iż zwłaszcza na tę ostatnią zasadę, będącą równocześnie jedną z najważniejszych zasad prawa Unii Europejskiej (UE),[24] warto zwrócić uwagę w kontekście warunków nakładanych na przedsiębiorcę przez organ antymonopolowy. Zasada ta w powiązaniu z celami ustawy antymonopolowej wskazanymi w art. 1 uokik, a w szczególności z ochroną konkurencji oraz podejmowaną w interesie publicznym ochroną interesów przedsiębiorców i konsumentów, winna mieć istotne znaczenie w procesie doboru odpowiedniego środka. Wskazuje się również, iż przedmiotowa zasada m.in. wyznacza granicę swobodnego uznania organów wspólnotowych podejmujących działania władcze wobec jednostek[25]. Biorąc to pod uwagę należy uznać, iż ocena stosowanych przez organ antymonopolowy warunków w odniesieniu do tej zasady wydaje się wyjątkowo adekwatna. Należy w tym przypadku położyć na szali z jednej strony dobro, jakim jest ochrona konkurencji na rynku, a z drugiej dobro przedsiębiorcy, który jest co do zasady uprawniony do przeprowadzenia określonych działań mieszczących się w zakresie wolności działalności gospodarczej. Dla znalezienia rozwiązania kompromisowego, pozwalającego na pogodzenie tych nierzadko

[22] Decyzja Prezesa UOKiK z 26.03.2012, DKK 23/2012 (Zakłady Farmaceutyczne Polfarma S.A.).

[23] Zob. K. Kohutek, M. Sieradzka, *Komentarz do art.19 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U.07.50.331)*, [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, LEX, 2008.

[24] D. Miąsik [w:] A. Wróbel (red.), *Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską*, Tom I (art. 1-60), D. Miąsik, N. Półtorak (red.), Warszawa 2008, s. 187, s. 206-207; A. Wyrozumska [w:] J. Barcz (red.), *Prawo Unii Europejskiej, Zagadnienia systemowe*, Warszawa 2006, s. I-361.

[25] D. Miąsik [w:] A. Wróbel (red.), *Stosowanie prawa Unii Europejskiej przez sądy*, Warszawa 2010, s. 203.

sprzecznych interesów należy właśnie odwołać się do zasady proporcjonalności, która sprowadza się do konieczności stosowania środków adekwatnych do zamierzonych celów. Odwołując się ponownie do prawa unijnego wskazać należy, iż ocena zgodności określonego działania z zasadą proporcjonalności następuje w oparciu o zastosowanie testu proporcjonalności, którego głównymi kryteriami są (a) adekwatność (czy określony środek nadaje się do realizacji zamierzonego celu) oraz (b) niezbędność[26] (czy zastosowany środek jest konieczny dla osiągnięcia zamierzonego celu[27]). Wymienione testy, w oparciu o które następuje ocena konkretnego projektu z perspektywy zasady proporcjonalności, wydają się wyjątkowo zbieżne z sytuacją wydawania decyzji warunkowej w sprawie koncentracji przedsiębiorców. Ustalając treść warunku organ antymonopolowy w pierwszej kolejności winien ustalić czy środek, który ma być zastosowany jest adekwatny do zamierzonego celu. W tej konkretnej sytuacji celem tym jest zapobieżenie istotnemu ograniczeniu konkurencji na rynku, do jakiego mogłoby dojść na skutek koncentracji objętej zamiarem, gdyby warunek nie został zastosowany. Organ powinien jednak ustalić również, czy stosowany środek jest niezbędny, a zatem czy jest konieczny z perspektywy realizacji wymienionego wcześniej celu. To z kolei należałoby rozumieć jako wymóg takiego ustalania jego treści, aby nie dochodziło do ingerencji w prawa i działalność przedsiębiorcy w sposób nadmierny, a zatem taki, który nie jest konieczny do realizacji pro-konkurencyjnego celu. Być może, aby cel ten osiągnąć wystarczyłoby zastosowanie łagodniejszego środka, który równocześnie spełniałby kryterium konieczności. W tym kontekście wątpliwości budzi również sformułowanie o trwałym i nieodwracalnym wyzbyciu się. Rynek jest strukturą bardzo dynamiczną, a udziały w nim poszczególnych przedsiębiorców zmieniają się w czasie. Można zaryzykować twierdzenie, iż na rynku nic nie jest trwałe i nieodwracalne. Dlatego też biorąc pod uwagę decyzje nakazujące wyzbycie się wszelkich praw do określonych składników majątku, być może w przypadku niektórych z nich dla realizacji wspomnianego celu wystarczyłoby zobowiązanie przedsiębiorcy do oddania tego majątku np. w posiadanie zależne innym podmiotom (np. konkurentom) na podstawie praw obligacyjnych. Pewną analogię może tutaj stanowić udzielenie licencji praw wyłącznych konkurentowi z art. 19 ust. 2 pkt 3 uokik. Być może taki warunek byłby nie tylko proporcjonalny (adekwatny do zamierzonych celów), ale równocześnie mniej uciążliwy dla przedsiębiorcy, a w konsekwencji możliwy do realizacji. Analiza treści wydawanych decyzji warunkowych właśnie z perspektywy zasady proporcjonalności prowadzi niejednokrotnie do takiego wniosku.

Niezależnie od poruszonych wcześniej zagadnień kwestią o fundamentalnym znaczeniu jest możliwość realizacji przez przedsiębiorcę nałożonego warunku. Innymi słowy warunek zastosowany przez organ musi być możliwy do wykonania. W literaturze wskazuje się, iż „Decyzja wydana na podstawie art. 19 […] musi być możliwa do wykonania przez strony postępowania. Innymi słowy, wykonanie warunków nie może być zależne od innych, niebędących stronami postępowania podmiotów”[28]. Uznając ten pogląd za zasadny należałoby przyjąć, iż organ antymonopolowy nie powinien nakładać na przedsiębiorcę takich warunków (zobowiązań), które np. na skutek braku współdziałania lub choćby zgody osób trzecich, w tym innych podmiotów działających na rynku, okażą się niemożliwe do wykonania. W tym kontekście najwięcej wątpliwości i możliwych zastrzeżeń wydaje się ponownie budzić trwałe i nieodwracalne wyzbycie się wszelkich praw do określonych składników majątku

[26] D. Miąsik [w:] A. Wróbel [red.], *Traktat ustanawiający Wspólnotę*…, s. 210.

[27] A. Wyrozumska [w:] J. Barcz (red.), *Prawo Unii Europejskiej* …, s. I-362.

[28] C. Banasiński, E. Piontek (red.), *Ustawa* …, s. 366.

przedsiębiorcy, wyzbycie się praw do udziałów (akcji) lub wyzbycie się kontroli, które nawiązuje do art. 19 ust. 2 pkt 1 i pkt 2 uokik. Sam fakt posiadania określonego składnika majątkowego lub praw do udziałów lub akcji, nawet jeżeli są to prawa zbywalne i stanowią pewną wartość rynkową, nie przesądza jeszcze o możliwości ich skutecznego wyzbycia się. Wyzbycie się musi bowiem nastąpić na rzecz określonego podmiotu, którym będzie potencjalny nabywca. Jest to zatem typowy przykład warunku, do którego wykonania współdziałanie osób trzecich jest absolutnie niezbędne. Abstrahując od kwestii warunków, na jakich zbycie określonego składnika ma nastąpić (cena, termin zapłaty itd.), które w takim przypadku z pewnością odbiegają od średniego poziomu rynkowego, jest oczywistym, iż jeżeli nie znajdzie się podmiot zainteresowany nabyciem tego składnika, to przedsiębiorca nie będzie w stanie warunku zrealizować. W konsekwencji ponownie powraca kwestia takiego doboru warunku, aby z jednej strony zapewnić prokonkurencyjny skutek, a z drugiej nie zmuszać przedsiębiorcy do przyjmowania zobowiązań, których – z przyczyn niezależnych – nie będzie w stanie wypełnić. Podkreślić należy, iż organ antymonopolowy powinien w tym zakresie znaleźć rozwiązanie optymalne z punktu widzenia dwóch wymienionych powyżej celów.

Ostatnim omówionym w tej części zagadnieniem, jakie rodzi się na tle analizy treści decyzji udzielających warunkowej zgody na dokonanie koncentracji jest kwestia zaakceptowania przez organ antymonopolowy nabywcy określonych składników majątkowych. Prawo organu antymonopolowe do akceptacji nabywcy określonego składnika majątkowego lub prawa i odpowiadający mu obowiązek uzyskania takiej akceptacji ze strony przedsiębiorcy pojawia się w treści kilku, zwłaszcza nowszych decyzji.[29] Ta kwestia z jednej strony może budzić istotne zastrzeżenia z perspektywy adekwatności zastosowanego środka do realizacji celu, jakim jest zapobieżenie istotnemu ograniczeniu konkurencji na rynku przy uwzględnieniu możliwości realizacji warunku przez przedsiębiorcę. Jest ona jednak niezwykle istotna również biorąc pod uwagę możliwy stopień ingerencji organu antymonopolowego w procesy zachodzące na rynku. W takim przypadku bowiem organ antymonopolowy przyznaje sobie możliwość kształtowania struktury i udziałów w rynku poszczególnych działających na nim przedsiębiorców poprzez konieczność uzyskania akceptacji tego organu przejęcia kontroli lub nabycia praw majątkowych. Można nawet doszukiwać się w takim działaniu organu antymonopolowego pewnej swoistej, dokonywanej poza trybem ustawowym wtórnej kontroli koncentracji. Następuje ona poprzez podejmowanie przez organ antymonopolowy decyzji, co do możliwości nabycia przez przedsiębiorcę określonych składników majątkowych, nierzadko decydujących o udziale tego przedsiębiorcy w rynku, jednak z pominięciem trybu ustawowego przewidzianego dla kontroli koncentracji. Taka praktyka może budzić uzasadnione wątpliwości. Wskazuje się również, iż wprawdzie na tle art. 19 ust. 2 uokik organ antymonopolowy może formułować warunki inne, niewyrażone wprost w tym przepisie, jednak uprawnienie to nie obejmuje możliwości nadmiernej ingerencji organu w funkcjonowanie rynku, na którym koncentracja ma nastąpić[30] Można powziąć również uzasadnione wątpliwości, czy mieści się ona w ogóle w zakresie pojęcia warunek z art. 19 ust. uokik. Wskazuje się wprawdzie, iż „[…] możliwe jest w określonych stanach faktycznych koncentracji nałożenie warunku, czyli zastosowanie dyspozycji z art. 19, nawet jeśli ingerencja organu w planowaną transakcję jest większa niż taka, która wystarczyłaby do zapobieżenia istotnemu ograniczeniu konkurencji”. Jednak taka ingerencja musi

[29] Zob. 26.03.2012, DKK 23/2012 (Zakłady Farmaceutyczne Polfarma S.A.); 27.10.2011, DKK 128/2011 (Eurocash S.A.); 5.09.2011, DKK 101/11 (UPC Polska sp. z o.o.); 28.06.2011, DKK 70/11 (Fresenius Medical Care Beteiligungsgesellschaft mbH); 25.02.2009, DKK 9/09 (Agros Nova sp. z o.o.).

[30] *Ibidem*, s. 369.

być jedyną możliwą w określonej sytuacji, a brak jej zastosowania powodowałby konieczność wydania decyzji odmawiającej zgody na koncentrację na podstawie art. 20 uokik[31]. Nawet przy założeniu akceptacji w określonych sytuacjach możliwości wydania przez organ antymonopolowy decyzji, która przewidywała będzie warunek idący dalej niż jeden z ujętych w katalogu z art. 19 ust. 2 uokik, nie sposób jest nie uznać, iż opisane powyżej uprawnienie do odmowy lub akceptacji nabywcy jest w istocie przyznaniem organowi antymonopolowemu funkcji regulacyjnej. Wydaje się, iż biorąc pod uwagę nawet bardzo szerokie rozumienie celów polskiej ustawy antymonopolowej, nie można uzasadnić nimi funkcji regulatora rynku, jaką organ antymonopolowy przyznał sobie poprzez wskazany powyżej wymóg akceptacji nabywcy. Czym innym jest bowiem podejmowana w interesie publicznym ochrona konkurencji (art. 1 ust. 1 uokik) m.in. poprzez przeciwdziałanie antykonkurencyjnym koncentracjom przedsiębiorców (art. 1 ust. 2 uokik), a czym innym regulowanie rynku. Stwierdzić należy, iż organ antymonopolowy wprowadzając wymóg akceptacji nabywcy wykracza poza cele ustawy i stosuje środek nieadekwatny (niekonieczny) do realizacji prokonkurencyjnego skutku w postaci zapobieżenia istotnemu ograniczeniu konkurencji na wyznaczonym rynku właściwym.

IV. Realizacja warunku nałożonego przez organ antymonopolowy

Ostatnim z omówionych w niniejszym artykule etapów jest realizacja decyzji warunkowej, a zatem spełnienie określonego w niej warunku lub zobowiązania. W pierwszej kolejności wskazać należy, iż organ antymonopolowy określając warunek zakreśla równocześnie termin jego realizacji (art. 19 ust. 2 *in fine*). Brak realizacji warunku w terminie może spowodować nałożenie na przedsiębiorcę kary z art. 107 uokik w wysokości do 10.000 euro za każdy dzień zwłoki w wykonaniu decyzji. Co więcej, na podstawie art. 21 ust. 1 uokik Prezes UOKiK może uchylić decyzję wydaną na podstawie art. 19 ust. 1 uokik w przypadku niespełnienia warunków, o których mowa w art. 19 ust. 2 i 3 uokik.

Zagadnienia związane z realizacją decyzji warunkowej również najciekawiej przedstawiają się na tle decyzji nakazujących przedsiębiorcy wyzbycie się określonych praw czy składników majątkowych. Jak zostało już wskazane wcześniej realizacja tego rodzaju decyzji nie jest możliwa bez określonego współdziałania ze strony osób trzecich. Trzeba też zauważyć, iż w przypadkach tego rodzaju występuje daleko idąca dysproporcja pozycji negocjacyjnych przedsiębiorcy zobowiązanego do wyzbycia się składników majątkowych objętych warunkiem oraz pozostałych, doskonale poinformowanych uczestników rynku. Wiedzą oni bowiem, iż przedsiębiorca ten działa pod presją konieczności realizacji warunku, a zatem znajduje się w sytuacji przymusowej. W konsekwencji przedsiębiorca ten pod groźbą zastosowania wymienionych powyżej sankcji musi w istocie zrobić wszystko, aby zrealizować warunek nie wyłączając działań podejmowanych ze szkodą dla siebie. . Z punktu widzenia przedsiębiorcy, który uzyskał warunkową zgodę na dokonanie koncentracji, zainicjowany nią proces realizacji koncentracji jest w istocie nieodwracalny. Dlatego też nierzadko będzie dochodziło do sytuacji, w których warunki transakcji zaproponowane przez kontrahentów będą rażąco odbiegały od warunków rynkowych. Z uwagi na to pierwszym postulatem *de lege ferenda*, jaki pojawia się na tle omawianych zagadnień jest konieczność utajnienia terminu, który został przedsiębiorcy wyznaczony na realizację warunku[32]. Nie jest to z pewnością rozwiązanie wszystkich problemów, jakie pojawiają

[31] Zob. decyzja Prezesa UOKiK z dnia 5 czerwca 2007, DOK-71/07 oraz C. Banasiński, E. Piontek (red.), *Ustawa* …, s. 367.

[32] Taka możliwość została przedstawiona na tle planowanych zmian ustawy antymonopolowej w czasie konferencji przywołanej w przypisie 7.

się na tle realizacji decyzji warunkowej, ale z pewnością pomogłoby ono przedsiębiorcy zobowiązanemu do wykonania warunku w utrzymaniu relacji rynkowych w negocjacjach z potencjalnymi nabywcami. Przepisy prawa nie powinny w taki sposób kształtować trybu realizacji warunku, aby stawiając przedsiębiorcę od początku w niekorzystnej sytuacji wobec innych podmiotów działających na rynku zmuszać go w istocie do działania na własną szkodę. Taka sytuacja z pewnością nie tylko znacznie wykracza poza cele ustawy antymonopolowej, ale stanowi także naruszenie zasady proporcjonalności w stosowaniu środków służących realizacji polityki ochrony konkurencji.

Kwestią o fundamentalnym znaczeniu w kontekście zagadnień omawianych w niniejszej części jest problem odpowiedzialności przedsiębiorcy za realizację warunku objętego decyzją. W szczególności pojawia się tutaj problem zasady, w oparciu o którą powinna zostać ukształtowana ta odpowiedzialność. Kwestia ta jest szczególnie istotna w przypadku, gdy realizacja warunku zależy w znakomitej mierze od współdziałania osób trzecich, na których decyzje i działania przedsiębiorca realizujący decyzję nie ma wpływu. W pierwszej kolejności stwierdzić należy, iż przedsiębiorca realizujący warunek powinien podejmując wszelkie działania w tym zakresie dochować staranności profesjonalisty przy zastosowaniu miernika z art. 355 § 2 k.c. Powinien zatem planując i podejmując swoje działania czynić to ze świadomością, iż będą one oceniane przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej działalności. Przedsiębiorca taki nie może w szczególności powoływać się na nieznajomość rynku, w tym na brak znajomości określonych procesów na nim zachodzących, czy też na brak znajomości obowiązujących przepisów oraz następstw z nich wynikających[33]. Z drugiej jednak strony w taki sam sposób winny być oceniane działania przedsiębiorcy z perspektywy możliwości zastosowania sankcji z art. 21 ust. 1 uokik oraz 107 uokik. Dotychczasowa praktyka w tym zakresie wskazuje jednak odmienne rozumienie odpowiedzialności przedsiębiorcy za realizację warunku. Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów podtrzymując decyzję nakładającą karę na przedsiębiorcę, który nie wykonał warunku w terminie stwierdził m.in., iż przedsiębiorca ten przyjmując warunki nałożone przez Prezesa UOKiK mógł z wyprzedzeniem ocenić czy będzie w stanie je wykonać[34]. To wskazywałoby, iż sąd uznał, że przedsiębiorca odpowiada w powyższym zakresie na zasadzie ryzyka. Podkreślić jednak należy, iż pomimo rosnącego znaczenia tej zasady, jako zasady odpowiedzialności w prawie cywilnym[35], trudno jest znaleźć uzasadnienie dla stosowania jej w omawianych przypadkach. W szczególności brak jest możliwości stosowania jakiejkolwiek analogii z odpowiedzialnością przedsiębiorcy z art. 435 k.c., która jest niezależna od winy i oparta została właśnie na zasadzie ryzyka[36]. Jak wynika z przytoczonych powyżej okoliczności oraz treści decyzji warunkowych wydawanych w sprawie koncentracji przedsiębiorców, realizacja warunków w dużej mierze zależy od współdziałania osób trzecich lub określonych, niezależnych od przedsiębiorcy uwarunkowań rynkowych, na które przedsiębiorca nie ma wpływu i za które nie powinien ponosić odpowiedzialności. W konsekwencji w zakresie odpowiedzialności przedsiębiorcy za realizację warunku nałożonego przez organ antymonopolowy należałoby postawić zasadniczo dwa wnioski. Pierwszym jest konieczność oparcia odpowiedzialności przedsiębiorcy za realizację warunku o zasadę winy, przy uwzględnieniu podwyższonego miernika staranności z art. 355 § 2 k.c. Mogącą się pojawiać w tym zakresie obawę o możliwe uchylanie się

[33] Wyrok SN z 17.08.1993, OSN 1994, Nr 3, poz. 69.

[34] http://www.uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=2971&news_page=18.

[35] A. Śmieja [w:] A. Olejniczak (red.), *System prawa prywatnego, Prawo zobowiązań – część ogólna,* Tom 6, s. 353.

[36] M. Safjan [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny, Komentarz, Tom I*, Warszawa 2005, s. 1233.

przedsiębiorcy od obowiązku realizacji warunku ze szkodą dla konkurencji, można *de lege ferenda* wyeliminować poprzez wprowadzenie odpowiedniego mechanizmu, pozwalającego np. na zmianę decyzji poprzez modyfikację warunku w przypadku braku możliwości jego realizacji z przyczyn, na które przedsiębiorca nie ma żadnego wpływu i nie może za nie ponosić odpowiedzialności. Wydaje się jednak, iż już obecnie taką możliwość można wyprowadzić w oparciu o postanowienia art. 21 ust. 2 uokik, a wszystko zależało będzie od odpowiedniego zastosowania tego przepisu przez organ antymonopolowy. *De lege lata*, jako drugi postulat częściowo będący również rozwiązaniem problemów, do których odnosi się postulat pierwszy, jest konieczność takiego formułowania warunków (zobowiązań) w decyzjach warunkowych, aby nie nakładać na przedsiębiorców zobowiązań, które z uwagi na szereg czynników od nich niezależnych mogą być niemożliwe do realizacji. Trzeba równocześnie wskazać, iż brak możliwości realizacji warunku nie sprowadza się wyłącznie do możliwości zastosowania sankcji wobec przedsiębiorcy i jego możliwej odpowiedzialności. Ważnym aspektem jest również fakt dokonania koncentracji na podstawie zgody udzielonej w decyzji warunkowej przy równoczesnym braku realizacji warunku, co może skutkować szkodą dla konkurencji na wyznaczonym rynku właściwym. Oczywiście organ antymonopolowy ma możliwość zastosowania wspomnianych już środków z art. 21 ust. 2 uokik. Jednak ich zastosowanie będzie z reguły wymagało ponownego przeprowadzenia analizy rynku, a następcze przywrócenie konkurencji na rynku może nierzadko okazać się bardzo utrudnione lub wręcz niemożliwe. To ponownie zwraca uwagę na konieczność bardzo uważnego i popartego rzetelną analizą ekonomiczną formułowania warunków również przy uwzględnieniu możliwości ich realizacji z perspektywy przedsiębiorcy dokonującego koncentracji.

V. Podsumowanie

Tytułem podsumowania stwierdzić należy, iż koncentracje dokonywane przez przedsiębiorców w rozmaitych formach są stale obecne w praktyce rynkowej i nie wydaje się aby ta tendencja miała ulec zmianie. Nadal wydawane będą również decyzje udzielające zgody warunkowej. To powoduje, iż zagadnienia poruszone w niniejszym artykule nie będą traciły na znaczeniu, tak jak konieczność eliminacji przynajmniej części z przedstawionych w nim mankamentów obecnej regulacji. Niezbędnym zmianom winna ulec również praktyka orzecznicza polskiego organu antymonopolowego w tym zakresie. W szczególności istotne wydają się tutaj proponowane zmiany w zakresie postępowania antymonopolowego w sprawach koncentracji przedsiębiorców, w tym dotyczące trybu w jakim następuje ustalenie warunku, rodzaju nakładanych warunków oraz utajnienia terminu wyznaczonego na realizację warunku nałożonego decyzją. Nie mniej istotne wydają się również postulaty dotyczące odpowiedniego stosowania obowiązujących przepisów, zwłaszcza odnoszące się do odpowiedzialności przedsiębiorcy za realizację warunku i możliwych konsekwencji niewykonania warunku z przyczyn od przedsiębiorcy niezależnych. Bez wątpienia toczące się obecnie prace nad nowelizacją ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów stanowią znakomity przyczynek dla wdrożenia przynajmniej części z zaproponowanych postulatów z korzyścią zarówno dla zapewnienia sprawniejszej ochrony konkurencji, jak i w celu zagwarantowania przedsiębiorcom możliwości prowadzenia działalności bez narażania ich na straty i utrudnienia, które nie mieszczą się w zakresie podejmowanej w interesie publicznym ochrony konkurencji.

Rafał Stankiewicz*

O konieczności zwiększenia partycypacji podmiotów trzecich w postępowaniu antymonopolowym

Spis treści:

I. Wprowadzenie
II. Brak trybu wnioskowego w sprawach praktyk ograniczających konkurencję
III. Rezygnacja z instytucji „podmiotu zainteresowanego" – krok w niewłaściwym kierunku
IV. Zapowiedź wyłączenia art. 31 k.p.a. w postępowaniu antymonopolowym
V. Podsumowanie

Streszczenie:

Przedstawiony artykuł wskazuje na potrzebę udziału innych niż strona postępowania podmiotów w postępowaniu antymonopolowym. Zgodnie z artykułem 88 ustawy antymonopolowej, stroną postępowania jest każdy, wobec kogo zostało wszczęte postępowanie w sprawie praktyk ograniczających konkurencję. W polskim prawie antymonopolowym brak jest obecnie przepisów umożliwiających udział innych niż strona podmiotów. Jest to rozwiązanie odmienne niż przyjęte w prawie unijnym, gdzie szerokie uprawnienia procesowe może uzyskać podmiot pokrzywdzony w wyniku działania innego przedsiębiorcy.

Słowa kluczowe: postępowanie antymonopolowe, strona postępowania, podmiot zainteresowany, osoba trzecia, organizacja społeczna

I. Wprowadzenie

Wejście w życie ustawy z 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów[1] spowodowało zasadniczą zmianę w kształcie instytucji proceduralnych opartych o założenie aktywności przedsiębiorców i innych podmiotów w toku postępowania antymonopolowego. W obecnie obowiązującym stanie prawnym zlikwidowano możliwość wszczynania postępowań wnioskowych w sprawach praktyk ograniczających konkurencję, zlikwidowano jednocześnie obowiązującą w poprzedniej uokik z 2000 r.[2] instytucję tzw. podmiotu zainteresowanego. Aktualnie obowiązująca uokik zawiera jedynie regulację umożliwiającą innym podmiotom niż strona postępowania składanie w danej sprawie wyjaśnień mających dla tejże sprawy istotne znaczenie. Podmiot taki nie posiada jednakże żadnych uprawnień proceduralnych. Zapowiedź nowelizacji uokik z 2007 r. zakłada w jej założeniach wprowadzenie wyraźnego zapisu ustawowego wyłączającego możliwość stosowania art. 31 k.p.a.[3] w postępowaniu antymonopolowym[4]. Potwierdza to wyłącznie narastające od kilku lat dążenie do eliminowania

* Dr nauk prawnych, adiunkt w Instytucie Nauk Prawno-Administracyjnych Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego; radca prawny.

[1] Dz.U. nr 50, poz. 331 ze zm. z 2005 r. nr 244, poz. 2080; dalej „uokik z 2007 r.".

[2] Por. ustawę z 15.12.2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (ostatni tekst jedn. Dz.U. z 2005 r. Nr 244, poz. 2080 ze zm.).

[3] Por. ustawę z 14.06.1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (ostatni tekst jedn. Dz.U. z 2000 r. Nr 98, poz. 1071 ze zm.); dalej „k.p.a.".

[4] Por. założenia nowelizacji uokik z 2007 r. opublikowane na stronie internetowej UOKiK.

instytucji kreujących aktywną rolę innych niż strona postępowania podmiotów, które często występują w nim jako istotny element zabezpieczenia realizacji interesu publicznego w postępowaniu antymonopolowym. Również samo pojęcie strony postępowania antymonopolowego ulega normatywnemu ograniczeniu. Zauważyć należy, iż tego typu podejście jest współcześnie zasadniczo odmienne od tendencji właściwych dla kształtowania nowoczesnych procedur stosowanych przez organy administracji publicznej. Co więcej, jest również inne niż tożsame regulacje proceduralne prawa unijnego kształtujące aktywną rolę podmiotów trzecich w postępowaniach stosowanych w obszarze realizacji prawa konkurencji. Niektóre z powyższych zmian zasługują na uznanie, niektóre zaś mogą w trakcie ich praktycznego wykorzystania zniekształcać podstawowe założenie każdej procedury stosowanej przez organy administracji, jaką jest dążenie do ochrony interesu publicznego.

Punktem wyjścia dalszych rozważań podejmowanych w niniejszym artykule jest stwierdzenie, iż postępowanie antymonopolowe (zarówno postępowanie w sprawach praktyk ograniczających konkurencję, jak i w sprawach koncentracji) jest postępowaniem administracyjnym szczególnym[5], niezależnie od przyjętego modelu weryfikacji rozstrzygnięć Prezesa UOKiK. Ukształtowane na początku dwudziestego stulecia wzorce szeregu instytucji proceduralnych nie tracą swojej aktualności i mogą być stosowane – z pewnymi modyfikacjami, ale przy założeniu braku dążenia do zniekształcania ich istoty – w trakcie kreacji „nowoczesnej" procedury antymonopolowej[6]. Możliwości kształtowania modelu postępowania antymonopolowego w oparciu o dotychczasowy, bogaty dorobek orzeczniczy i doktrynalny wypracowany na gruncie stosowania k.p.a. wynika nie tylko z genetycznego i funkcjonalnego pokrewieństwa obu wskazanych procedur, ale z faktu bezpośredniego stosowania k.p.a. w sprawach nieuregulowanych w uokik z 2007 r.[7]

Charakter postępowania antymonopolowego, polegający na umiejscowieniu w ustawie szeregu odrębnych instytucji proceduralnych, często znacznie odbiegających w swoim kształcie od odpowiedników tychże instytucji zawartych w k.p.a. wynika jedynie z konieczności wypełnienia przez Prezesa UOKiK zadań publicznych charakteryzujących się zwiększoną złożonością i skalą trudności przed jakimi staje ten organ w praktyce[8]. Odrębność powyższych instytucji znajduje swoje uzasadnienie, zwłaszcza w kształcie instytucji odpowiadających realizacji przepisów prawa materialnego. Nie zawsze jednak znajduje swoje bezpośrednie uzasadnienie modyfikacja (w stosunku do k.p.a.) przepisów decydujących o „proceduralnej partycypacji" w postępowaniu antymonopolowym określonych podmiotów. Wprowadzenie – a w gruncie rzeczy powrót – do ustawy uokik instytucji proceduralnych zapewniających możliwość aktywnego udziału w szeregu czynności wyjaśniającego postępowania antymonopolowego innych niż strona postępowania[9] podmiotów będzie wyrazem dążenia do ochrony praworządności. To właśnie specyfika i złożoność regulacji prawa antymonopolowego (prawa konkurencji) powinna stać się dla racjonalnego ustawodawcy wskazówką do kreowania większej ilości instytucji zapewniających partycypację podmiotów trzecich, niż tylko te klasyczne (i częściowo wykorzystywane także tutaj) instytucje ogólnego postępowania administracyjnego. Co więcej, doświadczenie stosowania europejskiego prawa konkurencji wskazuje na szereg istotnych, pozytywnych

[5] R. Stankiewicz, *The Scope of Application of the Provisions of the Administrative Procedure Code in Competition Enforcement Proceedings,* Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies, Vol. 2012 5 (6), s. 76.

[6] Nowoczesnej, tj. dostosowanej do konieczności realizacji podstawowych zadań przed jakimi stoją regulacje antymonopolowe.

[7] Por. art. 83 uokik z 2007 r.

[8] E. Modzelewska-Wąchal, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów, Komentarz*, Warszawa 2002, s. 219-221.

[9] Strona postępowania, czyli podmiot będący adresatem materialnoprawnego rozstrzygnięcia wydanego w postępowaniu antymonopolowym.

przesłanek tak szerokiego udziału podmiotów gospodarczych w postępowaniach prowadzonych przed Komisją Europejską[10].

Racjonalny ustawodawca tworząc odrębne (w stosunku do k.p.a.) procedury administracyjne powinien je tworzyć w oparciu o doktrynalny dorobek nauki postępowania administracyjnego oraz dorobek orzeczniczy sądownictwa administracyjnego na gruncie stosowania k.p.a. Brak więc wątpliwości, że w kształtowaniu instytucji proceduralnych w sferze podmiotowej administracyjnego modelu postępowania antymonopolowego odegrać istotne znaczenie powinno wypracowane rozróżnienie ochrony interesu prawnego[11] w toku postępowania dające prawo do uzyskania przymiotu strony tegoż postępowania, w przeciwieństwie do interesu faktycznego, który nie podlega ochronie w tak szerokim zakresie, a jedynie powinien skutkować uzyskaniem statusu podmiotu zainteresowanego w postępowaniu. W postępowaniu antymonopolowym należy pojmować w tożsamy sposób pojęcie interesu prawnego oraz interesu faktycznego, jako pojęć pozwalających określić w nim rzeczywisty zakres przyznanych uprawnień proceduralnych określonym podmiotom w nim uczestniczącym.

Uważam, że zwiększenie partycypacji uczestników rynku (konkurentów przedsiębiorców poddanych postępowaniu antymonopolowemu) może sprzyjać ochronie interesu publicznego oraz prowadzić do szybszego i wszechstronnego wyjaśnienia sprawy antymonopolowej – pozwala również zrealizować w pełniejszym wymiarze zasadę ogólną prawdy obiektywnej zapisaną w art. 7 k.p.a. Konieczność zwiększenia „partycypacji podmiotowej" w administracyjnym postępowaniu antymonopolowym wynika także z dążenia do zwiększenia balansu pomiędzy instytucjami ingerującymi w prawa podmiotowe przedsiębiorców a rzeczywistą ochroną tychże praw podmiotowych. Wprowadzenie instytucji proceduralnych zwiększających udział podmiotów trzecich w postępowaniu antymonopolowym wydaje się wręcz koniecznością wraz z zapowiadaną reformą systemu prawa antymonopolowego w Polsce, zwłaszcza w sytuacji wprowadzania instytucji mogących zniekształcać wymóg realizacji zasady ogólnej prawdy obiektywnej zapisanej w art. 7 k.p.a. Chodzi przede wszystkim o wprowadzenie instytucji dobrowolnego poddania się karze. Udział podmiotów trzecich, które uzyskałyby uprawnienia proceduralne równe stronie w toku postępowania dowodowego będzie służyć realizacji interesu publicznego w toku postępowania antymonopolowego. Oczywiste jest, że wprowadzanie instytucji przyznających szerokie uprawnienia proceduralne w toku postępowania administracyjnego (w tym antymonopolowego) również przedsiębiorcom nieposiadającym interesu prawnego, a jedynie interes faktyczny w postępowaniu antymonopolowym zmienia układ podmiotowy założonego modelu postępowania. Należy zgodzić się z poglądem wyrażonym przez J. Borkowskiego, że „rozszerzenie układu podmiotowego [postępowania – przyp. aut.] można ocenić pozytywnie tylko jako gwarancję prawidłowego rozpoznania i rozstrzygnięcia sprawy z punktu widzenia poszanowania obiektywnego porządku prawnego"[12].

Artykuł niniejszy powinien być traktowany wyłącznie jako wstęp do dyskusji nad koniecznym zwiększeniem partycypacji podmiotów sfery zewnętrznej w toku postępowania antymonopolowego.

[10] A. Andreangeli, *EU Competition Enforcement and Human Rights*, Northampton 2008, s. 40 i nast.

[11] Co do pojęcia interesu prawnego por. m.in. A. Matan [w:] G. Łaszczyca, Cz. Matan, A. Martysz, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Tom I, Warszawa 2010, s. 282 i nast.

[12] Por. J. Borkowski, *Aspekty podmiotowe regulacji prawa procesowego* [w:] B. Adamiak, J. Borkowski. A. Skoczylas, *Prawo procesowe administracyjne, t. 9. System prawa administracyjnego*, Warszawa 2010, s. 125.

II. Brak trybu wnioskowego w sprawach praktyk ograniczających konkurencję

Wejście w życie uokik z 2007 r. spowodowało istotną zmianę w zakresie kształtu instytucji wszczęcia postępowania antymonopolowego. Zgodnie z obowiązującym obecnie art. 49 uokik z 2007 r., postępowanie antymonopolowe w sprawach praktyk ograniczających konkurencję oraz postępowanie w sprawach praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, jak również w sprawach nakładania kar pieniężnych wszczyna się z urzędu. Wyłącznie postępowanie antymonopolowe w sprawach koncentracji może zostać wszczęte na wniosek strony lub z urzędu[13]. Zmiana powyższa, w stosunku do obowiązującego poprzednio stanu prawnego ma charakter zasadniczy, mimo że regulacje unijne nadal oparte są o wnioskowy charakter wszczynania postępowania w sprawie ochrony konkurencji[14]. W prawie unijnym, w postępowaniu przed Komisją Europejską dopuszcza się do udziału w postępowaniach podmioty, które nie są adresatami zarzutów w tychże postępowaniach pod warunkiem, że wykażą one swój wystarczający interes[15].

Dodać należy w tym miejscu, że stan prawny obowiązujący pod rządami uokik z 2000 r. zakładał możliwość wszczęcia postępowania w sprawach praktyk ograniczających konkurencję zarówno z urzędu, jak i na wniosek przedsiębiorcy (art. 44 uokik z 2000 r.). W obecnie obowiązującej uokik ustawodawca postanowił odejść od wnioskowego trybu wszczynania postępowań w sprawach praktyk ograniczających konkurencję. W poprzednim stanie prawnym – na podstawie art. 84 uokik z 2000 r. – Prezes UOKiK miał obowiązek wszczęcia postępowania, wówczas gdy z wnioskiem o wszczęcie postępowania w sprawach praktyk ograniczających konkurencję, w związku z podejrzeniem naruszenia przepisów ustawy wystąpił m.in. przedsiębiorca lub związek przedsiębiorców, którzy wykazali swój interes prawny. Organ antymonopolowy miał więc obowiązek wszcząć postępowanie na skutek umotywowanego wniosku przedsiębiorcy (najczęściej konkurenta)[16]. Wniosek o wszczęcie postępowania antymonopolowego wnoszony był na piśmie wraz z uzasadnieniem oraz podaniem podstawy prawnej. Wnioskodawca miał obowiązek uprawdopodobnić naruszenie przepisów uokik[17]. Prezes UOKiK związany był również zakresem żądania tegoż przedsiębiorcy[18]. Wszczęcie postępowania następowało na podstawie wydanego postanowienia, na które służyło zażalenie do SOKiK.

W uokik z 2007 r. odstąpiono od prowadzenia postępowań na wniosek w sprawach praktyk ograniczających konkurencję oraz w sprawach praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów[19], tworząc odrębne, szczególne podstawy statusu strony postępowania[20] określające pojęcie interesu prawnego jako przynależnego wyłącznie późniejszemu potencjalnemu adresatowi zakazu podejmowania określonej aktywności w obrocie gospodarczym. Powyższa zmiana związana z rezygnacją trybu wnioskowego w sprawach praktyk ograniczających konkurencję podyktowana była – w opinii

[13] Por. art. 49 ust. 2 uokik z 2007 r.

[14] Mechanizm skargowości przewidziany został chociażby w art. 7 ust. 2 Rozporządzenia Rady (WE) Nr 1/2003 z 15.12.2004 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 TWE (Dz.Urz. UE z 4.01.2003, L 001, s. 1); dalej „rozporządzenie 1/2003".

[15] Por. art. 27 ust. 3 rozporządzenia 1/2003.

[16] E. Modzelewska-Wąchal, *Ustawa...,* s. 283.

[17] Por. art. 84 ust. 2 uokik z 2000 r.

[18] A. Jurkowska, D. Misiąsik. T. Skoczny, M. Szydło, *Nowa uokik z 2007 r. – kolejny krok w kierunku doskonalenia publicznoprawnej ochrony konkurencji w Polsce*, PUG 2007, Nr 4, s. 4.

[19] Zgodnie z przedstawionym projektem uzasadnienia do uokik z 2007 r. miało to na celu, „[…] usprawnienie funkcjonowania Urzędu i umożliwienie Prezesowi Urzędu prowadzenia postępowań dotyczących jedynie najpoważniejszych naruszeń ustawy, mających najbardziej istotny wpływ na rynek". Uzasadnienie do projektu uokik (zwane dalej również „Uzasadnieniem do projektu" do projektu, s. 15.

[20] J. Borkowski, *Aspekty podmiotowe...,* s. 117.

projektodawcy nowego uokik z 2007 r. – wieloma czynnikami. Wskazano m.in. konieczność „skoncentrowania się organu antymonopolowego na najpoważniejszych naruszeniach konkurencji”[21]. Podkreślano również, że w ten sposób uwydatniony ma zostać publicznoprawny charakter regulacji antymonopolowej. Projektodawca zauważał również, że poprzez ograniczenie wpływu samych przedsiębiorców na podejmowanie postępowań ustawodawca chce również usprawnić dotychczasowe postępowania (skrócenie czasu postępowań wobec wyeliminowania stanu związania organu wnioskiem złożonym przez przedsiębiorcę)[22]. Krytykując przyjęte rozwiązanie funkcjonujące na gruncie uokik z 2000 r. wnioskodawca (organ antymonopolowy) wskazywał w uzasadnieniu do projektu nowej regulacji prawnej, iż w praktyce jego działalność była determinowana głównie wnioskami przedsiębiorców (co zapewne miało utrudniać pracę Urzędu i skupiać ją na proceduralnych aspektach kończenia często niezasadnie wszczynanych z inicjatywy podmiotów trzecich postępowań). Jak wskazano wręcz w uzasadnieniu do uokik z 2007 r., wnioski przedsiębiorców były traktowane priorytetowo, ponieważ Prezes UOKiK mógł narazić się na zarzut bezczynności w przypadku własnej opieszałości[23].

Rezygnacja z trybu skargowego w postępowaniu w sprawach praktyk ograniczających konkurencję miała być połączona z rozszerzaniem instytucji *private enforcement*. W początkowym bowiem zamierzeniu ustawodawca wykorzystujący inspirację wzorów unijnych miał zmierzać do stworzenia instytucjonalnej konstrukcji „dwubiegunowego systemu ochrony konkurencji”. Komplementarna dla trybu publicznoprawnego (*public enforcement*) powinna w takim systemie stać się aktywność przedsiębiorców zabiegających o ochronę swoich interesów przed skutkami naruszeń prawa antymonopolowego w trybie prywatnoprawnym – przed sądami cywilnymi (*private enforcement*). Pomimo tak skonstruowanego założenia uokik w momencie jej uchwalenia, ani też do chwili obecnej nie podjęła próby zbudowania systemu private enforcement. Tego typu działanie mogłoby – przynajmniej w części – zrekompensować brak instytucji wnioskowego trybu wszczęcia postępowania antymonopolowego. Jak zresztą słusznie podkreśla K. Kohutek, w chwili obecnej rozwiązanie to może wydawać się przedwczesne także z powodu wciąż stosunkowo słabo rozwiniętych regulacji unijnych[24]. Również M. Bernatt sugeruje, że jest to krok za daleko idący[25].

Wskazać należy, że w przyjętym rozwiązaniu wykluczającym możliwość przyznania czynnej legitymacji do wszczęcia postępowania w sprawach praktyk ograniczających konkurencję przedsiębiorcom można dopatrywać się jednak przede wszystkim elementów pozytywnych. Organ antymonopolowy zwolniony został z konieczności prowadzenia szeregu nieadekwatnych z punktu widzenia zadań stojących przed regulacją normatywną postępowań. W praktyce stosowania uokik z 2000 r. okazywało się bowiem niejednokrotnie, iż celem wniosków zawierających żądanie wszczęcia postępowania antymonopolowego w sprawie praktyk ograniczających konkurencję, nie była intencja ochrony interesu publicznego, ale zamiar ochrony własnych, prywatnoprawnych interesów, zagrożonych takimi praktykami[26]. Nie sposób nie wskazać również i negatywnych elementów zaistniałego stanu rzeczy. Moim zdaniem przyjęcie takiego rozwiązania wywołuje oczywiście pewne wątpliwości co do swojej skuteczności i przydatności w postępowaniu antymonopolowym, jednakże uznać należy,

[21] Uzasadnienie do projektu, s. 15.

[22] Uzasadnienie do projektu, s. 16.

[23] Por. Uzasadnienie do projektu, s. 17 i 18.

[24] K. Kohutek, *Stosowanie reguł wspólnotowego prawa konkurencji przez sądy krajowe*, EPS 2006, Nr 8, s. 14 i nast.

[25] *Por. M. Bernatt, Sprawiedliwość proceduralna w postępowaniu przed organem ochrony konkurencji, Warszawa 2011, s. 158*

[26] *M. Stefaniuk, Wszczęcie postępowania antymonopolowego* [w:] J. Niczyporuk (red.), *Kodyfikacja postępowania administracyjnego*, Lublin 2010, s. 757.

iż jest rozwiązaniem właściwym. Bez wątpienia, uruchamianie postępowania antymonopolowego w omawianym zakresie pozwala Prezesowi UOKiK koncentrować się wyłącznie na tych naruszeniach przepisów ustawy antymonopolowej, które uważa on za najgroźniejsze, (subiektywnie) najistotniejsze z punktu widzenia funkcjonowania rynku, jak i konieczności wdrażania zapisów polityki konkurencji[27]. Nie zmienia to jednak faktu, iż tego typu rozwiązanie konstrukcyjne może w pewnych przypadkach okazać się niekorzystne z punktu widzenia ochrony konkurencji na rynku. To od oceny organu antymonopolowego należy bowiem wyłącznie w chwili obecnej wybór sprawy, która stanie się jego przedmiotem zainteresowania, może on również – w imię trudnych do jednoznacznego sprecyzowania przesłanek – kierować się niczym nieuzasadnionym wyborem określonych kategorii spraw (tj. uruchamiać postępowania wobec przedsiębiorcy lub przedsiębiorców działających wyłącznie w niektórych sektorach gospodarki na skutek określonych preferencji leżących po stronie osoby piastującej funkcje Prezesa UOKiK). Z pewnym uznaniem należy odnieść się do stanowiska zaprezentowanego przez M. Bernatta, iż istniejący na podstawie rozwiązań uokik z 2000 r. udział innych niż rzeczywisty adresat zarzutów w postępowaniu antymonopolowym przedsiębiorców „[..] mógł przyczyniać się do pełniejszego wyjaśnienia sprawy, choćby poprzez wymaganie od Prezesa UOKiK jak największej staranności i dokładności przy prowadzonym postępowaniu, jak również wprost poprzez możliwość przedstawiania dowodów, które mogły mieć istotne znaczenie dla stwierdzenia naruszenia konkurencji”[28].

Jakkolwiek stanowisko to zasługuje na uznanie, to wydaje się jednak, iż wyważenie argumentów „za” i „przeciw” trybowi wnioskowemu w sprawie praktyk ograniczających konkurencję przeważa jednak na korzyść utrzymania rozwiązania przyjętego obecnie w uokik z 2007 r. W związku z powyższym, rozwiązanie zakładające likwidację wnioskowego charakteru spraw z zakresu praktyk ograniczających konkurencję należy ocenić w sposób pozytywny. Rozwiązanie powyższe zwiększa ekonomikę i szybkość postępowania pozwalając organowi antymonopolowemu w sposób dowolny kształtować treść i zakres wszczynanych postępowań[29]. Nie zmienia to jednak faktu, że przedsiębiorcy posiadający interes prawny w toczącym się postępowaniu powinni uzyskać uprawnienia ponownie umożliwiające skuteczne wnoszenie żądań wszczęcia postępowania, jak również powinni uzyskać prawo do pozostawania aktywnymi uczestnikami postępowania dowodowego. Tylko dopuszczenie innych podmiotów do udziału w postępowaniu przy założeniu dalszego bezpośredniego stosowania art. 31 k.p.a. dopuszczającego do aktywnego udziału we wszczęciu i prowadzeniu postępowania organizacji społecznej jako podmiotu na prawach strony równoważy negatywne konsekwencje usunięcia wnioskowego trybu wszczynania postępowań antymonopolowych w sprawach praktyk ograniczających konkurencję.

Kwestią odrębną pozostaje zakres pojęcia strony w postępowaniu antymonopolowym. Jak się wydaje, zakres tego pojęcia powinien zostać rozszerzony ponad obecne obowiązywanie normy zawartej w ar.t 94 ust. 1 uokik z 2007 r., która wskazuje, iż stroną postępowania jest każdy, kto zgłasza zamiar koncentracji. Jednocześnie w ustępie 2 tegoż artykułu wskazano podmioty zobowiązane do dokonania zgłoszenia. Należą do nich podmioty „aktywne” w toku zamierzonych procesów koncentracyjnych. Należałoby postulować rozszerzenie pojęcia strony również na biernego uczestnika koncentracji polegającej na przejęciu kontroli nad przedsiębiorcą w myśl art 13 ust. 2 pkt 2 uokik z 2007 r.

[27] Podobnie C. Banasinski. E. Piontek (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 614.

[28] M. Bernatt, *Sprawiedliwość proceduralna...*, s. 158 i 158.

[29] Podobnie M. Stefaniuk, *Wszczęcie postępowania...*, s. 758.

III. Rezygnacja z instytucji „podmiotu zainteresowanego" – krok w niewłaściwym kierunku

Jednym z istotnych elementów proceduralnej konstrukcji postępowania antymonopolowego normowanego treścią uokik z 2000 r. było ustanowienie instytucji tzw. podmiotu zainteresowanego[30]. W moim przekonaniu, celowe byłoby rozważanie ponownego wprowadzenia w uokik instytucji zbieżnej z instytucją podmiotu zainteresowanego uregulowanej w uokik z 2000 r. Koncepcja podmiotu zainteresowanego nawiązywała w pewnym zakresie do instytucji znanej przedwojennej doktrynie postępowania administracyjnego[31]. Jak wskazywał M. Błachucki, używając tego samego pojęcia ustawodawca pozostawił nauce do rozwiązania problem, czy tożsamość nazw oznaczała tożsamość instytucji[32]. Swoista zbieżność tychże nazw była jednakże wyłącznie pozorna, co wynikało z odmiennego sposobu definicji pojęcia „podmiotu zainteresowanego" w uokik z 2000 r. i rozporządzeniu Prezydenta RP z 22.03.1928 r. o postępowaniu administracyjnym[33].

Na podstawie art. 87 ust. 1 uokik z 2000 r. Prezes UOKiK mógł dopuścić do udziału w toczącym się postępowaniu : 1) przedsiębiorcę poszkodowanego na skutek działań stanowiących naruszenie przepisów uokik; 2) stronę umowy, której dotyczy postępowanie, oraz 3) inny podmiot, który wystąpi z wnioskiem i wykaże swój interes prawny lub którego dopuszczenie do udziału w postępowaniu przyczyni się do wyjaśnienia sprawy. Wykazanie powyższego interesu mogło przede wszystkim przybrać charakter negatywny, polegający na wykazaniu, że dany podmiot uznawał się za dotknięty praktyką ograniczającą konkurencję[34]. Natomiast w zakresie postępowań w sprawach kontroli koncentracji przedsiębiorców, Prezes UOKiK mógł dopuścić do udziału w postępowaniu w charakterze podmiotu zainteresowanego: 1) przedsiębiorcę, nad którym inny przedsiębiorca przejmuje kontrolę; 2) podmiot zbywający akcje lub udziały; 3) podmiot zbywający majątek; 4) konkurenta przedsiębiorcy zaangażowanego w koncentrację; 5) inny podmiot, który wystąpi z wnioskiem i wykaże swój interes prawny[35].

Podmiot zainteresowany uzyskiwał pośredni, ale istotny wpływ na wynik sprawy. Podmiot zainteresowany miał prawo składania dokumentów i wyjaśnień dotyczących okoliczności sprawy oraz prawo do informacji o sposobie załatwienia sprawy. Podmiotowi temu nie przysługiwało jednakże prawo do wniesienia odwołania lub zażalenia[36]. Wyłącznie w postępowaniu w sprawach praktyk ograniczających konkurencję podmiot zainteresowany uzyskał prawo wglądu do akt w zakresie, w jakim było to konieczne do ochrony jego praw, i jeśli nie naruszało to tajemnicy przedsiębiorstwa, jak również innych tajemnic podlegających ochronie na podstawie odrębnych przepisów. Jak wskazano w literaturze przedmiotu, takie zróżnicowanie, choć może nie do końca spójne systemowo, miało swoje uzasadnienie w różnym typie spraw rozstrzyganych w tych postępowaniach[37]. Nieco odmiennie –

[30] Instytucję podmiotu zainteresowanego ustanowiono na podstawie art. 87 ustawy z 2000 r.

[31] Więcej W. Dawidowicz, *Zagadnienie „osoby zainteresowanej" we współczesnym polskim postępowaniu administracyjnym* [w:] *Prawo, Administracja, Gospodarka*. Księga pamiątkowa ku czci Prof. Ludwika Bara, Warszawa 1983, s. 221.

[32] M. Błachucki, *Pozycja procesowa innych niż strona uczestników postępowania antymonopolowego* [w:] B.T. Bieńkowska, D. Szafrański, *Problemy prawa polskiego i obcego w ujęciu historycznym, praktycznym i teoretycznym*. Część druga, Warszawa 2009, s. 62.

[33] Dz.U RP Nr 36, poz. 341, ze zm. Artykuł 9 przedmiotowego rozporządzenia stanowił, że osobą zainteresowaną jest każdy, kto żąda czynności władzy, do kogo czynność władzy się odnosi, lub też czyjego interesu czynność władzy choćby pośrednio dotyczy.

[34] Tak E. Modzelewska-Wąchal, *Ustawa*..., s. 294.

[35] Por. art. 95 ust. 1 uokik z 2000 r.

[36] Por. art. 87 ust. 5 uokik z 2000 r.

[37] Por. także M. Błachucki, *Pozycja procesowa..., s. 65.*

w stosunku do obu typów postępowań – kształtowano jednocześnie formalnoprawny mechanizm dopuszczenia podmiotu zainteresowanego do postępowania antymonopolowego[38].

Jak wskazano powyżej, uokik z 2007 r. zrezygnowała z tejże instytucji. W obecnie obowiązującej uokik brak jest bowiem analogicznego uregulowania. Trudno również jednoznacznie wskazać, jaki był powód usunięcia z regulacji normatywnej powyższej instytucji. Można domniemywać jedynie, że podobnie jak w przypadku instytucji wszczęcia postępowania w sprawach praktyk ograniczających konkurencję, chodziło o ograniczenie uprawnień proceduralnych, innych niż strona postępowania podmiotów, które mogły uzyskiwać realny wpływ na treść tegoż postępowania. Likwidacja powyższego rozwiązania powinna zostać oceniona w sposób krytyczny. Dążąc do zwiększenia ekonomiki postępowania zlikwidowano uprawnienia podmiotów trzecich (zwłaszcza konkurentów przedsiębiorców uczestniczących w postępowaniu), którzy mogli dostarczać organowi antymonopolowemu wielu informacji mających istotne znaczenie dla sprawy. Podobnie jak likwidacja instytucji skargowości w postępowaniu w sprawach praktyk ograniczających konkurencję, również brak w chwili obecnej instytucji podmiotu zainteresowanego w postępowaniu ogranicza znacznie możliwość wszechstronnego wyjaśnienia sprawy przez organ antymonopolowy. W rękach Prezesa UOKiK znajdują się co prawda wykorzystywane przez niego liczne instrumenty umożliwiające mu w toku postępowań (zwłaszcza postępowania wyjaśniającego) ubieganie się o uzyskanie informacji dotyczących struktury badanego rynku, stopnia wpływu przedsiębiorcy poddanego postępowaniu na strukturę danego rynku, nie oznacza to jednak, że właściwym rozwiązaniem było wyeliminowanie instytucji podmiotu zainteresowanego, którego działanie mogło zobowiązywać organ do podejmowania określonych czynności dowodowych (co było obarczone możliwością ewentualnej weryfikacji bezczynności organu w tym względzie, w trybie weryfikacyjnym przez sąd antymonopolowy).

W moim przekonaniu, usunięcie omawianej instytucji doprowadziło z jednej strony do przewartościowania układu postępowania antymonopolowego w kierunku ograniczenia isntrumentarium gwarantującego ochronę interesu publicznego, z drugiej zaś pogorszyło sytuację przedsiębiorców poszkodowanych działaniami naruszającymi uokik. Nie posiadają oni w chwili obecnej wpływu na bieg postępowania antymonopolowego. Ich dotychczasowa, ograniczona możliwość udziału w postępowaniu antymonopolowym, wynikająca z możliwości dostępu do akt sprawy i składania wyjaśnień oraz wniosków dowodowych, miała istotne znaczenie z punktu widzenia realizacji zasady prawdy materialnej w postępowaniu i pośrednio służyła zabezpieczeniu ich interesów[39]. Poprzeć należy stanowisko wyrażone przez M. Błachuckiego, że prowadzi to do wydłużenia postępowań, czy szerzej, do wydłużenia rozpatrzenia i rozstrzygnięcia sprawy, z uwagi na brak należytego wyjaśnienia sprawy i możliwości zgłaszania nowych środków dowodowych przez podmioty zainteresowane[40].

Istotną rolę dla ochrony i rozwoju konkurencji może odnieść również udział podmiotów trzecich w postępowaniach antymonopolowych w sprawach koncentracji. Jak się wydaje – z uwagi na konieczność ochrony interesu publicznego – zachodzi konieczność wprowadzenia również i w tym postępowaniu instytucji podmiotu trzeciego. Nie dotyczyłoby to tylko przedsiębiorcy, nad którym

[38] Zaskarżalne postanowienie o dopuszczeniu, bądź odmowie dopuszczenia do toczącego się postępowania dotyczyło wyłącznie postępowania w sprawach praktyk ograniczających konkurencję.

[39] Służyć mogła jedynie pośrednio, albowiem, jak wielokrotnie podkreślano w orzecznictwie sądu antymonopolowego postępowania antymonopolowe były wszczynane w celu ochrony interesu publicznego, a nie indywidualnego interesu przedsiębiorców.

[40] M. Błachucki, *Pozycja procesowa*…, s. 67. Podobnie M. Bernatt uważa za „bezzasadną likwidację" instytucji podmiotu zainteresowanego w postępowaniu antymonopolowym; por. M. Bernatt, *Sprawiedliowść proceduralna*..., s. 162.

przejmowana byłaby kontrola w myśl art. 13 ust. 2 pkt 2 uokik z 2007 r., gdyż ten podmiot powinien uzyskać przymiot strony[41].

Brak mechanizmu pozwalającego „skutecznie" domagać się wszczęcia postępowania antymonopolowego w sprawach praktyk ograniczających konkurencję w sposób znikomy rekompensują jedynie w nieznacznym zakresie dwie instytucje: instytucja zawiadomienia dotyczącego podejrzenia stosowania zabronionych praktyk, tj. praktyk ograniczających konkurencję (art. 86) oraz praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów (art. 100) oraz instytucja tzw. osoby trzeciej (art. 50 ust. 3). Obie powyższe instytucje omówione zostaną poniżej.

Zgodnie z treścią art. 86, każdy może zgłosić Prezesowi UOKiK zawiadomienie dotyczące stosowania praktyk ograniczających konkurencję wraz z uzasadnieniem. Zawiadomienie powyższe mogą składać przedsiębiorcy – konkurenci[42] podmiotów dopuszczających się nielegalnych praktyk, jak również przedsiębiorcy – ich kontrahenci[43]. Możliwość taka przynależy również do związków przedsiębiorców[44].

W odróżnieniu od wniosku, zawiadomienie normowane treścią art. 86 nie posiada charakteru obligatoryjnego, w tym sensie, iż nie zobowiązuje organu do podejmowania żadnych działań. Na skutek złożenia takiego zawiadomienia Prezes UOKiK będzie przekazywał zgłaszającemu zawiadomienie, bez zbędnej zwłoki, pisemną informację o sposobie rozpatrzenia zawiadomienia wraz z uzasadnieniem (art. 86 ust. 4 oraz art. 100 ust. 3 uokik z 2007 r.). Zawiadomienie takie prowadzić może wyłącznie do wszczęcia postępowania antymonopolowego , czego jednak organ w praktyce nie musi uczynić[45]. Co więcej, z uwagi na brak wyraźnych przepisów wskazujących na formę prawną odmowy wszczęcia postępowania w tym przypadku trudno jednoznacznie wskazywać, czy na gruncie sądowych postępowań cywilnych przysługuje takiemu podmiotowi możliwość zaskarżenia tego typu działania organu antymonopolowego. Zawiadomienie powyższe, jakkolwiek mogące się okazać przydatnym instrumentem w ochronie rynku przed niezgodnymi z prawem praktykami przedsiębiorców wykazujących cechy dominantów rynkowych, jawi się jednak jako instrument niespełniający tych funkcji, jakie pozwalała osiągnąć instytucja wszczęcia postępowania na wniosek oraz potencjalna obecność podmiotu zainteresowanego w toku postępowania antymonopolowego.

Zgodnie z brzmieniem art. 50 ust. 3, każdy ma prawo składania na piśmie – z własnej inicjatywy lub na prośbę Prezesa UOKiK – wyjaśnień dotyczących istotnych okoliczności sprawy. Powyższy przepis reguluje możliwość występowania w toku postępowania antymonopolowego jako tzw. osób trzecich. W opinii wyrażonej w literaturze przedmiotu wskazuje się, że występowanie tejże instytucji stanowi transpozycję do polskiego postępowania antymonopolowego instytucji *amicus curiae* występującej w systemie *common law*, jak również prawie unijnym[46]. W polskim systemie prawnym oświadczenie takie może być traktowane wyłącznie jako jeden ze środków dowodowych. Instytucja

[41] *Jak twierdzi M. Błachucki, wszystkim uczestnikom koncentracji powinno się przyznać przymiot podmiotu trzeciego, gdyż decyzja koncentracyjna wpływa na interes faktyczny przedsiębiorców, nad którymi przejmowana jest kontrola lub których majątek podlega nabyciu . jest to szczególnie możliwe w sytuacji wrogich przejęć spółek publicznych; por. M. Błachucki, System postępowania antymonopolowego w sprawach koncentracji przedsiębiorców, Warszawa 2012, s. 209.*

[42] Por. m.in. decyzja Prezesa UOKiK z 16.07. 2007 r., Nr RKT-22/2007.

[43] Por. m.in. decyzja Prezesa UOKiK z 27.07.2007 r., Nr RPZ-40/2007.

[44] A. Jurkowska [w:] T. Skoczny, A. Jurkowska, D. Miąsik, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 1395.

[45] Organ antymonopolowy jest zobowiązany wyłącznie do poinformowania wnoszącego o sposobie rozpatrzenia zawiadomienia wraz z uzasadnieniem (por. art. 86 ust. 4). Jeżeli Prezes UOKiK zdecyduje się wszcząć postępowanie antymonopolowe, nie jest związany zakresem żądania zawartego w treści przedmiotowego zawiadomienia; por. również A. Jurkowska [w:] T. Skoczny, A. Jurkowska, D. Miąsik, *Ustawa*…, s. 1398 i 1399.

[46] M. Swora, A. Trela, *Amicus curiae w postępowaniu antymonopolowym*, Administracja 2006, Nr 1, s. 79 i nast.; Por. także C. Banasiński, E. Piontek (red.), *Ustawa...*, s. 622

ta może jednakże odegrać istotną rolę w trakcie toczącego się postępowania. Zgodzić należy się z poglądem wyrażonym w literaturze przedmiotu, że wyjaśnieniami składanymi w tym trybie nie można zastępować opinii biegłego, zeznań świadka, dowodu z dokumentu, czy oględzin. Sięgnięcie po ten środek powinno mieć wyłącznie charakter wyjątkowy[47].

IV. Zapowiedź wyłączenia art. 31 k.p.a. w postępowaniu antymonopolowym

Likwidacja instytucji podmiotu zainteresowanego w postępowaniu antymonopolowym równoważona była dotychczas w pewnym zakresie „tonowana" poprzez odpowiednie stosowanie w postępowaniu antymonopolowym art. 31 k.p.a. Umożliwia on dopuszczenie do postępowania administracyjnego organizacji społecznych jako podmiotów na prawach stron. Założenia reformy prawa antymonopolowego zaproponowane przez Prezesa UOKiK przewidują również wprowadzenie zapisu wyłączającego możliwość stosowania w postępowaniu antymonopolowym art. 31 k.p.a. Udział organizacji społecznych w postępowaniach administracyjnych ma na celu wzmocnienie ochrony interesu publicznego w postępowaniu. W opinii Prezesa UOKiK postępowanie antymonopolowe „ma jednak charakter szczególny – to Urząd reprezentuje w nim interes społeczny (ochrona konkurencji, ochrona konsumentów), nie ma więc potrzeby dopuszczania do udziału w postępowaniu innych podmiotów reprezentujących ten interes)". Powyższe twierdzenie uznać należy za błędne. Postępowanie administracyjne (w tym również postępowanie antymonopolowe) zakłada samo w sobie, iż jest prowadzone przed organ działający w imieniu państwa i realizuje ono w pierwszym rzędzie interes publiczny. Trudno w jednoznaczny sposób wskazać racjonalne uzasadnienie wyeliminowania w postępowaniu antymonopolowym stosowania powyższego przepisu. Jakkolwiek, próbę usunięcia powyższego rozwiązania dostrzec można przede wszystkim w podejmowanych próbach dotychczasowego wykorzystania tejże instytucji w postępowaniach antymonopolowych poprzez tworzenie doraźnych podmiotów odpowiadających formie organizacji społecznych i uczestniczących w tym postępowaniu w charakterze podmiotu na prawach strony, to jednakże wskazany w założeniach projektu nowelizacji uokik powód wydaje się skrajnie nieprzekonujący.

V. Podsumowanie

Realizacja interesu publicznego zmierzająca do zapewnienia ochrony i rozwoju konkurencji na rynku dokonuje się również poprzez kreację takich mechanizmów proceduralnych, które umożliwiają jak najpełniejszą realizację interesu faktycznego innych podmiotów, niż strony postępowania. Wskazując na zwiększenie partycypacji podmiotów trzecich należy więc przede wszystkim postulować konieczność dopuszczenia do udziału w postępowaniach antymonopolowych innych, niż strona konkretnego postępowania przedsiębiorców oraz ich organizacji, przyznając im uprawnienia proceduralne tożsame z tymi, które przysługują stronie postępowania, z wyjątkiem uprawnienia do wnoszenia środków weryfikacyjnych od rozstrzygnięć Prezesa UOKiK (głównie odwołania do SOKiK). Podmioty takie powinny posiadać również prawo dostępu do akt sprawy z uwzględnieniem konieczności ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa. W przypadku postępowań antymonopolowych zadanie takie spełniała instytucja podmiotu zainteresowanego zawarta w uokik z 2000 r. Podmioty uzyskujące taki status

[47] M. Swora, *A. Trela, Amicus curiae...*, s. 79

uzyskiwały szczególną pozycję proceduralną w toku postępowań w sprawach praktyk ograniczających konkurencję oraz w sprawach koncentracji, nie otrzymując jednocześnie prawa do wnoszenia środków weryfikacyjnych od rozstrzygnięć Prezesa UOKiK. Rozwiązanie polegające na usunięciu instytucji podmiotu zainteresowanego z modelu postępowania antymonopolowego uznać należy za niezrozumiałe. Co więcej, tak znaczne ograniczenie praw jest rozwiązaniem nieadekwatnym do tożsamych rozwiązań zawartych w prawie unijnym. Dalsze ograniczenie partycypacji podmiotów trzecich związane jest z zapowiedzią wyeliminowania z postępowań antymonopolowych organizacji społecznych, co obecnie wynika z odpowiedniego stosowania w postępowaniu antymonopolowym art. 31 k.p.a. Autor niniejszego artykułu dostrzega jedynie konieczność zwiększenia zakresu podmiotowego instytucji strony postępowania antymonopolowego w postępowaniach koncentracyjnych rozszerzając to pojęcie na przedsiębiorców, nad którymi przejmowana jest kontrola w myśl art. 13 ust. 2 pkt 2 uokik z 2007 r.

Maciej Gac*

Programy zgodności z prawem konkurencji – efektywny mechanizm w tworzeniu europejskiej kultury *compliance*?

Spis treści:

I. Wprowadzenie
II. Komisja Europejska a programy zgodności
III. Francuskie i brytyjskie rozwiązania w zakresie programów zgodności
  1. System francuski
  2. System brytyjski
IV. Problemy, ograniczenia oraz propozycje ich rozwiązania
  1. Modelowy program zgodności oraz system certyfikacji
  2. Łagodzenie kar dla przedsiębiorców podejmujących działania na rzecz *compliance*
  3. Ujednolicenie polityki krajowej i unijnej
V. Programy zgodności a prawo polskie
VI. Podsumowanie

Streszczenie:

Celem artykułu jest analiza wpływu programów zgodności z prawem konkurencji na efektywność europejskiego prawa konkurencji. Artykuł zmierza do odpowiedzi na zasadnicze pytanie: czy, a jeśli tak to pod jakimi warunkami, programy zgodności z prawem konkurencji mogą przyczynić się do budowy kultury *compliance* w europejskim prawie konkurencji? Artykuł dokonuje analizy porównawczej propozycji Komisji Europejskiej, zawartej w dokumencie zatytułowanym *Compliance Matters. What companies can do better to respect EU competition rules*[1], oraz szczegółowych rozwiązań w zakresie programów zgodności zaproponowanych przez francuskie i brytyjskie organy ochrony konkurencji. Artykuł dokonuje oceny skuteczności poszczególnych modeli polityki zgodności i zmierza do zaproponowania praktycznych rozwiązań w przedmiocie badanego zagadnienia. Dodatkowo, artykuł zmierza do odpowiedzi na pytanie dotyczące możliwości budowy kultury *compliance* na gruncie polskiego prawa konkurencji.

Słowa kluczowe: kultura przestrzegania prawa konkurencji; kultura *compliance*; programy zgodności z prawem konkurencji; programy *compliance*; efektywność; łagodzenie kar.

* Mgr Maciej Gac, doktorant w Katedrze Prawa Europejskiego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego oraz Katedrze Prawa Międzynarodowego i Europejskiego Uniwersytetu w Tuluzie.

[1] Dokument Komisji Europejskiej z listopada 2011 r., *Compliance matters. What companies can do better to respect EU competition rules.* Dokument dostępny pod adresem: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/compliance/compliance_matters_en.pdf

I. Wprowadzenie

Zagadnienie programów zgodności jest stosunkowo nowym pomysłem w dziedzinie prawa konkurencji. Jego źródeł możemy poszukiwać w systemie prawa amerykańskiego, gdzie od początku lat 90-tych przedsiębiorstwa zaczęły wprowadzać programy, mające na celu zagwarantowanie spójności ich działań z obowiązującymi przepisami prawa[2]. Początkowo odgrywały one szczególne znaczenie w sektorze finansowym, gdzie znaczące ryzyko naruszeń przepisów prawa motywowało przedsiębiorstwa do podejmowania skutecznych działań prewencyjnych. Z czasem jednak programy zgodności zaczęto stosować także w obszarze ochrony konkurencji.

Na gruncie prawa europejskiego programy zgodności stały się częścią szerszej idei, którą Komisja Europejska określiła mianem europejskiej kultury *compliance*[3]*.* Zakłada ona wykształcenie wśród uczestników rynku przekonania o konieczności podejmowania działań w zgodzie z przepisami prawa. Jak jednak podkreśla się w doktrynie, do powstania kultury *compliance* nie jest wystarczające samo wdrożenie programów zgodności przez przedsiębiorstwa, ale konieczne jest ukształtowanie swoistego sposobu myślenia, mającego swe źródło w działaniach podejmowanych przez osoby zarządzające danymi podmiotami i przenikającego ich całą aktywność[4].

Celem budowy kultury *compliance* na gruncie prawa konkurencji Komisja zdecydowała się na opublikowanie w listopadzie 2011 roku dokumentu zatytułowanego *Compliance matters. What companies can do better to respect EU competition rules*. Definiując w nim programy zgodności, jako zbiór zasad i przepisów proceduralnych wdrażanych przez przedsiębiorstwo, określających wymogi stawiane pracownikom w zakresie podejmowania działań zgodnych z prawem konkurencji oraz tworzących system kontroli jego przestrzegania, Komisja podkreśliła, że ich tworzenie prowadzi do podwyższenia poziomu ochrony prawa konkurencji oraz ułatwia wykrywanie jego naruszeń[5]. To nowe podejście do ochrony prawa konkurencji, silnie akcentujące konieczność podejmowania działań prewencyjnych oraz zaangażowanie przedsiębiorstw w budowę kultury *compliance*, jest również zauważalne we Francji i w Wielkiej Brytanii, gdzie krajowe organy ochrony konkurencji zdecydowały się na wprowadzenie rozwiązań w tym zakresie.

Analiza propozycji Komisji Europejskiej oraz krajowych organów antymonopolowych zmusza nas jednak do postawienia zasadniczego pytania: czy, a jeśli tak to pod jakimi warunkami, programy zgodności z prawem konkurencji mogą przyczynić się do budowy kultury *compliance* w europejskim prawie konkurencji? Podejmując próbę odpowiedzi na zadane pytanie artykuł dokonuje analizy rozwiązań proponowanych przez Komisję oraz organy antymonopolowe poszczególnych państw członkowskich, a także ich ewentualnego wpływu na wolę przedsiębiorców do wdrażania programów. Dodatkowo, artykuł stara się wskazać na możliwy kierunek rozwoju polityki *compliance.* Ostatecznie, artykuł zmierza do odpowiedzi na pytanie, czy możliwe jest wdrożenie omawianego instrumentu na gruncie polskiego prawa konkurencji.

[2] C. Collard, C. Roquilly, *La conformité réglementaire et les « programmes de compliance »*, Cahiers de droit de l'entreprise n° 2, Mars 2010, s. 9.

[3] Zob. przemówienie komisarza UE ds. konkurencji Joaquina Almunii wygłoszone 25.10.2010 r. podczas konferencji zorganizowanej przez Bussiness Europe and US Chamber of Commerce. Dostępne pod adresem: http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/10/586.

[4] O. Geiss W. Sparks, *Compliance*, The European Antirust Review 2012, s. 15.

[5] *Ibidem* pkt. 4.6, s. 19-20.

II. Komisja Europejska a programy zgodności

Komisja po raz pierwszy zdecydowała się na publikację dokumentu dotyczącego programów zgodności w listopadzie 2011 roku. Czynnikiem motywującym ją do podjęcia działań w ramach badanego zagadnienia była niewątpliwie chęć zwiększenia stopnia przestrzegania prawa konkurencji oraz budowa europejskiej kultury *compliance*. Jak bowiem podkreślił komisarz UE do spraw konkurencji Joaquin Almunia, komentując aktywność Komisji w obszarze programów zgodności: „Nie cieszy mnie nakładanie kar *per se*. Zamiast tego wolałbym budowę kultury *compliance* w środowisku biznesowym, co pozwoliłoby na ograniczenie sankcji nakładanych na przedsiębiorstwa”[6].

Wspomniany powyżej dokument nie ma charakteru wiążącego. Składa się z czterech części, przy czym trzy z nich stanowią powtórzenie, bądź wyjaśnienie obowiązujących przepisów prawa. Najbardziej interesująca z punktu widzenia analizowanego problemu jest jego ostatnia część, w której przedstawiono szereg propozycji dotyczących programów zgodności. Zaproponowane rozwiązania dotyczą ich formy, elementów konstytutywnych oraz konsekwencji wdrożenia omawianych programów dla przedsiębiorstw.

Odnosząc się do formy programów zgodności Komisja stwierdza, że wdrażana strategia powinna mieć charakter indywidualny dla każdego przedsiębiorstwa[7]. W jej ocenie nie jest bowiem możliwe stworzenie modelowego programu, ale konieczne jest przeprowadzenie oceny ryzyka pojawiającego się w konkretnych obszarach działalności każdego podmiotu. Komisja daje wprawdzie pewne wskazówki przedsiębiorstwom dotyczące zasad tworzenia omawianego instrumentu, ale charakteryzują się one dużym stopniem ogólności. Wśród nich możemy wyróżnić: nadanie programowi formy pisemnej; określenie w sposób jasny i przejrzysty zasad przestrzegania prawa konkurencji; objęcie programem wszystkich pracowników przedsiębiorstwa; wprowadzenie odpowiedzialności zarządu za realizację i przestrzeganie programu zgodności.

Kolejna grupa rozwiązań odnosi się do elementów konstytutywnych programu i zasad jego funkcjonowania. W tym zakresie Komisja wskazuje głównie na konieczność przeprowadzania szkoleń pracowników w zakresie programu zgodności, zapewnienie prawidłowego przepływu informacji o naruszeniach prawa konkurencji oraz stworzenie systemu monitorowania działań podejmowanych w ramach danego przedsiębiorstwa[8]. W ocenie Komisji, system kontroli i szybkiego informowania o ewentualnych naruszeniach prawa konkurencji powinien stanowić podstawę funkcjonowania programu. Jak bowiem wskazuje w omawianym dokumencie: „środowisko zachęcające pracowników do przekazywania informacji, w sytuacji wystąpienia zdarzeń budzących wątpliwości, może być decydujące dla efektywności strategii zgodności”[9].

Przechodząc do konsekwencji wdrożenia programu, Komisja wskazuje przede wszystkim, iż jego istnienie w ramach danego przedsiębiorstwa przyczynia się do zwiększenia stopnia przestrzegania prawa konkurencji oraz stwarza możliwość wczesnego wykrywania jego ewentualnych naruszeń[10]. Dodatkowo, szansa zidentyfikowania nieprawidłowości w początkowym etapie ich wystąpienia pozwala

[6] Zob. przemówienie Joaquina Almunii wygłoszone 14.04.2011 r. podczas *15th International Conference on Competition: A Spotlight on Cartel Prosecution*. Dostępne pod adresem: http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/11/268&format=HTML&aged=1&language=EN&guiLanguage=en.

[7] Dokument Komisji Europejskiej z listopada 2011 r., *Compliance matters …*, pkt. 4.1.

[8] *Ibidem* pkt 4.2 oraz pkt 4.4.

[9] *Ibidem* pkt 4.2.

[10] *Ibidem* pkt 4.5.

na skorzystanie z programu *leniency*, co w ocenie Komisji powinno stanowić kolejny czynnik motywujący przedsiębiorców do wdrażania omawianego instrumentu[11].

Wskazane powyżej elementy dokumentu Komisji ilustrują złożoność analizowanego zagadnienia. Składają się na nie zarówno kwestie dotyczące ogólnych zasad funkcjonowania programu, rozwiązań materialnych i proceduralnych wprowadzanych w ramach danego mechanizmu oraz konsekwencji jego istnienia dla przedsiębiorstw. Jak jednak podkreśla część doktryny[12], pomimo kompleksowości badanej instytucji, Komisja nie zdecydowała się na wprowadzenie konstruktywnych rozwiązań, które mogłyby wspierać przedsiębiorców w podejmowaniu działań na rzecz *compliance*. Ograniczając się jedynie do określenia ogólnych wytycznych, Komisja przerzuciła niejako ciężar opracowywania i wdrażania programów zgodności na podmioty prywatne. Dodatkowo, wskazując na korzyści istnienia programu, Komisja powstrzymała się od zaproponowania rozwiązania, które w ocenie przedstawicieli przedsiębiorstw[13] oraz części komentatorów[14], powinno stanowić naturalną konsekwencję wdrożenia programu. Jest nią możliwość łagodzenia kar wobec przedsiębiorców posiadających program zgodności, którą Komisja wykluczyła, stwierdzając iż: „samo istnienie programu zgodności nie będzie uwzględniane jako czynnik łagodzący karę”[15]. Takie stanowisko Komisji znajduje wprawdzie odzwierciedlenie w jej aktualnej działalności decyzyjnej[16] oraz orzecznictwie Trybunału[17], ale stanowi odejście od praktyki obowiązującej w latach 80-tych i 90-tych. Jak bowiem podkreślała uprzednio Komisja, chociażby w decyzji z 5.06.1991 r. w sprawie Viho/Toshiba, fakt wdrożenia programów zgodności przez przedsiębiorstwa pozytywnie wpływa na podwyższenie poziomu przestrzegania prawa konkurencji i powinien być brany pod uwagę podczas wymierzania kary przedsiębiorstwu dopuszczającemu się naruszenia[18].

Dlatego też, jak wskazuje N. Jalabert-Doury[19], zaskakujące jest opublikowanie przez Komisję dokumentu promującego kulturę *compliance*, podczas gdy jej pozycja w stosunku do konsekwencji istnienia programów zgodności jest tak restrykcyjna. Komisja wskazuje co prawda na określone korzyści ich tworzenia, jednakże często mogą się one okazać niewystarczające do podmiotów kierujących się prostym rachunkiem zysków i strat, a zmuszonych dla poniesienia istotnych nakładów na wdrożenie efektywnego programu zgodności. W związku z powyższym, aktualne pozostaje pytanie, czy korzyści związane z wdrożeniem programów wskazane przez Komisję są wystarczające do zmotywowania przedsiębiorców do ich tworzenia, a tym samym do budowy europejskiej kultury *compliance*? Dodatkowo, rozważenia wymaga kwestia, czy określenie jedynie ogólnych wytycznych,

[11] *Ibidem* pkt 4.5.

[12] N. Jalabert-Doury, *Compliance programmes – towards an evolution of Commission's position?*, International Business Law Journal 2012, vol. 2, s. 249-250; J. Murphy, *The EU offers guidance on competition law compliance programmes*, dostępny pod adresem: http://compliance.saiglobal.com/community/blogs/item/2862-eu-guidance-on-competition-law-compliance-programs.

[13] Business Europe, *Business Compliance with Competition Rules*, s. 7. Dokument dostępny pod adresem: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/compliance/businesseurope_compliance_en.pdf.

[14] M. Hall, *Competition Compliance in the EU: The European Commission Publishes its "Highway Code" but Maintains its Fining Practice*, American Bar Association, Section of International Law, International Antirust Committee Newsletter, March 2012, s. 17; P. Voet van Vormizeele, *The fault requirement in European private antitrust litigation and compliance programmes as exculpating or mitigating factor*, Global Competition Law Review 2010, vol. 3(10), s. 8; N. Jalabert-Doury, *Compliance matters – What companies can do better to respect EU competition*, Journal of European Competition Law & Practice, 2012, s. 261.

[15] Dokument Komisji Europejskiej z listopada 2011 r., *Compliance matters*…, pkt. 4.6.

[16] Por.: decyzja Komisji z 27.02.2007 r. w sprawie COMP/E-1/38.823 – PO/Elevators and Escalators, C(**2007**) **512**, pkt. 754; decyzja Komisji z 14.09.2005 r. w sprawie COMP/38337/E1/PO/Thread, COM(2005) 3765, pkt. 373-375; decyzja Komisji z 31.05.2006 r. w sprawie COMP/F/38.645 – Methacrylates, COM(2006) 2098, pkt. 386.

[17] Por. orzeczenia Trybunału i Sądu w sprawach: T-109/02 *Bolloré SA i inni przeciwko Komisji*, Zbiory orzecznictwa Trybunału Europejskiego 2007 Strona II-00947, pkt. 653; T-279/02 *Degussa przeciwko Komisji,* Zbiory orzecznictwa Trybunału Europejskiego 2006 Strona II-00897, pkt. 350; *Dansk Rørindustri przeciwko Komisji,* Zbiory orzecznictwa Trybunału Europejskiego 2005 Strona I-05425, pkt. 373.

[18] Decyzja Komisji z 5.06.1991 r. w sprawie ***Viho/Toshiba*, Official Journal L 287, 17/10/1991 P. 0039 – 0043**, pkt. 28-30.

[19] N. Jalabert-Doury, *Compliance matters …* , s. 261.

mających stanowić impuls do wdrażania programów zgodności, przy jednoczesnym powstrzymaniu się od zaproponowania modelowych rozwiązań w tym zakresie, przyczyni się do rozwoju omawianego instrumentu w ramach Unii Europejskiej?

Odpowiedzi na zadane pytania możemy poszukiwać w systemie francuskim oraz brytyjskim, które idą o krok dalej i proponują nie tylko bardziej szczegółowe rozwiązania w zakresie programów zgodności, ale też gwarantują określone korzyści związane z ich wdrażaniem.

III. Francuskie i brytyjskie rozwiązania w zakresie programów zgodności

1. System francuski

Zainteresowanie programami zgodności pojawiło się we Francji już w 2007 r., kiedy to krajowy organ ochrony konkurencji (*Autorité de la concurrence*) zlecił przygotowanie raportu dotyczącego ówczesnego stanu ich rozwoju w różnych systemach prawnych. Raport opublikowany we wrześniu 2008 roku, zatytułowany *Etat des lieux et perspectives des programmes de conformité*[20] pokazał, iż wdrażanie przez przedsiębiorstwa programów zgodności może stanowić istotną wartość dodaną do krajowego systemu ochrony konkurencji[21]. Taka konstatacja skłoniła francuski organ antymonopolowy do podjęcia prac celem wprowadzenia omawianej instytucji do systemu prawa krajowego. Kolejne lata nie przynosiły jednak konkretnych rozwiązań i dopiero w lutym 2012 roku *Autorité de la concurrence* opublikowało dokument o nazwie *Document-cadre sur les programmes de conformité aux règles de concurrence*[22].

Podobnie jak w przypadku dokumentu opublikowanego przez Komisję, jego podstawowym celem miało być promowanie przestrzegania prawa konkurencji wśród przedsiębiorców[23]. Jednakże francuski organ antymonopolowy zdecydował się pójść o krok dalej i zaproponował rozwiązania, mające na celu zwiększenie efektywności programów zgodności oraz skłonienie przedsiębiorców do ich wdrażania.

Pierwszą różnicą, jaką możemy dostrzec w propozycji francuskiej, jest stopień jej szczegółowości. Podczas gdy dokument Komisji zmierzał w większym stopniu do nadania impulsu do wdrażania programów zgodności, pozostawiając kwestie dotyczące ich szczegółowego kształtu do zdefiniowania przez przedsiębiorców, francuski organ ochrony konkurencji określił 5 elementów, które powinny być spełnione celem stworzenia efektywnego mechanizmu[24]. Są nimi:

a) przyjęcie jednoznacznego zobowiązania przez władze przedsiębiorstwa do przestrzegania programu zgodności,
b) zatrudnienie jednej lub więcej osób odpowiedzialnych za tworzenie i kontrolę przestrzegania programu zgodności oraz wyposażenie ich w odpowiednie zasoby ludzkie i finansowe pozwalające na prawidłową realizację stawianych zadań,
c) stworzenie systemu wymiany informacji i szkoleń mającego na celu zwiększanie świadomości pracowników w zakresie obowiązku podejmowania działań zgodnych z prawem konkurencji,

[20] Raport z 5.09.2008 r., *Etat des lieux et perspectives des programmes de conformité*. Dokument dostępny pod adresem: http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/etudecompliance_oct08.pdf.

[21] *Ibidem* pkt 10.1.

[22] Dokument *Autorité de la concurrence* z 10.02.2012 r., *Document-cadre sur les programmes de conformité aux règles de concurrence,* dostępny pod adresem: http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/document_cadre_conformite_10_fevrier_2012.pdf

[23] J.C. Bermond, *The French Competition Authorities launches consultation on two new draft guidelines*, International Business Law Journal 2012, vol. 1, s. 78.

[24] Dokument *Autorité de la concurrence* z 10.02.2012 r., *Document-cadre sur les programmes de conformité ...,* pkt 22.

d) wdrożenie systemu kontroli przestrzegania prawa konkurencji i zgłaszania jego ewentualnych naruszeń, zawierającego możliwość zgłoszenia anonimowego,

e) wprowadzenie możliwości nakładania kar indywidualnych na pracowników dopuszczających się działań niezgodnych z prawem konkurencji.

Podkreślenia wymaga fakt, iż *Autorité de la concurrence* nie nałożył wprawdzie obowiązku wprowadzenia programu zgodności zawierającego wskazane powyżej elementy, ale przyznanie ewentualnych korzyści związanych z posiadaniem programu uzależnił od ich istnienia[25].

Kolejnym *novum* rozwiązania francuskiego jest wprowadzenie ograniczonej możliwości łagodzenia kar wobec przedsiębiorców posiadających program zgodności w momencie wykrycia naruszenia lub zobowiązujących się do jego wdrożenia.

Pierwsza z sytuacji będzie miała miejsce wówczas, gdy przedsiębiorstwo dopuszczające się naruszenia prawa konkurencji, polegającego na nadużyciu pozycji dominującej lub zawarciu porozumienia wertykalnego, dokona jego wykrycia i zdecyduje się na zaprzestanie jeszcze przed wszczęciem postępowania przez organ antymonopolowy. W opisanej sytuacji, posiadanie programu zgodności będzie mogło być uznane za czynnik łagodzący, upoważniający organ ochrony konkurencji do redukcji ewentualnej kary o 10%[26].

Druga sytuacja dotyczy możliwości złagodzenia kary nakładanej na przedsiębiorstwo w przypadku, gdy zobowiąże się ono do wprowadzenia programu spełniającego wymogi określone w wytycznych organu lub dostosuje posiadany już program do owych wymogów[27]. Skorzystanie z takiej możliwości dopuszczalne jest jednak tylko wtedy, gdy przedsiębiorstwo nie kwestionuje stawianych mu zarzutów. Zgodnie bowiem z art. L. 464-2 III francuskiego Kodeksu handlowego, jeśli przedsiębiorca nie kwestionuje zarzutów stawianych w ramach postępowania antymonopolowego, organ ochrony konkurencji może wziąć pod uwagę jego zobowiązanie do określonego zachowania w przyszłości, jako czynnik łagodzący. Zgodnie ze stanowiskiem *Autorité de la concurrence*, za takie właśnie zobowiązanie można uznać zobligowanie się przez przedsiębiorcę do wprowadzenia lub udoskonalenia posiadanego programu zgodności. W tej sytuacji ewentualna kara nakładana na przedsiębiorstwo będzie mogła być pomniejszona o 10%.

Powyższe stanowisko francuskiego organu ochrony konkurencji znajduje również swoje odzwierciedlenie w jego praktyce decyzyjnej. Jak bowiem wynika z decyzji *Autorité de la concurrence* **nr** 12-D-10 z 20.03.2012 r., podstawą do złagodzenia kary wobec przedsiębiorcy dopuszczającego się naruszenia prawa konkurencji, może być zarówno jego zobowiązanie do wprowadzenia programu zgodności odpowiadającego wytycznym organu[28], jak i do modyfikacji posiadanego programu celem jego dostosowania do owych wytycznych[29]. W obu omawianych sytuacjach organ dodaje jednak, że powyższe zobowiązanie, celem stanowienia podstawy do złagodzenia kary, musi być istotne, wiarygodne i możliwe do zweryfikowania[30].

[25] *Ibidem* pkt 28-31.

[26] *Ibidem* pkt 28.

[27] *Ibidem* pkt 29-31.

[28] Decyzja *Autorité de la Concurrence* nr 12-D-10 z 20.03.2012 r., pkt. 311. Dostępna pod adresem: http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/12d10.pdf, pkt. 310-311.

[29] *Ibidem*, pkt 307-309.

[30] *Ibidem*, pkt 303.

Wskazana powyżej konstrukcja wprowadzona w prawie francuskim stanowi z pewnością krok naprzód w stosunku do propozycji Komisji. Nie ogranicza się ona jedynie do określenia pewnych ogólnych wytycznych w zakresie programów zgodności, ale stara się zaproponować konkretne rozwiązania i korzyści wynikające z ich wdrażania. Ten kierunek ewolucji należy z pewnością ocenić jako pozytywny. Jak jednak podkreślają przedstawiciele doktryny francuskiej[31], działania podjęte przez *Autorité de la Concurrence* nie są wystarczające do budowy kultury przestrzegania prawa konkurencji. Istotną wadą przyjętego rozwiązania jest ich zdaniem brak ogólnej możliwości uzyskania złagodzenia kary wobec przedsiębiorców posiadających program zgodności w momencie wykrycia naruszenia. Jej ograniczenie jedynie do procedury niekwestionowania zarzutów oraz sytuacji, w której przedsiębiorstwo dokonana zaprzestania naruszeń jeszcze przed wszczęciem postępowania antymonopolowego, może bowiem w istotny sposób ograniczyć liczbę podmiotów mogących skorzystać z możliwości złagodzenia kary, a tym samym negatywnie wpłynąć na wolę przedsiębiorstw do wdrażania programów. Jak wskazali przedstawiciele francuskiego Stowarzyszenia Adwokatów Stosujących Prawo Konkurencji komentując powyższe rozwiązanie: „biorąc pod uwagę koszty związane z wdrożeniem programu zgodności, możemy sobie zadać pytanie, czy takie stanowisko będzie czynnikiem wystarczająco motywującym przedsiębiorców do podjęcia faktycznych działań na rzecz zgodności?”[32]. Taką wątpliwość w stosunku do przyjętego rozwiązania wyraziła również Międzynarodowa Izba Handlowa, dodając iż: „z uwagi na fakt, że przedsiębiorstwa pozwalają organowi ochrony konkurencji na ustalenie istnienia naruszenia dzięki zastosowaniu swojego programu zgodności […] logicznym powinno być, iż przedsiębiorstwa mają możliwość skorzystania ze złagodzenia kary”[33].

Jak zatem możemy zauważyć, już na samym początku tworzenia instytucji programów zgodności w systemie francuskim zadane zostało pytanie, czy nie należało pójść jeszcze dalej w celu budowy efektywnej kultury *compliance*?[34]. Odpowiedzi na powyższe pytanie dostarczy z pewnością praktyka stosowania omawianego instrumentu, ale już teraz możemy podjąć próbę jej odnalezienia, odwołując się do systemu brytyjskiego, w którym krajowy organ antymonopolowy zdecydował się na przyjęcie jeszcze bardziej zdecydowanych rozwiązań.

2. System brytyjski

System brytyjski można uznać za najbardziej kompleksowe rozwiązanie w dziedzinie programów zgodności. Liczne działania podejmowane przez brytyjski organ ochrony konkurencji (*Office of Fair Trading*) na przestrzeni ostatnich lat, doprowadziły do opublikowania w czerwcu 2011 r. dwóch dokumentów, stanowiących podstawę brytyjskiej polityki *compliance*. Są nimi: *How your business can achieve compliance with competition law*[35] oraz *Company directors and competition law*[36]. Pierwszy

[31] M. Cousin, C. Lemaire, *Conformité et non-contestation des griefs: l'AdlC précise les outils de gestion du risque concurrentiel par les entreprises*, Revue Lamy Droit des Affaires – 2012, nr 69; D. Bosco, *Regards croisés sur les programmes de conformité*, Contrats Concurrence Consommation nr 1, Janvier 2012, comm. 25, s. 33; N. Jalabert-Doury, *L'Autorité de la concurrence lance l'ère 2.0 des programmes de conformité*, dostępny pod adresem: http://lecercle.lesechos.fr/economie-societe/societe/justice/221139359/autorite-concurrence-lance-ere-20-programmes-conformite.

[32] Dokument z 19.12.2011 r., *Programmes de conformité: réponse de l'APDC au Projet de document cadre de l'ADLC*, Contrats Concurrence Consommation n° 2, Février 2012, alerte 11.

[33] *Observations et propositions de la commission de la concurrence du comité français de la Chambre de Commerce Internationale (ICC France) sur le projet de document-cadre sur les programmes de Conformité en droit de la concurrence (« Compliance »)*. Dokument dostępny pod adresem: http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/iccfrance_conformite.pdf.

[34] D. Bosco, *Regards croisés* ..., s. 34.

[35] Dokument OFT z czerwca 2011 r., *How your business can achieve compliance with competition law*. Dokument dostępny pod adresem: http://www.oft.gov.uk/shared_oft/ca-and-cartels/competition-awareness-compliance/oft1341.pdf.

[36] Dokument OFT z czerwca 2011 r., *Company directors and competition law*. Dokument dostępny pod adresem: http://www.oft.gov.uk/shared_oft/ca-and-cartels/competition-awareness-compliance/oft1340.pdf.

z nich stanowi swoisty przewodnik dla przedsiębiorstw chcących wprowadzić program zgodności z prawem konkurencji w ramach swojej struktury organizacyjnej. Drugi jest natomiast adresowany do kadry kierowniczej, na której w ocenie organu brytyjskiego ciąży szczególna odpowiedzialność za wdrażanie i kontrolę przestrzegania programów *compliance*[37].

Model brytyjski, podobnie jak wcześniej omawiane rozwiązania, opowiada się za koniecznością dostosowania programu do potrzeb każdego przedsiębiorstwa[38]. W konsekwencji, OFT nie proponuje uniwersalnego modelu programu zgodności, ale wskazuje, że proponowany instrument ma charakter fakultatywny i do przedsiębiorstw należy ostateczna decyzja co do jego wdrożenia. Kluczowym elementem modelu brytyjskiego, odróżniającym go od wcześniej omawianych systemów, jest natomiast pojęcie „ryzyka", wokół którego organ stara się budować poszczególne kroki podejmowane przez przedsiębiorstwo. W konsekwencji organ proponuje tzw. *„four-step approach"* lub *„risk based approach"*, składające się z: wykrycia, oceny, zmniejszenia oraz kontroli ryzyka, na które narażone jest przedsiębiorstwo w ramach prowadzonej działalności[39].

Pierwszym etapem w tworzeniu efektywnego programu zgodności jest w ocenie OFT zidentyfikowanie podstawowych naruszeń prawa konkurencji na jakie narażone jest przedsiębiorstwo. Następnie konieczne jest określenie stopnia zagrożenia związanego z każdym ze zidentyfikowanych naruszeń. Dopiero na trzecim etapie OFT wskazuje na konkretne rozwiązania proceduralne i materialne, jakie mogą być podjęte w celu ograniczenia ryzyka działań niezgodnych z prawem konkurencji.

Jak zatem możemy zauważyć, organ brytyjski zdecydowanie więcej uwagi poświęca analizie działalności danego podmiotu, która dopiero stanowić może podstawę do przyjęcia konkretnych rozwiązań. Takie stanowisko, pomimo iż zbliżone do wcześniej prezentowanych propozycji Komisji oraz *Autorité de la Concurrence*, charakteryzuje się większym stopniem szczegółowości. OFT wskazuje bowiem w jaki sposób dokonywać analizy ryzyka, oraz które obszary działalności narażone są w największym stopniu na działania antykonkurencyjne[40].

Wśród szczegółowych rozwiązań materialnych i proceduralnych proponowanych przez OFT na szczególną uwagę zasługują:

a) wprowadzenie możliwości karania pracowników dopuszczających się działań niezgodnych z programem *compliance* oraz nagradzania osób podejmujących działania na rzecz przestrzegania prawa konkurencji,
b) wprowadzenie obowiązku podpisywania oświadczeń przez pracowników, w których zobowiązywać się będą do podejmowania działań w zgodzie z prawem konkurencji,
c) wprowadzenie systemu kontroli wszelkich umów, negocjacji i spotkań biznesowych pod kątem ich zgodności z prawem konkurencji.

Ostatnim etapem proponowanym przez OFT jest system przeglądu wdrożonej procedury. W ocenie organu brytyjskiego, pozwala on nie tylko na zapewnienie kontroli przestrzegania i prawidłowego funkcjonowania programu, ale umożliwia także jego dostosowywanie do zmieniającej się sytuacji przedsiębiorstwa[41].

[37] J.B. Dugan, A. Walsh Sheedy, *Recent U.S. And U.K. Developments Affecting Competition Law Compliance Programs*, The Metropolitan Corporate Counsel, July 2010, s. 26.

[38] *Ibidem*, pkt 1.2.

[39] *Ibidem* pkt 1.15

[40] *Ibidem* pkt. 4.1-4.7.

[41] *Ibidem* pkt 6.1; por. także S. M. Cohen, *When Competition Can't Kill: Building And Maintaining An Effective Antitrust Compliance Program*, The Metropolitan Corporate Counsel, February 2010, s. 26.

Na podstawie powyższych uwag możemy stwierdzić, że model brytyjski stanowi w głównej mierze praktyczne podejście do zagadnienia programów zgodności. Źródłem takiego stanowiska OFT jest niewątpliwie jego dotychczasowa działalność, która skupiała się w głównej mierze na analizie programów wdrażanych przez przedsiębiorstwa oraz oczekiwań przedsiębiorców wobec systemu ochrony konkurencji[42]. W konsekwencji wypracowane zostało rozwiązanie, które zapewnia podmiotom prywatnym dużą elastyczność w tworzeniu programów zgodności i wyposaża je w mechanizmy pozwalające na dostosowanie wdrażanego instrumentu do ich indywidualnych potrzeb. Wadą takiej konstrukcji jest jednak ciągły brak programu modelowego.. Dlatego też, podobnie jak we wcześniej analizowanych systemach, ciężar tworzenia i wdrażania programów jest przerzucany na przedsiębiorstwa. Takie rozwiązanie może okazać się szczególną przeszkodą dla podmiotów dysponujących mniejszym kapitałem oraz ograniczonym doświadczeniem w stosowaniu prawa konkurencji.

Istotną zaletą modelu brytyjskiego, mogącą jednak motywować przedsiębiorców do wdrażania programów i ponoszenia kosztów z tym związanych, jest określenie w sposób jednoznaczny korzyści wynikających z istnienia programu *compliance*. Wychodząc naprzeciw oczekiwaniom przedsiębiorców wyrażonym w ramach konsultacji publicznej[43], OFT przyznał im możliwość uzyskania złagodzenia wymiaru kary, w sytuacji posiadania programu zgodności w momencie wykrycia naruszenia prawa konkurencji. W prawdzie OFT podkreślił, że posiadanie programu zgodności nie będzie automatycznie skutkowało obniżeniem ewentualnej kary[44], ale uprzednie wdrożenie programu spełniającego wymogi określone przez organ antymonopolowy będzie elementem branym pod uwagę podczas wymierzania kary, mogącym prowadzić do obniżenia nawet o 10 %[45].

Podsumowując rozważania dotyczące francuskich i brytyjskich rozwiązań w zakresie programów zgodności należy uznać, że stanowią one istotną wartość dodaną do propozycji Komisji. Z jednej strony, dzięki zaproponowaniu bardziej szczegółowych rozwiązań w zakresie programów zgodności oraz stworzeniu mechanizmów pozwalających na ich prawidłowe dostosowanie do potrzeb każdego podmiotu, pozwalają na częściowe ograniczenie kosztów wdrażania programów. Z drugiej strony, wprowadzają elementy mogące skutecznie motywować przedsiębiorców do podejmowania działań na rzecz *compliance*. W szczególności, dopuszczenie możliwości łagodzenia kar wobec przedsiębiorców posiadających program zgodności, wydaje się rozwiązaniem odpowiadającym ich oczekiwaniom oraz koniecznym kierunkiem rozwoju omawianej instytucji.

IV. Problemy, ograniczenia oraz propozycje ich rozwiązania

1. Modelowy program zgodności oraz system certyfikacji

Jak wynika z powyższych rozważań, podstawowym problemem omawianych modeli może okazać się ich ograniczona efektywność. Sformułowanie jedynie ogólnych wytycznych oraz pozostawienie przedsiębiorcom fakultatywnej możliwości wdrażania programów zgodności, naturalnie musi rodzić

[42] Zob. dokument OFT z maja 2010 r., *Drivers of Compliance and Non-compliance with Competition law*. Dokument dostępny pod adresem: http://www.oft.gov.uk/shared_oft/reports/comp_policy/oft1227.pdf.

[43] Dokument OFT z czerwca 2011 r., *How Your Business Can Achieve Compliance. Summary of responses to the OFT's consultation and OFT's conclusions and decision document*, pkt. 2.1. Dokument dostępny pod adresem: http://www.oft.gov.uk/shared_oft/ca-and-cartels/competition-awareness-compliance/oft1278resp.pdf.

[44] Dokument OFT z czerwca 2011 r., *How your business can achieve compliance* …, pkt 7.2.

[45] *Ibidem* pkt 7.4. Por. także decyzję OFT nr CA98/02/2011 w sprawie *Reckitt Benckiser Healthcare (UK) Limited and Reckitt Benckiser Group plc*, pkt 8.51. Decyzja dostępna pod adresem: http://www.oft.gov.uk/shared_oft/ca-and-cartels/rb-decision.pdf.

pytanie o skuteczność takiego rozwiązania. Niewątpliwie, na obecnym etapie rozwoju trudno przesądzać, czy przyjęta konstrukcja okaże się właściwa, ale zasadne wydaje się zaproponowanie rozwiązań, które mogłyby przyczynić się do zwiększenia jej skuteczności. Są nimi: wprowadzenie modelowego programu zgodności oraz systemu certyfikacji; wprowadzenie ogólnej możliwości łagodzenia kar dla przedsiębiorców posiadających program zgodności; ujednolicenie polityki unijnej i krajowej.

Zarówno Komisja jak i krajowe organy ochrony konkurencji stoją na stanowisku, iż nie jest możliwe stworzenie modelowego programu zgodności dla wszystkich przedsiębiorstw, ale konieczne jest jego dostosowanie do potrzeb każdego podmiotu. Niewątpliwie takie rozwiązanie pozostawia przedsiębiorcom dużą swobodę w zakresie opracowywania i wdrażania programów, ale jednocześnie rodzi dwa zasadnicze problemy, tj. wzrost kosztów tworzenia programów oraz brak pewności co do uwzględnienia konkretnego programu, jako ewentualnej przesłanki złagodzenia kary.

Częściowej odpowiedzi na wskazane problemy możemy poszukiwać w systemie francuskim. Określenie przez *Autorité de la Concurrence* elementów konstytutywnych programu zgodności, których istnienie jest niezbędne do skorzystania przez przedsiębiorstwo z możliwości złagodzenia kary, jest niewątpliwie rozwiązaniem zmierzającym do zapewnienia większej przejrzystości działalności organu oraz ułatwiającym działania podejmowane przez przedsiębiorstwa. Wadą takiego rozwiązania jest jednak fakt, iż ewentualna kontrola spełnienia przez program warunków określonych w wytycznych ma charakter kontroli *ex post***.** W konsekwencji, przedsiębiorstwo decydujące się na wprowadzenie określonych rozwiązań, w dalszym ciągu zmuszone jest do podejmowania działań obarczonych pewnym ryzykiem. Dodatkowo, brak modelowego programu, obliguje przedsiębiorstwo do ponoszenia istotnych kosztów związanych z jego opracowywaniem.

Poszukując zatem odpowiedzi na powyższe problemy można byłoby stwierdzić, że rozwiązaniem pozwalającym na zwiększenie efektywności programów zgodności byłoby stworzenie modelowego programu *compliance* oraz wprowadzenie systemu certyfikacji.

Pierwsze z zaproponowanych rozwiązań polegałoby na opracowaniu przez organ antymonopolowy modelu programu zgodności i pozostawienie przedsiębiorcom możliwości jego wdrożenia. Oczywiście, ów model byłby jedynie pewnym ogólnym założeniem, które wymagałoby dalszych modyfikacji w celu jego dostosowania do potrzeb i specyfiki działalności każdego podmiotu. Jego stworzenie byłoby jednak czynnikiem pozwalającym na obniżenie kosztów opracowywania programów i tym samym zachęcającym przedsiębiorców do podejmowania działań na rzecz budowy kultury *compliance*. Dodatkowo, istnienie modelowego rozwiązania ułatwiłoby zrozumienie specyfiki polityki *compliance* i jej podstawowych założeń, prowadząc tym samym do zwiększenia świadomości przedsiębiorców w zakresie analizowanego zagadnienia.

Drugim proponowanym rozwiązaniem byłoby wprowadzenie systemu certyfikacji programów zgodności przez organ ochrony konkurencji. Konstrukcja pozwalająca na uprzednią kontrolę wdrażanych programów pod kątem ich zgodności z wymogami stawianymi przez organ, pozwoliłaby na zmniejszenie ryzyka związanego z wprowadzaniem programów po stronie przedsiębiorców oraz zagwarantowałaby większą przejrzystość w działalności organu. Dodatkowo, system certyfikacji mógłby mieć kluczowy wpływ na działalność biznesową przedsiębiorstw. Uzyskanie certyfikatu wiązałoby się bowiem ze zwiększeniem prestiżu przedsiębiorstwa, potwierdzeniem podejmowania przez nie działań na rzecz ochrony konkurencji, a w konsekwencji pozwalałoby na budowę przewagi nad konkurentami. Posiadany certyfikat byłby również swoistym „papierkiem lakmusowym" dla innych uczestników

rynku, wskazującym iż działania podejmowane przez dany podmiot spełniają najwyższe standardy zgodności z prawem konkurencji.

2. Łagodzenie kar wobec przedsiębiorców podejmujących działania na rzecz *compliance*

Zaproponowanie szczegółowych rozwiązań w zakresie programów zgodności oraz wprowadzenie systemu certyfikacji nie są jednak wystarczające dla skutecznej budowy kultury *compliance*. Jak wynika z wcześniejszych rozważań, celem zmotywowania przedsiębiorców do wprowadzania programów zgodności konieczne jest zagwarantowanie określonych korzyści związanych z ich istnieniem. Taką korzyścią jest niewątpliwie omawiana uprzednio możliwość skorzystania z łagodzenia kar przez podmioty posiadające program zgodności w momencie wykrycia naruszenia. Pomimo iż wyraźnie odrzucana przez Komisję, przykład Francji i Wielkiej Brytanii ilustruje jej istotny wpływ na wolę przedsiębiorców do wdrażania programów[46]. Jak również podkreśla OECD w swoim raporcie dotyczącym programów zgodności: „nic nie będzie działać tak efektywnie jak prosta i celna formuła: stworzenie standardu działania i zaoferowanie nagrody za jego przestrzeganie”[47].

Pomimo jednak, iż rozwiązanie powyższego problemu może wydawać się jednoznaczne, stwierdzenie że przedsiębiorcy powinni mieć możliwość łagodzenia kar w zamian za wprowadzenie programu zgodności rodzi istotne implikacje dla całego systemu ochrony prawa konkurencji. Z jednej bowiem strony, powstaje ryzyko wdrażania programów *pro forma*, jedynie w celu uzyskania możliwości złagodzenia kary w sytuacji ewentualnego naruszenia prawa konkurencji. Z drugiej natomiast, wprowadzenie omawianego rozwiązania może powodować trudności w działalności organu ochrony konkurencji oraz ograniczoną przejrzystość systemu wymierzania kar. Dlatego też, celem stworzenia efektywnego systemu, zasadne wydaje się połączenie wszystkich elementów wymienionych w punktach powyższych. Zaproponowanie modelowego programu zgodności oraz wprowadzenie systemu certyfikacji, pozwoliłoby bowiem na stworzenie jasnych reguł opracowywania programów *compliance*. Istnienie kontroli *ex ante* gwarantowałoby natomiast większą transparentność w zakresie systemu wymierzania kar i ich ewentualnej redukcji, gdyż uprzednia kontrola programu dokonana przez organ pozwalałaby na stwierdzenie, iż podmiot podjął odpowiednie działania na rzecz prewencji przed ewentualnymi naruszeniami prawa konkurencji.

3. Ujednolicenie polityki krajowej i unijnej

Ostatnim problemem pojawiającym się na gruncie analizy programów zgodności w ramach Unii Europejskiej, jest kwestia poziomu regulacji omawianego zagadnienia. Obecnie możemy bowiem zauważyć, iż pewne działania zostały podjęte zarówno przez Komisję, jak i przez organy ochrony konkurencji poszczególnych państw członkowskich. Porównując przyjęte rozwiązania możemy jednak stwierdzić, iż pomimo jednolitego celu, tj. budowy kultury *compliance*, ich szczegółowe elementy są często odmienne. Główną różnicą, mogącą powodować istotną dywergencję pomiędzy systemem unijnym a rozwiązaniami krajowymi, jest zagadnienie wpływu programów zgodności na system wymierzania kar.

[46] Dokument z 15.12.2011 r., *Pour un développement de la culture de la concurrence.* s. 17, dostępny pod adresem: http://www.etudes.ccip.fr/fichier?lien=sites%2Fwww.etudes.ccip.fr%2Ffiles%2Fupload%2Fprises position%2Fautorite-concurrence-non-contestation-griefs-cla1112.pdf; *Drivers of Compliance* ..., pkt 6, s. 77- 80.

[47] J. Murphy, *Promoting compliance with competition law: Do compliance and ethics programs have a role to play?*, DAF/COMP(2011)5, pkt 113.

Analizując stanowisko Komisji musimy uznać, że w obecnym stanie prawnym fakt posiadania programu zgodności przez podmiot dopuszczający się naruszenia prawa konkurencji nie będzie mógł być uwzględniony jako okoliczność łagodząca ewentualną karę. Przesądza o tym również Joaquin Almunia, który stwierdza: „Jestem często pytany czy przedsiębiorstwa powinny być nagradzane za posiadanie programów zgodności jeśli ich udział w praktyce antykonkurencyjnej zostanie wykryty. Odpowiedź brzmi nie. Redukcja kar lub inne preferencyjne traktowanie wobec tych przedsiębiorstw nie powinny mieć miejsca”[48].

Tak zdecydowane stanowisko Komisji, potwierdzone dodatkowo w jej działalności decyzyjnej, może rodzić istotną niespójność z rozwiązaniami przyjmowanymi w poszczególnych państwach członkowskich. W każdym z europejskich systemów krajowych regulujących zagadnienie programów zgodności organy ochrony konkurencji dopuszczają bowiem, pod określonymi warunkami, możliwość redukcji kar wobec przedsiębiorców posiadających lub zobowiązujących się do wprowadzenia programu. Powyższa niespójność może niekorzystnie wpływać na rozwój europejskiej kultury *compliance*. W gospodarce nieograniczonej do granic państw i nabierającej globalnego charakteru, transparentność systemu prawnego i przewidywalność działalności organów administracji państwowej i międzynarodowej jest dla przedsiębiorców niezwykle istotna. Wskazane różnice powodują natomiast jej ograniczenie, co w konsekwencji może być kolejnym czynnikiem zniechęcającym przedsiębiorców do wdrażania programów zgodności. Zasadne wydawałoby się zatem podjęcie próby ujednolicenia działań podejmowanych przez Komisję i krajowe organy ochrony konkurencji. Niewątpliwie właściwym forum współpracy mogłaby być Europejska Sieć Konkurencji, której działalność dawałaby szansę wypracowania spójnych i przejrzystych rozwiązań w ramach Unii Europejskiej. Najwłaściwszym rozwiązaniem wydawałoby się przyjęcie modelowego rozwiązania na poziomie unijnym, mającego postać niewiążących wytycznych, oraz wprowadzenie szczegółowych rozwiązań przez organy antymonopolowe poszczególnych państw członkowskich. Zapewniłoby to z jednej strony, stworzenie minimalnego standardu na poziomie europejskim, a z drugiej, zagwarantowałoby możliwość dostosowania omawianej instytucji do różnic mogących się pojawiać w poszczególnych systemach krajowych.

V. Programy zgodności a prawo polski

W polskim systemie prawa kwestia programów zgodności z prawem konkurencji nie została jak dotąd w żaden sposób uregulowana, a ostatni projekt założeń zmian do ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nie przewiduje wprowadzenia rozwiązań w tym zakresie.[49] W związku z powyższym, celem niniejszych rozważań będzie zainicjowanie debaty dotyczącej możliwości wdrożenia omawianego instrumentu do krajowego porządku prawnego oraz zastanowienie się nad jego ewentualnym kształtem.

W pierwszej kolejności należy zastanowić się nad formą instrumentu mogącego regulować zagadnienie programów zgodności w prawie polskim. Odwołując się do wcześniej analizowanych modeli możliwe byłoby stwierdzenie, że powszechną praktyką jest przyjmowanie niewiążących wytycznych, określających jedynie ogólne elementy programów zgodności i zachęcających przedsiębiorców do

[48] Wypowiedź Joaquina Almunii z 25.10.2010 r. wygłoszona podczas konferencjiz organizowanej przez Bussiness Europe and US Chamber of Commerce. Dostępna pod adresem: http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/10/586.

[49] Projekt założeń zmian do ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z 15.05.2012 r. Dokument dostępny pod adresem: http://www.uokik.gov.pl/download.php?plik=11761.

ich wdrażania. Zaletą takiego rozwiązania jest niewątpliwie pozostawienie przedsiębiorcom dużej swobody w zakresie podejmowania decyzji o wprowadzeniu programu i określaniu jego kształtu. Jak jednak zostało uprzednio wskazane, przyjęcie takiej konstrukcji rodzi ryzyko ograniczonej efektywności programów *compliance*[50]. Dlatego też, celem zagwarantowania skuteczności omawianego instrumentu w prawie polskim, zasadne byłoby rozważenie wprowadzenia rozwiązania cechującego się z jednej strony, dużym stopniem szczegółowości, a z drugiej, tworzącego kompleksowy system kontroli wdrażanych programów. Określenie jego ram mogłoby nastąpić w drodze wytycznych Prezesa UOKiK, które skierowane do przedsiębiorstw stanowiłyby nie tylko zachętę do wdrażania omawianego instrumentu, ale byłyby źródłem konkretnych rozwiązań. Wprowadzenie fakultatywnej możliwości wdrażania programów gwarantowałoby poszanowanie zasady swobody prowadzenia działalności gospodarczej, ale jednocześnie, poprzez zapewnienie odpowiedniego poziomu szczegółowości omawianego instrumentu oraz określenie realnych korzyści związanych z wdrożeniem programu, mogłoby pozytywnie wpłynąć na skuteczność proponowanych rozwiązań.

Przechodząc do analizy możliwego kształtu programów zgodności z prawem konkurencji zasadne wydaje się odwołanie zarówno do doświadczenia francuskiego i brytyjskiego, ale także do rozwiązań przyjętych przez ustawodawcę polskiego i Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki na gruncie prawa energetycznego. Art. 9d ust. 4 ustawy prawo energetyczne[51], celem zapewnienia uczestnikom rynku równego dostępu do sieci, wprowadza bowiem obowiązek wdrażania programów zgodności przez operatorów sieci dystrybucyjnych i przesyłowych. Pomimo iż wskazana regulacja dotyczy innej gałęzi prawa, może stanowić istotne źródło inspiracji dla Prezesa UOKiK.

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż celem budowy kultury *compliance* zasadne jest rozważenie możliwości wprowadzenia modelowego programu zgodności. Pomimo iż taka konstrukcja nie pojawiła się na gruncie dotychczas analizowanych systemów, źródłem inspiracji mogą być rozwiązanie przyjęte w ramach prawa energetycznego. Jak bowiem pokazują wytyczne Prezesa URE dotyczące programów zgodności[52], możliwe jest określenie szczegółowych elementów programu, które powinny się znaleźć w mechanizmie wdrażanym przez przedsiębiorstwa. Prezes URE nie ogranicza się jedynie do sformułowania ogólnych założeń programu *compliance*, ale w sposób precyzyjny określa jego elementy konstytutywne, dokonując jednocześnie ich szczegółowego opisu.

Kolejnym elementem powinno być wdrożenie systemu kontroli *ex ante*. Jak uprzednio wskazano, przyjęcie takiego rozwiązania prowadzi do zagwarantowania większej transparentności w działalności organu oraz ułatwia działania podejmowane przez przedsiębiorstwa.. Jak jednak wynika z dotychczasowych rozważań, zarówno Komisja, jak i krajowe organy ochrony konkurencji, nie zdecydowały się na wprowadzenie rozwiązań w tym zakresie. Dlatego też, po raz kolejny uzasadnione jest odwołanie się do systemu prawa energetycznego, gdzie ustawodawca wprowadza obowiązek zgłoszenia projektu programu zgodności do zatwierdzenia przez Prezesa URE[53]. Celem kontroli *ex ante* ma być zagwarantowanie, iż wdrażane programy będą odpowiadać wymogom określonym w wytycznych oraz we właściwy sposób będą zmierzać do realizacji stawianego im celu.

[50] Patrz pkt IV niniejszego artykułu.

[51] Ustawa z 10.04.1997 r. – Prawo energetyczne (Dz.U. 1997 nr 54 poz. 348).

[52] Ramowe wytyczne do treści Programów zgodności opracowywanych przez operatorów sieci dystrybucyjnych i operatorów sieci przesyłowych, pkt 1, s. 5-9. Dokument dostępny pod adresem:
http://www.ure.gov.pl/download/6/3303/Ramowe_wytyczne_dla_programow_zgodnosci.pdf

[53] Art. 9d ust. 4a ustawy – Prawo energetyczne.

Trzecim elementem, który powinien stanowić podstawę rozwiązania przyjętego na gruncie prawa polskiego jest zagwarantowanie prawidłowego funkcjonowania programów zgodności. Osiągnięcie powyższego celu możliwe jest poprzez wprowadzenie mechanizmów kontrolnych wewnątrz samego przedsiębiorstwa oraz zagwarantowanie kontroli Prezesa UOKiK. Pierwsze z rozwiązań pojawiło się na gruncie modelu francuskiego i brytyjskiego, które wskazywały na konieczność stworzenia stanowiska inspektora ds. zgodności, odpowiedzialnego za wdrażanie, interpretację i przestrzeganie programu. Wyposażenie go w odpowiedni zakres kompetencji kontrolnych oraz zagwarantowanie niezależności organizacyjnej może być czynnikiem istotnie przyczyniającym się do prawidłowego funkcjonowania programu. Kolejny z elementów, tj. zewnętrzna kontrola programów zgodności, pojawia się natomiast na gruncie prawa energetycznego i stanowi istotne *novum* w stosunku do dotychczas analizowanych modeli. Jak wynika z ustawy[54], przedsiębiorcy którzy przyjęli program zgodności zobowiązani są do składania corocznych raportów z jego funkcjonowania. Zaletą takiego rozwiązania jest konieczność ciągłej aktualizacji systemu funkcjonującego w ramach danego przedsiębiorstwa oraz wdrażania mechanizmów gwarantujących jego wysoką efektywność[55].

Ostatnim elementem, którego wdrożenie może okazać się konieczne dla budowy kultury *compliance* na gruncie prawa polskiego jest wprowadzenie dopuszczalności łagodzenia kar wobec przedsiębiorców posiadających program zgodności. Analiza przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z 2007 r.[56] oraz wyjaśnień w sprawie ustalania wysokości kar pieniężnych za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję[57] wskazuje, że w obecnym stanie prawnym Prezes UOKiK nie miałby możliwości złagodzenia kar we wskazanej sytuacji. Ustawa i wytyczne dopuszczają bowiem łagodzenie kar, ale jedynie w ramach pięciu hipotez wskazanych w wytycznych. Wśród nich nie znajdujemy przesłanki złagodzenia, polegającej na podejmowaniu przez przedsiębiorcę działań mających na celu zapobieżenie ewentualnym naruszeniom prawa konkurencji. Należy zatem stwierdzić, że celem realizacji wcześniej omawianego postulatu zasadna byłaby zmiana obowiązujących obecnie przepisów. Dodatkowo, możliwe byłoby skorzystanie z doświadczenia francuskiego i przyznanie możliwości łagodzenia kar przedsiębiorcom zobowiązującym się do wdrożenia lub modyfikacji programu zgodności w ramach procedury dobrowolnego poddania się karze, której wprowadzenie do prawa polskiego postulowane jest w ramach wskazywanego projektu zmian do ustawy[58].

Należy jednak podkreślić, że stworzenie możliwości łagodzenia kar musiałoby stanowić cześć kompleksowego rozwiązania w zakresie programów zgodności. Sama zmiana wytycznych lub wprowadzenie możliwości łagodzenia kar w ramach procedury dobrowolnego poddania się karze, mogłyby bowiem powodować trudności w zakresie dokonywania przez organ oceny programów zasługujących na uwzględnienie jako przesłanka łagodząca, a konsekwencji skutkować ograniczoną transparentnością systemu wymierzania kar. Dlatego też, należałoby argumentować na rzecz przyjęcia rozwiązania przewidującego z jednej strony, określenie szczegółowych zasad tworzenia programów, a z drugiej, wprowadzającego system ich uprzedniej kontroli. Dzięki takiej konstrukcji, w sposób precyzyjny

[54] Art. 9d ust. 5 ustawy – Prawo energetyczne.

[55] M. Czarnecka, T. Ogłódek, *Prawo energetyczne. Komentarz,* C. H. Beck, Warszawa 2009, s. 254.

[56] Ustawa z 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. Nr 50, poz. 331).

[57] Wyjaśnienia w sprawie kryteriów wyznaczania wysokości kar pieniężnych nakładanych na przedsiębiorców naruszających prawo antymonopolowe z grudnia 2008 r. Dokument dostępny pod adresem: http://www.uokik.gov.pl/download.php?plik=1217.

[58] *Ibidem* lit. D.

określone zostałyby kryteria tworzenia programów zgodności, a ryzyko wdrożenia programu nie spełniającego wymogów organu byłoby ograniczone.

Jak zatem możemy zauważyć, analizując różne modele programów zgodności, możliwe jest stworzenie rozwiązania nie ograniczającego się jedynie do ogólnych wytycznych, czy ramowych propozycji, ale przewidującego szczegółowe propozycje w zakresie programów *compliance*. Dodatkowo, wdrożenie na gruncie prawa polskiego rozwiązań takich jak modelowy program zgodności, kontrola *ex ante*, system sprawozdawczości, czy możliwość łagodzenia kar, stanowiłoby istotny krok naprzód w stosunku do propozycji Komisji oraz działanie skutecznie zmierzające do budowy polskiej i europejskiej kultury *compliance*.

VI. Podsumowanie

Podsumowując powyższe rozważania zasadne wydaje się podjęcie próby odpowiedzi na pytanie zadane w tytule. W świetle przedstawionych uwag należałoby stwierdzić, że programy zgodności wdrażane przez przedsiębiorstwa mogą przyczynić się do budowy europejskiej kultury *compliance*, ale tylko wówczas, gdy staną się częścią kompleksowego rozwiązania stworzonego przez organy ochrony konkurencji. Nie może ono ograniczać się jedynie do sformułowania ogólnych wytycznych i tym samym do przerzucenia ciężaru tworzenia programów *compliance* na przedsiębiorstwa, ale wymaga stworzenia szczegółowych rozwiązań i zaangażowania organów ochrony konkurencji w proces budowy programów zgodności. Dodatkowo, konieczne jest zagwarantowanie określonych korzyści dla podmiotów decydujących się na podjęcie działań na rzecz *compliance*, gdyż bez ich pełnego zaangażowania wykształcenie kultury przestrzegania prawa konkurencji nie będzie możliwe.

Odnosząc powyższe uwagi do prawa polskiego należałoby natomiast uznać, że podjęcie przez Prezesa UOKiK działań na rzecz budowy kultury *compliance* stanowiłoby odpowiedź na postulaty Komisji Europejskiej oraz element gwarantujący podwyższenie poziomu ochrony konkurencji na rynku krajowym. Niewątpliwie, podjęcie decyzji o wdrożeniu omawianej instytucji do prawa polskiego wymagałoby przeprowadzenia dodatkowych badań w zakresie szczegółowych elementów programów zgodności oraz konsultacji z przedsiębiorcami. Jednakże analiza omawianego zagadnienia wskazuje, że instytucja programów zgodności zaczyna zyskiwać coraz istotniejsze znaczenie, zarówno dla organów ochrony konkurencji, zmierzających do zwiększenia poziomu jej przestrzegania, jak i dla przedsiębiorców, chcących zapewniać najwyższe standardy prowadzonej działalności. Działania podejmowane na poziomie unijnym, krajowym, a także międzynarodowym, wskazują na obecny kierunek zmian w prawie ochrony konkurencji, którego celem nie jest już jedynie sankcjonowanie przedsiębiorców za działania niezgodne z prawem konkurencji, ale również podejmowanie działań pozwalających na zapobieżenie jego ewentualnym naruszeniom. W związku z powyższym, zasadne wydaje się rozważenie przez Prezesa UOKiK możliwości wprowadzenia instytucji programów zgodności do polskiego prawa konkurencji oraz podjęcie działań w celu zapewnienia aby wdrożony instrument stanowił kolejny krok naprzód w budowie europejskiej kultury *compliance*.

Kamil Ciupak*

Pomoc czy nie pomoc? Dylematy prawne przy ocenie publicznego finansowania infrastruktury portów morskich, czyli z dala od bezpiecznej przystani

Spis treści:

I. Wychodząc w morze – wstęp
II. *Terra incognita,* czyli aktualny dorobek prawa UE w zakresie pomocy publicznej dla portów morskich
III. Szlak pełen mielizn, czyli problem rozgraniczenia rodzajów infrastruktury, których publiczne finansowanie wchodzi bądź nie wchodzi w zakres przepisów o pomocy publicznej
  1. Wody wewnętrzne – infrastruktura publiczna (ogólna)
  2. Moje małe morze – infrastruktura specyficzna dla użytkownika i suprastruktura
  3. Ni rekin, ni wydra – szczególna sytuacja doków i nabrzeży
  4. Gwałtowna zmiana wiatrów – decyzje w sprawach *port Ventspils* i *Krievu Sala*
IV. Statki, łodzie i okręty podwodne – poziomy występowania pomocy publicznej przy finansowaniu infrastruktury portowej przez państwo
  1. Kapitan na mostku – poziom zarządców portów
  2. Węgiel na prawo, kontenery na lewo – poziom operatorów infrastruktury
  3. Flotylla – poziom użytkowników końcowych portów (armatorów, spedytorów)
V. Zawijając do portu – konkluzje

Streszczenie:

Transport morski odgrywa bardzo istotną rolę w gospodarce Unii Europejskiej. Do najważniejszych obiektów infrastrukturalnych w sektorze transportu morskiego zaliczana jest szeroko rozumiana infrastruktura portowa. Finansowanie jej budowy i rozbudowy odbywa się bardzo często z wykorzystaniem środków publicznych, jako że należy to do podstawowych zadań państwa. Jednakże w praktyce granica pomiędzy sytuacjami, w których publiczne finansowanie infrastruktury portowej stanowi pomoc publiczną, a takimi, w których nie spełnia wszystkich przesłanek z art. 107 ust. 1 TFUE, stanowiąc przejaw realizacji zadań państwa poprzez – mówiąc w uproszczeniu – budowę ogólnodostępnej infrastruktury, jest „cienką czerwoną linią". W prawie UE brak jest bowiem w chwili obecnej jakiegokolwiek dokumentu (czy to o charakterze wiążącym, czy niewiążącym), który wyznaczałby jasne i precyzyjne zasady i standardy oceny publicznego finansowania portów morskich w dwóch aspektach:

1) Kiedy finansowanie takie stanowi pomoc publiczną w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE?

2) Po spełnieniu jakich przesłanek pomoc publiczna na budowę i rozbudowę infrastruktury portów morskich może zostać uznana za zgodną z rynkiem wewnętrznym UE?

Artykuł koncentruje się na pierwszym z tych zagadnień. Zaprezentowane zostanie jednak ujęcie pod kątem rodzajów infrastruktury portowej, której finansowanie przez państwo może stanowić bądź nie

* Autor jest aplikantem radcowskim, specjalistą w Wydziale Pomocy Sektorowej i Restrukturyzacyjnej w Departamencie Monitorowania Pomocy Publicznej UOKiK. W pracy zawodowej zajmuje się m.in. zagadnieniem publicznego finansowania infrastruktury portowej w kontekście prawa pomocy publicznej. Niniejszy artykuł zawiera wyłącznie osobiste poglądy autora, które w żaden sposób nie mogą być utożsamiane ze stanowiskiem zatrudniającej go instytucji.

pomoc publiczną, nie będą zaś przeanalizowane wszystkie przesłanki z art. 107 ust. 1 TFUE. W praktyce bowiem to właśnie na omawianym polu występują największe trudności.

Słowa kluczowe: Pomoc publiczna, wsparcie niestanowiące pomocy publicznej, infrastruktura, porty morskie.

I. Wychodząc w morze – wstęp

Pozycja transportu morskiego i portów morskich w gospodarce Unii Europejskiej jest nie do przecenienia. Liczby mówią same za siebie – około 90% handlu zewnętrznego Unii i około 40% handlu wewnętrznego dokonuje się za pośrednictwem tej gałęzi transportu[1]. Około 2-5% Produktu Krajowego Brutto w Unii wypracowywane jest dzięki gałęziom przemysłu związanym z gospodarką morską, nie uwzględniając w tym wartości surowców takich jak ropa naftowa, gaz ziemny czy ryby[2]. Również w Polsce znaczenie transportu drogą morską jest istotne – 2009 r. obroty ładunkowe w polskich portach morskich wyniosły 45,1 mln ton (z czego 44,2 mln ton w międzynarodowym obrocie handlowym), przypłynęło do nich 711,3 tys. pasażerów w ruchu międzynarodowym, zaś wypłynęło 722,9 tys[3]. Obecnie jednym z celów Unii Europejskiej jest przeniesienie do 2030 r. 30%, a do 2050 r. 50% drogowego transportu towarów na odległościach większych niż 300 km na m.in. transport wodny[4].

Nie ulega wątpliwości, że kluczowymi elementami infrastruktury transportu morskiego są porty morskie, dzięki którym możliwe są wzajemne połączenia między rynkami krajowymi, a w ujęciu szerszym – połączenie rynku wewnętrznego Unii Europejskiej z rynkami całego świata. Jednak żeby porty morskie mogły z powodzeniem realizować tę rolę, niezbędne jest dysponowanie przez nie infrastrukturą odpowiadającą aktualnemu poziomowi rozwoju technicznego. Oznacza to konieczność ciągłego inwestowania w modernizację i utrzymanie infrastruktury portowej. Podkreśliła to Komisja Europejska, która stwierdziła, że „[p]orty morskie odgrywają zasadniczą rolę jako centra logistyczne (...) Ich rozwój jest niezbędny dla obsługi coraz większych wolumenów towarów w ramach żeglugi morskiej bliskiego zasięgu w UE oraz współpracy z resztą świata”[5].

Finansowanie inwestycji w portach odbywa się przede wszystkim ze środków publicznych. Daje temu wyraz m.in. polski dokument rządowy pt. „Założenia polityki morskiej Rzeczypospolitej Polskiej do roku 2020”[6], w którym zostało stwierdzone, że „[f]inansowanie polityki morskiej będzie odbywało się z różnych źródeł: budżetu państwa, budżetu samorządów, środków własnych podmiotów gospodarczych, a także przewiduje się dofinansowanie z funduszy Unii Europejskiej”[7]. Wszystkie te źródła finansowania są (budżet państwa, budżety jednostek samorządu terytorialnego) lub mogą być (fundusze UE, środki własne podmiotów gospodarczych – np. podmiotów zarządzających w portach o podstawowym znaczeniu dla gospodarki narodowej) środkami pochodzącymi od państwa lub ze

[1] Komisja Europejska, Zielona Księga „W kierunku przyszłej unijnej polityki morskiej: europejska wizja mórz i oceanów”, Bruksela 2006 r., KOM(2006)275 wersja ostateczna, s. 6.

[2] Ibidem, s. 3.

[3] Główny Urząd Statystyczny, Żegluga morska i porty morskie w 2009 r., Warszawa 2010 r., s. 8.

[4] Komisja Europejska, Biała Księga „Plan utworzenia jednolitego europejskiego obszaru transportu – dążenie do osiągnięcia konkurencyjnego i zasobooszczędnego transportu”, Bruksela 2011 r., KOM(2011)144 wersja ostateczna, s. 10.

[5] Ibidem, s. 8.

[6] Dokument opracowany w Ministerstwie Infrastruktury we wrześniu 2009 r., dostępny pod adresem: http://www.transport.gov.pl/files/0/1794063/Zalozeniapolitykimorskiejrpdo2020roku.pdf.

[7] Ibidem, s. 7.

źródeł państwowych w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE. W przypadku portów o podstawowym znaczeniu dla gospodarki narodowej (czyli portów w Gdańsku, Gdyni, Szczecinie i Świnoujściu – art. 2 pkt 3 ustawy z 20.12.1996 r. o portach i przystaniach morskich (tekst jedn. Dz. U. z 2010 r. Nr 33, poz. 179)) jeszcze dobitniej stanowi o tym art. 10 ww. ustawy, zgodnie z którym budowa, modernizacja i utrzymanie infrastruktury zapewniającej dostęp do portów są finansowane ze środków budżetu państwa, zaś budowa, modernizacja i utrzymanie infrastruktury portowej znajdującej się na gruntach, którymi gospodaruje podmiot zarządzający, oraz utrzymanie akwenów portowych są finansowane ze środków podmiotu zarządzającego, z tym że mogą one być dofinansowane z budżetu państwa. Należy pamiętać, że przepis ten obowiązuje w niezmienionej redakcji od 2001 r., a więc okresu sprzed akcesji Polski do UE, zatem dziś, ze względu na zasadę prymatu prawa UE oraz zasadę prounijnej wykładni prawa krajowego, należy go interpretować jako uzależniający możliwość publicznego finansowania portów morskich od zgodności z prawem pomocy publicznej. To zaś rodzi konieczność zadania sobie pytania, kiedy inwestycje w infrastrukturę portową wiązać się będą z udzieleniem pomocy publicznej. Niniejszy artykuł ma na celu odbycie podróży po wzburzonych wodach prawa europejskiego w tym zakresie w celu dotarcia jak najbliżej odpowiedzi na to pytanie. Zaprezentowane zostanie jednak ujęcie pod kątem rodzajów infrastruktury portowej, której finansowanie przez państwo może stanowić bądź nie pomoc publiczną, nie będą zaś przeanalizowane wszystkie przesłanki z art. 107 ust. 1 TFUE. W praktyce bowiem to właśnie na omawianym polu występują największe trudności. Należy jednak mieć świadomość tego, że ze względu na niejednoznaczną pozycję prawa pomocy publicznej, a także chwiejną praktykę decyzyjną Komisji Europejskiej, u celu podróży znajdziemy raczej zbiór wskazówek niż uniwersalny wzór czy też test, możliwy do zastosowania w każdej sytuacji.

II. *Terra incognita,* czyli aktualny dorobek prawa UE w zakresie pomocy publicznej dla portów morskich

Pomoc publiczna dla portów morskich nie została dotychczas uregulowana w żadnym akcie prawnym o charakterze wiążącym, wydanym przez instytucje Unii Europejskiej. Co więcej, nie został jak dotąd wydany żaden dokument o niewiążącym charakterze (np. w formie wytycznych), który kompleksowo omawiałby tę tematykę. Komunikat Komisji C(2004)43 Wytyczne Wspólnoty w sprawie pomocy państwa dla transportu morskiego (Dz. Urz. UE 2004 C 13/3) („Wytyczne dla transtortu morskiego") stanowi jedynie ogólnie, że „[i]nwestycji w infrastrukturę zazwyczaj nie traktuje się jako pomocy publicznej w rozumieniu art. 87 ust. 1 Traktatu, o ile państwo gwarantuje wszystkim zainteresowanym przewoźnikom swobodny i równy dostęp do danej infrastruktury. Komisja może jednak sprawdzać tego rodzaju inwestycje, czy mogą one przynosić bezpośrednią lub pośrednią korzyść wybranym właścicielom statków"[8]. Stwierdzenie to dobrze oddaje ogólną tendencję w rozpatrywanym temacie, która wyraża się w dużej uznaniowości Komisji Europejskiej. Sama Komisja zauważyła zresztą problem, podnosząc, że jedną z inicjatyw w celu stworzenia jednolitego europejskiego obszaru transportu powinno być „[z]większenie przejrzystości finansowania portów oraz wyjaśnienie przeznaczenia finansowania różnych rodzajów działalności w portach ze środków publicznych, mając na względzie uniknięcie zakłócenia konkurencji"[9]. Z tego względu, by zgłębić poruszaną

[8] Pkt 2.1 Wytycznych dla transportu morskiego.

[9] Komisja Europejska, Biała Księga „Plan utworzenia...", s. 21.

w niniejszym artykule tematykę, konieczne jest przeanalizowanie rozstrzygnięć wydawanych przez Komisję Europejską oraz (dość niestety ubogiego) dorobku piśmiennictwa prawniczego. Analiza ta zostanie przeprowadzona poniżej.

III. Szlak pełen mielizn, czyli problem rozgraniczenia rodzajów infrastruktury, których publiczne finansowanie wchodzi bądź nie wchodzi w zakres przepisów o pomocy publicznej

1. Wody wewnętrzne – infrastruktura publiczna (ogólna)

Spotyka się różne sposoby klasyfikacji infrastruktury portowej. Mówi się np. o podziale na infrastrukturę zapewniającą dostęp do portu (tak od strony lądu, jak i morza, np. latarnie morskie, falochrony, groble, urządzenia wspomagające nawigację, a także połączenia z siecią drogową, kolejową, energetyczną czy wodociągową), ogólną infrastrukturę portową (budowle umożliwiające świadczenie usług dla statków (np. doki, kotwicowiska, sieć drogowa lub kolejowa wewnątrz portu, a także systemy łączności) oraz suprastrukturę (budynki – np. magazyny, garaże, biura, a także ruchome i nieruchome urządzenia, takie jak dźwigi, samochody ciężarowe itp.)[10]. Jednakże z punktu widzenia oceny pod kątem występowania pomocy publicznej najdonioślejszy jest podział zaprezentowany w Komunikacie Komisji Europejskiej COM(2001)35 wersja ostateczna z 13.02.2001 r. pt. „Reinforcing Quality Service in Sea Ports: A key for European Transport"[11] („Komunikat o portach"). Podział ten wyróżnia dwa typy infrastruktury: infrastrukturę publiczną (ogólną) oraz infrastrukturę specyficzną dla użytkownika (w tym sprastrukturę).

W doktrynie prezentowane jest stanowisko (M. Kekelekis), że z infrastrukturą publiczną (ogólną) mamy do czynienia wówczas, gdy spełnione są trzy przesłanki:

1) służy ona realizacji zadań należących do państwa,

2) nie jest możliwe zapewnienie jej powstania i utrzymania w normalnych warunkach rynkowych ze względu na duże ryzyko inwestycyjne,

3) jest ona otwarta dla wszystkich potencjalnych i rzeczywistych użytkowników[12].

Natomiast w Komunikacie o portach infrastruktura publiczna (ogólna) została zdefiniowana jako infrastruktura otwarta dla wszystkich użytkowników w sposób niedyskryminacyjny. Obejmuje ona środki umożliwiające dostęp morski i jego utrzymanie (np. wały, falochrony, śluzy i inne zabezpieczenia przeciwzalewowe, kanały nawigacyjne, włącznie z pogłębianiem i łamaniem lodu, oświetleniem, bojami, znakami nadbrzeżnymi, pływającymi rampami na obszarach zalewanych), publiczne obiekty transportu lądowego na terenie portu, krótkie połączenia z krajową siecią transportową lub sieciami transeuropejskimi oraz infrastrukturę i obiekty aż do terminali. Publiczne finansowanie infrastruktury tego typu co do zasady jest traktowane przez Komisję jako środek ogólnej polityki gospodarczej (środek ogólny), niestanowiący pomocy publicznej[13]. Wychodzi ona bowiem z założenia, że budowa infrastruktury tego typu służy realizacji zadań państwa w zakresie planowania i rozwoju systemu transportowego w interesie ogólnym i nie faworyzuje konkretnych przedsiębiorstw. Jest to zgodne

[10] N. Farantouris, *Port Infrastructure and State Aids: In Search of a Coherent EU Policy*, European State Aid Law Quarterly 2012, vol. 11(1).

[11] Dokument dostępny pod adresem: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52001DC0035:EN:HTML.

[12] M. Kekelekis, *Recent Developments in Infrastructure Funding: When Does It Not Constitute State Aid?*, European State Aid Law Quarterly 2011, vol. 10(3).

[13] Por. A. Colucci, Transport [w:] W. Mederer, N. Pesaresi, M. van Hoof (red.), *EU Competition Law –Volume IV: State Aid*, Book Two, Leuven 2008, s. 1500.

z orzecznictwem sądów unijnych, według których przepisy o pomocy publicznej nie mają zastosowania do działań, które, niezależnie od formy prawnej zastosowanej do ich realizacji (organ administracji, spółka prawa handlowego), ze względu na cel, charakter i realizację interesu publicznego, stanowią wykonywanie typowych uprawnień władzy publicznej i są pozbawione charakteru gospodarczego, nie stanowiąc tym samym działalności gospodarczej[14]. W przypadku działalności związanej z portami morskimi działaniami takimi są m.in. te zmierzające do ochrony zdrowia, bezpieczeństwa żeglugi i bezpieczeństwa w obrębie portu, ochrony środowiska, zapewnienia obsługi celnej i imigracyjnej[15]. Znalazło to odzwierciedlenie np. w decyzji KE z 16.10.2002 r. w sprawie N 438/2002 – *Belgia – Dotacje dla władz portowych na realizację zadań wchodzących w zakres władzy publicznej*[16], w której Komisja uznała, że dotacje udzielane kapitanatom portów przez władze belgijskie nie stanowią pomocy publicznej, ze względu na to, że kapitanaty wykonywały zadania władzy publicznej, nie prowadziły więc działalności gospodarczej, a zatem nie mogły zostać zakwalifikowane jako przedsiębiorstwa.

Należy jednakże podkreślić, że warunkiem uznania tego typu infrastruktury za publiczną jest jej dostępność *de iure* i *de facto* dla wszystkich rzeczywistych i potencjalnych użytkowników. W praktyce okoliczności konkretnego przypadku mogą bowiem sprawić, że również finansowanie tej infrastruktury będzie stanowić pomoc publiczną, gdyż wybudowane lub zmodernizowane urządzenia będą faktycznie stanowiły korzyść dla konkretnego użytkownika (lub ich grupy).

Ciekawy przykład z praktyki decyzyjnej KE na wyróżnienie infrastruktury publicznej znajdziemy w decyzji z 20.10.2004 r. w sprawie N 520/2003 – *Belgia – Wsparcie finansowe na prace infrastrukturalne w portach flamandzkich*[17]. Komisja stwierdziła tam, że budowa i utrzymanie (w tym pogłębianie) morskich dróg dostępu do portu (tj. kanałów żeglownych, w tym w zalewowych częściach portu, kanałów zapewniających dostęp do śluz morskich i innych powiązanych urządzeń, doków w kanałach, basenów do zawracania; infrastruktura ta nie obejmowała miejsc do cumowania i postoju statków) stanowi zadanie publiczne władz regionalnych. Realizowanie tych zadań nie wchodzi zatem w zakres pojęcia działalności gospodarczej. Konkluzji o niegospodarczym charakterze ww. działań nie zmienił nawet fakt, że w okresie przejściowym zadanie utrzymania dróg dostępu do portu, znajdujących się w jego granicach, spoczywało na zarządcy portu, który otrzymywał z tego tytułu stosowną rekompensatę – pod warunkiem, że wysokość tej rekompensaty nie była nadmierna i została ograniczona tylko do tych działań, a ryzyko przeniesienia korzyści na inne sfery działalności zarządcy zostało wyeliminowane. Podobnie zostały zaklasyfikowane śluzy morskie, łączące naturalne drogi morskie z kanałami, dzięki którym statki morskie mogą wpływać w głąb lądu. Zgodnie z belgijskim prawem utrzymanie śluz należało do zadań zarządców portów. Jednakże KE uznała, że śluzy te stanowią integralną część systemu dostępu morskiego, a więc nie funkcjonowały jako część komercyjnej infrastruktury portowej, a jako przedłużenie naturalnych dróg wodnych, z których korzystają wszyscy użytkownicy portu i cała społeczność morska. Doprowadziło to do wniosku, że ich utrzymanie nie wchodzi w zakres działalności gospodarczej, a stanowi zadanie władz publicznych, którego celem jest realizacja interesu publicznego. Rekompensata za wykonywanie tych działań nie stanowi pomocy

[14] Po. wyrok TS w sprawie 118/85 *Komisja v. Włochy* (Zb. Orz. 1987, s. 2599) oraz opinię rzecznika generalnego Mischo wydaną w tej sprawie, wyrok TS w sprawie 94/74 *IGAV v. ENCC* (Zb. Orz 1975, s. 699), wyrok TS w sprawie C-343/95 *Diego Calì & Figli Srl v. Servizi ecologici porto di Genova SpA (SEPG)* (Zb. Orz. 1997, s. I-1547).

[15] Por. N. Farantouris, *Port Infrastructure...;* N. Farantouris, Public Financing in the Port Sector and State Aid Rules [w:] A. Antapassis, L. Anthanassiou, E. Røsæg (red.), *Competition and Regulation in Shipping and Shipping Related Industries,* Leiden 2009, s. 248-249.

[16] Dokument dostępny pod adresem: http://ec.europa.eu/eu_law/state_aids/transports-2002/n438-02-fr.pdf.

[17] Dokument dostępny pod adresem: http://ec.europa.eu/eu_law/state_aids/transports-2003/n520-03-fr.pdf.

publicznej, pod warunkiem, że jest ograniczona do faktycznie poniesionych kosztów realizacji zadań publicznych i że zarządca portu nie odnosi dzięki niej korzyści w innych sferach swej działalności.

Analogiczne stanowisko KE zajęła w decyzji z 21.12.2005 r. w sprawie N 503/2005 – *Zjednoczone Królestwo – Great Yarmauth Outer Harbour*[18], gdzie stwierdziła, że finansowanie ze środków publicznych wykonywanych przez zarządcę portu inwestycji w falochrony i morskie drogi dostępu, otwarte dla wszystkich użytkowników na równych i niedyskryminiacyjnych warunkach, nie stanowi pomocy publicznej. Zdaniem Komisji realizacja tych inwestycji nie wchodzi w zakres działalności gospodarczej zarządcy portu, a stanowi wykonywanie zadań władzy publicznej w zakresie utrzymywania otwartego dostępu do publicznych dróg wodnych – w ten sam sposób, w jaki państwo zapewnia dostęp np. do infrastruktury drogowej bądź kolejowej. Opłaty za dostęp do infrastruktury były pobierane na zasadach zapewniających otwartość i zapobiegających dyskryminacji, a także zostało zapewnione, by kształtowały się na poziomie rynkowym (ustawa dawała zarządcy portu prawo kształtowania opłat w sposób w niej regulowany, jednakże użytkownikowi służyło prawo odwołania się od tak ustalonej opłaty do Sekretarza Stanu (*Secretary of State*), którego decyzja w tym zakresie była ostateczna). Nie dochodziło zatem do uprzywilejowania żadnego konkretnego przedsiębiorstwa (oczywiście KE dokonała również analizy, czy rekompensata wypłacana zarządcy portu ze źródeł publicznych nie była nadmierna i czy podmiot ten nie odnosił dzięki niej korzyści w innych sektorach swej działalności).

W decyzji z 10.07.2007 r. w sprawie N 510/2005 – *Polska – Zwolnienie infrastruktury portowej z opodatkowania*[19] KE odniosła się do polskiego systemu zwolnienia z podatku od nieruchomości gruntów, które znajdują się w posiadaniu podmiotu zarządzającego portem lub przystanią morską, pozyskanych na potrzeby rozwoju portu lub przystani morskiej, zajętych na działalność określoną w statucie tego podmiotu, położonych w granicach portów i przystani morskich – od pierwszego dnia miesiąca następującego po miesiącu, w którym podmiot ten wszedł w ich posiadanie – nie dłużej niż przez okres 5 lat, z wyjątkiem gruntów zajętych przez podmiot inny niż podmiot zarządzający portem lub przystanią morską[20]. KE uznała w decyzji, że skoro infrastruktura finansowana ze środków publicznych jest ograniczona do tych części portów, które nie są wykorzystywane do celów komercyjnych, a nieprzenoszalne prawo własności zwolnionych gruntów przysługuje Skarbowi Państwa[21], finansowanie to nie przyniesie korzyści konkretnemu przedsiębiorstwu. Nie stanowi zatem ono pomocy publicznej.

Przedstawiona powyżej praktyka decyzyjna znajdowała odzwierciedlenie jeszcze w innych decyzjach dotyczących finansowania portów morskich. Np. w decyzji z 13.02.2002 r. w sprawie N 812/2002 – *Holandia – Wsparcie na usuwanie skażonego mułu*[22] KE stwierdziła, że publiczne wsparcie pogłębiania dróg wodnych w pobliżu portu stanowi wykonywanie zadań władz publicznych, prowadzi do powstania infrastruktury otwartej dla wszystkich rzeczywistych i potencjalnych użytkowników nie uprzywilejowując żadnego przedsiębiorstwa, zatem nie stanowi pomocy publicznej. Z kolei w decyzji z 10.12.2008 r. w sprawie N 110/2008 – *Niemcy – JadeWeserPort*[23] Komisja uznała, że budowa nabrzeża portowego oraz połączeń z lądowym systemem komunikacyjnym, jak również infrastruktury

[18] Dokument dostępny pod adresem: http://ec.europa.eu/eu_law/state_aids/transports-2005/n503-05.pdf.

[19] Dokument dostępny pod adresem: http://ec.europa.eu/eu_law/state_aids/transports-2005/n510-05.pdf.

[20] Art. 7 ust. 1 pkt 2a ustawy z 12.01.1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych (tekst jedn. Dz. U. z 2010 r. Nr 95, poz. 613, ze zm.).

[21] Art. 5 ust. 1 ustawy o portach i przystaniach morskich.

[22] Dokument dostępny pod adresem: http://ec.europa.eu/eu_law/state_aids/comp-2001/n812-01.pdf. Patrz też: N. Farantouris, *Port Infrastructure*..., op. cit.

[23] Dokument dostępny pod adresem: http://ec.europa.eu/eu_law/state_aids/transports-2008/n110-08.pdf.

koniecznej dla powstania nowego terminalu kontenerowego (który miał zostać wybudowany ze środków operatora wybranego w drodze otwartego i niedyskryminacyjnego przetargu, a następnie przez niego użytkowany i utrzymywany) nie stanowi pomocy publicznej, gdyż ta infrastruktura jest otwarta na równych i niedyskryminacyjnych zasadach dla użytkowników końcowych.

Opisana powyżej dość spójna i konsekwentna praktyka decyzyjna doznała w ostatnim czasie zmian polegających na zaostrzeniu kryteriów oceny, czy dana inwestycja w *prima facie* ogólnodostępną infrastrukturę nie uprzywilejowuje faktycznie konkretnego użytkownika. Zmiany te są na tyle istotne, że zostaną omówione osobno poniżej. Żeby jednak móc je prawidłowo naświetlić, konieczne jest najpierw omówienie utartej praktyki Komisji dot. infrastruktury specyficznej dla użytkownika i suprastruktury.

2. Moje małe morze – infrastruktura specyficzna dla użytkownika i suprastruktura

W Komunikacie o portach KE zdefiniowała infrastrukturę specyficzną dla użytkownika przez przykładowe wyliczenie urządzeń, które zalicza się do tej kategorii. Są to:

1) dziedzińce,

2) pomosty,

3) rury oraz kable niezbędne do funkcjonowania urządzeń w obrębie terminali,

4) prace przygotowawcze, które umożliwiają wybudowanie terminali (np. wyrównywanie gruntu i w razie konieczności burzenie istniejących budynków i urządzeń). Jednakże jeżeli władze publiczne przygotowują teren, by następnie sprzedać go lub w inny sposób udostępnić przedsiębiorstwom na warunkach rynkowych[24] (np. najem, dzierżawa, użytkowanie), inwestycje tego typu nie są uznawane za wiążące się z udzieleniem pomocy publicznej. Gdyby jednak faworyzowałyby one konkretnego użytkownika końcowego, konkluzja będzie przeciwna.

Natomiast do suprastruktury zaliczane są m.in. budynki (magazyny, warsztaty, biura) oraz wszelkie typy nieruchomych lub częściowo ruchomych urządzeń, takich jak dźwigi i rampy. Komisja zaznaczyła w odniesieniu do suprastruktury, że nie jest możliwa do zaakceptowania ogólna teza, iż nie stanowi pomocy publicznej dofinansowanie inwestycji w suprastrukturę, jeżeli następnie ma miejsce pełne odzyskane kosztów od użytkownika – chyba że beneficjent wsparcia został wybrany w otwartej i niedyskryminacyjnej procedurze.

Publiczne finansowanie infrastruktury specyficznej dla użytkownika i suprastruktury uważane jest co do zasady za wiążące się z udzieleniem pomocy publicznej, ponieważ obiekty tego typu wiążą się z faworyzowaniem konkretnych przedsiębiorstw i służą do wykonywania przez nich działalności gospodarczej[25].

W swojej praktyce decyzyjnej KE uznawała za pomoc publiczną dla zarządcy portu dofinansowanie z budżetu państwa budowy infrastruktury, która była otwarta dla wszystkich użytkowników końcowych na równych i niedyskryminacyjnych zasadach. Taka była konkluzja dot. doków (części wodne i nabrzeżne), infrastruktury postojowej dla statków (nabrzeża, pomosty itp.) oraz lekkiej infrastruktury portowej (linie kolejowe, wewnętrzne drogi dojazdowe) w ww. decyzji w sprawie N 520/2003 *Porty flamandzkie*. Komisja stwierdziła, że pomimo tego, iż infrastruktura ta jest niezbędna dla prawidłowego funkcjonowania portu służąc interesom całej społeczności morskiej, może także służyć do

[24] Por. w tym zakresie Komunikat Komisji w sprawie elementów pomocy państwa w sprzedaży gruntów i budynków przez władze publiczne (Dz. Urz. UE 1997 C 209/3).

[25] W tym zakresie por. także N. Farantouris, *Port Infrastructure*..., op. cit.

wykonywania działalności gospodarczej przez zarządcę portu. Zarządca mógł bowiem świadczyć za ich pomocą usługi, za które pobierał wynagrodzenie (np. w formie opłat za dostęp do infrastruktury). Analogiczną konkluzję w tej samej sprawie KE wywiodła w odniesieniu do dofinansowania kosztów utrzymania podłoża miejsc postojowych dla statków (czyli miejsc, gdzie są one rozładowywane i załadowywane). Komisja uznała bowiem, że miejsca postojowe służą do prowadzenia działalności gospodarczej, zaś podłoże jest ich integralną częścią, a więc pomimo tego, że są otwarte dla wszystkich użytkowników końcowych na równych i niedyskryminacyjnych zasadach, finansowanie ich utrzymania stanowi pomoc publiczną dla zarządcy portu.

W decyzji z 18.12.2009 r. w sprawie C 21/2009 – *Grecja – Publiczne finansowanie infrastruktury i wyposażenia portu w Pireusie*[26] KE uznała, że dofinansowanie budowy pomostu przy pirsie w terminalu kontenerowym portu w Pireusie stanowi korzyść dla zarządcy portu, ponieważ jest to infrastruktura użytkowana przez zarządcę w ramach działalności gospodarczej – podmiot ten pobiera opłaty za usługi rozładunkowe, realizowane za pomocą budowanej infrastruktury. W decyzji tej Komisja uznała także, że pomoc publiczną może potencjalnie stanowić dofinansowanie zakupu przez zarządcę portu wyposażenia załadunkowego i rozładunkowego do obsługi terminalu kontenerowego. Jednakże, ze względu na poważne wątpliwości co do niezbędności pomocy publicznej na zakup tego typu wyposażenia (zwykle jest ono finansowane przez same przedsiębiorstwa na czysto rynkowych zasadach), a także „brak doświadczenia Komisji jeśli chodzi o publiczne finansowanie wyposażenia w dużych portach", ta cześć sprawy została wyłączona do osobnego rozpatrzenia, następnie zaś władze greckie wycofały notyfikację w ww. zakresie.

W decyzji z 15.06.2011 r. w sprawie SA.32224 (N/2011) – *Holandia – Rozwój Alblasserdam Container Transferium*[27] za infrastrukturę specyficzną dla użytkownika uznany został terminal przeładunkowy, rozbudowywany przez zarządcę portu w Rotterdamie, służący do przeładowywania kontenerów z samochodów ciężarowych na barki. Zdaniem KE terminal służyć będzie zarządcy portu do prowadzenia działalności, w której konkuruje on z innymi portami morskimi w Europie.

Wreszcie w decyzji z 22.02.2012 r. w sprawie SA.30742 (N/2010) (ex N 137/2010) – *Litwa – Budowa infrastruktury dla terminalu promowego pasażerskiego i cargo w Kłajpedzie*[28] za infrastrukturę specyficzną dla zarządcy portu KE uznała nabrzeże, pirs, regulowane rampy oraz związane z ich budową pogłębianie basenu portowego, ograniczając się do wyjaśnienia, że infrastruktura ta jest używana przez ten podmiot w działalności gospodarczej. Jej finansowanie stanowiło zatem pomoc publiczną. W tej samej decyzji za infrastrukturę specyficzną dla użytkownika (operatora terminalu) zostały uznane konstrukcje w obrębie terminalu.

3. Ni rekin, ni wydra – szczególna sytuacja doków i nabrzeży

W Komunikacie o portach KE zwróciła uwagę na specyficzną sytuację doków i nabrzeży. Zdaniem Komisji w odniesieniu do tych elementów infrastruktury portowej nie można wysunąć nawet najbardziej ogólnej tezy co do ich zakwalifikowania do infrastruktury publicznej (ogólnej) bądź specyficznej dla użytkownika. Powodem tego jest szczególny charakter tych elementów infrastruktury oraz duża ilość możliwych wariantów, według jakich mogą być przeprowadzane inwestycje. Dlatego też w każdym

[26] Dokument dostępny pod adresem: http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/232316/232316_1095628_35_1.pdf.

[27] Dokument dostępny pod adresem: http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/239029/239029_1231399_45_2.pdf.

[28] Dokument dostępny pod adresem: http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/235848/235848_1304328_127_3.pdf.

przypadku konieczna jest indywidualna ocena, w której szczególną uwagę należy zwracać na sytuację faktyczną, rozmiary inwestycji oraz rzeczywistych i potencjalnych użytkowników budowanych instalacji.

4. Gwałtowna zmiana wiatrów – decyzje w sprawach *port Ventspils* i *Krievu Sala*

W ostatnim czasie KE rozpatrzyła dwie sprawy dotyczące planowanego finansowania publicznego portów łotewskich. Decyzje wydane w tych sprawach zasługują na uwagę ze względu na to, że wskazują na zaostrzające się podejście do oceny tego, co stanowi infrastrukturę ogólną, a co infrastrukturę specyficzną dla użytkownika. Nowe podejście, jak się wydaje, miało na celu odejście od kryteriów formalnych, na rzecz rzeczywistego znaczenia techniczno-gospodarczego danego obiektu. Jednak, jak zostanie pokazane poniżej, Komisja nie postawiła tu przysłowiowej kropki nad „i" przez brak jednoznacznego stanowiska co do części aspektów rozpatrywanych spraw. Nie tylko wprowadza to dużą dozę niepewności prawnej do i tak niejasnej sfery prawa pomocy publicznej, ale też w niektórych przypadkach może prowadzić do rezultatów zbliżonych do absurdu.

Szczególnie mocno opisane powyżej zjawisko widać w decyzji z 15.12.2009 r. częściowo uznającej pomoc za zgodną z rynkiem wewnętrznym, a co do części obiektów wszczynającej formalną procedurę dochodzenia w sprawie C 39/2009 (ex N 385/2009) – *Łotwa – Publiczne finansowanie infrastruktury portowej w porcie Ventspils*[29] (*„Pierwsza Decyzja Ventspils"*). Komisja podkreśliła bowiem, że kluczowym pytaniem, które należy postawić przy ocenie charakteru danego obiektu jest to, czy może on być wykorzystywany gospodarczo. Jednak w praktyce kryterium to może być interpretowane bardzo szeroko. Świetnym przykładem na taką szeroką interpretację jest podejście zaprezentowane przez KE w odniesieniu do umacniania brzegu kanału żeglownego, renowacji falochronu i budowy pomostu dla statków służby ochrony środowiska zarządcy portu Ventspils. Bazując na dotychczasowej praktyce Komisji można by przypuszczać, że te elementy infrastrukturalne zostaną uznane za służące zapewnieniu dostępu do portu i bezpieczeństwa żeglugi, a zatem przyczyniające się do realizacji zadań państwa. W *Pierwszej Decyzji Ventspils* KE zauważyła jednak, że służą one także ochronie podmiotów świadczących usługi portowe oraz wszelkich przedsiębiorstw zlokalizowanych na terenie portu, a więc w praktyce umożliwiają prowadzenie przez nie działalności gospodarczej. Z drugiej strony, KE dostrzegła, że inwestycje w morskie drogi dostępu i urządzenia hydrotechniczne służące ochronie portu są bardzo ryzykowne i kapitałochłonne, co przemawiałoby za uznaniem publicznego finansowania za niemające charakteru pomocy publicznej.

Jeśli chodzi o pomost dla statków służby ochrony środowiska, KE nie miała wątpliwości, że tylko zarządca portu może odnieść korzyść z jego renowacji, a także że infrastruktura ta będzie używana wyłącznie do wykonywania przez zarządcę zadań władzy publicznej.

Wydawałoby się więc, że Komisja zamierza pójść po linii swej dotychczasowej, utartej praktyki decyzyjnej. Tak się jednak nie stało, gdyż ostatecznie stwierdziła ona, że wszystkie te obiekty są konieczne, by możliwe było prowadzenie działalności gospodarczej w porcie. **Ta zależność sprawia, że – zdaniem Komisji – można uważać je również za mające charakter komercyjny.**

Niestety, w dalszej części *Pierwszej Decyzji Ventspils* KE doszła do wniosku, że w sprawie tej nie ma konieczności przesądzania o charakterze ww. infrastruktury, ponieważ pomoc na jej rozbudowę i tak zostałaby uznana za zgodną z rynkiem wewnętrznym. Zostawiło to w zawieszeniu pytanie, jak dziś należy podchodzić do zaliczania infrastruktury portowej do publicznej (ogólnej). Przesłanki

[29] Dokument dostępny pod adresem: http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/234343/234343_1080097_16_1.pdf.

związku z działalnością gospodarczą i niezbędności infrastruktury do prowadzenia tej działalności mogą być użyteczne, ale pod warunkiem, że zostaną napełnione treścią w sposób zapewniający możliwość realizacji podstawowych funkcji państwa. Jednak jak wynika z analizowanej decyzji, przesłanki te opierają się na pośrednim związku między infrastrukturą a działalnością. *Pierwsza Decyzja Ventspils* pokazała, że może on być bardzo luźny – tak luźny, że mogący doprowadzić do absurdalnej sytuacji, w której państwo nie mogłoby wykonywać swoich podstawowych zadań w zakresie polityki morskiej bez zgody KE na każde publiczne finansowanie inwestycji. Należy się więc opowiedzieć za interpretacją ww. przesłanek idącą w takim kierunku, żeby nie dopuścić do wspomnianego efektu. Przychylając się do idei odejścia od analizy formalnej na rzecz analizy zorientowanej gospodarczo, w mojej ocenie należało by położyć nacisk na wykazanie bezpośredniego, dającego się wyraźnie zidentyfikować ekonomicznego związku między budowaną infrastrukturą a działalnością (rzekomo) uprzywilejowanego przedsiębiorstwa, a także na możliwość bądź jej brak zrealizowania przez siły rynkowe ogólnie pożądanych celów (takich jak bezpieczeństwo żeglugi wewnątrz portu).

W dalszej części *Pierwszej Decyzji Ventspils* Komisja także uznała, że inwestycje, które zgodnie z Komunikatem o portach co do zasady uznawane są za mające charakter publiczny (ogólny), w tym konkretnym przypadku faworyzowały konkretnego użytkownika. Chodziło mianowicie o pogłębianie basenu portowego w okolicy odnawianego terminalu cargo i prace mające na celu połączenie tegoż terminalu, a także kotwicowiska, z krajową siecią kolejową. KE zauważyła, że ze względu na bezpośredni związek z obiektami mającymi zastosowanie komercyjne, przeprowadzenie ww. inwestycji nie może być bez wątpliwości uznane za leżące w sferze zadań władz publicznych. Szczególnie trudna była ocena połączenia z krajową siecią kolejową, jako że tylko część tego połączenia mogła zostać uznana za związaną bezpośrednio z obiektami wykorzystywanymi komercyjnie. Jednak mimo wyraźnego stwierdzenia, że w tej sprawie nie da się rozgraniczyć elementów infrastruktury publicznej i specyficznej dla użytkownika, KE zadowoliła się konkluzją, że nie można wykluczyć przysporzenia korzyści konkretnemu użytkownikowi, co prowadzi do konkluzji o występowaniu pomocy publicznej (przy spełnieniu pozostałych przesłanek z art. 107 ust. 1 TFUE). Można więc mówić o swoistej zasadzie „w razie wątpliwości na korzyść pomocy". Jednak przynajmniej w odniesieniu do pogłębiania i połączenia z krajową siecią kolejową Komisja starała się wykazać bezpośredni związek inwestycji z obiektami o charakterze komercyjnym, a więc z działalnością gospodarczą konkretnego przedsiębiorstwa. W mojej opinii, dla osiągnięcia niezbędnego minimum pewności prawnej, KE powinna jednak w takiej sytuacji wykazywać także przewagę komercyjnego znaczenia inwestycji w konkretną infrastrukturę nad znaczeniem dla realizacji polityki państwa.

W końcu w *Pierwszej Decyzji Ventspils* KE uznała za infrastrukturę specyficzną dla użytkownika kotwicowisko i nowy terminal cargo, co nie budzi kontrowersji i jest całkowicie w zgodzie z dotychczasową praktyką decyzyjną.

Sposób oceny publicznego finansowania inwestycji w portach w świetle przepisów o pomocy publicznej zaprezentowany w *Pierwszej Decyzji Ventspils* został powtórzony w innej decyzji KE dotyczącej łotewskiego portu, mianowicie w decyzji z 15.06.2011 r. w sprawie N 44/2010 – *Łotwa – Publiczne finansowanie infrastruktury portowej w Krievu Sala*[30], która dotyczyła części infrastruktury w porcie w Rydze. W decyzji tej Komisja w szerokim zakresie powoływała się na *Pierwszą Decyzję*

[30] Dokument dostępny pod adresem: http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/235017/235017_1261801_149_2.pdf.

Ventspils, co sprawia wrażenie, że traktuje ją jako precedensową i wiodącą w omawianej materii. Postępując więc zgodnie z zaprezentowaną tam linią, Komisja stwierdziła, że infrastruktura taka jak wodne drogi dostępu do portu, lądowe drogi dostępu, umacnianie brzegu, pogłębianie oraz infrastruktura dla mediów jest niezbędna dla wykonywania działalności gospodarczej w porcie i z tego powodu może zostać uznana za mającą charakter komercyjny. Jednak, podobnie jak w *Pierwszej Decyzji Ventspils*, KE stwierdziła, że nie ma potrzeby przesądzania, czy realizacja ww. inwestycji ze środków publicznych wiąże się z udzieleniem pomocy publicznej, ponieważ pomoc ta i tak byłaby zgodna z rynkiem wewnętrznym.

Także analogicznie do *Pierwszej Decyzji Ventspils* za mające przynajmniej częściowo charakter komercyjny zostały uznane linie kolejowe łączące kotwicowiska z krajową siecią kolejową, a także drogi wewnętrzne, a to ze względu na ich bezpośredni związek z tymi kotwicowiskami, mającymi bez wątpienia charakter komercyjny. Ich budowa przyczyniła się więc, zdaniem KE, do rozwoju infrastruktury specyficznej dla użytkownika.

Natomiast za mające w całości związek z infrastrukturą specyficzną dla użytkownika uznane zostały inwestycje w rekultywację gruntów i budowę kolejowego punktu kontrolnego.

Odmiennie jednak niż w *Pierwszej Decyzji Ventspils* KE stwierdziła, że niektóre elementy infrastruktury nie mają charakteru gospodarczego, ponieważ służą wypełnieniu podstawowych funkcji państwa w zakresie zapewnienia bezpieczeństwa portu. Zaliczone do nich zostały budynki wykorzystywane przez zarządcę portu do wykonywania tylko i wyłącznie funkcji administracyjnych w zakresie kontroli celnej, zapewnienia bezpieczeństwa w porcie oraz udzielania pierwszej pomocy medycznej, jak również ochrony środowiska.

Odnosząc się do tej ostatniej konkluzji, należy powitać ją z uznaniem, gdyż daje ona pewną wskazówkę co do tego, jak obecnie KE podchodzi do wypełniania przez zarządcę portu funkcji władzy publicznej. Trzeba zauważyć, że obecna linia praktyki decyzyjnej restrykcyjnie interpretuje pojęcie środków służących zapewnieniu bezpieczeństwa (*"safety and security measures"*). Pojęcie to jest bowiem *prima facie* bardzo szerokie. Komisja zdaje się jednak zawężać je do utrzymywania porządku i ewentualnie kontroli ruchu jednostek pływających w obrębie portu za pomocą metod władczych, natomiast wyłączać inwestycje w poprawę stanu infrastruktury, które są niezbędne do zapewnienia bezpieczeństwa żeglugi pod względem warunków hydrotechnicznych (stąd uznanie publicznego finansowania remontów falochronów, pogłębiania, utrzymania morskich dróg dostępu czy też umacniania brzegu za mogące wiązać się z udzieleniem pomocy państwa). W zakresie tym aktualne pozostają uwagi poczynione przy okazji omawiania *Pierwszej Decyzji Ventspils*, gdyż nieodparcie nasuwa się wrażenie, że idąc prezentowanym przez Komisję tokiem rozumowania państwo stawałoby w obliczu udzielenia pomocy publicznej naprawiając wyrwy w drogach publicznych (wszak każda droga prowadzi do jakiegoś przedsiębiorstwa i jest niezbędna do wykonywania tam działalności gospodarczej). Nie sposób oprzeć się wrażeniu, że takie podejście KE koliduje z podstawowymi obowiązkami państwa w zakresie planowania i rozwoju infrastruktury transportowej[31].

Zwraca także uwagę nieco inne podejście do kwestii ochrony środowiska w *Pierwszej Decyzji Ventspils* i w decyzji w sprawie *Krievu Sala*. O ile bowiem w *Pierwszej Decyzji Ventspils* KE doszła do wniosku, że co prawda ochrona środowiska należy do podstawowych zadań państwa (powołując

[31] Pogląd ten jest w doktrynie odnoszony szerzej – do całej obecnej polityki oceny przez KE projektów infrastrukturalnych w świetle przepisów o pomocy publicznej. Por. N. Kekelekis, *Recent Developments...*

się przy tym na cyt. powyżej wyrok TS w sprawie C-343/95 *Diego Cali*), to jednak stwierdziła, że istnieje też związek tej funkcji z działalnością gospodarczą zarządcy portu i dlatego można tu potencjalnie mówić o występowaniu pomocy publicznej (acz KE nie widziała potrzeby przesądzania o jej istnieniu). Inaczej w decyzji w sprawie *Krievu Sala* – powołując się na to samo orzeczenie TS KE stwierdziła jednoznacznie, że ochrona środowiska nie jest działalnością komercyjną. Uważam, że należy przyjąć z zadowoleniem to jasne rozstrzygnięcie, gdyż stanowi ono krok ku osiągnięciu tak pożądanej pewności prawnej i spójności w ocenie projektów infrastrukturalnych w UE w świetle przepisów o pomocy publicznej.

Wreszcie należy dodać, że KE potwierdziła w decyzji w sprawie *Krievu Sala* swoją ustaloną praktykę, że kotwicowiska należą do infrastruktury wykorzystywanej komercyjnie.

IV. Statki, łodzie i okręty podwodne – poziomy występowania pomocy publicznej przy finansowaniu infrastruktury portowej przez państwo

1. Kapitan na mostku – poziom zarządców portów

Powyżej przedstawiony został pewien uproszczony schemat badania, czy publiczne finansowanie infrastruktury portowej może stanowić pomoc publiczną. W praktyce, przy dokonywaniu takiej oceny należy ją przeprowadzić w odniesieniu do każdego z możliwych poziomów występowania pomocy publicznej w tym obszarze. Mówiąc ściśle – na każdym poziomie należy sprawdzić, czy spełnione są wszystkie przesłanki z art. 107 ust. 1 TFUE (szczegółowe omówienie tego zagadnienia wykracza jednak poza zakres tego artykułu).

W dotychczasowej praktyce KE liczba poziomów, na którym badana była możliwość wystąpienia pomocy publicznej w przypadku finansowania infrastruktury portowej ulegała ewolucji. Początkowo Komisja badała zasadniczo dwa poziomy – poziom zarządców portów i poziom użytkowników końcowych (zaliczając tu zarówno operatorów infrastruktury, jak i armatorów)[32]. Jednakże w późniejszych decyzjach KE konsekwentnie badała występowanie pomocy publicznej na trzech poziomach: zarządców portów, operatorów infrastruktury (np. operatorów terminali) i użytkowników końcowych portów (armatorów, spedytorów). Taki schemat zostanie przyjęty w poniższych rozważaniach.

W praktyce poziom zarządców portów jest najbardziej kłopotliwy pod względem ustalenia, czy dana inwestycja wiąże się z udzieleniem pomocy publicznej, ale też zwykle jej zatwierdzenie przez KE nie napotyka zwykle na trudności. To bowiem zarządcy portów wypełniają zarówno funkcje właściwe dla sprawowania władzy publicznej, jak i prowadzą działalność gospodarczą. Dlatego też początkowo państwa członkowskie próbowały utrzymywać, że podmioty tego typu nie są przedsiębiorstwami. Padał także argument, że podmioty te nie posiadają statusu przedsiębiorstwa ze względu na to, że prowadzą działalność typu non-profit. Jednakże wobec bardzo szerokiej definicji przedsiębiorstwa i działalności gospodarczej w prawie konkurencji UE (której nie ma potrzeby tu przypominać), podejście takie nie mogło znaleźć uznania KE.

Problem, czy zarządca infrastruktury, wypełniający pewne funkcje władzy publicznej jest także przedsiębiorstwem, został w przesądzający sposób rozstrzygnięty po raz pierwszy w odniesieniu

[32] Por. omawiane powyżej decyzje w sprawach N 520/2003 *Porty flamandzkie* oraz N 503/2005 *Great Yarmauth Outer Harbour*.

do zarządców lotnisk. Mianowicie w wyroku z 12.12.2000 r. w sprawie T-128/98 *Aeroport de Paris v. Komisja* (Zb. Orz. 2000, s. II-3929) Sąd Pierwszej Instancji orzekł, że działalność polegająca na zarządzaniu i użytkowaniu infrastruktury, obejmująca świadczenie usług na rzecz przedsiębiorstw lotniczych, jak również różnych podmiotów świadczących usługi w obrębie zarządzanej infrastruktury, stanowi działalność gospodarczą. Z jednej strony polega ona bowiem na udostępnianiu infrastruktury i urządzeń różnym podmiotom świadczącym usługi w zamian za zapłatę należności, której wysokość jest ustalana niezależnie przez samego zarządzającego oraz z drugiej strony nie jest ona zależna od wykonywania prerogatyw władzy publicznej i da się oddzielić od działań związanych z wykonywaniem wymienionych prerogatyw[33]. Ww. stanowisko Sądu Pierwszej Instancji zostało odniesione bezpośrednio do zarządców infrastruktury portowej w decyzji Komisji z 20.12.2001 r. w sprawie N 649/2001 – *Zjednoczone Królestwo – Freight Facilities Grant*[34], a następnie w kolejnych decyzjach – m.in. ostatnio w *Pierwszej Decyzji Ventspils*[35], decyzji *Krievu Sala* oraz ww. decyzji w sprawie SA.30742 *Port w Kłajpedzie*.

Konstatacji o tym, że zarządca portu jest przedsiębiorstwem nie zmienia także fakt, że jego działalność ma charakter non-profit (np. z tego powodu, że wszystkie środki finansowe będące w dyspozycji zarządcy portu mogą być używane tylko i wyłącznie na cele zarządzania portem i wypełniania innych funkcji nałożonych na ten podmiot przez prawo – por. decyzja w sprawie *Krievu Sala*), gdyż KE, powołując się m.in. na wyrok TS z 11.07.2006 r. w sprawie C-205/03 P *FENIN v. Komisja* (Zb. Orz. 2006, s. I-6295), konsekwentnie stwierdza, że nawet jeżeli podmiot prowadzi działalność non-profit lub nie dąży do osiągnięcia celów niekomercyjnych, nie jest to decydujące dla stwierdzenia, że nie stanowi ona działalności gospodarczej. Bowiem nawet prowadząc tylko działalność non-profit, może uczestniczyć w rynku, a zatem jego działania mogą potencjalnie stać w sprzeczności z celami prawa konkurencji.

Oczywiście możliwe jest wykluczenie występowania pomocy publicznej na poziomie zarządcy portu w sytuacji, gdy wsparcie udzielone temu podmiotowi (również ze środków funduszy strukturalnych czy Funduszu Spójności[36]) spełnia test prywatnego inwestora. Taki test KE przeprowadziła w wielu przypadkach publicznego wspierania zarządcy portu (m.in. ww. decyzja w sprawie C 21/2009 *Port w Pireusie, Pierwsza Decyzja Ventspils*, decyzja *Krievu Sala*, ww. decyzja w sprawie SA.30742 *Port Kłajpeda*), jednak przypadki wykazania jego spełnienia są nieliczne – do takich należy decyzja KE z 24.04.2007 r. – *Holandia – Projekt rozbudowy głównego portu w Rotterdamie*[37], gdzie decydujące było to, że na rynku wewnętrznym UE nie występuje strukturalna nadpodaż usług portowych, a sam zarządca portu znajdował się w dobrej sytuacji ekonomicznej. Szczegółowe omówienie zasad przeprowadzania testu prywatnego inwestora w odniesieniu do finansowania infrastruktury portowej leży jednak poza zakresem tego artykułu[38].

[33] Por. pkt 112 wyroku: „konieczne jest rozróżnienie między, z jednej strony, działaniami Aeroport de Paris o czysto administracyjnym charakterze, w szczególności działaniami w zakresie nadzoru, oraz, z drugiej strony, zarządzaniem paryskimi portami lotniczymi, które finansowane jest z opłat uzależnionych od obrotów". Por. także wyrok Sądu UE z 24.03.2011 r. w połączonych sprawach T-443/08 i T-455/08 F*reistaat Sachsen i Land Sachsen-Anhalt oraz Mitteldeutsche Flughafen AG i Flughafen Leipzig-Halle GmbH v. Komisja* (dotąd nieopublikowany w Zb. Orz.).

[34] Dokument dostępny pod adresem: http://ec.europa.eu/eu_law/state_aids/transports-2001/n649-01.pdf.

[35] W *Pierwszej Decyzji Ventspils* KE zauważyła, że co prawda zarządcy portu powierzone są zadania z zakresu sprawowania władzy publicznej, jak nadzorowanie przedsiębiorstw działających w porcie pod względem zgodności z planami bezpieczeństwa urządzeń portowych oraz kontrola i zapewnienie bezpieczeństwa żeglugi, niemniej jednak zarządca portu sam, bez żadnej regulacyjnej interwencji państwa, ustala ceny usług portowych polegających na udostępnianiu infrastruktury oraz terenu, a ponadto świadczy za wynagrodzeniem usługi pilotowania czy usługi cumownicze.

[36] Por. ww. decyzję w sprawie C 21/2009 *Port w Pireusie* oraz *Pierwszą Decyzję Ventspils*.

[37] Dokument dostępny pod adresem: http://ec.europa.eu/eu_law/state_aids/transports-2006/n060-06.pdf.

[38] Por. jednak w tym zakresie np. N. Kekelekis, *Recent Developments...*, op. cit.

2. Węgiel na prawo, kontenery na lewo – poziom operatorów infrastruktury

Co do zasady KE przyjmuje, że na poziomie operatorów infrastruktury pomoc publiczna nie występuje, jeżeli wynagrodzenie za sprzedaż lub udostępnianie infrastruktury portowej jest kształtowane jako wynik poprzedzonej odpowiednim ogłoszeniem, otwartej, bezwarunkowej i niedyskryminacyjnej procedury wyboru ofert, która zapewnia, że wszyscy kandydaci są równo traktowani[39]. W praktyce decyzyjnej tej instytucji da się zaobserwować tendencję do uznawania, że zastosowanie takiej procedury wyklucza możliwość wystąpienia pomocy publicznej (konkretnie – przesłanki dokonania przysporzenia ekonomicznego na warunkach korzystniejszych od rynkowych) na poziomie operatorów infrastruktury lub zapewnia ograniczenie ewentualnej pomocy do minimum całkowicie niezbędnego do prowadzenia działalności za pomocą dofinansowanej infrastruktury. Dlatego też w przypadku zachowania takiej procedury wyboru beneficjenta finansowania Komisja często nie widzi konieczności przesądzania, czy stanowi ono pomoc publiczną[40]. Jednakże okoliczności konkretnej sprawy mogą doprowadzić do odmiennej konkluzji – np. wtedy, gdy infrastruktura zostanie przeznaczona dla wyznaczonego z góry operatora (np. przez samą jej lokalizację w porcie w pobliżu jego dotychczasowego przedsiębiorstwa), który w ten sposób uzyska z tego tytułu nadmierną korzyść lub jeśli nadmierna korzyść wynikać będzie z nieuzasadnionej różnicy pomiędzy ceną sprzedaży (lub udostępnienia na innych zasadach) a kosztami niedawno zakończonych prac budowlanych[41].

Aby zapobiec powstaniu takiej sytuacji, często stosowana jest praktyka dokonywania wyceny przez niezależnego eksperta. Jednak jak pokazuje *Pierwsza Decyzja Ventspils*, a także decyzja z 25.08.2011 r. w sprawie C 39/2009 – *Łotwa – Publiczne finansowanie portu Ventspils*[42] (decyzja kończąca formalną procedurę dochodzenia), decyzja w sprawie *Krievu Sala* oraz decyzja w sprawie SA.30742 *Port Kłajpeda*, ustalenie z góry cen udostępnienia infrastruktury portowej bez przeprowadzenia otwartej i niedyskryminacyjnej procedury w taki sposób, by nie doszło do udzielenia korzyści ekonomicznej operatorowi, napotyka trudności i w praktyce nie jest łatwo przekonać Komisję do poprawności takich ekspertyz. Jednakże jest to kolejna sfera, której szczegółowe rozważenie daleko wykracza poza ramy tego artykułu.

3. Flotylla – poziom użytkowników końcowych portów (armatorów, spedytorów)

Jak wynika z najnowszej praktyki decyzyjnej KE[43], pomoc publiczna na poziomie użytkowników końcowych infrastruktury portowej nie występuje, jeśli wszyscy armatorzy czy spedytorzy będą mieli otwarty i niedyskryminiacyjny dostęp do tej infrastruktury. Jako że zwykle jest to zapewnione, Komisja nie wchodzi zazwyczaj w szczegółowe rozważania na ten temat.

V. Zawijając do portu – konkluzje

Rozważania na temat publicznego finansowania portów morskich pokazały, jak wiele mielizn czeka na każdego, kto próbuje odpowiedzieć na pytanie, czy finansowanie to spełnia wszystkie przesłanki z art. 107 ust. 1 TFUE. Brak jakiegokolwiek dokumentu wyjaśniającego stanowisko KE w tym

[39] Patrz pkt 81 *Pierwszej Decyzji Ventspils*.

[40] Patrz pkt 85 decyzji w sprawie *Krievu Sala*.

[41] Patrz pkt 82 *Pierwszej Decyzji Ventspils*. Por także N. Kekelekis, *Recent Developments...*, op. cit., gdzie Autor słusznie zauważa, że zastosowanie procedury przetargowej nie wyklucza udzielenia pomocy publicznej, choć minimalizuje taką ewentualność.

[42] Dokument dostępny pod adresem: http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/234343/234343_1276398_146_2.pdf.

[43] Por. np. *Pierwszą Decyzję Ventspils*, decyzję *Krievu Sala*, decyzję w sprawie SA.30742 *Port Kłajpeda*.

zakresie powoduje niepewność prawną oraz konieczność szczegółowego i dogłębnego analizowania każdej sprawy indywidualnie. Jest to o tyle utrudnione, że w Europie istnieje duża różnorodność portów morskich (od małych regionalnych, po największe na świecie), jak i systemów zarządzania nimi[44], a podejście, które jeszcze niedawno wydawało się utartą praktyką KE, uległo ostatnio zmianie w kierunku zaostrzenia[45]. Dlatego coraz częściej w doktrynie można znaleźć głosy o konieczności wydania spójnych wytycznych o publicznym finansowaniu infrastruktury portowej, które zapewniłyby pewność prawną i ułatwiłyby wypełnianie zadań przez państwa członkowskie, przedsiębiorstwa prowadzące działalność w sektorze transportu morskiego, a także i przez samą Komisję[46]. W mojej opinii są to głosy jak najbardziej słuszne i należy je z całą mocą poprzeć. W pierwszej połowie 2012 r. KE przeprowadziła konsultacje społeczne na temat dotychczasowego stosowania i proponowanych kierunków zmian Wytycznych dla transportu morskiego, które dotychczas, jak było powiedziane, nie obejmują tematyki portów – może przy okazji ich przeglądu nadszedł właściwy moment[47] na znalezienie bezpiecznej przystani dla portów morskich?

Powstaje zatem pytanie o kierunek, w jakim powinno pójść prawodawstwo unijne (a w jego braku – przynajmniej praktyka decyzyjna KE). W mojej ocenie nie jest możliwe zupełne odejście od konieczności rozstrzygania każdego przypadku indywidualnie, gdyż życie gospodarcze w omawianym sektorze jest zbyt złożone i różnorodne, by mogła zostać wypracowana swego rodzaju „biała lista" sytuacji, w których publiczne finansowanie infrastruktury portowej nigdy nie stanowi pomocy publicznej. Jednakże niezwykle pożądane jest przyjęcie stałego i spójnego kierunku rozstrzygania spraw, który cechowałby się równowagą między dążeniem do zapewnienia z jednej strony niezakłóconej konkurencji w sektorze usług portowych, a z drugiej – możliwości wykonywania przez państwa członkowskie swoich kompetencji w dziedzinie polityki transportu oraz osiągnięcia celu w postaci wysokiego poziomu konkurencyjności gospodarki UE w wymiarze globalnym. W mojej opinii, by to osiągnąć, należy wskazać, jakie przesłanki decydują o uznaniu, że publiczne finansowanie danego elementu infrastruktury wiąże się z występowaniem pomocy publicznej. Co do zasady należy tu skupić się nie tyle na samej możliwości komercyjnego wykorzystania (czy też znaczenia) danego urządzenia, a raczej położyć akcent na jego niezbędność do prowadzenia działalności przez konkretnego przedsiębiorcę lub ich grupę. Przy tym kluczowe do uznania, że mamy do czynienia z infrastrukturą specyficzną dla użytkownika powinno być, by związek ten był bezpośredni, a samo urządzenie służyło w przeważającej mierze celom komercyjnym niż publicznym (związek gospodarczy, a nie formalny). Charakterystycznym przykładem są tu urządzenia służące zapewnieniu bezpieczeństwa w porcie (*"safety and security measures"*), obecnie ograniczane przez KE do tych używanych do zapewnienia porządku na terenie portu i bezpieczeństwa żeglugi za pomocą środków władczych. Natomiast w moim osądzie także urządzenia hydrotechniczne dedykowane bezpieczeństwu żeglugi wpisują się przede wszystkim w pełnienie funkcji państwa w zakresie polityki transportowej. Należy przy tym krytycznie odnieść się do dotychczasowej praktyki pozostawiania przez Komisję „uchylonych drzwi" przy ocenie inwestycji w portach, polegającej na nieprzesądzaniu o istnieniu pomocy (co w praktyce oznacza wkładanie na państwa członkowskie ciężaru zapewnienia zgodności wsparcia z prawem

[44] Por.: N. Farantouris, *Port Infrastructure...,* op. cit.; A. Colucci, *Transport...*, op. cit., s. 1502.

[45] Por. N. Kekelekis, *Recent Developments...,* gdzie Autor odnosi to spostrzeżenie do spraw infrastrukturalnych w ogóle.

[46] N. Farantouris, *Port Infrastructure...*, op. cit.

[47] Projekt opracowania wytycznych dotyczących pomocy publicznej dla portów morskich znajdował się w programie prac KE na 2008 r., jednak dotąd nie został zrealizowany.

przez każdorazowe dokonywanie notyfikacji publicznego finansowania infrastruktury portowej – co najmniej dla uzyskania pewności prawnej), przy jednoczesnym niedawaniu wskazówek co do czynników, które zdaniem tej instytucji o występowaniu pomocy decydują.

Oczywiście postulowane wytyczne powinny także zawierać kryteria oceny zgodności pomocy publicznej na infrastrukturę portową z rynkiem wewnętrznym UE – ale to już temat na zupełnie inną morską opowieść.

Anna Piszcz*

Przegląd zmian w polskim prawie antymonopolowym w latach 2010-2011 (cz. II))

Spis treści:

I. Zmiany w ustawie o ochronie konkurencji w r. 2011
II. Rozporządzenie wyłączeniowe dotyczące niektórych rodzajów porozumień wertykalnych
III. Rozporządzenie wyłączeniowe dotyczące sektora ubezpieczeniowego

I. Zmiany w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów w 2011 r.

Ustawa z 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej: uokik)[1] w roku 2011 była nowelizowana tylko jeden raz. Zgodnie z art. 15 ustawy z 20.01. 2011 r. o odpowiedzialności majątkowej funkcjonariuszy publicznych za rażące naruszenie prawa[2] (dalej: u.o.m.f.p.), uzupełniona została regulacja zawarta w art. 81 ust. 3 uokik. Przed nowelizacją wynikało z niej, że jeżeli Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (UOKiK) uzna odwołanie za słuszne, może – nie przekazując akt sądowi – uchylić albo zmienić swoją decyzję w całości lub w części, o czym bezzwłocznie powiadamia stronę, przesyłając jej nową decyzję, od której stronie przysługuje odwołanie. Natomiast z dniem 17.05.2011 r. po zdaniu tym dodano zdanie drugie, zgodnie z którym **uchylając albo zmieniając decyzję, Prezes UOKiK stwierdza jednocześnie, czy decyzja ta została wydana bez podstawy prawnej albo z rażącym naruszeniem prawa**. Na podstawie art. 81 ust. 5 uokik regulację tę stosuje się odpowiednio do **postanowień** Prezesa UOKiK, na które przysługuje zażalenie.

Dodać należy, że stosownie do art. 12 pkt 2 u.o.m.f.p. podobną zmianę wprowadzono w tej samej dacie do przepisów o sądowym postępowaniu antymonopolowym (postępowaniu w sprawach z zakresu ochrony konkurencji). Mianowicie, w art. 479^{31a} § 3 ustawy z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego[3] (dalej: k.p.c.) stanowiącym dotychczas, że w przypadku „uwzględnienia odwołania, sąd ochrony konkurencji i konsumentów zaskarżoną decyzję albo uchyla, albo zmienia w całości lub w części i orzeka co do istoty sprawy", dodano zdanie drugie, zgodnie z którym **jednocześnie sąd stwierdza, czy zaskarżona decyzja została wydana bez podstawy prawnej albo z rażącym naruszeniem prawa**[4]. W doktrynie podniesiono wątpliwości co do tego, czy stwierdzenie to powinno zostać umieszczone w sentencji, czy też w uzasadnieniu wyroku[5].

Niezależnie od tego, czy zaskarżona decyzja bądź postanowienie Prezesa UOKiK są uchylane bądź zmieniane przez niego samego w trybie tzw. autokontroli, czy też przez sąd ochrony konkurencji i konsumentów, dotyczący tego – odpowiednio – akt administracyjny bądź orzeczenie sądowe muszą

* Adiunkt w Katedrze Prawa Gospodarczego Publicznego Wydziału Prawa Uniwersytetu w Białymstoku; radca prawny.

1 Dz.U. Nr 50, poz. 331, z późn. zm.

2 Dz.U. Nr 34, poz. 173.

3 Dz.U. Nr 43, poz. 296, z późn. zm.

4 Na podstawie art. 479^{32} § 2 k.p.c. regulację tę stosuje się odpowiednio w przypadku zażalenia na postanowienie Prezesa UOKiK.

5 G. Krawiec, *Komentarz do art. 12 ustawy o odpowiedzialności majątkowej funkcjonariuszy publicznych za rażące naruszenie prawa*, LEX 2011, teza 5 (w zw. z 7).

zawierać stwierdzenie, czy zaskarżony akt administracyjny (decyzja, postanowienie) został wydany bez podstawy prawnej albo z rażącym naruszeniem prawa. Warto zauważyć, że wprowadzone przepisy dotyczą sytuacji, gdy akt administracyjny, wydany przez Prezesa UOKiK bez podstawy prawnej albo z kwalifikowanym naruszeniem prawa, jest **uchylany** albo **zmieniany**, **w całości** lub **w części**[6].

Omawiane zmiany przepisów uzasadnione są faktem, iż z dniem 17.05.2011 r. określone zostały szczególne zasady odpowiedzialności majątkowej funkcjonariuszy publicznych wobec Skarbu Państwa, jednostek samorządu terytorialnego lub innych podmiotów ponoszących odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną przy wykonywaniu władzy publicznej, za działania lub zaniechania prowadzące do rażącego naruszenia prawa (które nastąpiły od ww. daty). Prezes UOKiK – jako centralny organ administracji rządowej – podlega powyższemu reżimowi odpowiedzialności, jako że jest umocowany do wydawania decyzji i postanowień[7]. W świetle art. 5 u.o.m.f.p. Prezes UOKiK, osoba działająca z jego upoważnienia lub osoba wykonująca w UOKiK pracę, która bierze udział w prowadzeniu rozstrzyganej sprawy, ponoszą wspomnianą odpowiedzialność majątkową w razie łącznego zaistnienia następujących przesłanek:

1) na mocy prawomocnego orzeczenia sądu lub na mocy ugody zostało wypłacone przez podmiot odpowiedzialny odszkodowanie za szkodę wyrządzoną przy wykonywaniu władzy publicznej z rażącym naruszeniem prawa (przy czym zgodnie z art. 2 ust. 2 u.o.m.f.p., ilekroć w ustawie tej jest mowa o wykonywaniu władzy publicznej z rażącym naruszeniem prawa, należy przez to rozumieć również wykonywanie władzy publicznej bez podstawy prawnej);

2) rażące naruszenie prawa, o którym mowa w pkt 1, zostało spowodowane zawinionym działaniem lub zaniechaniem funkcjonariusza publicznego;

3) rażące naruszenie prawa, o którym mowa w pkt 1, zostało stwierdzone w ten sposób, że:

a) nastąpiło prawomocne stwierdzenie braku podstawy prawnej lub rażącego naruszenia prawa na podstawie art. 479^{31a} § 3 k.p.c.;

b) nastąpiło ostateczne stwierdzenie braku podstawy prawnej lub rażącego naruszenia prawa na podstawie art. 81 ust. 3 uokik.

Podkreślenia wymaga, że art. 156 § 1 pkt 2 ustawy z 14.06.1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego[8] stanowi, że organ administracji publicznej stwierdza nieważność decyzji, która wydana została bez podstawy prawnej lub z rażącym naruszeniem prawa. Jednakże w myśl art. 82 ust. 1 uokik, od decyzji Prezesa UOKiK stronie nie przysługują środki prawne wzruszenia decyzji przewidziane w Kodeksie postępowania administracyjnego, dotyczące m.in. stwierdzenia nieważności decyzji. Z tego powodu, w doktrynie zajęto stanowisko, że pojęcie rażącego naruszenia prawa w postępowaniu antymonopolowym oceniać i ustalać należy niezależnie od poglądów na temat rażącego naruszenia prawa, wyrażonych w literaturze z zakresu ogólnego postępowania administracyjnego (co najwyżej można rozważać odpowiednie odniesienie poglądów tam wyrażonych do postępowania w sprawach ochrony konkurencji)[9]. Z kolei w piśmiennictwie z zakresu prawa antymonopolowego (co prawda dotyczącym odwołania Prezesa UOKiK, a nie uchylenia jego decyzji) wyrażono opinię, że

[6] Natomiast w literaturze funkcjonuje pogląd, że w przypadku, gdy wydanie decyzji nastąpiło bez podstawy prawnej lub z rażącym naruszeniem prawa materialnego, to powinno nastąpić uchylenie decyzji w całości. Zob. T. Kwieciński, *Komentarz do art. 81 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*, LEX 2010, teza 2.

[7] Tak A. Bielska-Brodziak (red.), J. Gęsiak, G. Krawiec, A. Matan, S. Tkacz, A. Wołowiec, *Komentarz do art. 2 ustawy o odpowiedzialności majątkowej funkcjonariuszy publicznych za rażące naruszenie prawa*, LEX 2011, teza 140.

[8] Tekst jedn. Dz.U. z 2000 r. Nr 98, poz. 1071, z późn. zm.

[9] G. Krawiec, *Komentarz do art. 12 ustawy o odpowiedzialności majątkowej funkcjonariuszy publicznych za rażące naruszenie prawa*, LEX 2011, teza 3.

rażące naruszenie prawa to takie działanie (zaniechanie) Prezesa UOKiK, które pozostaje w oczywistej sprzeczności z niebudzącym wątpliwości (jednoznacznym) unormowaniem, określającym sposób postępowania Prezesa UOKiK[10]. Przykładowo za rażące naruszenie prawa uznano nieprzeprowadzenie przez Prezesa UOKiK rozprawy mimo wystąpienia obligatoryjnych przesłanek jej przeprowadzenia[11]. W antymonopolowym orzecznictwie sądowym jako rażące naruszenie prawa potraktowano np.:

- pominięcie w zaskarżonej decyzji lub postanowieniu istotnego elementu w postaci części rozstrzygnięcia[12],
- wskazanie zachowań, które zostały uznane za praktykę ograniczającą konkurencję, dopiero w decyzji kończącej postępowanie (co uniemożliwia stronie, przeciwko której toczy się postępowanie, skuteczną ochronę jej praw, jako że nie ma ona w toku postępowania administracyjnego możliwości odniesienia się do stawianych zarzutów)[13].

Niewielka częstotliwość i wąski zakres zmian[14] uokik, która z pewnością nie jest aktem doskonałym, mogą budzić zdziwienie, jeśli weźmiemy pod uwagę 5-letni już okres jej obowiązywania. Dopiero od marca 2012 r. Prezes UOKiK zapowiada opracowanie projektu nowelizacji o szerszym zakresie[15]. W maju 2012 r. do konsultacji społecznych został przekazany „Projekt założeń projektu ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów". Pozostaje mieć nadzieję, że świadomość niedoskonałości ustawy (a doktryna nie ustaje w staraniach, by tę świadomość zwiększać u projektodawców) oraz uwzględnienie zasadnych uwag zgłoszonych w toku konsultacji doprowadzą do opracowania doskonałego projektu nowelizacji.

II. Rozporządzenie wyłączeniowe dotyczące niektórych rodzajów porozumień wertykalnych

Do 31.05.2011 r. obowiązywało rozporządzenie Rady Ministrów z 19.11.2007 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję[16] (dalej: rozporządzenie z 2007 r.). Natomiast z dniem 1.06.2011 r. weszło w życie nowe **rozporządzenie Rady Ministrów z 30.03.2011 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję**[17] (dalej: rozp. wert. albo rozporządzenie z 2011 r.). Wzór dla polskiego rozporządzenia z 2011 r. stanowiło rozporządzenie Komisji UE nr 330/2010 z 20.04.2010 r. w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych[18] (dalej: rozporządzenie nr 330/2010).

Bazowanie przez polskiego ustawodawcę na unijnym wzorze jest przyczyną najpoważniejszych różnic, jakie rozporządzenie z 2011 r. wykazuje w stosunku do rozporządzenia z 2007 r. Niektóre z nich widoczne są już w przepisach ogólnych rozporządzenia z 2011 r., a zwłaszcza w postanowieniach

[10] K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 700.

[11] *Ibidem*, s. 797.

[12] Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z 23.07.2003 r., XVII Ama 94/02, „Wokanda" 2004, nr 7-8, s. 89.

[13] Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z 16.12.2002 r., XVII Ama 21/02, LEX nr 80141.

[14] Podobnie w r. 2010; zob. A. Piszcz, *Zmiany w polskim prawie antymonopolowym w latach 2010-2011 (cz. I)*, iKAR 2012, nr 1(1), s. 112.

[15] http://www.uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=3330&news_page=2 (ostatni dostęp 4.04.2012 r.).

[16] Dz.U. Nr 230, poz. 1691.

[17] Dz.U. Nr 81, poz. 441.

[18] Dz.Urz. UE L 102 z 23.04.2010, s. 1.

o stosowanych w rozporządzeniu definicjach[19]. W porównaniu ze „słowniczkiem" zawartym w rozporządzeniu z 2007 r., w § 3 rozp. wert.:

a) niektóre definicje uległy zmianom o charakterze redakcyjnym, porządkowym czy też wręcz „kosmetycznym" (pkt. 1–4, 6–11, 13, 15);

b) doprecyzowano definicję systemu dystrybucji selektywnej (pkt 5); z definicji z rozporządzenia z 2007 r. wynikało jedynie, że w systemie tym dostawca bezpośrednio lub pośrednio zobowiązuje się sprzedawać towary objęte porozumieniem wertykalnym jedynie dystrybutorom wybranym według określonych kryteriów (nowa definicja wskazuje, że kryteria te muszą być określone w tymże porozumieniu), a dystrybutorzy zobowiązują się nie sprzedawać tych towarów dystrybutorom nienależącym do tego systemu; nowa definicja dodaje, że chodzi tu o terytorium, na którym dostawca prowadzi działalność lub podjął działania świadczące o tym, że zamierza prowadzić działalność w tym systemie;

c) wprowadzono zmiany w pkt. 12, z których najistotniejszą wydaje się być doprecyzowanie definicji zakazu konkurowania obejmującej (tak samo jak dotychczas) dwie postacie zakazu konkurowania; w opisie drugiej z nich, polegającej na zobowiązaniu nabywcy do dokonywania u określonego dostawcy lub przedsiębiorców przez niego wskazanych ponad 80% jego wszystkich zakupów towarów objętych porozumieniem wertykalnym i towarów, które są uznawane za ich substytuty, obliczonych na podstawie wartości, dodano drugą podstawę obliczenia ww. wskaźnika, a mianowicie dopuszczono – o ile jest to przyjęte na określonym rynku właściwym – obliczanie go na podstawie wielkości zakupów dokonanych przez nabywcę w poprzednim roku kalendarzowym;

d) dodano definicję klienta nabywcy (pkt 14), w świetle której jest nim przedsiębiorca niebędący stroną porozumienia wertykalnego kupujący towary objęte porozumieniem wertykalnym od nabywcy będącego stroną tego porozumienia w celu ich odsprzedaży; podkreślenia wymaga, że uzupełnienia takiego dokonał wcześniej ustawodawca unijny w rozporządzeniu nr 330/2010.

Przepisy §§ 4–7 rozp. wert. określają rodzaje porozumień wertykalnych podlegających wyłączeniu spod zakazu, o którym mowa w art. 6 ust. 1 uokik. Podobnie jak pod rządami rozporządzenia z 2007 r. wyłączeniu podlegają porozumienia wertykalne (porozumienia zawierane między dwoma lub więcej przedsiębiorcami, z których każdy działa – w ramach takiego porozumienia – na różnym szczeblu obrotu, których przedmiotem są warunki zakupu, sprzedaży lub odsprzedaży towarów), w szczególności zawierające zobowiązania wyłącznego zakupu lub zobowiązania wyłącznej dostawy, lub tworzące systemy dystrybucji selektywnej lub systemy dystrybucji franchisingowej, jeżeli porozumienia te spełniają warunki wyłączenia określone w rozporządzeniu (§ 4).

Po drugie, podobnie jak pod rządami rozporządzenia z 2007 r., zgodnie z § 7 ust. 1 rozp. wert. wyłączeniu podlegają porozumienia wertykalne zawierające postanowienia dotyczące przeniesienia na nabywcę lub korzystania przez niego z praw własności intelektualnej i przemysłowej lub know-how. Warunkiem wyłączenia określonym w ust. 2 jest, by w odniesieniu do towarów objętych porozumieniem wertykalnym postanowienia, o których mowa w ust. 1, nie zawierały jednocześnie ograniczeń konkurencji mających ten sam cel (a nie – jak w rozporządzeniu z 2007 r. – cel lub skutek) co klauzule i porozumienia, które nie są wyłączone na podstawie rozporządzenia.

[19] Z kolei określenie przedmiotu rozporządzenia (§ 1 rozporządzenia z 2011 r.) różni się od jego odpowiednika z rozporządzenia z 2007 r. tym, że zapowiada, że rozporządzenie określa „klauzule, których występowania w porozumieniu wertykalnym nie uznaje się za naruszenie art. 6 ust. 1 ustawy", czyli tzw. klauzule „białe". W dalszej treści rozporządzenia z 2011 r. nie odnajdujemy jednak żadnych katalogów klauzul „białych", chyba że uznamy za takie wyliczenia wyjątków od klauzul „czarnych". Przepis § 2 rozporządzenia z 2011 r. nie wykazuje merytorycznych różnic w stosunku do § 3 ust. 3 rozporządzenia z 2007 r.

W rozporządzeniu z 2011 r. (§ 6) utrzymano również wyłączenie porozumień wertykalnych o charakterze niewzajemnym zawieranych między konkurentami. Warunki wyłączenia dotyczące dostawcy i nabywcy zostały w porównaniu z regulacją z 2007 r. doprecyzowane i usystematyzowane stosownie do tego, czy rynki dostawcy i nabywcy (w ujęciu produktowym) dotyczą towarów niebędących usługami, czy też towarów będących usługami[20]. Obecnie omawiane wyłączenie ma zastosowanie, jeżeli:

1) dostawca jest wytwórcą i dystrybutorem towarów niebędących usługami, a nabywca jest dystrybutorem i nie jest konkurentem na szczeblu wytwórstwa lub
2) dostawca świadczy usługi na kilku szczeblach obrotu, a nabywca dostarcza towary lub świadczy usługi na poziomie detalicznym i nie jest konkurentem na tym szczeblu obrotu, na którym nabywa usługi objęte porozumieniem wertykalnym.

Dodać należy, że w rozporządzeniu z 2011 r. pojawiła się regulacja, która nie miała odpowiednika w rozporządzeniu z 2007 r. Mianowicie § 5 rozp. wert. stanowi, że wyłączeniu podlegają porozumienia wertykalne zawierane między związkami przedsiębiorców a ich członkami oraz między związkami przedsiębiorców a ich dostawcami, jeżeli:

1) wszyscy członkowie związku są sprzedawcami detalicznymi towarów niebędących usługami oraz
2) obrót żadnego z członków związku, wraz z obrotem przedsiębiorców należących do jego grupy kapitałowej, w poprzednim roku kalendarzowym nie przekroczył równowartości 50 milionów euro.

Przepisy §§ 8–10 rozp. wert. wprowadzają w porównaniu z rozporządzeniem z 2007 r. istotną zmianę dotyczącą kryterium ilościowego wyłączenia, jakim jest udział w rynku właściwym. Próg udziału w rynku (30%) dotyczący nabywcy i grupy kapitałowej, do której należy nabywca, dotyczy obecnie wszystkich porozumień wertykalnych. Odmiennie niż pod rządami rozporządzenia z 2007 r., nie jest ograniczony do porozumień wertykalnych zawierających zobowiązania wyłącznej dostawy. Zatem obecnie dla wszystkich porozumień wertykalnych przewidziany jest próg „podwójny" – 30% po stronie dostawcy i grupy kapitałowej, do której należy dostawca, oraz 30% po stronie nabywcy i grupy kapitałowej, do której należy nabywca (§ 8 ust. 1). Ponadto w § 8 ust. 2 rozp. wert. umieszczono regulację, niemającą odpowiednika w poprzednim rozporządzeniu, zgodnie z którą jeżeli w ramach porozumienia wertykalnego wielostronnego przedsiębiorca nabywa towary objęte tym porozumieniem od przedsiębiorcy będącego stroną tego porozumienia oraz sprzedaje te towary innemu przedsiębiorcy będącemu również stroną tego porozumienia, wyłączenie stosuje się, o ile jego udział w rynku zarówno jako nabywcy oraz jako dostawcy, nie przekracza 30%.

Rozporządzenie z 2011 r. w § 10 określa w podobny sposób jak rozporządzenie z 2007 r. metodę obliczania udziałów w rynku. Nowością jest ust. 5 w § 10, zgodnie z którym przy obliczaniu udziału w rynku dostawcy uwzględnia się towary sprzedane dystrybutorom będącym stronami porozumienia wertykalnego zawartego z tym dostawcą w celu ich odsprzedaży (dystrybutorom zintegrowanym wertykalnie[21]).

W zakresie klauzul, których występowanie w porozumieniu wertykalnym stanowi naruszenie zakazu porozumień ograniczających konkurencję i niweczy wyłączenie całego porozumienia (§ 11),

[20] Zob. definicję towaru z art. 4 pkt 7 uokik.

[21] Zob. uzasadnienie projektu rozporządzenia, który datowany jest na 21.03.2011 r.; uokik.gov.pl/download.php?plik=9724 (ostatni dostęp 4.04.2012 r.), s. 4–5.

rozporządzenie z 2011 r. wykazuje kilka różnic w stosunku do rozporządzenia z 2007 r. Spośród nich warto wspomnieć o zmianie klauzuli podziałowej z pkt 2, którą złagodzono w ten sposób, że obecnie dopuszczalne są na zasadzie wyjątku (obok innych) ograniczenia dotyczące lokalu lub terenu, na którym nabywca prowadzi działalność, o których mowa w lit. a. Istniejący już uprzednio wyjątek dotyczący ograniczenia dystrybutorom, którzy działają w systemie dystrybucji selektywnej, odsprzedaży towarów objętych porozumieniem wertykalnym dystrybutorom nienależącym do tego systemu (lit. d) został natomiast dostosowany do zmienionej definicji systemu dystrybucji selektywnej.

Stosownie do § 14 rozp. wert., do porozumień wertykalnych podlegających wyłączeniu na podstawie rozporządzenia z 2007 r., niespełniających warunków wyłączenia określonych w rozporządzeniu z 2011 r., zastosowanie miały przepisy rozporządzenia z 2007 r. do czasu dostosowania tych porozumień do przepisów nowego rozporządzenia, jednak nie dłużej niż do dnia 30 listopada 2011 r. Rozporządzenie z 2011 r. przyjęto na okres do dnia 31 maja 2023 r.

III. Rozporządzenie wyłączeniowe dotyczące sektora ubezpieczeniowego

Dnia 31.03.2011 r. utraciło moc rozporządzenie Rady Ministrów z 30.07.2007 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień, zawieranych pomiędzy przedsiębiorcami prowadzącymi działalność ubezpieczeniową, spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję[22] (dalej: rozp. ubezp. z 2007 r. albo rozporządzenie z 2007 r.). Wzorowane było ono w istotnym stopniu na rozporządzeniu Komisji (WE) nr 358/2003 z 27.03.2003 r. w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do niektórych kategorii porozumień, decyzji i praktyk uzgodnionych w sektorze ubezpieczeniowym[23] (dalej: rozporządzenie nr 358/2003), które wygasło z dniem 31.03.2010 r.

Komisja Europejska dnia 24.03.2010 r. przyjęła nowe rozporządzenie nr 267/2010 w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do niektórych kategorii porozumień, decyzji i praktyk uzgodnionych w sektorze ubezpieczeniowym[24] (dalej: rozporządzenie 267/2010), które utraci moc z dniem 31.03.2017 r.[25] Wykazuje ono szereg różnic w stosunku do uprzednio obowiązującej regulacji. Z jednej strony wiąże się to ze zmianami w sektorze ubezpieczeń, a z drugiej strony ma to związek z postępującym w czasie dopracowywaniem i doskonaleniem rozwiązań służących ochronie nabywców produktów ubezpieczeniowych, w tym w szczególności konsumentów.

Z dniem 1.04.2011 r. weszło w życie trzecie w historii polskiego sektora ubezpieczeniowego rozporządzenie Rady Ministrów dotyczące wyłączenia grupowego, czyli rozporządzenie z 22.03.2011 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień, zawieranych między przedsiębiorcami prowadzącymi działalność ubezpieczeniową, spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję[26] (dalej: rozp. ubezp. albo rozporządzenie z 2011 r.). Jest ono wzorowane na rozporządzeniu 267/2010.

[22] Dz.U. Nr 137, poz. 964. Było ono poprzedzone rozporządzeniem Rady Ministrów z 30.07.2002 r. w sprawie wyłączenia niektórych kategorii porozumień, zawieranych między przedsiębiorcami prowadzącymi działalność ubezpieczeniową, spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (Dz. U. Nr 137, poz. 1151), które obowiązywało do 31.07.2007 r.

[23] Dz.Urz. WE L 53 z 28.02.2003, s. 8. Było ono poprzedzone rozporządzeniem Komisji (EWG) nr 3932/92 z 21.12.1992 r. w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 TWE do niektórych grup porozumień, decyzji i praktyk uzgodnionych w sektorze ubezpieczeniowym (Dz.Urz. WE L 398 z 31.12.1992, s. 7).

[24] Dz.Urz. UE L 83 z 30.03.2010 r., s. 1.

[25] Szerzej zob. W. Baranowska-Zając, *Nowe rozporządzenie Komisji Europejskiej w sprawie wyłączeń grupowych od zakazu porozumień ograniczających konkurencję w sektorze ubezpieczeń gospodarczych*, Przegląd Prawa Handlowego 2010, nr 11, s. 52-58.

[26] Dz.U. Nr 67, poz. 355.

Rozporządzenie 267/2010 w motywie 7 preambuły stanowi, że według ustawodawcy unijnego właściwa jest kontynuacja podejścia przyjętego uprzednio w rozporządzeniu 358/2003. Z kolei w motywie 7 preambuły rozporządzenia 358/2003 stwierdzono, że właściwe jest odchodzenie od podejścia polegającego na wyliczaniu klauzul podlegających wyłączeniu i położenie większego nacisku na określanie kategorii porozumień, które podlegają wyłączeniu do pewnego poziomu pozycji rynkowej (udziału w rynku) oraz na wyszczególnieniu ograniczeń lub klauzul, które nie mogą być umieszczane w takich porozumieniach.

Polski ustawodawca, zarówno w rozporządzeniu z 2011 r., jak i poprzedzającemu je rozporządzeniu z 2007 r., nadał konstrukcję zgodną z powyższymi sugestiami. Pełny zamknięty katalog rodzajów wyłączonych porozumień umieszczono w osobnej jednostce redakcyjnej (§ 3), poprzedzającej tę część rozporządzenia, w której omówione są kolejno warunki wyłączenia poszczególnych rodzajów porozumień. W § 3 rozp. ubezp. wyłącza się spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję porozumienia w zakresie wspólnego:

1) opracowywania zestawień i rozpowszechniania informacji niezbędnych do sporządzania:

a) kalkulacji przeciętnego kosztu ubezpieczenia od określonych ryzyk w przeszłości oraz

b) tabel danych śmiertelności oraz zestawień danych pokazujących częstotliwość chorób, wypadków i kalectwa, w związku z ubezpieczeniem zawierającym elementy kapitalizacji,

2) prowadzenia badań związanych z działalnością ubezpieczeniową oraz rozpowszechniania ich wyników,

3) ubezpieczania od określonego rodzaju ryzyka przez grupy koasekuracyjne i koreasekuracyjne

– o ile porozumienia te spełniają warunki określone w rozporządzeniu.

W stosunku do wyliczenia zawartego w rozporządzeniu z 2007 r. katalog ten jest aż o połowę węższy. Zabrakło w nim porozumień dotyczących: opracowywania i rozpowszechniania niewiążących standardów ogólnych warunków ubezpieczenia dla ubezpieczeń bezpośrednich, opracowywania i rozpowszechniania niewiążących modeli przedstawiających zyski, oraz opracowywania, uznawania i rozpowszechniania specyfikacji technicznych, zasad i kodeksów praktyki dotyczących urządzeń zabezpieczających. Z samej treści rozporządzenia z 2011 r. nie wynika, z jakich przyczyn polski ustawodawca ograniczył katalog porozumień podlegających wyłączeniu. Skoro jednak rozporządzenie z 2011 r. obejmuje swym zakresem rodzaje porozumień analogiczne do objętych unijnym rozporządzeniem 267/2010, to wydaje się, że można zakładać wspólność przyczyn ograniczenia zakresu wyłączeń i poszukiwać jego uzasadnienia w preambule rozporządzenia 267/2010. Z motywu 3 preambuły rozporządzenia 267/2010 wynika, że porozumienia dotyczące ustalania standardów ogólnych warunków ubezpieczenia oraz badania i zatwierdzania urządzeń zabezpieczających nie są specyficzne[27] dla sektora ubezpieczeniowego (przy czym inne sektory nie korzystają z przywileju wyłączenia grupowego w tym zakresie), a ponieważ mogą budzić określone obawy o naruszenie zasad konkurencji, bardziej odpowiednie jest poddanie tego rodzaju porozumień samoocenie przedsiębiorców.

Co do zasady § 3 pkt 1 rozp. ubezp., dotyczący wspólnego opracowywania zestawień i rozpowszechniania informacji niezbędnych do sporządzania kalkulacji przeciętnego kosztu ubezpieczenia od określonych ryzyk w przeszłości, a także do sporządzania tabel danych śmiertelności oraz

[27] W polskiej wersji rozporządzenia 267/2010 „właściwe". Tłumaczenie to może budzić zastrzeżenia. Na niską jakość tłumaczeń aktów prawa unijnego na język polski zwraca uwagę m.in. K. Koźmiński, *Ułomność języka prawnego a finistyczna skuteczność prawa* [w:] T. Giaro (red.), *Skuteczność prawa*, Warszawa 2010, s. 75.

zestawień danych pokazujących częstotliwość chorób, wypadków i kalectwa, w związku z ubezpieczeniem zawierającym elementy kapitalizacji, odpowiada przepisowi art. 2(a) unijnego rozporządzenia 267/2010. W porównaniu do regulacji rozporządzenia z 2007 r. przedmiot wyłączonych porozumień ujęty został zatem w nieco innej perspektywie, mianowicie mowa jest w nim o opracowywaniu zestawień[28] i rozpowszechnianiu „informacji niezbędnych do sporządzania" (wyrazów w cudzysłowie nie było w rozporządzeniu z 2007 r.) kalkulacji przeciętnego kosztu ubezpieczenia od określonych ryzyk w przeszłości oraz do sporządzania tabel i zestawień danych. Rozporządzeniem z 2007 r. wyłączone spod zakazu były natomiast porozumienia dotyczące opracowywania i rozpowszechniania samych kalkulacji, tabel oraz zestawień danych.

W rozporządzeniu z 2011 r. utrzymano pojęcie „ubezpieczenia zawierającego elementy kapitalizacji". Stało się tak, mimo że Polska Izba Ubezpieczeń – po otrzymaniu od Prezesa UOKiK projektu rozporządzenia z 2011 r. – pismem z 8.02.2011 r. zwróciła Prezesowi UOKiK uwagę, iż pojęcie to jest jednym z użytych w projekcie sformułowań odbiegających od terminologii polskiego języka prawnego (w tym języka ustawy z 22.05.2003 r. o działalności ubezpieczeniowej, dalej: u.d.u.[29]), co prawdopodobnie wynika z ich dosłownego przeniesienia z regulacji europejskich[30]. Mogą one rodzić znaczące problemy interpretacyjne. Mimo to do rozporządzenia z 2011 r. nie wprowadzono zmiany, jeśli chodzi o pojęcie „ubezpieczenia zawierającego elementy kapitalizacji".

Zmiany, inspirowane unijnym rozporządzeniem 267/2010, wprowadzono w katalogu warunków wyłączenia (§ 4 i 6 rozp. ubezp.). Dodać tu należy, że § 6 rozp. ubezp. (podobnie jak i § 7 rozp. ubezp.) ma zakres zastosowania szerszy niż § 4 rozp. ubezp., bowiem dotyczy również porozumień w zakresie wspólnego prowadzenia badań związanych z działalnością ubezpieczeniową oraz rozpowszechniania ich wyników.

W przepisie § 6 pkt 3 rozp. ubezp. (odpowiednik § 5 rozp. ubezp. z 2007 r.) pojawił się nowy warunek, zgodnie z którym zestawienia i tabele oraz wyniki badań muszą być dostępne za niewygórowaną opłatą, na obiektywnie uzasadnionych i niedyskryminujących warunkach dla organizacji konsumenckich lub innych organizacji, które w odpowiedni i precyzyjny sposób zwracają się o umożliwienie dostępu do nich z należycie uzasadnionego powodu, z wyjątkiem sytuacji, gdy odmowa udostępnienia jest obiektywnie uzasadniona względami bezpieczeństwa publicznego. Z § 5 pkt 3 oraz § 8 ust. 3 rozp. ubezp. z 2007 r. wynikało jedynie, że kalkulacje, tabele lub wyniki badań mają być dostępne na rozsądnych i niedyskryminujących warunkach dla każdego przedsiębiorcy prowadzącego działalność ubezpieczeniową, który wnioskuje o ich udostępnienie. Ustawodawca pozostawił ten warunek w § 6 pkt 1 rozp. ubezp., jednak uzupełniono go w ten sposób, że zestawienia i tabele oraz wyniki badań muszą być dostępne dla przedsiębiorców prowadzących działalność ubezpieczeniową za niewygórowaną opłatą, na obiektywnie uzasadnionych i niedyskryminujących warunkach.

Z § 5 pkt 1 oraz § 8 pkt 1 rozp. ubezp. z 2007 r. wynikał warunek, by kalkulacje lub tabele nie identyfikowały przedsiębiorców prowadzących działalność ubezpieczeniową oraz żadnej z ubezpieczonych stron. W rozporządzeniu z 2011 r. ustawodawca wymóg ten umieścił w zawartym w § 7 katalogu klauzul „czarnych". Klauzulami, których występowanie w porozumieniu zawieranym między przedsiębiorcami prowadzącymi działalność ubezpieczeniową stanowi naruszenie art. 6 ust. 1 uokik,

[28] W rozporządzeniu 267/2010 użyto słowa „*compilation*", co można tłumaczyć jako „zestawianie" czy „opracowywanie zestawień". W rozporządzeniu 358/2003 użyto słowa „*establishment*" (co można tłumaczyć jako „tworzenie" bądź „opracowywanie").

[29] Tekst jedn. Dz.U. z 2010 r. Nr 11, poz. 66, z późn. zm.

[30] Pismo Polskiej Izby Ubezpieczeń dostępne jest pod adresem: www.uokik.gov.pl/download.php?plik=9620 (ostatni dostęp 4.04.2012 r.).

są zatem klauzule, które w zakresie omawianych porozumień identyfikują przedsiębiorców prowadzących działalność ubezpieczeniową lub podmioty stosunku ubezpieczenia. W § 7 rozp. ubezp. jako klauzule „czarne" ujęto też postanowienia, które zawierają wskazania dotyczące wysokości składek ubezpieczeniowych (postanowień takich zakazuje również rozporządzenie 267/2010).

Pozostałe klauzule „czarne" jedynie powielono z § 6 oraz § 9 rozporządzenia z 2007 r. (z niewielkimi zmianami) w § 7 pkt 3 lit. a-b rozp. ubezp. (klauzule zobowiązujące strony porozumienia lub przedsiębiorców powiązanych do: niekorzystania z tabel i zestawień lub wyników badań innych niż te, o których mowa w § 4 lub 5, spowodowania, że przedsiębiorcy niebędący stroną porozumienia nie będą korzystać z tabel, zestawień lub wyników badań innych niż te, o których mowa w § 4 lub 5).

Spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję – podobnie jak pod rządami rozporządzenia z 2007 r. – wyłączono porozumienia dotyczące wspólnego ubezpieczania od określonego rodzaju ryzyka przez grupy koasekuracyjne i koreasekuracyjne.

Po pierwsze, nowością w tym zakresie jest rozbudowanie definicji grupy koasekuracyjnej (§ 2 pkt 7 rozp. ubezp.) oraz grupy koreasekuracyjnej (§ 2 pkt 8 rozp. ubezp.) na wzór ich odpowiedników zawartych w unijnym rozporządzeniu nr 267/2010. W obu definicjach podkreślono, że grupami takimi są grupy tworzone przez przedsiębiorców prowadzących działalność ubezpieczeniową, zarówno działających bezpośrednio, jak i działających poprzez pośredników ubezpieczeniowych. Przy tym, w „słowniczku" zawartym w § 2 rozp. ubezp., zdefiniowano pośrednika ubezpieczeniowego jako przedsiębiorcę wykonującego pośrednictwo ubezpieczeniowe, o którym mowa w art. 2 ustawy z 22.05.2003 r. o pośrednictwie ubezpieczeniowym[31] (§ 4 pkt 4 rozp. ubezp.). Po drugie, z zakresu pojęcia grupy koasekuracyjnej i grupy koreasekuracyjnej wyłączono porozumienia – odpowiednio – koasekuracyjne i koreasekuracyjne zawierane doraźnie, na podstawie których określona część danego rodzaju ryzyka jest pokrywana przez ubezpieczyciela wiodącego, a pozostała część tego ryzyka jest pokrywana przez kolejnych ubezpieczycieli, których wzywa się do pokrycia pozostałej części ryzyka.

Usunięto przy tym pewne istotne ograniczenie z definicji grupy koreasekuracyjnej (§ 2 pkt 8 rozp. ubezp.). W świetle § 2 pkt 7 rozp. ubezp. z 2007 r. grupą koreasekuracyjną była jedynie grupa utworzona przez przedsiębiorców prowadzących działalność ubezpieczeniową, z pomocą jednego lub więcej zakładów reasekuracyjnych. Zatem, aby grupa utworzona przez przedsiębiorców prowadzących działalność ubezpieczeniową miała status grupy koreasekuracyjnej, w jej skład musiał wchodzić jeden lub więcej zakładów reasekuracyjnych. Co więcej, zakładając, że „zakład reasekuracyjny" oznaczał tu to samo co zakład reasekuracji w świetle ustawy o działalności ubezpieczeniowej, nie wystarczyło dla uzyskania przez grupę statusu grupy koreasekuracyjnej, że w jej skład wchodził zakład ubezpieczeń i reasekuracji (czyli zakład ubezpieczeń działający jako zakład ubezpieczeń i reasekuracji). W definicjach grupy koreasekuracyjnej zawartych w rozporządzeniu 267/2010, jak i w poprzedzającym je rozporządzeniu 358/2003, nie sformułowano bezwzględnego wymogu udziału zakładu reasekuracji w grupie. Użyto tam słowa „*possibly*", co w polskich wersjach językowych rozporządzeń przetłumaczono jako – odpowiednio – „ewentualnie" albo „o ile jest to możliwe". Konsekwentnie w rozporządzeniu z 2011 r. polski ustawodawca zastąpił wyrazy „z pomocą jednego lub więcej zakładów reasekuracyjnych" wyrazami „w tym również z udziałem jednego lub więcej zakładów reasekuracyjnych".

[31] Dz.U. Nr 124, poz. 1154, z późn. zm.

Nie wprowadzono natomiast w § 2 pkt 8 rozp. ubezp. zmian, których wprowadzenie w definicji grupy koreasekuracyjnej należało wziąć pod rozwagę. Po pierwsze, od definicji unijnej różni się analizowana definicja z § 2 pkt 8 rozp. ubezp. pod lit. b, skąd wynika, że grupa może być tworzona w celu okazjonalnego oferowania, w imieniu i na rachunek wszystkich uczestników reasekuracji, ochrony reasekuracyjnej tego samego rodzaju ryzyka. W rozporządzeniu 267/2010 (i poprzedzającym je rozporządzeniu 358/2003) mowa jest o przyjmowaniu („*accept*") reasekuracji, a nie jej oferowaniu. Zatem polska definicja grupy koreasekuracyjnej w pewnym sensie „odwraca" omawiany cel reasekuracji (w porównaniu z regulacją unijną), nakazując grupie składać oferty zawarcia umów reasekuracji, a nie – za regulacją unijną – przyjmować (akceptować) oferty zawarcia umów reasekuracji. Po drugie, pierwsza z obligatoryjnych aktywności grupy (wzajemna reasekuracja całości lub części własnych zobowiązań związanych z ubezpieczeniem od określonych rodzajów ryzyka) stanowi jej cel o charakterze stałym i głównym, podczas gdy druga stanowi aktywność podejmowaną przez grupę okazjonalnie, ubocznie (dorywczo). Jednak z uwagi na fakt, że w przepisie § 2 pkt 8 rozp. ubezp. nie zastosowano spójnika wskazującego na alternatywę (łączną albo rozłączną), celem grupy powinny być obie te aktywności i to w układzie wskazanym wyżej (aktywność główna i uboczna).

W przypadku grup koasekuracyjnych lub koreasekuracyjnych tworzonych wyłącznie w celu ubezpieczania od nowych rodzajów ryzyka, § 9 rozp. ubezp., podobnie jak poprzednio § 16 rozp. ubezp. z 2007 r., przewiduje stosowanie wyłączenia przez okres trzech lat, niezależnie od wielkości udziału grupy w rynku. Termin trzyletni obecnie jednak liczony będzie od dnia utworzenia grupy, podczas gdy pod rządami rozporządzenia z 2007 r. początkiem terminu trzyletniego była data (*verba legis*) „wejścia w życie rozporządzenia"[32].

Zakres powyższego wyłączenia uległ modyfikacji, gdyż zawarta w „słowniczku" definicja nowych rodzajów ryzyka (§ 2 pkt 9 rozp. ubezp.) została poszerzona o dodaną w niej, na zasadzie alternatywy, drugą grupę rodzajów ryzyka, które mają przymiot nowości jedynie w wyjątkowych przypadkach (lit. b). Są to ryzyka, których charakter – oceniany na podstawie obiektywnej analizy – uległ tak znaczącej zmianie, że nie jest możliwe określenie z góry maksymalnej wysokości sumy ubezpieczenia akceptowanej przez ubezpieczyciela w celu ubezpieczenia od danego rodzaju ryzyka przy spełnieniu minimalnych wymogów w zakresie wypłacalności.

Porozumienia dotyczące tworzenia i prowadzenia działalności przez grupy koasekuracyjne lub koreasekuracyjne, tworzone w celach innych niż wyłącznie w celu ubezpieczania od nowych rodzajów ryzyka, mogą korzystać z wyłączenia spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję pod warunkiem, że łączny udział w rynku przedsiębiorców będących stronami porozumienia i przedsiębiorców powiązanych stanowi:

1) nie więcej niż 20% w dowolnym rynku właściwym – w przypadku grup koasekuracyjnych;

2) nie więcej niż 25% w dowolnym rynku właściwym – w przypadku grup koreasekuracyjnych.

A zatem wskaźniki procentowe nie uległy zmianie. Natomiast zmianie uległ sposób obliczania udziału w rynku. Pod rządami rozporządzenia z 2007 r. należało obliczać udział w rynku właściwym na podstawie przychodów ze sprzedaży polis, z uwzględnieniem jedynie produktów ubezpieczeniowych, zakontraktowanych w ramach grupy przez przedsiębiorców będących stronami porozumienia i przedsiębiorców powiązanych z nimi lub przedsiębiorców działających w ich imieniu. Zatem obroty

[32] Mimo to za początek omawianego terminu trzyletniego uznano w literaturze datę powstania grupy koasekuracyjnej lub koreasekuracyjnej; tak R. Stankiewicz [w:] T. Skoczny, A. Jurkowska, D. Miąsik (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 520.

osiągnięte przez członków grupy poza tą grupą – na rynku właściwym – nie były uwzględniane, co było niezgodne zarówno z ogólnymi zasadami obliczania udziałów w rynku, jak i z zasadami stosowanymi w przypadku pozostałych sektorów (na potrzeby oceny kooperacji horyzontalnej). Sektor ubezpieczeniowy był więc traktowany w sposób preferencyjny[33]. W świetle § 10 ust. 2 rozp. ubezp. przy obliczaniu udziału przedsiębiorcy w rynku właściwym (dowolnym) uwzględnia się:

1) udział przedsiębiorcy w rynku w ramach grupy koasekuracyjnej lub koreasekuracyjnej, której dotyczy dane porozumienie;
2) udział przedsiębiorcy w rynku w ramach innej grupy koasekuracyjnej lub koreasekuracyjnej na tym samym rynku właściwym, na którym działalność prowadzi grupa, której dotyczy dane porozumienie, oraz
3) udział przedsiębiorcy w rynku poza wszelkimi grupami koasekuracyjnymi lub koreasekuracyjnymi działającymi na tym samym rynku właściwym, na którym działalność prowadzi grupa, której dotyczy dane porozumienie.

Skutkiem powyższej zmiany będzie w praktyce dużo szybsze niż dotychczas przekraczanie przez grupy progu udziału w rynku określonego rozporządzeniem.

Udział w rynku właściwym obliczany ma być na podstawie składki przypisanej brutto, przy czym dane te mają odnosić się do poprzedniego roku kalendarzowego, a nie roku podatkowego, jak wymagało tego rozporządzenie z 2007 r.

Wskaźniki udziału w rynku właściwym uległy zmianie w przepisach przewidujących czasowe utrzymanie wyłączenia w przypadku przekroczenia przez grupę koasekuracyjną poziomu udziału w rynku określonego w § 10 ust. 1 pkt 1 rozp. ubezp. Jeżeli udział w rynku właściwym grupy koasekuracyjnej początkowo nie przekracza 20%, ale następnie rośnie ponad ten próg, nie przekraczając jednak 25%, wyłączenie ma w dalszym ciągu zastosowanie przez okres dwóch kolejnych lat kalendarzowych następujących po upływie roku, w którym próg 20% został przekroczony po raz pierwszy. Z kolei gdy udział w rynku właściwym grupy koasekuracyjnej początkowo nie przekracza 20%, ale następnie przekracza 25%, wyłączenie określone w § 3 pkt 5 rozp. ubezp. ma w dalszym ciągu zastosowanie przez okres roku kalendarzowego następującego po upływie roku, w którym próg 25% został przekroczony po raz pierwszy.

Drugi z wymienionych progów (25%) w stosunku do progu z rozporządzenia z 2007 r. podniesiony został o 3% (z 22%). W analogicznym rozwiązaniu dotyczącym grup koreasekuracyjnych drugi z progów również podniesiono w stosunku do progu z rozporządzenia z 2007 r. o 3% (z 27% do 30%).

Na wzór regulacji unijnej wprowadzono też zmiany do klauzul „czarnych", wyliczonych w § 14 rozp. ubezp. (poprzednio § 21 rozp. ubezp. z 2007 r.). Po pierwsze, niedozwoloną klauzulą jest klauzula wyłączająca prawo wycofania się z grupy koasekuracyjnej lub koreasekuracyjnej, po złożeniu wypowiedzenia z odpowiednim wyprzedzeniem, bez narażenia się na jakiekolwiek sankcje. W poprzednim stanie prawnym każdy z uczestniczących w porozumieniu przedsiębiorców musiał mieć prawo wycofania się z grupy koasekuracyjnej lub grupy koreasekuracyjnej, z zachowaniem okresu wypowiedzenia nie dłuższego niż rok. Obecnie ustawodawca nie wskazuje już maksymalnej długości okresu wypowiedzenia. Po drugie, „czarna" klauzula zobowiązująca któregokolwiek z członków grupy

[33] Por. Dokument roboczy do sprawozdania Komisji WE dla Parlamentu Europejskiego i Rady z funkcjonowania rozporządzenia Komisji (WE) nr 358/2003 w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 traktatu do niektórych kategorii porozumień, decyzji i praktyk uzgodnionych w sektorze ubezpieczeniowym http://ec.europa.eu/competition/sectors/financial_services/insurance_ber_working_document.pdf (ostatni dostęp 4.04.2012 r.), s. 31.

do ubezpieczania lub reasekuracji za pośrednictwem grupy, w całości lub w części, od danego rodzaju pokrywanego przez nią ryzyka (klauzula *obligation d'apport*[34]) jest obecnie szerzej zakreślona, bowiem porozumienia nie mogą również ograniczać żadnemu członkowi grupy możliwości ubezpieczania lub reasekuracji w całości lub części poza grupą.

Dodać należy, że rozporządzenie z 2011 r. nie zawiera wymogu analogicznego do § 21 pkt 5 rozp. ubezp. z 2007 r., zgodnie z którym żaden z członków grupy lub przedsiębiorca wywierający decydujący wpływ na jej politykę handlową nie mógł być jednocześnie członkiem ani wywierać decydującego wpływu na politykę handlową innej grupy koasekuracyjnej lub koreasekuracyjnej, działającej na tym samym rynku właściwym.

Stosownie do § 15 rozp. ubezp. do porozumień zawartych przez przedsiębiorców prowadzących działalność ubezpieczeniową, podlegających wyłączeniu na podstawie rozporządzenia z 2007 r., niespełniających warunków wyłączenia określonych w rozporządzeniu z 2011 r., zastosowanie miały przepisy dotychczasowe, do czasu dostosowania tych porozumień do przepisów rozporządzenia z 2011 r., jednak nie dłużej niż do 31.03.2012 r. Rozporządzenie z 2011 r. ma obowiązywać do 31.03.2018 r.

[34] *Ibidem*, s. 34.

Tabele decyzji Prezesa UOKiK wydanych w okresie od 1.01. do 31.03.2012 r.

A. Decyzje w sprawach porozumień ograniczających konkurencję

Lp	Data, sygnatura	Strony postępowania	Sentencja decyzji	Podstawa prawna (uokik z 2007 r.)	Rynek właściwy
1.	2012.03.01 RLU-3/2012	1. AVK ARMADAN Sp. z o.o., 2. „NORMBUD", KANWA Sp. z o.o. , sp. k. 3. NEPTUN Sp. z o.o., 4. NTI Sp. z o.o., 5. Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe „HEFAR" Jolanta Głowacka, Piotr Głowacki Sp. Jawna, 6. RUREX Sp. z o.o., 7. SANIT Sp. z o.o., 8. TAKO Armatura Wodociągi Sp. z o.o.	1. Postanowienia łączących strony **umów dystrybucji** stanowiły porozumienie naruszające konkurencję. 2. **Decyzja zobowiązująca** do zastąpienia zakwestionowanych postanowień umownych tymi wskazanymi przez Prezesa UOKiK. 3. Odstąpienie od nałożenia kary	Art. 6 ust. 1 pkt. 1. Art.12 ust. 1 i 2. Art. 12 ust. 4.	Krajowy rynek hurtowego obrotu produktami wykorzystywanymi do budowy i remontów instalacji wodnych, gazowych oraz p.poż.
2.	2012.03.16 RWR 410-1/11/ZK	1. Stowarzyszenie „Radio Taxi Serce" w Dzierżoniowie 2. Stowarzyszenie Taksówkarzy Dzierżoniowskich „Radio Taxi Bis" 3. „Sudety" Zrzeszenie Taksówkarzy Ziemi Dzierżoniowskiej	1. Doszło do zawarciu przez strony antykonkurencyjnego porozumienia polegającego na **bezpośrednim ustaleniu jednolitych opłat** za przejazd taksówką, tj. opłaty początkowej, opłat za 1 km oraz opłaty za godzinę postoju. 2. Nałożenie kary pieniężnej na wszystkich uczestników porozumienia	Art. 6 ust. 1 pkt 1. Art. 106 ust. 1 pkt. 1.	Lokalny rynek usług przewozu osób taksówką na terenie Gminy Miejskiej Dzierżoniów.

B. Decyzje w sprawach nadużywania pozycji dominującej

Lp	Data, sygnatura	Strony postępowania	Sentencja decyzji	Podstawa prawna (uokik z 2007 r.)	Rynek właściwy
1.	2012.02.03 RLU-2/2012	Parafia Rzymskokatolicka pod wezwaniem Św. Jana Chrzciciela i Św. Szczepana Męczennika w Choroszczy	1. Doszło do nadużycia pozycji dominującej wskutek **zastrzeżenia** na rzecz zarządcy tego cmentarza **prawa wyłączności** na kopanie grobów, co przeciwdziała ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania i rozwoju konkurencji. 2. **Odstąpienie od wymierzenia kary** (z uwagi na wielkość przychodów osiąganych przez przedsiębiorcę)	Art. 9 ust. 1 i 2 pkt. 5.	Lokalny rynek usług cmentarnych wykonywanych na cmentarzu Parafii Rzymskokatolickiej p.w. Jana Chrzciciela i św. Szczepana Męczennika w Choroszczy.
2.	2012.03.16 RWR-8/2012	Gmina Rudna	1. Uprawdopodobnienie stosowania praktyk polegających na nadużyciu pozycji dominującej poprzez **narzucanie odbiorcom usług** zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków **uciążliwych warunków przyłączenia do sieci** wodociągowej i kanalizacyjnej, w wyniku których są oni zobowiązani do wykonania na własny koszt części robót. 2. Nakaz zaniechania stosowanej praktyki. 3. Nałożenie kary pieniężnej.	Art. 9 ust. 1 i 2 pkt 6. Art. 106 ust. 1 pkt 1.	Rynek zaopatrzenia w wodę i odprowadzania ścieków na terenie gminy Rudna.
3.	2012.03.30 RLU-4/2012	Gmina Końskowola	1. Doszło do nadużycia pozycji dominującej poprzez **narzucanie odbiorcom usługi** dostarczania wody i odprowadzania ścieków, **uciążliwych i przynoszących nieuzasadnione korzyści warunków umów.** 2. **Decyzja zobowiązująca** do zastąpienia zakwestionowanych postanowień umownych tymi uzgodnionymi z UOKiK, obowiązek złożenia sprawozdania o stopniu realizacji sprawozdania 3. Nałożenie kary pieniężnej	Art. 9 ust. 1 i 2 pkt 6. Art. 12 ust. 3.	Rynek produktowy usług zaopatrzenia w wodę i odprowadzania ścieków. Rynek geograficzny gminy Końskowola.

C. Decyzje w sprawach koncentracji

a. Zgody bezwarunkowe (odstąpienie od uzasadnienia na podstawie art. 107 par. 4 k.p.a. w zw. z art. 83 u.o.k.k.)

Lp	Data wydania. Nr decyzji.	Wnioskodawca	Rodzaj koncentracji, uczestnicy	Podstawa prawna	Branża wg PKD (m.in.)
1.	2012.01.13 DKK-2/2012	STADA Arzneimittel AG z siedzibą w Bad Vilbel (Niemcy),	**Nabycie** przez wnioskodawcę **części mienia** Grünenthal GmbH z siedzibą w Aachen (Niemcy) w postaci **części przedsiębiorstwa** Grünenthal GmbH, w zakresie określonym we wniosku	Art. 18 w zw. z art. 13 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 4	21.10 Produkcja podstawowych substancji farmaceutycznych 21.20 Produkcja leków i pozostałych wyrobów farmaceutycznych
2.	2012.01.18 DKK-3/2012	HB Reavis Group B.V. z siedzibą w Amsterdamie (Holandia) oraz Polskie Koleje Państwowe S.A. z siedzibą w Warszawie	**Utworzenie** przez wnioskodawców **wspólnego przedsiębiorcy** pod firmą West Station Investment Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w zakresie wskazanym we wniosku zgłoszeniowym	Art. 18 w zw. z art. 13 ust. 2 pkt 3	41.10 Realizacja projektów budowlanych 68.10 Kupno i sprzedaż nieruchomości na własny rachunek
3.	2012.01.19 DKK-4/2012	DELKO S.A. z siedzibą w Śremie	**Przejecie** przez wnioskodawcę **kontroli** nad Luberda Sp. z o.o. z siedzibą w Ostrowsku.	Art. 18 w zw. z art. 13 ust. 1 pkt 2 oraz ust. 2 pkt 2	Produkcja i sprzedaż detergentów, kosmetyków, detergentów, produktów farmaceutycznych
4.	2012.01.19 DKK-5/2012	Magna International Inc. z siedzibą w Aurora, Kanada	**Przejecie** przez wnioskodawcę **kontroli** nad: - BDW technologies GmbH z s. w Markt Schwaben, Niemcy; - BDW technologies Soest GmbH z s. w Soest, Niemcy; - BDW technologies Hungary Kft. z s. w Szekesfehervar, Węgry; - Nowoczesne Technologie Produkcji S.A. z s. w Kędzie-rzynie-Koźlu, Polska; - BDW Immobilien und Finanzierung GmbH z s. w Markt Schwaben, Niemcy; - BDW Immobilien Soest GmbH, z s. w Soest, Niemcy; - NTP Real Estate Sp. z o.o. z s. w Kędzie-rzynie-Koźlu, Polska	Art. 18 w zw. z art. 13 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 2	29.3 Produkcja części i akcesoriów do pojazdów silnikowych

5.	2012.02.07 DKK-9/2012	AB Facility a.s. z siedzibą w Pradze (Czechy)	**Przejęcie** przez wnioskodawcę **kontroli** nad Clar System S.A. z siedzibą w Poznaniu	Art. 18 w zw. z art. 13 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 2	80.20 Działalność ochroniarska w zakresie obsługi systemów bezpieczeństwa
6.	2012.02.27 DKK-10/2012	General Electric Company z siedzibą w Fairfield (USA) i FADEC International LLC z siedzibą w Johnson City (USA)	**Utworzenie** przez wnioskodawców **wspólnego przedsiębiorcy** z siedzibą na obszarze USA, na zasadach określonych we wniosku	Art. 18 w zw. z art. 13 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 3	30.99 Produkcja pozostałego sprzętu transportowego, gdzie indziej niesklasyfikowana
7.	2012.02.29 DKK-11/2012	Vienna Insurance Group AG Wiener Versicherung Gruppe z siedzibą w Wiedniu, Austria	**Przejęcie** przez wnioskodawcę **kontroli** nad Towarzystwem Ubezpieczeń na Życie „Polisa – Życie" S.A. z siedzibą w Warszawie.	Art. 18 w zw. z art. 13 ust. 1 pkt 1 oraz ust. 2 pkt 2	65.11 Ubezpieczenia na życie, 65.12 Pozostałe ubezpieczenia osobowe oraz ubezpieczenia majątkowe
8.	2012.02.29 DKK-12/2012	BP Europa SE z siedzibą w Hamburgu (Niemcy)	**Nabycie** przez BP Europa SE z siedzibą w Hamburgu (Niemcy) **części mienia** Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Handlowego KEW-K. Koźmińska Spółka Jawna z siedzibą w Łodzi	Art. 18 w zw. z art. 13 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 4	
9.	2012.03.02 DKK-13/2012	Talanx International AG z siedzibą w Hanowerze, Niemcy, oraz Meiji Yasuda Life Insurance Company z siedzibą w Tokio, Japonia	**Przejęcie** przez wnioskodawców **kontroli** nad Towarzystwem Ubezpieczeń Europa S.A. z siedzibą we Wrocławiu	Art. 18 w zw. z art. 13 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 2	65 Ubezpieczenia, reasekuracja oraz fundusze emerytalne, z wyłączeniem obowiązkowego ubezpieczenia społecznego
10.	2012.03.06 DKK-16/2012	Hines Global REIT Poland Logistics Holdings I LLC, z siedzibą w Wilmington (USA)	**Nabycie** przez wnioskodawcę **części mienia**: - Prologis Poland XXXIX Sp. z o.o. - Prologis Poland XCII Sp. z o.o. - Prologis Poland XXI Sp. z o.o. - Prologis Poland XXIX Sp. z o.o. wszystkie z siedzibą w Warszawie. **Przejęcie kontroli** nad Prologis Poland XCI Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie	Art. 18 w zw. z art. 13 ust. 1 pkt 1 oraz ust. 2 pkt 2 i 4	68.20 Wynajem i zarządzanie nieruchomościami własnymi lub dzierżawionymi

11.	2012.03.12 DKK-17/2012	Gemma Investments Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu,	**Przejęcie** przez wnioskodawcę **kontroli** nad Stokrotka Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie, Maro – Markety Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, Społem Tychy S.A. z siedzibą w Tychach	Art. 18 w zw. z art. 13 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 2	47.11 Sprzedaż detaliczna prowadzona w niewyspecjalizo -wanych sklepach z przewagą żywności, napojów i wyrobów tytoniowych
12.	2012.03.12 DKK-18/2012	Caliper Acquisition International S.à.r.l. z siedzibą w Luxemburgu,	**Przejęcie** przez wnioskodawcę **kontroli** nad Foundation Brakes Holding B.V. z siedzibą w Boxtel (Holandia).	Art. 18 w zw. z art. 13 ust. 1 pkt 1 oraz ust. 2 pkt 2	64.30 Działalność trustów, funduszów i podobnych instytucji finansowych, 29.32 Produkcja pozostałych części i akcesoriów do pojazdów silnikowych, z wyłączeniem motocykli
13.	2012.03.15 DKK-19/2012	Lakos Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku	**Przejęcie** przez wnioskodawcę **kontroli** nad PMB S.A. z siedzibą w Białymstoku.	Art. 18 w zw. z art. 13 ust. 1 pkt 2 oraz ust. 2 pkt 2	25.12 Produkcja metalowych elementów stolarki budowlanej, 10.12 Przetwarzanie i konserwowanie mięsa z drobiu, 10.13 Produkcja wyrobów z mięsa, włączając wyroby z mięsa drobiowego
14.	2012.03.15 DKK-20/2012	MIH Allegro B.V. z siedzibą w Amsterdamie, Holandia	**Przejęcie** przez wnioskodawcę **kontroli** nad Agito S.A. z siedziba w Warszawie.	Art. 18 w zw. z art. 13 ust. 1 pkt 1 i 2 oraz ust. 2 pkt 2	47.91 Sprzedaż detaliczna prowadzona przez domy sprzedaży wysyłkowej lub Internet, 58.11 Wyd. książek 58.13 Wyd. gazet, 58.14 Wyd. czaso-pism i pozostałych periodyków

b. Zgody bezwarunkowe (z uzasadnieniem; decyzje, w których Prezes UOKIK stwierdził wpływ koncentracji na rynek właściwy)

Lp	Data wydania. Nr decyzji.	Wnioskodawca. Rodzaj transakcji	Podstawa Prawna.	Rynki właściwe, na które koncentracja wywiera wpływ
1.	2012.01.12 DKK-1/2012	Giełda Papierów Wartościowych w Warszawie S.A. z siedzibą w Warszawie. **Zgoda na przejęcie** przez wnioskodawcę **kontroli** nad Towarową Giełdą Energii S.A. z siedzibą w Warszawie.	art. 18 w zw. z art. 13 ust. 1 pkt 2 oraz ust. 2 pkt 2 u.o.k.k.	Koncentracja wywiera wpływ: 1. w układzie horyzontalnym koncentracja **wywiera wpływ na krajowy rynek świadczenia usług ułatwiających obrót hurtowy energią elektryczną;** 2. występują rynki właściwe, na które koncentracja wywiera wpływ w układzie konglomeratowym; 3. nie zidentyfikowano żadnych rynków właściwych, na które koncentracja wywierałaby wpływ w układzie wertykalnym.
2.	2012.02.03 DKK-8/2012	Zespół Ciepłowni Przemysłowych Carbo-Energia Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej. **Zgoda na przejecie** przez wnioskodawcę **kontroli** nad Przedsiębiorstwem Energetyki Cieplnej Sp. z o.o. z siedziba w Rudzie Śląskiej	art. 18 w zw. z art. 13 ust. 1 pkt 2 i ust. 2 pkt 2 u.o.k.k.	Koncentracja: 1. nie wywiera wpływu na żaden rynek właściwy z uwagi na brak wspólnych rynków geograficznych, na których dochodziłoby do sumowania udziałów uczestników koncentracji; 2. koncentracja **wywiera wpływ na rynek przesyłu, dystrybucji i sprzedaży ciepła w Rudzie Śląskiej;** 3. występują rynki właściwe, na które **koncentracja wywiera wpływ w układzie konglomeratowym;** są to **lokalne rynki wytwarzania ciepła,** na których prowadzi działalność Kompania Węglowa S.A. i Nadwiślańska Spółka Energetyczna Sp. z o.o. w Brzeszczach
3.	2012.03.20 DKK-21/2012	Mleko sp. z o.o. z siedzibą w Lipsku. **Zgoda na przejęcie** przez wnioskodawcę **kontroli** nad Mleczarnią Gościno sp. z o.o. z siedzibą w Gościnie	art. 18 w zw. z art. 13 ust. 1 pkt 2 oraz ust. 2 pkt 2 u.o.k.k.	Koncentracja **wywiera wpływ:** 1. **w układzie horyzontalnym na:** a) lokalny rynek skupu mleka, obejmujący w. zachodniopomorskie b) lokalny rynek skupu mleka, obejmujący w. pomorskie. 2. Koncentracja nie wywiera wpływu na żaden rynek w układzie wertykalnym. 3. Koncentracja nie wywiera wpływu na żaden rynek w układzie konglomeratowym.

c. Zgody warunkowe

Data wydania. Nr decyzji. Wnioskodawca. Rodzaj transakcji Podstawa prawna	Rynki właściwe, na które koncentracja wywiera wpływ	Najważniejsze warunki:
2012.03.26 DKK-23/2012 Zakłady Farmaceutyczne Polpharma S.A. z siedzibą w Starogardzie Gdańskim **Zgoda warunkowa na przejęcie** przez wnioskodawcę **kontroli** nad Warszawskimi Zakładami Farmaceutycznymi Polfa S.A. z siedzibą w Warszawie art. 19 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 13 ust. 1 pkt 2 oraz ust. 2 pkt 2 u.o.k.k.	1. Koncentracja **wywiera wpływ w układzie horyzontalnym na** krajowy rynek wprowadzania do obrotu leków: a) z kategorii OTC w klasie B01C – leki antyagregacyjne; b) z kategorii Rx w klasie J01G – fluorochinolony; c) z kategorii Rx w klasie S01AA – leki stosowane w infekcjach oczu – antybiotyki; d) z kategorii Rx w klasie S01AB – leki stosowane w infekcjach oczu – sulfonamidy. 2. W układzie wertykalnym koncentracja nie wywiera wpływu na żaden rynek właściwy. 3. W układzie konglomeratowym organ wskazał na brak podstaw aby przypuszczać, iż wnioskodawca będzie wykorzystywać swoją pozycję na ww. rynkach do nieuczciwych działań w stosunku do konkurentów na innych rynkach	1. Trwałe i nieodwracalne wyzbycie się wszelkich praw do wybranych leków produkowanych przez wnioskodawcę lub Polfę Warszawa na rzecz niezależnego inwestora nienależącego do grupy kapitałowej, w ciągu 18 miesięcy od wydania decyzji. 2. Utrzymanie przez wnioskodawcę lub przedsiębiorców wchodzących w skład grupy kapitałowej udziałów rynkowych produktów objętych warunkiem na poziomie co najmniej 70% średniego udziału w rynku właściwym osiągniętego w okresie obejmującym lata 2010 i 2011. 3. Utrzymanie przez wnioskodawcę lub przedsiębiorców wchodzących w skład grupy kapitałowej relacji wydatków poniesionych na reklamę, promocje itp. odnośnie produktów objętych warunkiem na poziomie nie niższym niż w okresie 2010 i 2011. 4. Przekazanie nabywcy praw do leków wszelkich dokumentów technicznych i handlowych związanych z produkcją i wprowadzaniem do obrotu produktów leczniczych. 5. Obowiązki informacyjne wobec Prezesa UOKIK

Tabele orzeczeń SOKiK wydanych w okresie od 1.01. do 31.03.2012 r.

A. Orzeczenia w sprawach ochrony konkurencji

a. Orzeczenia bez uzasadnienia

Lp	Sygnatura Data wydania	Powód	Decyzja Prezesa UOKiK będąca przedmiotem odwołania. Przedmiot sprawy sądowej	Sentencja wyroku
1.	XVII AmA 7/10 2012.01.10	Cech Rzemiosł Motoryzacyjnych i Małych Przedsiębiorców w K.	Decyzja Prezesa z 2009.08.11 Nr RKR-.../09. Sprawa o **ochronę konkurencji**	1. Oddalenie odwołania. 2. Zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego.
2.	XVII AmA 144/11 2012.01.18	Wodociągi i Kanalizacja Sp. z o.o. w G.	Decyzja Prezesa z 2010.10.25 Nr RKT-../2010 **Sprawa o ochronę konkurencji oraz wymierzenie kary pieniężnej**	1. Oddalenie odwołania. 2. Zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego.
3.	XVII AmA 181/10 2012.01.18	Gmina Miejska K. w K.	Decyzja Prezesa z 2010.05.05 Nr RKR...2010 Sprawa o **ochronę konkurencji i konsumentów oraz nałożenie kary pieniężnej**	1. Zmiana zaskarżonej decyzji w pkt IV poprzez obniżenie wymierzonej kary pieniężnej. 2. Oddalenie odwołania w pozostałej części. 3. Oddalenie wniosku powoda o wstrzymanie wykonania decyzji. 4. Zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego.
4.	XVII AmA 128/11 2012.01.19	Spółdzielnia Mieszkaniowa w L.	Decyzja Prezesa z 2011.06.29 Nr RKR-../LP/9/11. Sprawa o **ochronę konkurencji i nałożenie kary pieniężnej**	1. Oddalenie odwołania. 2. Zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego
5.	XVII AmA 132/09 2012.01.26	M sp. j. W. M., E. M. i wspólnicy w R.; z udziałem uczestników.	Decyzja Prezesa z 2008.12.31 Nr RKT- .../2008. Sprawa o **ochronę konkurencji i nałożenie kary pieniężnej**	1. Oddalenie odwołania. 2. Zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego.
6.	XVII AmA 139/09 2012.02.03	„S ” C., Ś. sp.j. z siedzibą w O.; z udziałem uczestników.	Decyzja Prezesa z 2008.12.31 Nr RKT- ../2008. Sprawa o **ochronę konkurencji i nałożenie kary pieniężnej**	1. Oddalenie odwołania. 2. Zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego.
7.	XVII AmA 139/11 2012.02.16	M S.A. w G.	Decyzja Prezesa z 2011.07.29 Nr RGD -../11MLM. Sprawa o **nałożenie kary pieniężnej**	1. Oddalenie odwołania. 2. Zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego.
8.	XVII AmA 130/09 2012.03.20	„Z” Sp. z o. o. Z siedzibą w Z.; z udziałem uczestników.	Decyzja Prezesa z 2008.12.31 Nr RKT- ../2008. Sprawa o **ochronę konkurencji i nałożenie kary pieniężnej**	1. Oddalenie odwołania. 2. Zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego.

b. Orzeczenia z uzasadnieniem

Lp	Sygnatura. Data. Powód. Sentencja	Sentencja decyzji Prezesa UOKiK. Zarzuty powoda.	Uzasadnienie wyroku SOKiK
1.	XVII AmA 171/11. 2012.02.22. Decyzja Prezesa z 2011.05.31 Nr RLU/.//EW. 1. Oddalenie odwołania 2. Zasądzenie kosztów postępowania	Prezes: 1. Na podst. art. 10 u.o.k.k. uznał za nadużywanie pozycji dominującej na lokalnym rynku zarządzania infrastrukturą wodociągową i kanalizacyjną na terenie Miasta B. i Gminy W. praktykę przedsiębiorcy Wodociągi Sp. z o.o. z siedzibą w B. polegającą na narzuceniu wnioskodawcom, obowiązku budowy przyłączy wodociągowych z zastosowaniem armatury konkretnie wskazanych firm 2. Na pod. art. 106 ust.1 pkt 1 u.o.k.k. nałożył karę pieniężną	Sąd zważył co następuje: 1. Powód posiadając moc decyzyjną co do wydawania technicznych warunków przyłączenia jako zarządzający infrastrukturą wodociągową i kanalizacyjną **nadużywa swej pozycji dominującej wymuszając pewne zachowania na rynku współzależnym, tj. na rynku wykonawców przyłączy do sieci wodociągowo-kanalizacyjnej**, przeciwdziała ukształtowaniu się warunków niezbędnych do rozwoju swobodnej konkurencji. 2. Sąd stwierdził, iż **co do zasady zakaz nadużywania pozycji dominującej w rozumieniu art. 9 u.o.k.k. jest bezwzględny** (…) **w pewnych wypadkach, m.in. gdy wynikiem działania przedsiębiorcy są korzyści odczuwalne dla konsumentów, można uznać umotywowanie jego działań**. W niniejszej sprawie (…) powód nie wykazał istnienia obiektywnego uzasadnienia zarzucanej praktyki. 3. Wymiar kary uwzględnia dyrektywy wymiaru kary określone w art. 111 u.o.k.k.
2.	XVII AmA 180/10. 2012.03.30. L. w W. Decyzja Prezesa z 2009.10.15 1. Oddalenie odwołania	Prezes: 1. Nie stwierdził nadużywania przez L. w W. pozycji dominującej na lokalnym rynku udostępniania terminali lotniczych na terenie L. 2. Umorzył postępowanie w sprawie podejrzenia naruszenia przez L. w W. art. 82 lit c (TWE) polegającego na stosowaniu wobec partnerów handlowych nierównych warunków dostępu do świadczeń równoważnych. Powód zarzucił m.in.: 1. Naruszenie przepisów postępowania poprzez obrazę art. 7, 77 i 80 kpa w wyniku niedostatecznego wyjaśnienia stanu faktycznego sprawy i sprzeczność przyjętych ustaleń z treścią materiału dowodowego	Sąd zważył co następuje: 1. Wprowadzone przez pozwanego **zróżnicowanie nie dotyczyło** kategorii **przedsiębiorców** tylko oparte zostało na kategorii operacji lotniczych wykonywanych z Terminalu E. Przedstawiony **podział słusznie został uznany przez Prezesa za obiektywny i niedyskryminujący**, gdyż odnoszący się do wszystkich przewoźników, a nie tylko do rejsów powoda. 2. Za uzasadnione uznał umorzenie postępowania w zakresie zarzutu naruszenia art. 82 lit. c TWE, (…)dostęp do Terminala E. nie był dostępem do urządzenia kluczowego (jego zamiennikiem był Terminal A). 3. **Nie doszło do obrazy przepisów prawa postępowania administracyjnego mającej wpływ na wynik postępowania.** Stan faktyczny sprawy ustalony przez Sąd (…) pokrywał się ze stanem faktycznym stanowiącym podstawę wydania zaskarżonej decyzji, (…) **ewentualne uchybienia w tym zakresie nie są przedmiotem postępowania sądowego.** SOKiK dokonuje bowiem własnych ustaleń i rozważa całokształt zgromadzonego materiału dowodowego.

B. Orzeczenia w sprawach z zakresu telekomunikacji

a. Orzeczenie bez uzasadnienia

Lp.	Sygnatura. Data wydania.	Powód	Decyzja Prezesa UKE będąca przedmiotem odwołania. Przedmiot sprawy sądowej	Sentencja wyroku
1.	XVII AmT 39/10. 2012.01.11	T. SA z siedzibą w O.	Sprawa o **nałożenie kary pieniężnej**	1. Oddalenie odwołania. 2. Zasądzenie zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.
2.	XVII AmT 59/10. 2012.01.12	T. S.A. z/s w W.	Decyzja Prezesa z 2007.03.21, Nr ORZ-WE-.. Sprawa o nałożenie kary pieniężnej	1. Uchylenie zaskarżonej decyzji. 2. Zasądzenie zwrotu kosztów procesu.
3.	XVII AmT 235/09. 2012.01.24	P. Sp. z o.o. z siedzibą w W.; z udziałem zainteresowanego	Decyzja Prezesa z 2009.10.12, Nr DHRT-WWM. Sprawa o **ustalenie warunków dostępu**	1. Uchylenie zaskarżonej decyzji. 2. Zasądzenie zwrotu kosztów procesu.
4.	XVII AmT 14/10. 2012.03.16	N. S.A. w W.	Decyzja Prezesa z 2009.02.24, Nr DKE-WPP-... Sprawa **o nałożenie kary pieniężnej**	1. Uchylenie zaskarżonej decyzji. 2. Zasądzenie zwrotu kosztów procesu.

b. Orzeczenia z uzasadnieniem

Lp.	Sygnatura. Data Powód. Sentencja	Sentencja decyzji Prezesa UKE Zarzuty powoda.	Uzasadnienie wyroku SOKiK
1.	XVII AmT 230/09. 2012.03.15 P. w W.; z udziałem zainteresowanego T. w W. Decyzja Prezesa z 2009.05.07 1. Oddalenie odwołania. 2. Zasądzenie zwrotu kosztów procesu.	Prezes: 1. W drodze decyzji ustalił warunki współpracy oraz zasady rozliczeń za usługi dostępu użytkowników sieci P do usług sieci inteligentnej realizowanej za pośrednictwem sieci T Powód zarzucił m.in. 1. Wydanie decyzji bez uprzedniej analizy rynku właściwego oraz prze-prowadzenia postępowa-nia konsolidacyjnego	Sąd zważył co następuje: 1. Oś sporu pomiędzy stronami stanowi art.79 Pt 2. Dla wydania decyzji nie było konieczne badanie czy strona posiada znaczącą pozycję rynkową 3. Ciężar dowodu w zakresie braku przeprowadzenia postępowania konsolida-cyjnego spoczywa na powodzie (zgodnie z art.6 k.c..) w postępowaniu nie wykazał on jednak, że istnieją obiektywne czynniki pozwalające przewidywać, że decyzja może mieć wpływ na wymianę handlową między członkami UE

C. Orzeczenia w sprawach z zakresu energetyki

a. Orzeczenie bez uzasadnienia

Lp.	Sygnatura. Data wydania.	Powód	Decyzja Prezesa URE będąca przedmiotem odwołania. Przedmiot sprawy sądowej	Sentencja wyroku
1.	XVII AmE 57/10. 2012.01.04	„O ” Sp. z o.o. w B.	Decyzja Prezesa z 2009.12.31, Nr DPE-.../ASZ. Sprawa o nałożenie kary pieniężnej.	1. Oddalenie odwołania.
2.	XVII AmE 26/10 2012.01.09	„A ” Sp. z o.o. z siedzibą w T.	Decyzja Prezesa z 2009.12.9. Nr DPE-.../ZP. Sprawa o nałożenie kary pieniężnej	1. Oddalenie odwołania.
3.	XVII AmE 98/10 2012.01.09	Mariusz G. (z udziałem zainteresowanego „E” S.A. z siedzibą w G)	Decyzji Prezesa z 2010.04.19 Nr OPO-.../MT. Sprawa o zawarcie umowy o przyłączenie do sieci elektroenergetycznej	1. Oddalenie odwołania. 2. Zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego.
4.	XVII AmE 182/10 2012.01.10	Wacław M. prow. działalność gospod. pod nazwą G z siedzibą w G.	Decyzja Prezesa z 2010.08.20 Nr DPE-.../MZB. Sprawa o nałożenie kary pieniężnej	1. Oddalenie odwołania. 2. Zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego.
5.	XVII AmE 100/10 2012.01.16	Fabryka „F ” S.A. z siedzibą w C	Decyzja Prezesa z 2009.12.29 Nr DPE-.../MST. Sprawa o nałożenie kary pieniężnej	1. Oddalenie odwołania.
6.	XVII AmE 111/10 2012.01.16	Ryszard T.	Decyzja Prezesa z 2010.04.15 Nr DPE-.../MJ. Sprawa o odmowę wznowienia postępowania administracyjnego	1. Oddalenie odwołania. 2. Zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego.
7.	XVII AmE 132/10 2012.01.23	„T.” S.A. z siedzibą w K.	Decyzja Prezesa z 2010.01.15 Nr OWA-../ŁW. Sprawa o odmowę wszczęcia postępowania w sprawie stwierdzenia nieważności decyzji	1. Oddalenie odwołania. 2. Zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego.
8.	XVII AmE 131/10 2012.01.23	„T.” S.A. z siedzibą w K.	Decyzja Prezesa z 2010.01.15 Nr OWA.../ŁW. Sprawa o odmowę wszczęcia postępowania w sprawie stwierdzenia nieważności decyzji	1. Oddalenie odwołania. 2. Zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego.
9.	XVII AmE 64/10 2012.01.25	S. Sp. z o.o. z siedzibą w G.	Decyzja Prezesa z 2010.02.12 Nr DPE-.../MM. Sprawa o udzielenie koncesji na obrót paliwami ciekłymi	1. Oddalenie odwołania.
10.	XVII AmE 23/10 2012.02.03	Kazimierz M prow. działalność gospod.	Decyzja Prezesa z 2009.12.30 Nr DPE.../MAM. Sprawa o nałożenie kary pieniężnej	1. Oddalenie odwołania. 2. Zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego.
11.	XVII AmE 74/10 2012.02.07	P. Sp. z o.o z siedzibą w S.	Decyzja Prezesa z 2010.02.19., Nr OGD-.../DS. Sprawa o udzielenie koncesji na obrót paliwami ciekłymi	1.Oddalenie odwołania.
12.	XVII AmE 170/10 2012.02.07	R. S. A. z siedzibą w W. przy udziale zainteresowanych	Decyzja Prezesa z 2010.06.7 Nr OWA- /JG. Sprawa o wstrzymanie dostaw energii elektrycznej	1.Oddalenie odwołania.

13.	XVII AmE 171/10 2012.02.07	R. Operator Sp. z o. o. z siedzibą w W. przy udziale zainteresowanych	Decyzja Prezesa z 2010.06.07 Nr OWA-../JG o wstrzymanie dostaw energii elektrycznej	1.Oddalenie odwołania.
14.	XVII AmE 148/11 2012.02.10	Dariusz K., Alicja K. sp.j. w S.	Decyzja Prezesa z 2010.07.30 Nr DPE/.../ZP. Sprawa o nałożenie kary pieniężnej	1.Oddalenie odwołania.
15.	XVII AmE 25/10 2012.02.14	Przemysław M. i Ewa M.	Decyzja Prezesa z 2009.12.11 Nr DPE-.../ZP. Sprawa o nałożenie kary pieniężnej	1. Uchylenie decyzji wobec Ewy M. w całości; 2. Zmiana decyzji w pkt. 2; obniżenie kary pieniężnej wobec Przemysława M. 3. Zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego
16.	XVII AmE 121/10 2012.02.22	A. Sp. z o.o. z siedzibą w T.	Decyzja Prezesa z 2010.05.26 Nr DPE-.../ZP. Sprawa o nałożenie kary pieniężnej	1. Oddalenie odwołania.
17.	XVII AmE 110/10 2012.02.24	Elektrownia S.A. w C.	Decyzja Prezesa z 2009.12.31 Nr DPE-.../MST Sprawa o nałożenie kary pieniężnej	1. Oddalenie odwołania.
18.	XVII AmE 162/09 2012.02.27	O. sp.z o.o. w Ł.	Decyzja Prezesa z 2009.08.05 Nr OWA- -../EB.	1. Oddalenie odwołania. 2. Zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego.
19.	XVII AmE 135/10 2012.02.27	Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe Sp. z o.o. z siedzibą w B.	Decyzja Prezesa z 2010.06.24. Nr OGD- 2010/KS. Sprawa o nałożenie kary pieniężnej	1. Oddalenie odwołania.
20.	XVII AmE 105/10 2012.03.05	Mariusz W. i Rafał P.	Decyzja Prezesa z 2010 .04.26 Nr OWA-.../EB Sprawa o naruszenie warunków koncesji i nałożenie kary pieniężnej	1. Zmiana zaskarżonej decyzji w ten sposób, że: a) w pkt 1 skreśla zdanie od słów „wprowadzali do obrotu paliwo ciekłe" do słów „wymagań jakościowych dla paliw ciekłych b) w pkt 2 obniża karę pieniężną 2. Zasądzenie kosztów procesu oraz kosztów zastępstwa procesowego
21.	XVII AmE 104/10 2012.03.06	E. S.A. z siedzibą w P.	Decyzja Prezesa z 2009.12.28 Nr DPE-.../MOS. Sprawa o nałożenie kary pieniężnej	1. Oddalenie odwołania. 2. Zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego.
22.	XVII AmE 78/10 2012.03.09	„Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe Dariusz B., Dorota B." sp. j. z siedzibą w S.	Decyzja Prezesa z 2009.12.31 Nr DPE–.../JP. Sprawa o nałożenie kary pieniężnej	1. Zmiana decyzji w pkt. 2, obniżenie kary pieniężnej 2. Oddalenie odwołania w pozostałej części 3. Zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego.
23.	XVII AmE 40/10. 2012.03.13	Fabryka Papieru Sp. z o. o. z siedzibą w M.	Decyzja Prezesa z 2009.11.19 Nr OKA 2009. Sprawa o udzielenie koncesji na wytwarzanie ciepła	1. Oddalenie odwołania. 2. Zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego.

24.	XVII AmE 41/10. 2012.03.13	Fabryka Papieru Sp. z o. o. z siedzibą w M.	Decyzja Prezesa z 2009 .11.19 Nr OKA..2009. Sprawa o udzielenie koncesji na dystrybucję ciepła	1. Oddalenie odwołania. 2. Zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego.
25.	XVII AmE 110/10. 2012.02.24	Elektrownia S.A. w C.	Decyzja Prezesa z 2009.12.31 Nr DPE /MST. Sprawa o nałożenie kary pieniężnej	1. Oddalenie odwołania.
26.	XVII AmE 6/11. 2012.03.13.	Zakłady Farmaceutyczne S.A. w M.	Decyzja Prezesa 2010.10.27 Nr DPE-.../MOD. Sprawa o nałożenie kary pieniężnej	1. Oddalenie odwołania. 2. Oddalenie wniosku o wstrzymanie wykonania decyzji.
27.	XVII AmE 119/10. 2012.03.27	Energetyka S.A. z siedzibą w O. z udziałem zainteresowanego.	Decyzja Prezesa z 2010.04.15 Nr OWR-.../SS. Sprawa o wstrzymanie dostaw energii elektrycznej	1. Oddalenie odwołania. 2. Zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego.
28.	XVII AmE 190/10. 2012.03.29	Krzysztof I. prow. działalność gospod. pod nazwą „J" Handel i Usługi z siedzibą w P.	Decyzja Prezesa z 2010.09.17 Nr OSZ-.../BK. Sprawa o nałożenie kary pieniężnej	1. Oddalenie odwołania.

b. Orzeczenia z uzasadnieniem

Lp	**Sygnatura. Data Powód. Zaskarżona decyzja. Sentencja.**	**Sentencja decyzji Prezesa URE Zarzuty powoda.**	**Uzasadnienie wyroku SOKiK**
1.	XVII AmE 99/10 2012.03.09 Zakłady Usługowo- Produkcyjne „D" sp.z.o.o. W. Decyzja Prezesa z 2009.12.31 Nr DPE-.../MOS. 1. Uchylenie zaskarżonej decyzji w pkt. 2.	Prezes stwierdził, iż: 1. Przedsiębiorca nie wywiązał się z określonego w art. 9a ust. 8 ustawy- Pe (w brzmieniu obowiązującym do dnia 30.06.2007r.) obowiązku zakupu oferowanej energii elektrycznej wytworzonej w skojarzeniu z wytwarzaniem ciepła w przyłączonych do sieci źródłach energii znajdujących się na terytorium RP. 2. Za działanie opisane w pkt 1 Prezes URE wymierzył przedsiębiorcy karę pieniężną 3. W uzasadnieniu decyzji Prezes wskazał na treść art. 56 ust. 1 pkt 1a ustawy – Pe	Sąd zważył co następuje: 1. Odwołanie zasługuje na uwzględnienie, ale z powodów rażącego naruszenia prawa przez Prezesa w postaci nałożenia na przedsiębiorcę kary pieniężnej bez podstawy prawnej. 2. Brak było podstaw do zastosowania art. 56 ust. 1 pkt 1a Pe w brzmieniu obowiązującym do dnia 30.06.2007r. (…) **niewykonanie obowiązku zakupu oferowanej energii elektrycznej,** (…) **przestało być zagro**żone karą pieniężną z dniem 24.02.**2007r**. 3. **Do kar nakładanych na podstawie Pe, winno się stosować** *per analogium* **zasady intertemporalne stosowane w prawie karnym.**

2.	XVII AmE 108/10. 2012.03.09 E. z siedzibą w W. Decyzja Prezesa z 2009.11.16 1. Obniżenie kary pieniężnej 2. Oddalenie w pozostałym zakresie. 3. Orzeczenie o kosztach	Prezes stwierdził, iż: 1. Przedsiębiorca nie wywiązał się z określonego w art. 9a ust. 8 ustawy Pe (w brzmieniu obowiązującym do dnia 30.06.2007r.) obowiązku uzyskania i przedstawienia do umorzenia świadectw pochodzenia z kogeneracji 2. Za ww. działanie Prezes wymierzył przedsiębiorcy karę pieniężną	Sąd zważył co następuje: 1. Niewątpliwe jest, że powodowe przedsiębiorstwo nie wywiązało się z określonego obowiązku uzyskania i przedstawienia do umorzenia świadectw pochodzenia, w konsekwencji zaistniały przesłanki do nałożenia kary 2. Odpowiedzialność przewidziana w ustawie ma charakter obiektywny, nie zależy od takich elementów jak wina 3. Okoliczności w jakich doszło do uchybienia uzasadniają obniżenie kary
3.	XVII AmE 170/11. 2012.03.12. G. w G. Decyzja Prezesa z 2009.08.20. 1. Uchylenie zaskarżonej decyzji. 2. Zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego	Prezes: 1. Odmówił zmiany decyzji z dnia 12.03.2009 w zakresie zmiany wysokości stawek opłat za usługi przesyłowe zawartych w taryfie dla ciepła	Sąd zważył co następuje: 1. Pozwany nie wykazał, że powód kiedy składał wniosek o zatwierdzenie taryfy miał przesłanki do uwzględnienia podwyżki 2. **Z treści rozporządzenia** MG z dnia 9.10.2006 **nie wynika aby dokonanie analizy i oceny zmian taryfy było obowiązkiem wnioskodawcy.** Powód złożył dokumenty w pełni umożliwiające pozwanemu taką analizę
4.	XVII AmE 168/09. 2012.03.16. K. z siedzibą w K. Decyzja Prezesa z 2009.08.03 1. Oddalenie odwołania	Prezes stwierdził, iż: 1. Przedsiębiorca naruszył warunek 2.2.1. koncesji w ten sposób, że wprowadził do obrotu, olej napędowy oraz benzynę bezołowiową nie spełniający wymagań jakościowych określonych w rozporządzeniu MG z 09.12.2008r. 2. Prezes wymierzył karę pieniężną	Sąd zważył co następuje: 1. Zgodnie z art. 56 ust. 1 pkt 12 ustawy – Pe karze pieniężnej podlega ten, kto nie przestrzega obowiązków wynikających z koncesji. 2. Zasadnie Prezes uznał, iż zarówno stopień zawinienia jak i stopień szkodli-wości czynu powoda są wysokie. Uzasadnia to przyjęcie winy w postaci co najmniej rażącego niedbalstwa.
5.	Sygn. akt XVII AmE 112/11 2012.03.20 Z. S.A. z siedzibą w K. Decyzja Prezesa z 2011.05.06, nr OWR-…/MK 1. Oddalenie odwołania	Prezes: 1. Odmówił zatwierdzenia przedstawionej taryfy dla ciepła. (…)wnioskodawca opracował taryfę niezgodnie z zasadami z art. 45 ust 1 pkt 1 i 3 Pe(…) zaplanowane koszty w pozycji usługi remontowe i koszty ogólnozakładowe nie mogą zostać uznane za uzasadnione zaś ceny i stawki nie zapewniają ochrony interesów odbiorców	Sąd zważył, co następuje: 1. Uznał za trafną, dokonaną przez Prezesa ocenę, że przedstawiony przez powoda **sposób kalkulacji taryfy** z uwzględnieniem kosztów produkcji ciepła na potrzeby własne **powoduje subsydiowanie podstawowej działalności powoda, jaką jest produkcja nawozów sztucznych**, z działalności związanej z dostarczaniem ciepła dla odbiorców 2. Wniosek o zatwierdzenie IX taryfy zawierał koszty remontów, które już w poprzednio zatwierdzonej taryfie dla ciepła zostały uwzględnione w kalkulacji cen i stawek opłat.

6.	XVII AmE 147/10. 2012.03.29 Maria L. Decyzja Prezesa z 2010.07.08 1. Oddalenie odwołania	Prezes: 1. Zmienił decyzję w sprawie udzielenia koncesji na prowadzenie działalności gospodarczej polegającej na obrocie paliwami ciekłymi	Sąd zważył, co następuje: 1. W sprawie ustalono, że warunki prowadzenia działalności koncesjono-wanej na stacji paliw w S nie odpowia-dają wymogom przewidzianym prawem. Prezes był zatem uprawniony do cofnięcia albo zmiany zakresu udzielonej koncesji.
7.	XVII AmE 187/10. 2012.03.29. „ P. ” z siedzibą w G. Decyzja Prezesa z 2010.09.09. 1. Oddalenie odwołania	Prezes stwierdził, iż: 1. Przedsiębiorca naruszył warunek 2.2.1. koncesji, w ten sposób, iż wprowadził do obrotu, olej napędowy nie spełniający wymagań jakościowych określonych w rozporządzeniu MG z 09.12.2008r 2. Prezes wymierzył karę pieniężną	Sąd zważył co następuje: 1. Naruszenie jednego z warunków koncesji jest wystarczającą przesłanką do zastosowania przepisów art. 56 ust. 1 pkt 12 ustawy – Pe i wymierzenia kary. 2. **To na powodzie jako profesjona-liście ciążył obowiązek stworzenia takiej organizacji obrotu, aby wyklu-czyć możliwość wprowadzenia do sprzedaży paliwa o jakości nie odpowiadającej normom określonym w rozporządzeniu.** 3. Prezes nałożył karę pieniężną za naruszenie obowiązku koncesyjnego, a nie za ilość wprowadzanego do obrotu paliwa o nieodpowiedniej jakości.

Nadużywanie pozycji dominującej – antykonkurencyjne wykluczenie konkurentów z rynku współzależnego. Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 22 lutego 2012 r. XVII AmA 171/11

1. **Praktykę wykluczającą stanowi zachowanie przedsiębiorcy posiadającego pozycję dominującą, która może skutkować zamknięciem rynku albo całkowicie lub częściowo wykluczyć ekspansję działalności (zwiększenie podaży) przedsiębiorców już działających na danym rynku lub też wykluczyć wejście na ten rynek przez innych przedsiębiorców (tj. tych, którzy jeszcze nie prowadzą na nim działalności), która to praktyka jest zarazem szczególnie szkodliwa dla konsumentów. Praktyka wykluczająca ma zatem skutek antykonkurencyjny, jako że uniemożliwia lub utrudnia rozwój istniejącej lub potencjalnej konkurencji na danym rynku.**
2. **Zakreślenie przez powoda (dominanta) kręgu producentów armatury, jakiej wnioskodawca ubiegający się o przyłączenie do sieci ma użyć do budowy przyłącza uniemożliwia temu drugiemu dokonanie swobodnego wyboru elementów budowy przyłącza spośród ofert wielu firm znajdujących się na rynku, natomiast producentom armatury będącym konkurentami wybranych przez dominanta (Wodociągi sp. z o.o.) trzech firm uniemożliwia konkurowanie na określonym w niniejszej sprawie rynku z wyrobami tych firm.**
3. **Powód posiadając moc decyzyjną co do wydawania technicznych warunków przyłączenia (jak również co do odbioru wykonanego przyłącza) jako zarządzający infrastrukturą wodociągową i kanalizacyjną nadużywa swej pozycji dominującej wymuszając pewne zachowania na rynku współzależnym, tj. na rynku wykonawców przyłączy do sieci wodociągowo-kanalizacyjnej, przeciwdziała ukształtowaniu się warunków niezbędnych do rozwoju swobodnej konkurencji, gdyż uprzywilejowuje przedsiębiorców używających do przyłączy określonego przez powoda rodzaju armatury, a pośrednio także przedsiębiorców produkujących tę armaturę.**

Na podstawie decyzji z dnia 31 maja 2011 r. Prezes UOKiK za przejaw nadużywania przez Wodociągi Sp. z o.o. pozycji dominującej na lokalnym rynku zarządzania infrastrukturą wodociągową i kanalizacyjną na terenie Miasta B. oraz Gminy uznał praktykę tego przedsiębiorcy polegającą na narzuceniu wnioskodawcom, na rzecz których wydawane są techniczne warunki przyłączenia do sieci wodociągowej i kanalizacyjnej obowiązku budowy przyłączy wodociągowych z zastosowaniem jedynie armatury wyprodukowanej przez określone trzy firmy. Zdaniem Prezesa UOKiK takie praktyki przeciwdziałają ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania i rozwoju konkurencji na lokalnym rynku wykonywania przyłączy wodociągowych (rynek współzależny), stanowiąc naruszenie art. 9 ust. 2 pkt 5.u.o.k.k.

SOKiK podzielił stanowisko Prezesa UOKiK, oddalając odwołanie wniesione przez Wodociągi Sp. z o.o. Kwestionowane przez dominanta zachowanie należy zaliczyć do tzw. „wykluczenia lewarującego". Praktyka ta polega na wykorzystaniu znaczącej siły dominanta (w danej sprawie mającej w istocie charakter monopolu prawnego w postaci – jak to określił sąd – „mocy decyzyjnej co do wydawania technicznych warunków przyłączenia") jaką dominant posiada na jednym rynku (zdominowanym) w sposób, który ogranicza konkurencję na innym – powiązanym z tym pierwszym oraz niezdominowanym – rynku (rynku współzależnym). W dotychczasowym orzecznictwie antymonopolowym oraz decyzjach Prezesa UOKiK praktyki lewarujące stosunkowo często były przedmiotem oceny – zazwyczaj będąc potraktowane jako przejaw nadużycia wykluczającego (art. 9 ust. 2 pkt 5 u.o.k.k.). Omawianym wyrokiem SOKiK potwierdza tę ukształtowaną linię orzeczniczą, zauważając, że oceniane zachowanie dominanta narusza konkurencję, co może dotyczyć stanu konkurencji zarówno na rynku zdominowanym, ale także – w czym zazwyczaj jawi się istota lewarowania – na rynku niezdominowanym.

Praktyka Wodociągów Sp. z o.o. zaliczona została przez sąd do poważnych naruszeń prawa antymonopolowego, gdyż prowadzi do istotnego ograniczenia konkurencji. Podkreślił jej szczególnie dolegliwy charakter dla wykonawców przyłączy (ograniczenie ich w wyborze armatury), jak i konkurentów (brak możliwości merytorycznej konfrontacji ich oferty z ofertą trzech producentów wskazanych przez Wodociągi). Zdaniem SOKiK wyklucza to zasadność traktowania tej praktyki jako „bagatelnej", gdyż „jej charakter jest wysoce uciążliwy i szkodliwy dla uczestników rynku" kolidujący z interesem publicznym, którego ochronie służyć ma ustawa antymonopolowa.

W omawianym wyroku SOKiK w sposób generalny określił co należy rozumieć pod pojęciem „praktyki wykluczającej" (patrz teza nr 1). Wprawdzie samo konstruowanie takich koncepcji generalnych tego pojęcia nie stanowi *novum* w polskiej judykaturze – jak dotąd będąc zazwyczaj domeną wyroków Sądu Najwyższego (zob. zwłaszcza wyrok SN z dnia 19 sierpnia 2009 r., III SK 5/09, OSNP 2011, nr 9–10, poz. 144, a także wyrok SN z dnia 13 maja 2008 r., III SK 30/07, OSNP 2009, nr 15–16, poz. 216). Jednakże powołane orzeczenia SN – w odróżnieniu od omawianego wyroku SOKiK – nie odwołują się do szkody konsumenta jako głównego warunku (względnie jednego z warunków) uznania wykluczenia konkurenta za antykonkurencyjne. SOKiK zdaje się wywodzić „skutek antykonkurencyjny" praktyki z faktu, iż jest ona „szczególnie szkodliwa dla konsumentów". Taka konstrukcja jest bliska podejściu („bardziej ekonomicznemu") jakie przyjęła Komisja Europejska w swychwytycznych (z grudnia 2008 r.) dotyczących nadużyć o charakterze zachowania wykluczającego (*Abusive Exclusionary Conduct*) dominantów, deklarując, iż w ramach egzekwowania (obecnego) art. 102 TFUE koncentrować się będzie na tych praktykach wykluczających stosowanych przez dominantów, które są „najbardziej szkodliwe dla konsumentów (*most harmful to consumers*).

Konrad Kohutek
Wydział Prawa i Administracji
Krakowskiej Akademii im. A. Frycza-Modzewskiego

Nadużywanie pozycji dominującej – obiektywne uzasadnienie praktyk dominanta. Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 30 marca 2012 r. XVII AmA 180/10

1. **Samo ograniczenie przez dominanta rynkowego swobody działania innego przedsiębiorcy nie wystarcza do przyjęcia, że w ten sposób doszło do nadużycia posiadanej siły rynkowej co uzasadniałoby uruchomienie zakazów (sankcji) z ustawy okik.**
2. **Powód nie wziął pod uwagę powodów wprowadzonego przez dominanta ograniczenia, które słusznie zostały przez Prezesa OKiK uznane za obiektywne (…). Nie sposób zatem odmówić racjonalności decyzji dominanta, skutkiem której doszło do wyeliminowania z Terminala E ruchu czarterowego. Dopuszczenie tego ruchu w istniejących warunkach spowodowałoby poważne utrudnienia w obsłudze pasażerów (…). Decyzja ta była więc obiektywnie usprawiedliwiona okolicznościami.**
3. **Nie sposób przyznać racji twierdzeniu powoda, iż zaistniała sytuacja godziła w konkurencję. Nie wziął on bowiem pod uwagę, że nie doszło do odmowy obsługi ruchu czarterowego, ponieważ odbywał się on z Terminala A. Z tego też względu Terminal E. nie mógł być uznany za urządzenie kluczowe w infrastrukturze zainteresowanego, bez którego na lotnisku nie sposób było obsługiwać klientów.**
4. **Istotne jest również, że praktyka dominanta dotyczyła wszystkich, bez wyjątku, przewoźników. Wyklucza to możliwość uznania powoda za dyskryminowanego. Do dyskryminacji dochodzi bowiem wtedy, gdy z porównania przedsiębiorców znajdujących się w takiej samej sytuacji daje się wynieść, że co najmniej jeden jest traktowany gorzej od innych bądź co najmniej jeden jest uprzywilejowany względem pozostałych. Takie zjawisko omawianej sytuacji nie wystąpiło. Wszyscy przewoźnicy w zakresie lotów czarterowych zostali potraktowani jednakowo.**

Decyzją z 15.10.2009 r. Prezes UOKiK nie stwierdził nadużywania pozycji dominującej na lokalnym rynku udostępniania terminali lotniczych na terenie L. mającego polegać na odmowie innemu przedsiębiorcy dostępu do urządzeń kluczowych o niższych kosztach eksploatacji – tj. do terminala E. przeznaczonego dla lotów rejsowych. Zdaniem wnioskodawcy (powoda w postępowaniu przed SOKiK), takim zachowaniem dominant przeciwdziałał ukształtowaniu się warunków niezbędnych do rozwoju konkurencji naruszając (obecny) art. 9 ust. 2 pkt 5 u.o.k.k., a także (obecny) art. 9 ust. 2 pkt 7 u.o.k.k. (podział rynku według kryteriów terytorialnych, asortymentowych i podmiotowych). Decyzja Prezesa UOKiK została zaskarżona do SOKiK, który wszakże oddalił odwołanie.

Omawianym wyrokiem SOKiK potwierdził „obowiązywanie" w polskim prawie ochrony konkurencji instytucji obiektywnego uzasadnienia zachowań dominanta, które – w przeciwnym razie – podlegałyby (a z pewnością mogłyby podlegać) uznaniu za nadużycie pozycji dominującej. Literalnie instytucja ta

ma zarazem wyłącznie podstawę orzeczniczą (zob. np. wyrok SN z dnia 14 listopada 2008 r., III SK 9/08, LEX nr 479321; wyrok SN z dnia 15 lipca 2009 r., III SK 34/08, OSNP 2011, nr 7–8, poz. 117, LEX nr 785155); ustawa antymonopolowa nie przewiduje „wyłączenia" z zakazu nadużycia pozycji dominującej. Jak dotychczas, przeważały wszakże sprawy, w których sądy uznawały, iż nie ma podstaw do zastosowania instytucji obiektywnego uzasadnienia (np. z racji na okoliczności faktyczne danej sprawy bądź też pretekstowe lub nieznajdujące oparcia w faktach argumenty dominanta). Omawiany wyrok zasługuje więc na uwagę, z racji „skutecznego" wykorzystania tej instytucji, prowadzącego do „legalizacji" zachowania dominanta, a ściślej niestwierdzenia dopuszczenia się przezeń nadużycia.

Ewaluowane w niniejszej sprawie praktyki dominanta – mimo że ograniczały (jakkolwiek w szerokim rozumieniu tego pojęcia) – swobodę zachowań rynkowych powoda, nie były podejmowane w celu jego wykluczenia z rynku, które w efekcie godziłoby w ekonomiczne interesy konsumentów (pasażerów). Służyły przede wszystkim sprawnemu i efektywnemu prowadzeniu portu lotniczego, będącego – jak to określił sąd – „przedsięwzięciem logistycznie skomplikowanym, przy którym należy uwzględnić interesy przewoźników oraz pasażerów zapewniając im godziwe warunki obsługi i bezpieczeństwa".

SOKiK słusznie odmówił zasadności kwalifikacji Terminala E jako „urządzenia kluczowego" dla prowadzenia działalności gospodarczej przez powoda. Organizowane przezeń loty (w tym czarterowe) mogły być bowiem obsługiwane także z wykorzystaniem innych terminali (np. A), do których powód miał zapewniony dostęp. Irrelewantny jest fakt, iż z punktu widzenia powoda było to rozwiązanie mniej korzystne (*less advantageous*), gdyż bardziej kosztowne. Z kreującej podwaliny dla doktryny urządzeń kluczowych (*essential facilities*) formuły *Bronnera* wynika, iż dane urządzenie traci status „kluczowego", jeśli na rynku dostępne są inne alternatywy (w tym mniej korzystne) pozwalające na prowadzenie lub kontynuowanie działalności przez przedsiębiorcę domagającego się od dominanta dostępu do danej infrastruktury (w danej sprawie Terminala E).

Konrad Kohutek
Wydział Prawa i Administracji
Krakowskiej Akademii im. A. Frycza-Modzewskiego

Regulacja telekomunikacji – rozstrzyganie spraw spornych między przedsiębiorcami. Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 15 marca 2012 r. XVII AmT 230/09

1. **Korelatem obowiązku nałożonego na operatorów w art. 79 Prawa telekomunikacyjnego, dotyczącego realizowania połączeń do numerów niegeograficznych, jest uprawnienie organu regulacyjnego do wydania decyzji zastępującej umowę, gdy negocjacje operatorów w sprawie warunków współpracy przy wykonywaniu tych połączeń nie doprowadziły do wykonania obowiązku.**
2. **Spór o warunki połączeń do numerów niegeograficznych jest sporem dotyczącym dostępu telekomunikacyjnego w zakresie połączenia sieci, czyli w zakresie „wzajemnych połączeń" w rozumieniu dyrektywy o dostępie.**
3. **Obowiązki określone w art. 79 Prawa telekomunikacyjnego obciążają każdego operatora, niezależnie od zajmowanej pozycji rynkowej, co oznacza że do wydania decyzji rozstrzygającej kwestie sporne nie jest konieczne badanie, czy na właściwym rynku strona umowy ma pozycję znaczącą.**

Wyrok SOKiK dotyczy dopuszczalności wydania przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej (UKE) decyzji na podstawie art. 28 Prawa telekomunikacyjnego (Pt) w sprawie warunków wykonywania połączeń międzysieciowych do numerów niegeograficznych z zakresu 0 80X. Przepis art. 79 ust. 1 Pt nakłada na operatora publicznej sieci telefonicznej obowiązek zapewnienia użytkownikom końcowym swojej sieci oraz użytkownikom końcowym z innych państw członkowskich możliwości zrealizowania połączenia do numeru niegeograficznego na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, z wyjątkiem przypadków, gdy wywoływany abonent ograniczył połączenia przychodzące od użytkowników końcowych zlokalizowanych w poszczególnych obszarach geograficznych. Czynnikiem, który może spowodować ograniczenie lub czasowe zawieszenie wykonywania tego obowiązku przez Prezesa UKE są względy technicznej lub ekonomicznej wykonalności takich połączeń.

Przepisy art. 27 i 28 Pt regulują tryb rozstrzygania spraw spornych dotyczących m.in. dostępu telekomunikacyjnego w zakresie połączenia sieci. Przepisy Pt o rozstrzyganiu tych spraw nie wskazują wyraźnie, iż w przypadku niepowodzenia negocjacji umowy międzyoperatorskiej dotyczącej połączeń do numerów niegeograficznych ma zastosowanie tryb rozstrzygania sporów określony w art. 27-28 Pt. Wyrok SOKiK potwierdza, że pomiędzy wykonywaniem przez operatorów obowiązku z art. 79 Pt, co wymaga zawarcia umów międzyoperatorskich, a przepisami o rozstrzyganiu sporów między operatorami występuje związek, uzasadniający kompetencję Prezesa UKE do rozstrzygnięcia sprawy spornej w razie niepowodzenia negocjacji. Wykonywanie takiej kompetencji przez Prezesa UKE jest uzasadnione sformułowaniem art. 28 dyrektywy o usłudze powszechnej w sprawie uprawnienia krajowego organu regulacyjnego do podjęcia wszelkich niezbędnych kroków w celu zapewnienia

użytkownikom końcowym możliwości wykonywania takich połączeń. Wyrok przesądza zatem, iż spory międzyoperatorskie związane z wykonaniem obowiązku wynikającego z art. 79 Pt mieszczą się w zakresie spraw rozstrzyganych decyzjami Prezesa UKE.

Drugie zagadnienie przesądzone wyrokiem dotyczy charakteru sporu związanego z warunkami połączeń do numerów niegeograficznych. Nie ulega wątpliwości, że sprawy dostępu telekomunikacyjnego w zakresie połączeń sieci obejmują warunki zakończania połączeń w sieciach telekomunikacyjnych, co z zasady następuje na koszt strony wywołującej. Połączenia do numerów niegeograficznych mają jednak zróżnicowany charakter, gdyż mogą to być połączenia, których koszt ponosi abonent wywoływany, a także połączenia rozliczane według różnych innych zasad. Wyrok przesądza, iż sprawy połączeń do numerów niegeograficznych są sprawami dotyczącymi dostępu telekomunikacyjnego w zakresie połączenia sieci telekomunikacyjnych. W sprawie łączenia sieci telekomunikacyjnych wszyscy operatorzy publicznych sieci telekomunikacyjnych, niezależnie od zajmowanej pozycji rynkowej, są na mocy art. 26a Pt zobowiązani do negocjowania umów, zaś niepowodzenie negocjacji otwiera możliwość wystąpienia do Prezesa UKE o wydanie decyzji zastępującej umowę. Sąd wyjaśnił także, iż pojęcie „wzajemnych połączeń" używane w dyrektywach o łączności elektronicznej dla określenia obowiązków negocjacyjnych operatorów sieci jest odpowiednikiem krajowego pojęcia „połączenie sieci".

Ponieważ niektóre połączenia do numerów niegeograficznych są rozliczane w związku z rozpoczęciem połączenia w sieci współpracującego operatora, konieczne było wyjaśnienie, czy ustalanie warunków rozliczeń za rozpoczęcie połączenia wymaga wcześniejszej analizy rynku i stwierdzenia pozycji znaczącej operatora, w którego sieci rozpoczynane jest połączenie. SOKiK odrzucił w uzasadnieniu argumentację o możliwości rozstrzygnięcia takiego sporu jedynie w stosunku do przedsiębiorcy, którego znaczącą pozycję rynkową ustalono w postępowaniu regulacyjnym. Rozstrzygnięcie w sprawie warunków rozliczeń za połączenia do numerów niegeograficznych, gdy należność przypada operatorowi, w którego sieci połączenie jest rozpoczynane, nie oznacza regulowania rynku rozpoczynania połączeń w sieci. Wyrok potwierdza, że obowiązek oparty na art. 79 Pt obciąża wszystkich operatorów sieci publicznych, a zatem rozstrzygnięcie w sprawie spornej dotyczącej wykonywania tego obowiązku nie musi być poprzedzone postępowaniem regulacyjnym ustalającym pozycję rynkową podmiotu zobowiązanego do wykonywania decyzji Prezesa UKE.

Stanisław Piątek
Katedra Prawnych Problemów Administracji i Zarządzania
Wydział Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego

Regulacja energetyczna – nałożenie kary pieniężnej bez podstawy prawnej. Wyrok SOKiK z 9 marca 2012 r.] w sprawie AmE 99/10

1. **Decyzja w zakresie nałożenia kary pieniężnej, jako pozbawiona podstawy prawnej wydania, winna zostać wyeliminowana z obrotu prawnego.**
2. **Zarzuty powoda stanowiące polemikę z argumentami przedstawionymi w decyzji nie mają znaczenia w sytuacji, gdy decyzja w sposób rażący narusza prawo.**

Przedsiębiorca Zakłady Usługowo Produkcyjne „D" Sp. z o.o. z siedzibą we W. nie wywiązał się w I półroczu roku 2007 z określonego w art. 9a ust. 8 ustawy – Prawo energetyczne (w brzmieniu obowiązującym do 30.06.2007 r.) obowiązku zakupu oferowanej energii elektrycznej wytworzonej w skojarzeniu z wytwarzaniem ciepła w przyłączonych do sieci źródłach energii znajdujących się na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Za swoje działanie opisane powyżej Prezes URE wymierzył przedsiębiorcy karę pieniężną w kwocie 288.878,22 zł, tj. w wysokości % przychodu z działalności koncesjonowanej osiągniętego w 2008 r.

W odwołaniu od decyzji Prezesa URE powód podniósł, że postępowanie administracyjne winno zostać umorzone. Wobec stwierdzenia w decyzji przez Prezesa URE, że w pierwszej połowie 2007 r. nie było wystarczającej ilości energii elektrycznej wytworzonej w skojarzeniu, należało przyjąć, iż wykonanie przez powoda obowiązku ustawowego, o którym mowa w art. 9a ust. 8 ustawy – Prawo energetyczne w zakresie zakupu oferowanej energii elektrycznej, był niemożliwy do wykonania, co według powoda winno kwalifikować postępowanie w niniejszej sprawie jako bezprzedmiotowe.

Niezależnie od powyższego powód uiścił opłatę zastępczą z kogeneracji w celu wypełnienia obowiązku określonego w powyższym artykule, która nie została przez Prezesa uznana.

Wyrokiem sądu decyzja nakładająca na przedsiębiorcę karę została uchylona. Sąd postanowił iż odwołanie powoda zasługuje na uwzględnienie, ale z powodów innych niż wskazano w odwołaniu, przy czym są to przyczyny, które Sąd winien wziąć pod uwagę z urzędu, gdyż dotyczą rażącego naruszenia prawa przez Prezesa URE w postaci nałożenia na przedsiębiorcę kary pieniężnej bez podstawy prawnej.

Zdaniem Sadu nie było podstaw prawnych do zastosowania art. 56 ust. 1 pkt 1a prawa energetycznego w brzmieniu obowiązującym do 30.06.2007 r. Wynika to z faktu, że niewykonanie obowiązku zakupu oferowanej energii elektrycznej, wytworzonej w skojarzeniu z wytwarzaniem ciepła w przyłączonych do sieci źródłach energii znajdujących się na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, przestało być zagrożone karą pieniężną z dniem 24.02.2007 r. Czyn zagrożony karą – nie wywiązanie się z obowiązku zakupu oferowanej energii elektrycznej wytworzonej w skojarzeniu z wytwarzaniem ciepła w przyłączonych do sieci źródłach energii znajdujących się na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej – był nią zagrożony do 23.02.2007 r. W okresie od 24.02.2007 r. do 30.06.2007 r. za jego

niedopełnienie nie było możliwości nałożenia kary. Przenosząc powyższe na grunt prawa energetycznego, jeżeli czyn objęty postępowaniem jest zagrożony pod rządami nowej ustawy łagodniejszą sankcją, należy stosować nową ustawę.

Bartłomiej Nowak
Akademia Leona Koźmińskiego; Domański Zakrzewski Palinka

Regulacja energetyki – słuszny interes strony w zmianie taryfy. Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 12 marca 2012 r. w sprawie XVII AmE 170/11

1. **Zmiana taryfy na ciepło u wytwórcy, od którego powód kupuje ciepło, stanowi słuszny interes strony wnioskującej o zmianę taryfy na przesył ciepła w rozumieniu art. 155 k.p.a. w zw. z art. 27 ust. 1 rozporządzenia Ministra Gospodarki w sprawie szczegółowych zasad kształtowania i kalkulacji taryfy oraz rozliczeń z tytułu zaopatrzenia w ciepło.**
2. **Wprowadzenie nowej taryfy przez wytwórcę energii cieplnej kupowanej przez powoda, która wprowadzała wyższe stawki o 9,9 procent stanowi nieprzewidzianą, istotną zmianę warunków wykonywania przez przedsiębiorstwo energetyczne działalności gospodarczej w stosunku do momentu zatwierdzenia dotychczasowej taryfy, umożliwiającą zmianę taryfy wprowadzonej do stosowania w trybie określonym w art. 47 Pe.**
3. **Dokonanie analizy i oceny skutków ekonomicznych zmiany taryfy jest obowiązkiem organu regulacyjnego.**

Decyzją z 20.08.2009 r. pozwany Prezes Urzędu Regulacji Energetyki – po rozpatrzeniu wniosku powoda G. w sprawie zmiany taryfy na przesył ciepła zatwierdzonej decyzją Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki z 12.03.2009 r. – postanowił odmówić zmiany decyzji z 12.03.2009 r. w zakresie zmiany wysokości stawek opłat za usługi przesyłowe zawartych w taryfie dla ciepła, zatwierdzonej ww. decyzją.

Z dokumentów przedłożonych w toku postępowania administracyjnego wynika, iż zatwierdzona taryfa dla wytwórcy ciepła skutkuje wzrostem kosztów zakupu ciepła. Wzrost cen ciepła u wytwórcy, od którego powód kupuje energię cieplną, wpływa na poziom kosztów strat powstających podczas przesyłania i dystrybucji ciepła zakupionego od wytwórcy, przyjętych do kalkulacji stawek opłat za usługi przesyłowe w taryfie powoda. Tym samym na wniosek powoda (przedsiębiorcy G.) z 22.07.2009 r., na podstawie art. 61(1) w zw. z art. 155 k.p.a. zostało wszczęte postępowanie administracyjne w sprawie zmiany decyzji Prezesa URE z 12.03.2009 r., w zakresie zmiany wysokości stawek opłat za usługi przesyłowe zawartych w taryfie dla ciepła zatwierdzonej ww. decyzją, ze względu na wprowadzenie z dniem 1.09.2009 r. kolejnej taryfy dla ciepła opracowanej przez wytwórcę, od którego powód kupuje ciepło dla odbiorców. Prezes URE odmówił zmiany decyzji z 12.02.2009 r. w zakresie zmiany wysokości stawek opłat za usługi przesyłowe. Powód wniósł odwołanie od decyzji organu regulacyjnego do Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (SOKiK). SOKiK na podstawie zebranego w sprawie materiału uchylił zaskarżoną decyzje Prezesa URE.

Sąd przyjął stanowisko, zgodne z art. 155 k.p.a., gdzie w przypadku praw nabytych, na mocy decyzji administracyjnej (ostatecznej), decyzja taka może być w każdym czasie za zgodą strony uchylona lub zmieniona przez organ administracji publicznej, który ją wydał, jeżeli przepisy szczególne nie sprzeciwiają się temu i przemawia za tym interes społeczny lub słuszny interes strony. Sąd uznał, iż

zmiana taryfy na ciepło u wytwórcy, od którego powód kupował ciepło stanowi słuszny interes strony, wnioskującej o zmianę taryfy na przesył ciepła. Sąd ponadto wskazał, iż powód nie mógł przewidzieć wzrostu kosztów zakupu ciepła u wytwórcy (uzasadniających wzrost opłat za przesył), a tym samym nie mógł w chwili składania wniosku o ustalenie taryfy za przesył ciepła, wiedzieć, iż taka zmiana w przyszłości będzie konieczna na co wskazywał pozwany Prezes URE. Ponadto sąd przywołał art. 27(1) rozporządzenia Ministra Gospodarki z 9.10.2006 r. w sprawie szczegółowych zasad kształtowania i kalkulacji taryfy oraz rozliczeń z tytułu zaopatrzenia w ciepło (Dz.U. Nr 193, poz. 1423) jako przesłanki konkretyzującej pojęcie słusznego interesu strony. Sąd uznał tym samym, iż w przypadku nieprzewidzianej (wzrost kosztów ciepła u wytwórcy) istotnej (powodującej wzrost kosztów przesyłu ciepła) zmiany warunków wykonywania działalności gospodarczej jest możliwa zmiana taryfy wprowadzonej do stosowania w trybie określonym w artykule 47 Ustawy Prawo Energetyczne. Tym samym w ocenie sądu wprowadzenie od 1.09.2009 r. nowej taryfy przez wytwórcę energii cieplnej kupowanej przez powoda, która wprowadzała wyższe stawki o 9,9 procent stanowiło nieprzewidzianą, istotną zmianę warunków wykonywania przez przedsiębiorstwo energetyczne działalności gospodarczej w stosunku do okresu, kiedy została zatwierdzona dotychczasowa taryfa. Zdaniem sądu pozwany – Prezes URE nie wykazał, że w 12.03.2009 r., powód, składając wniosek o zatwierdzenie swojej taryfy, miał przesłanki (wiedzę odnośnie wzrostu cen ciepła u wytwórcy) do uwzględnienia tej podwyżki. Sąd ponadto wskazał, iż prawie 10 procentowy wzrost cen ciepła znacznie przekracza skalę ogólnej inflacji, co pozwala uznać ją za istotną. Sad wskazał również, inaczej niż twierdził Prezes URE, iż z art. 27(1) rozporządzenia nie wynika, aby dokonanie analizy i oceny skutków ekonomicznych zmiany taryfy było obowiązkiem wnioskodawcy – powoda. Przeciwnie treść tego przepisu, w kontekście art. 47 Ustawy Prawo Energetyczne sugeruje, iż dokonanie analizy i oceny skutków ekonomicznych zmian taryfy było obowiązkiem organu regulacyjnego

W związku z powyższym sąd uchylił zaskarżoną decyzję Prezesa URE odmawiającą zmiany taryfy dla przedsiębiorcy dokonującego przesyłu ciepła.

Bartłomiej Nowak
Akademia Leona Koźmińskiego; Domański Zakrzewski Palinka

Dawid Miąsik, *Stosunek prawa ochrony konkurencji do prawa własności intelektualnej*. Seria: Monografie Lex, LEX a Wolters Kluwer business, Warszawa 2012, 541 s.

Prezentowana publikacja jest pierwszą polską monografią analizującą relacje między prawem ochrony konkurencji a prawem własności intelektualnej. Jest to zagadnienie złożone, wielowątkowe, o istotnym znaczeniu praktycznym. Stosunek prawa ochrony konkurencji do prawa własności intelektualnej rozumiany jest przez autora jako „znaczenie, jakie w prawie ochrony konkurencji należy przypisać zachowaniom podejmowanym przez profesjonalnych uczestników rynku na podstawie prawa własności intelektualnej z punktu widzenia dopuszczalności bądź celowości zastosowania reguł konkurencji".

Autor jednoznacznie ukierunkował swoje rozważania na udzielenie odpowiedzi na pytanie: „czy zachowania podmiotu legitymującego się prawem wyłącznym korzystają z formalnego (systemowego lub ustawowego) albo materialnego (faktycznego) immunitetu ograniczającego weryfikację zgodności tych zachowań z normami chroniącymi konkurencję?" Jednocześnie autor wyraźnie zaznaczył, że przedmiotem rozprawy nie jest kwestia „samego zastosowania prawa ochrony konkurencji do zachowań przedsiębiorców objętych zakresem normowania prawa własności intelektualnej", ani też kwestia „wpływu prawa własności intelektualnej na rozumienie poszczególnych instytucji prawa ochrony konkurencji". Założenia te, przedstawione we Wstępie, są w dalszej części książki konsekwentnie realizowane.

Książka złożona jest z siedmiu rozdziałów, wstępu oraz zakończenia. W rozdziale pierwszym („Prawo ochrony konkurencji a prawo własności intelektualnej – problem badawczy") autor przesądza podstawowe zagadnienia terminologiczne, a także charakteryzuje styk omawianych dziedzin prawa.

W rozdziale drugim, zatytułowanym „Aksjologiczne podstawy kształtowania stosunku prawa ochrony konkurencji do prawa własności intelektualnej", autor definiuje konkurencję (jako rywalizację, stan rynku i jako proces), wskazuje jej rodzaje oraz omawia cele prawa ochrony konkurencji (maksymalizacja efektywności działania, maksymalizacja korzyści konsumentów, ochrona wolności konkurencji). W rozdziale tym autor analizuje również wpływ praw własności intelektualnej na konkurencję – prawa te mogą być źródłem siły rynkowej, czy różnicowania produktów, ale także – źródłem barier wejścia na rynek; w tym kontekście pojawia się ponadto problematyka innowacji.

Rozdział trzeci („Stosunek prawa ochrony konkurencji do prawa własności intelektualnej w ujęciu doktrynalnych teorii relacji") stanowi przegląd formalnych i materialnych teorii relacji, uzupełniony prezentacją koncepcji niebędących teoriami relacji. Wśród teorii formalnych omówionych w rozdziale znalazły się: teoria autonomii prawa własności intelektualnej, teoria zakresu wyłączności, teoria istoty prawa wyłącznego, teoria formalna alokacji rynku, teoria wykonywania praw własności intelektualnej, teoria nadużyć prawa wyłącznego. Teoriami materialnymi przedstawionymi przez autora są: teoria komparatywnej przewagi konkurencyjnej, teoria współczynnikowa, teoria materialna alokacji rynku, teoria konkurencji przez imitację i konkurencji przez substytucję, teoria porównawczego efektu konkurencyjnego, teoria wpływu na alokację zasobów. Do koncepcji niebędących teoriami relacji zaliczone

zostały: teoria jednolitego traktowania praw własności, teoria komplementarności, teoria nadrzędności prawa ochrony konkurencji.

Kolejne rozdziały publikacji analizują stosunek prawa ochrony konkurencji do prawa własności intelektualnej w wybranych systemach prawnych: w Stanach Zjednoczonych (rozdział czwarty „Stosunek prawa antytrustowego Stanów Zjednoczonych Ameryki do prawa własności intelektualnej"), w Unii Europejskiej (rozdział piąty „Stosunek unijnego prawa konkurencji do prawa własności intelektualnej") oraz w Polsce (rozdział szósty „Stosunek polskiego prawa antymonopolowego do prawa własności intelektualnej"). W odniesieniu do każdego systemu autor wskazuje na ewolucję podejścia prawodawcy i/lub praktyki do omawianego zagadnienia, jednak zasadniczą część rozważań tych części publikacji stanowią spekulacje autora na temat perspektyw recepcji teorii materialnych w poszczególnych systemach prawnych.

Ostatni rozdział merytoryczny („Stosunek prawa ochrony konkurencji do prawa własności intelektualnej w świetle prawa międzynarodowego") prezentuje regulacje międzynarodowe odnoszące się do zagadnień antymonopolowych oraz praw własności intelektualnej. Analiza ta prowadzi autora do wniosku, że obecnie w prawie międzynarodowym nie funkcjonuje regulacja stosunku prawa ochrony konkurencji do praw własności intelektualnej.

Publikację wieńczy „Zakończenie", w którym autor podsumowuje rozważania prowadzone w toku całej pracy, podkreślając, że „w rozprawie potwierdzono tezę, zgodnie z którą prawne konsekwencje przedstawionego […] oddziaływania prawa i praw własności intelektualnej na konkurencję uzależnione są od celów, jakie zostaną przypisane prawu antymonopolowemu".

Dr Agata Jurkowska-Gomułka
Zakład Europejskiego Prawa Gospodarczego WZ UW

Małgorzata Sieradzka, *Pozew grupowy jako instrument prywatnoprawnej ochrony interesów konsumentów z tytułu naruszenia reguł konkurencji,* Lex a Wolters Kluwer business, Warszawa 2012, 535 s.

W 2012 r. wydana została książka Małgorzaty Sieradzkiej, poświęcona pozwowi grupowemu jako instrumentowi ochrony interesów konsumentów z tytułu naruszenia reguł konkurencji. Książka ta dotyczy niezwykle aktualnego zagadnienia – wdrażania reguł konkurencji na drodze prywatnoprawnej (ang. *private enforcement of competition law*) i wpisuje się w bieżącą dyskusję nad potrzebą upowszechnienia dochodzenia przed polskimi sądami cywilnymi roszczeń odszkodowawczych związanych z naruszeniem reguł konkurencji. Równocześnie książka wskazuje na relacje pomiędzy takim prywatnoprawnym modelem wdrażania reguł konkurencji, a modelem publicznoprawnym, realizowanym w warunkach polskich w postępowaniu przed Prezesem UOKiK i sądami odwoławczymi.

Głównym założeniem książki jest „przedstawienie pozwu grupowego jako instrumentu o charakterze prywatnoprawnym, który jednak z powodzeniem może służyć dochodzeniu roszczeń wynikających z naruszeń traktatowego i krajowego prawa konkurencji" (s. 27). Autorka podkreśla, że w związku z brakiem możliwości ochrony interesów indywidualnych w postępowaniu publicznoprawnym, dochodzenie przez podmioty prywatne roszczeń opartych o krajowe i unijne przepisy konkurencji może stanowić istotny element służący wspieraniu uczciwości handlu oraz przejrzystości rynku. Dlatego prywatnoprawny model wdrażania reguł konkurencji postrzegać należy jako komplementarny w stosunku do działalności organów ochrony konkurencji państw członkowskich. Autorka wskazuje równocześnie, że wdrażanie reguł konkurencji na drodze prywatnej powinno być skuteczne. W jej opinii instytucją procesową, która może to zagwarantować – ze względu na dużą ilość podmiotów poszkodowanych danym naruszeniem reguł konkurencji – jest pozew grupowy.

Książka składa się z pięciu rozdziałów. Rozdział pierwszy jest poświęcony modelowi stosowania prawa konkurencji w prawie polskim. Autorka przedstawia w nim prywatnoprawny i publicznoprawny model ochrony konkurencji i uprawnienia sądów krajowych w zakresie stosowania unijnego prawa konkurencji. Następnie dokonuje oceny skuteczności modelu publiczno- i prywatnoprawnego. W rozdziale drugim autorka omawia praktyki ograniczające konkurencję, by w końcowej części poświęcić uwagę efektywności i skuteczności publicznoprawnego egzekwowania prawa konkurencji. Rozdział trzeci dotyczy przesłanek odpowiedzialności odszkodowawczej z tytułu naruszenia zakazu praktyk ograniczających konkurencję. Jednym z omawianych zagadnień jest prejudycjalność decyzji organów ochrony konkurencji z perspektywy postępowania prywatnoprawnego. Rozdział czwarty książki koncentruje się bezpośrednio na uregulowanej w prawie polskim instytucji pozwu grupowego, jako instrumentu dochodzenia roszczeń z tytułu naruszenia reguł konkurencji. W ostatnim rozdziale autorka poświęca swoją uwagę pozwowi grupowemu w kontekście prawa UE jako przyszłemu instrumentowi dochodzenia roszczeń. Przedstawia w tym zakresie propozycje Komisji Europejskiej. W Zakończeniu autorka prezentuje pogląd, że pozew grupowy może być oceniany w dwóch aspektach: skuteczności w odniesieniu do osiągania korzystnych efektów w zakresie ochrony konkurencji oraz skuteczności w odniesieniu do ochrony interesów konsumentów poszkodowanych w wyniku stosowania praktyk

ograniczających konkurencję poprzez uzyskanie odszkodowania. Wyraża także nadzieję, że wprowadzenie powództwa grupowego wraz z zaakceptowaniem prejudycjalności prawomocnych decyzji krajowych organów ochrony konkurencji stwierdzających stosowanie praktyk ograniczających konkurencję, przyczyni się do upowszechnienia korzystania ze skargi odszkodowawczej w sprawach o naruszenia prawa konkurencji.

Dr Maciej Bernatt
Zakład Europejskiego Prawa Gospodarczego WZ UW

Sprawozdanie z konferencji „Prawa przedsiębiorcy w sprawach antymonopolowych” Warszawa, 23 kwietnia 2012 r.

W dniu 23.04.2012 r. w Pałacu Staszica w Warszawie odbyła się ogólnopolska konferencja naukowa, zatytułowana „Prawa przedsiębiorcy w sprawach antymonopolowych”, współorganizowana przez Instytut Nauk Prawnych PAN oraz Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych, a współfinansowana przez Fundację Nauki Polskiej w ramach programu „Pomosty-Powroty/2010-1/1 NQC”. Konferencja zgromadziła ok. 150 uczestników.

Konferencję otworzył prof. dr hab. Władysław Czapliński, Dyrektor INP PAN. Program konferencji realizowany był w trzech sesjach tematycznych. Pierwszej z nich, zatytułowanej „Charakter spraw antymonopolowych” przewodził prof. UW dr hab. Tadeusz Skoczny, kierownik CARS. W sesji tej znalazły się cztery wystąpienia – dwa z nich nawiązywały do problemu klasyfikacji postępowań (spraw) antymonopolowych jako postępowań (spraw) administracyjnych i/lub karnych.

Prof. UW, INP PAN dr hab. Małgorzata Król-Bogomilska podjęła próbę rozstrzygnięcia dylematu „Standardy praw przedsiębiorcy w sprawach antymonopolowych – problematyka prawno administracyjna czy prawnokarna?”, konkludując, że „niezależnie od stopnia akceptacji tezy o ‘kryminalnych’ pierwiastkach w prawie konkurencji i o ‘kryminalnym’ charakterze grzywien czy procedur antymonopolowych, niezbędność przestrzegania określonych praw podmiotów, wobec których stosowane są sankcje na podstawie prawa konkurencji, nie powinna już budzić wątpliwości”. Prof. Król-Bogomilska zauważyła również, że Traktat z Lizbony otworzył pole do zdynamizowania procesu kryminalizacji naruszeń prawa konkurencji w państwach członkowskich ze względu na wprowadzenie bezpośrednich podstaw prawnych dla współpracy w sprawach karnych w UE.

Dr Anna Błachnio-Parzych (INP PAN) podjęła rozważania na temat: „Charakter odpowiedzialności przedsiębiorcy w postępowaniu antymonopolowym a pojęcie ‘oskarżenia’ w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka”. Z orzecznictwa ETPC prelegentka wywiodła przesłanki identyfikujące odpowiedzialność za określone naruszenia prawa jako odpowiedzialność karną; wśród przesłanek tych znalazła się m.in. surowość nakładanych sankcji.

Dr Rafał Stankiewicz (WPiA UW) w swoim wystąpieniu „O zakresie stosowania przepisów Kodeksu postępowania administracyjnego w postępowaniu antymonopolowym” podkreślał, że „zawarte w art. 83 generalne odesłanie do KPA wiąże się z dążeniem do stworzenia silnych gwarancji praw podmiotowych postępowania”.

Aleksander Stawicki (LL.M) w wystąpieniu „Postępowanie sądowe w sprawie odwołania od decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów a konstytucyjne gwarancje ochrony praw przedsiębiorcy” wskazywał na konieczność weryfikacji przez SOKiK rozstrzygnięć organu ochrony konkurencji nie tylko z punktu widzenia ich merytorycznej istoty, ale także ich prawidłowości proceduralnej.

W dyskusji podsumowującej pierwszą sesję konferencji pojawiły się liczne glosy potwierdzające brak ze strony SOKiK kontroli nad proceduralnym wymiarem decyzji Prezesa UOKiK, co skutkuje niskim standardem ochrony praw przedsiębiorców. Jednocześnie niektórzy uczestnicy dyskusji wskazywali na niebezpieczeństwo paraliżu działalności organu antymonopolowego w obliczu nazbyt

restryktywnego podejścia do wszelkich naruszeń przepisów procedury. W odniesieniu do zagadnienia kryminalizacji naruszeń prawa konkurencji prof. Sławomir Dudzik (WPiA UJ) podkreślił, że w warunkach ekonomizacji ocen praktyk ograniczających konkurencję oceny zachowań rynkowych nie są jednoznaczne, a w wielu sytuacjach niezmiernie trudno przypisać odpowiedzialność za praktykę określonemu przedsiębiorcy, gdyż praktyki antykonkurencyjne mogą być wynikiem dynamiki zmian rynkowych, niezależnych od przedsiębiorców.

Drugi panel konferencji, zatytułowany „Prawa przedsiębiorcy w sprawach antymonopolowych a standardy europejskie", moderowany był przez dra Dawida Miąsika (INP PAN).

Dr Maciej Bernatt (WZ UW, CARS) przedstawił krytyczną analizę prawa do wysłuchania w postępowaniu przed Prezesem UOKiK. W odniesieniu do obecnie obowiązujących przepisów prelegent wskazał na konieczność przyjmowania takiej interpretacji, która pozwoli na zagwarantowanie prawa do wysłuchania w postępowaniu antymonopolowym. Natomiast w odniesieniu do planowanej nowelizacji ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów należy postulować nie tylko podniesienie skuteczności, ale także podniesienie poziomu respektowania sprawiedliwości proceduralnej, czego wymaga karny (w świetle art. 6 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka) charakter postępowania antymonopolowego w sprawach praktyk ograniczających konkurencję.

Referat autorstwa Bartosza Turno (LL.M, UAM) oraz Agaty Zawłockiej-Turno (LL.M), wygłoszony przez tego pierwszego, nosił tytuł „Ochrona poufności komunikacji między prawnikiem a przedsiębiorcą oraz wolność od samooskarżenia w unijnym prawie konkurencji po Traktacie Lizbońskim – czy istnieje potrzeba zasadniczych zmian?". Zdaniem autorów Traktat z Lizbony stworzył „nowe otoczenie prawne" (Karta Praw Podstawowych zyskała moc prawną równą traktatom, a UE ma możliwość przystąpienia do EKPCz), co powinno skutkować pełną zgodnością zasady LLP (*legal professional privilege*) oraz wolności od samooskarżenia z orzecznictwem ETPCz, EKPCz i Kartą Praw Podstawowych. Zmiany powinny dotyczyć m.in. rozszerzenia zakresu zasady LPP – pod pewnymi warunkami – na prawników wewnętrznych oraz na komunikację związaną z programami *compliance*, a także przyznania LPP prawnikom z jurysdykcji spoza UE. W zakresie wolności od samooskarżania autorzy postulują absolutne prawo do milczenia.

Kolejne wystąpienie – dra Grzegorza Materny (INP PAN) – zatytułowane było „Sądowy nadzór nad kontrolą (przeszukaniem) u przedsiębiorcy w toku postępowania przed Prezesem UOKiK". Według prelegenta obecny zakres i sposób uregulowania nadzoru sądowego nad kontrolą/przeszukaniem „nie może być oceniony jednoznacznie pozytywnie" ani z perspektywy kontrolowanych (przeszukiwanych) przedsiębiorców, ani z perspektywy organu ochrony konkurencji. Dr Materna krytycznie ocenił fakt, że obecnie przepisy dotyczące kontroli (przeszukań) przedsiębiorców, stosowane w postępowaniu antymonopolowym, rozproszone są w dwóch aktach prawnych: ustawie o swobodzie działalności gospodarczej i ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów.

Ostatnie wystąpienie panelowe, zatytułowane „Wpływ zasady *ne bis in idem* na postępowanie Komisji Europejskiej oraz UOKiK w sprawach dotyczących niezgodnych z prawem konkurencji UE porozumień pomiędzy przedsiębiorcami" zostało wygłoszone przez Przemysława K. Rosiaka (radca prawny). Autor przedstawił warunki stosowania zasady *ne bis in idem* w unijnym prawie konkurencji oraz problemy, jakie pojawiają się w związku z tą zasadą w sytuacjach takich jak zbieg postępowań Komisji oraz krajowych organów ochrony konkurencji z państw członkowskich UE i państw trzecich, a także zbieg kar nakładanych na przedsiębiorstwa w takich przypadkach.

W dyskusji podsumowującej ten panel dr Jarosław Sroczyński wskazał, że polska ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów zawiera namiastkę przepisów gwarantujących wolność od samooskarżenia. Uczestnicy dyskusji wskazywali, że poufność komunikacji między przedsiębiorcą a prawnikiem powinna być chroniona także w obecnym stanie prawnym, przy braku regulacji, poprzez praktykę stosowania ustawy przez Prezesa Urzędu, zwłaszcza w czasie kontroli i przeszukań.

Ostatni panel konferencji, zatytułowany „Prawa przedsiębiorcy a rozwiązania prawne w Unii Europejskiej", prowadziła dr Agata Jurkowska-Gomułka (WZ UW, CARS).

Wystąpienie dr Ingi Kawki (UP w Krakowie) – „Prawa przedsiębiorcy w procedurze prowadzącej do wydania decyzji zobowiązującej w unijnym prawie ochrony konkurencji" – prowadziło do sformułowania postulatów (ocenionych w dyskusji jako „daleko idące") m.in. co do konieczności jednoznacznego ustalenia zakresu związania krajowych organów ochrony konkurencji i sądów decyzjami zobowiązującymi Komisji, ustanowienia wymogu proporcjonalności nakładanych zobowiązań wobec wagi naruszeń, a także powołania wyspecjalizowanego sądu ds. ochrony konkurencji, wyposażonego w kompetencje orzekania co do istoty sprawy.

Referat Sonii Jóźwik (UŚ) i dra Mateusza Błachuckiego (INP PAN), zatytułowany „Wymiana informacji i dowodów pomiędzy organami antymonopolowymi a ochrona praw przedsiębiorców" koncentrował się na wskazaniu zasadniczych wątpliwości dotyczących standardów ochrony praw przedsiębiorców w praktyce funkcjonowania wymiany informacji i dowodów w ramach dwóch największych europejskich organizacji skupiających krajowe organy antymonopolowe – *European Competition Authorities* oraz *European Competition Network*. Wątpliwości takie pojawiają się głównie w obszarze współpracy odnośnie do praktyk ograniczających konkurencję i dotyczą m.in. świadomości przedsiębiorców, że dochodzi do wymiany informacji (dowodów) między organami oraz zakresu ochrony tajemnic przedsiębiorstwa. Mniej kontrowersji wzbudza kooperacja w dziedzinie kontroli koncentracji, jako że bazuje ona na dobrowolności i zaangażowaniu samych zainteresowanych przedsiębiorców.

Mariusz Baran (UJ) i Adam Doniec (UJ) przedstawili problemy związane z zakresem jurysdykcji sądów unijnych badających legalność decyzji nakładających kary pieniężne. Wskazując na dwa modele kontroli decyzji KE nakładających sankcje (model „nieograniczonej" i „ograniczonej" kontroli), prelegenci podnieśli wątpliwość co do tego, czy zawężenie zakresu kontroli decyzji nakładających kary, realizowane w ramach modelu nieograniczonej kontroli nie narusza zasady efektywnej ochrony prawnej oraz konwencyjnego standardu prawa do sądu.

Dr Krystyna Kowalik-Bańczyk (PG, INP PAN) poświęciła swoje wystąpienie problemowi: „Autonomia proceduralna państw członkowskich a unijne prawo do ochrony w postępowaniach antymonopolowych". Referat zmierzał do odpowiedzi na pytanie, czy unijny „dorobek proceduralny", wynikający z orzecznictwa sądów Unii i dotyczący postępowań przed Komisją, powinien stanowić standard w krajowych postępowaniach antymonopolowych, w których stosowane są art. 101 i 102 TFUE. W konkluzji autorka stwierdziła, że sięganie do unijnego orzeczniczego prawa do obrony jest konieczne wówczas, gdy sprzyja to większej ochronie przedsiębiorców.

W dyskusji, która nastąpiła po ostatniej sesji konferencji, na szczególną uwagę zasługuje głos prof. Sławomira Dudzika (UJ), który podkreślił, że analizując prawa przedsiębiorców w postępowaniach antymonopolowych w kontekście dorobku ETPCz oraz dorobku unijnego nie należy zapominać o tym, że do postępowań przed Prezesem UOKiK, także w sprawach unijnych, należy w pierwszej kolejności stosować Konstytucję RP (art. 61). Standard konstytucyjny nie może zaś być obniżony

w stosunku do standardu unijnego. W dyskusji pojawił się również – podniesiony przez prof. Małgorzatę Król-Bogomilską – wątek kar pieniężnych za naruszenia, zwłaszcza ich zbiegu, np. w odniesieniu do zmów przetargowych, które są „ścigane" także na podstawie przepisów innych niż ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów.

Najistotniejsze problemy podnoszone w wystąpieniach prelegentów w toku całej konferencji przedstawiła i podsumowała dr Krystyna Kowalik-Bańczyk, która wyraziła również podziękowania dla wszystkich osób, które przyczyniły się do organizacji konferencji.

Referaty wygłoszone na konferencji w zdecydowanej większości bazowały na artykułach opublikowanych (w języku angielskim) w specjalnym, wydanym z okazji omawianej konferencji, numerze „Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies" 2012, 5(6). Zawartość tego numeru będzie dostępna na stronie www.yars.wz.uw.edu.pl w końcu 2012 r.

Dr Agata Jurkowska-Gomułka
Zakład Europejskiego Prawa Gospodarczego WZ UW

Sprawozdanie z Seminarium nt. Prawa „Bezpieczeństwo i efektywność funkcjonowania portów lotniczych”, 24 maja 2012 r., Wydział Zarządzania UW

W dniu 24 maja 2012 r. na Wydziale Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego odbyło się seminarium naukowe, zatytułowane „Bezpieczeństwo i efektywność funkcjonowania portów lotniczych”. Seminarium to zostało zorganizowane przez Przedsiębiorstwo Państwowe „Porty Lotnicze” i Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego w celu zaprezentowania niektórych rezultatów projektu badawczego CARS WZ UW i PPL „Usługi portów lotniczych w Unii Europejskiej i Polsce II – wybrane zagadnienia”, będącego kontynuacją realizacji Porozumienia o Współpracy, podpisanego 9 lipca 2009 r. przez PPL i Wydział Zarządzania UW. Strony zadeklarowały w nim gotowość do współpracy naukowo-badawczej. Seminarium było okazją do prezentacji książki podsumowującej wyniki badawcze projektu (książka nosząca tytuł taki jak zrealizowana faza projektu, zredagowana została przez prof. Tadeusza Skocznego i Filipa Czernickiego i wydana w serii „Monografie i podręczniki” CARS).

Seminarium prowadzone było przez prof. dr hab. Tadeusza Skocznego. Jako prelegenci wystąpili pracownicy naukowi Wydziału Zarządzania UW, a także prof. dr hab. Anna Fornalczyk z Katedry Integracji Europejskiej i Marketingu Międzynarodowego Wydziału Organizacji i Zarządzania Politechniki Łódzkiej, Prezes PAŻP, Krzysztof Banaszek oraz Kierownik Zespołu Analiz i Projektów w Biurze Nadzoru Właścicielskiego PPL, Filip Czernicki. Powitalne słowa wygłosił dziekan-elekt Wydziału Zarządzania UW, prof. dr hab. Jan Turyna, a także Michał Marzec, Naczelny Dyrektor P.P. „Porty Lotnicze”. Następnie głos zabrał prof. Tadeusz Skoczny, który przedstawił zarys założeń i rezultatów badawczych, omawiając również pokrótce wyniki badań dr Agaty Jurkowskiej-Gomułki oraz dr Igora Komarnickiego, które nie były prezentowane na seminarium.

Jako pierwszy prelegent wystąpił Krzysztof Banaszek, którego prezentacja dotyczyła problemów bezpieczeństwa żeglugi powietrznej. Omówiony został przy tym ruch lotniczy w Polsce oraz dotyczące go prognozy Eurocontrol, które przewidują spadek operacji lotniczych na terenie Unii Europejskiej, a co za tym idzie, również w Polsce.

Następne wystąpienie należało do dr Macieja Bernatta. Dotyczyło ono problemu kontroli osobistych na lotniskach: Jak te kontrole mają się do prawa do wolności osobistej i wolności wyznania, a także czy uzasadnione jest zastosowanie zwiększonej kontroli do osób o danych cechach fizjologicznych. Poruszone zostało także zagadnienie body scaner’a oraz kontroli osobistej polegającej na oglądzie powierzchni ciała.

Dr Tomasz Ludwicki zaprezentował analizę benchmarkingową wybranych portów lotniczych na terenie Europy. Analiza ta pozwoliła na zaobserwowanie stosowania przez te porty kilku różnych strategii. Najwyższe wskaźniki w przeliczeniu na WLU osiągnął port lotniczy w Budapeszcie, którego strategia zdaje się być najskuteczniejsza. Średniej wielkości porty europejskie wydają się dążyć do osiągnięcia ekonomii skali lub specjalizacji (np. połączenie tradycyjnego lotniska z przeznaczonym dla „tanich linii”). Najsłabsze wyniki osiągnęły natomiast lotniska stosujące strategię wzrostu organicznego.

Następnie głos zabrał prof. dr hab. Krzysztof Obłój z Zakładu Zarządzania Strategicznego Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego. Profesor omówił zagadnienie samej strategii oraz jej pożądany efekt, tj. przewagę konkurencyjną polegającą na „temporalnym i lokalnym monopolu". Wyjaśnił również, że większość firm funkcjonuje bez strategii i jest ona potrzebna tylko czasami, a i wtedy polega głównie na tym by odróżnić się na rynku. To właśnie jest nadrzędnym celem każdej strategii, co zostało wyjaśnione na przykładzie Dubaju, gdzie osiągnięto cel strategiczny pomimo trudnych do realizacji założeń – utworzenia centrum biznesowego na pustyni. Profesor wykazał, że budowa strategii portów lotniczych niewiele różni się od tej, którą zastosować może firma lub miasto.

Jako ostatnia głos zabrała prof. dr hab. Anna Fornalczyk, która wypowiedziała się na temat konkurencji w zestawieniu z regulacją publiczną w warunkach rynków mocno skoncentrowanych. Profesor skrytykowała „strukturę silosową" w polskich firmach. Zaznaczyła, że nie ma „rynku usług lotniczych", badać należy rynki z punktu widzenia konkurencji potencjalnej. W ostatnich słowach Pani Profesor stwierdziła, że porty lotnicze potrzebują strategii konkurencyjnej, ale takiej, która polegałaby na badaniu rynków i nadawaniu im tonu, a nie na podporządkowaniu się.

Dużym walorem seminarium była możliwość dyskusji, w której poruszony został problem demonopolizacji usług handlingowych na lotniskach.

Na zakończenie spotkania głos zabrał Filip Czernicki, Kierownik Zespołu Analiz i Projektów w Biurze Nadzoru Właścicielskiego PPL. Podsumował on dotychczasowe efekty projektu badawczego oraz nakreślił związane z nim plany na przyszłość.

Anna Zirk-Sadowska
Katedra Prawa Gospodarczego Publicznego WPiA UŁ

The second volume of iKAR – continuation and enrichment of the concept of our periodical (from the editor-in-chief)

About the Project of Amendments of the Competition and Consumer Protection Act

Anna Piszcz, A few remarks on the draft assumptions for an Act amending the Act on competition and consumer protection

Table of contents:

I. Introduction
II. Inspection in proceedings before the President of the OCCP (Office of Competition and Consumer Protection)
III. Remedies
IV. No-contest plea
V. Liability of individuals
VI. Fines

Abstract: The article is concerned with the discussion of some of the issues and suggestions outlined in the draft assumptions for an act amending the Act on competition and consumer protection (ACCP). The draft document was published by the President of the Office of Competition and Consumer Protection (OCCP) for consultation in May 2012. First, the author explains the significance of the Act on freedom of economic activity for drafting amendments to the provisions in ACCP relating to inspections in proceedings before the President of the OCCP. Second, emphasis is laid on some issues related to remedies and so-called no-contest plea. Last, the author concentrates on some problems related to fines and liability of individuals.

Key words: public consultations; inspection; order to bring an infringement to an end (cease and desist order); settlement; fines

Szymon Syp, The proposed changes in the merger control law – a few remarks on the proposal of the Office of Competition and Consumer Protection

Table of contents:

I. Introductory remarks
II. Competition policy in 2011-2013 and the merger control
III. The proposed changes in the merger control law
IV. Remarks on proposed changes
    1. General remarks
    2. Detailed remarks
V. Summary

Abstract: The article deals with the issue of proposed changes in the merger control law in Poland. Due to the fact that the competition authority – the Office of Competition and Consumer Protection (OCCP) has officially launched the main objectives of the changes, the author, by describing the

basic proposals of changes, confronts them with the previously formulated changes by officials during the conferences. In addition, the author describes the proposed changes in relation to the previously published by the competition authority the Competition policy in 2011-2013. Finally, taking into account emerging voices of the practice and academia in terms of the proposed changes, the author attempts to assess the strengths and weaknesses of the envisaged solutions. At the conclusion the overall assessment of the proposed changes by the OCCP will be presented.
Keywords: control of concentration, changes in the law of merger control, merger control, competition policy

Małgorzata Sieradzka, Consumer protection instruments in the Competition and Consumer Protection Act 2007 – the need for changes?

Table of contents:

I. Introduction
II. The impact of the lack of definition of collective consumer interests on the proceedings with regards to the practices infringing collective consumer interests.
1. The concept of ‘collective consumer interests’
2. The search for the right (appropriate) definition of collective consumer interests
III. The importance of the binding decision in the proceedings regarding the practices infringing collective consumer interests.
1. The nature of the binding decision
2. Assessment of the proposals for introducing new requirements for the binding decisions
IV. The legal nature of the notification regarding the suspicion of conducting practices infringing collective consumer interests.
V. The illusion of settlement in the proceeding before the President of UOKiK
VI. Finalization deadlines of the proceeding regarding cases of practices infringing collective consumer interests
VII. Summary

Abstract: This paper aims to present in detail those provisions of the Act on competition and consumer protection which require an urgent change and its justification. This will answer the question to what extent and how specifically a revision of the consumer provisions in the Competition and Consumer Protection Act of 2007 should proceed. Especially, since the main objectives of the proposed amendments do not include substantive and procedural changes in the consumer provisions, but only emphasize that changes in other regulations (which also applies to consumer rules) intend to eliminate inconsistencies in interpretation and drafting.
Key words: consumer protection instruments; collective interests; practices

Articles

Dominik Wolski, Selected issues from the scope of issuing and fulfillment of decisions on conditional consent to concentration of entrepreneurs

Table of contents:

I. Introduction

II. The legal basis and course of issuing and fulfillment of conditional decisions on concentration of entrepreneurs
III. Conditions imposed by antimonopoly office
IV. Fulfillment of condition imposed by antimonopoly office
V. Conclusions

Abstract: The subject matter of this article are selected issues regarding issuing and fulfillment of conditional decisions on concentration of entrepreneurs. This kind of decision, relatively rare in adjudication office practice, however, is particularly interesting. Against this background there were discussed some issues, namely type of conditions (obligations) imposed on entrepreneur by antimonopoly office, including criteria used by the President of UOKiK, who should propose application of condition and its kind as well as to what extend this proposal shall be binding. The last part of the article addresses question of responsibility for fulfillment of condition or obligation imposed by the President of UOKiK within the set period of time, especially a question of principles on which entrepreneur's responsibility should be based.

Key words: concentrations of entrepreneurs, conditional decision, conditions, obligations, criteria, adjudication practice, fulfillment of condition, responsibility, sanctions

Rafał Stankiewicz, About the need to increase the participation of the third subjects in anti--monopoly proceedings

Table of contents:

I. Introduction
II. Lack of the entrepreneurs initation of the proceedings in matters of competition-restricting practices
III. Resignation from the institution of the "interested entity" – step in wrong direction
IV. Announcement of turning of applying the art. of 31 Code of Administrative Procedure in anti-monopoly proceedings
V. Summary

Abstract: The presented article is pointing out to the need for the participation of the entities different from the party to the proceedings. Pursuant to the article 88 Antimonopoly Act, the party to the proceedings shall be every person against whom the proceedings concerning the application of competition-restricting practices are instituted. In the Polish Antimonopoly Act is the lack of provisions creating the access the third parties to proceedings. Differently to the solutions existing in the European Union law, competitors and others entrepreneurs possibly harmed by the activity od the undertaking that allegedly violated competition law may not participate in the proceedings.

Keywords: antimonopoly proceedings, party to proceedings, interested entity, third party, social organization

Maciej Gac, Competition law compliance programmes – an effective mechanism in creating European compliance culture?"

Table of contents:

I. Introduction
II. European Commission and compliance programmes
III. French and British solutions concerning compliance programmes

1. French system
2. British system
IV. Problems, limits and proposed solutions
1. Model compliance programme and certification system
2. Mitigation of fines for the enterprises undertaking compliance activities
3. Unification of national and European policy
V. Compliance programmes and Polish law
VI. Summary

Abstract:
The goal of this article is to analyze the impact of compliance programmes on the effectiveness of the European competition law. The article seeks to answer the fundamental question: whether, and if so, under what conditions compliance programmes can contribute to the creation of compliance culture in the European competition law. The article makes a comparative analysis of the European Commission's proposal, contained in the document titled „Compliance Matters. What companies can do better to respect EU competition rules", and solutions concerning compliance programmes introduced by French and British competition authorities. The article tries to assess the effectiveness of different models of compliance policies and aims to offer practical solutions on the examined issue. In addition, the article tries to determine if the introduction of compliance policy would be possible under the Polish system of competition law
Keywords: compliance culture; compliance programmes; efficiency; mitigation of fines.

Kamil Ciupak, State aid or not? Legal dilemmas connected with the assessment of public financing of sea ports infrastructure – far from a save harbour

Table of contents:

I. Going to the sea – introduction
II. *Terra incognita* – state-of-the-art of the EU legal regime in the field of State Aid for sea ports
III. A route full of sandbanks – the problem of delimitation of kinds of infrastructure, public financing of which is or is not connected with granting State Aid
1. Internal waters – public (general) infrastructure
2. My little sea – user-specific infrastructure and superstructures
3. Neither fish nor foul – special situation of docks and quays
4. Sudden change of the winds – decisions in cases of *Port Ventspils* and *Krievu Sala*
IV. Boats, ships and submarines – levels at which the presence of State Aid should be examined in case of public financing of port infrastructure
1. Captain on the bridge – the level of port authorities
2. Coal to the right, containers to the left – the level of the operators of port infrastructure
3. A fleet – the level of end users (shipowners, freight-forwarders)
V. Calling at the port – concluding remarks

Abstract:
Transport by sea plays a vital role for the economy of the European Union. Among all the infrastructure elements necessary to conduct transport by sea, the port infrastructure (in the wide meaning of this term) is of the utmost importance. Its development is often financed form public resources, as it is one of the basic duties of a state. However, in practice a borderline between situations, when public financing of port infrastructure constitutes State Aid and those in which not all of the criteria laid down in Art. 107 (1) TFEU are met and thus such financing is a means of exercising public authority by constructing infrastructure open to all potential users, is a ”thin red line”. This is so because currently there is no act in the EU legal regime (either binding or non-binding) which lays down clear and precise rules and standards of assessment of public financing of port infrastructure in two aspects:
1) When does it constitute State Aid according to Art. 107 (1) TFEU?
2) What are the criteria of compatibility of State Aid aimed at the development of port infrastructure with the EU internal market?
The present article focuses on the first of the abovementioned questions. However, the question will be analysed form the perspective of the kinds of port infrastructure, public financing of which may or may not constitute State Aid, and thus not all of the criteria stemming from Art. 107 (1) TFEU will be examined. This is so because in practice most difficulties arise in the said area.
Key words: state Aid, non-aid public financing, infrastructure, sea ports.

Legislation and Case Law Reviews

Anna Piszcz, Review of changes to Polish competition law in 2010-2011 (part 2)
Tables of decisions of the President of Competition and Consumer Protection Office
Tables of judgments of the Competition and Consumer Protection Court
Abuse of dominant position – anticompetitive exclusion of competitors on connected markets.
CCPC judgment of 22 February 2012 in case AmA 171/11 (Konrad Kohutek)
Abuse of dominant position – objective justification of anticompetitive practices of dominant firms.
CCPC judgment of 30 March 2012 in case AmA 180/10 (Konrad Kohutek)
Telecommunications regulation – resolving disputes between undertakings.
CCPC judgment of 15 March 2012 in case AmT 230/09 (Stanisław Piątek)
Energy regulation – imposing fines without legal basis.
CCPC judgment of 9 March 2012 in case AmE 99/10 (Bartłomiej Nowak)
Energy regulation – just right of a party to have the tariff changed.
CCPC judgment of 12 March 2012 in case AmE 170/11 (Bartłomiej Nowak)

Books Reviews

Dawid Miąsik, *Stosunek prawa ochrony konkurencji do prawa własności intelektualnej* [The interface between competition and IP laws] (Agata Jurkowska-Gomułka)
Małgorzata Sieradzka, *Pozew grupowy jako instrument prywatnoprawnej ochrony interesów konsumentów z tytułu naruszenia reguł konkurencji* [Class action as an instrument of private law protection in virtue of infrigments of competition rules] (Maciej Bernatt)

Events and Activity Reports

Rights of entrepreneurs in antimonopoly proceedings.

Scientific conference of the Institute of Legal Sciences of the Polish Academy of Sciences – with co-operation of the Centre for Antitrust and Regulatory Studies, Warsaw, 23 April 2012 (Agata Jurkowska-Gomułka)

Security and safety, and effectiveness of airports.

Seminar of the Centre for Antitrust and Regulatory Studies and the State Enterprise “Airports”, Warsaw, 24 May 2012 (Anna Zirk-Sadowska)

internetowy KWARTALNIK ANTYMONOPOLOWY I REGULACYJNY

Rekomendowany skrót cytowania iKAR

Podstawowe informacje dla Autorów

Teksty do opublikowania w iKAR winny dostarczane na skrzynkę mailową redakcji (ikar@mail.wz.uw.edu.pl) jako dokumenty elektroniczne w edytorach MS Word (2000/XP/2003) lub Open Office.

Artykuły powinny zawierać także spis treści, streszczenie i słowa kluczowe.

Artykuły nie powinny zawierać nie mnie niż 4500, a nie więcej niż 9000 słów.

Redakcja będzie dbać, żeby w iKAR nie miały miejsca przypadki ghostwriting czy guest authorship.

Zasady recenzowania

Wszystkie teksty każdego numeru iKAR są wstępnie recenzowane przez redaktora tematycznego.

Artykuły są oceniane przez dwóch niezależnych recenzentów spoza CARS. Autorzy i recenzenci nie znają swoich tożsamości *(double blind peer review)*.

Recenzja jest sporządzana na formularzu w wersji dla tekstów prawniczych i ekonomicznych, dostępnym na stronie www.ikar.wz.uw.edu.pl. Recenzja kończy się jednoznacznym wnioskiem co do dopuszczenia artykułu do publikacji lub jego odrzucenia.

Zbiorcza lista recenzentów iKAR jest publikowana w ostatnim iKAR w danym roku.

Prawa autorskie

iKAR jest dostępny dla każdego czytelnika na podstawie nieodpłatnej licencji Creative Commons 3.0 Polska (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/pl/).

Korzystanie z zawartości całego numeru oraz z każdego z jego tekstów jest zatem uzależnione wyłącznie od akceptowania przez użytkownika trzech zasad: uznania autorstwa, korzystania z tekstów tylko dla celów komercyjnych oraz nietworzenia na ich bazie utworów zależnych.

Udostępnianie

iKAR jest publikowany wyłącznie w wersji elektronicznej za pośrednictwem odrębnej strony internetowej www.ikar.wz.uw.edu.pl.

Jest udostępniany w wersji .pdf dostosowanej m.in. do e-booków.

Będzie także dostępny we wszystkich najważniejszych polskich bazach wolnego dostępu oraz – na zasadach niewyłącznych – w bazach największych polskich wydawców książek i czasopism z zakresu prawa, ekonomii i zarządzania.

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

UNIWERSYTET WARSZAWSKI
WYDZIAŁ ZARZĄDZANIA

Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych

- prowadzi badania naukowe
- wydaje książki i periodyki, w tym YARS www.yars.wz.uw.edu.pl
- organizuje konferencje naukowe i warsztaty
- świadczy usługi doradcze i prowadzi szkolenia
- oferuje studia podyplomowe ARIS www.aris.wz.uw.edu.pl
- prowadzi Otwarte Seminarium Doktoranckie
- współpracuje z instytucjami naukowymi w kraju i zagranicą oraz z organami regulacyjnymi (UKE, URE, UTK)