

**Private enforcement w Niemczech – przegląd orzecznictwa****Spis treści**

- I. Wprowadzenie
- II. Podstawa prawna
- III. Krąg uprawnionych
- IV. Powstanie i wysokość szkody
- V. Zarzut *passing-on*
- VI. Wiążący charakter decyzji stwierdzającej naruszenie prawa
- VII. Dostęp do akt postępowania antymonopolowego
- VIII. Roszczenia odszkodowawcze przeciwko pracownikom
- IX. Modele zbiorowego dochodzenia roszczeń
  1. Cartel Damage Claims – model działalności
  2. Przebieg postępowania w tzw. drugiej sprawie cementowej
  3. Barnsdale Cartel Damage Solutions AG
- X. Dyrektywa 2014/104/UE – zakres implementacji do niemieckiego prawa
- XI. Podsumowanie

**Streszczenie**

Niemcy są, oprócz m.in. Anglii i Holandii, jednym z niewielu krajów w Unii Europejskiej, w których praktyczne znaczenie *private enforcement* stale rośnie. Przejawem tej tendencji jest wzrastająca liczba postępowań sądowych w sprawach typu zarówno *follow-on*, jak i *stand alone*. Celem niniejszego opracowania jest zaprezentowanie najnowszego dorobku orzeczniczego sądów niemieckich w sprawach dotyczących prywatnoprawnego wdrażania reguł konkurencji ze szczególnym uwzględnieniem alternatywnych modeli grupowego dochodzenia roszczeń. Omówione zostaną również zmiany wynikające z konieczności implementacji Dyrektywy 2014/104.

**Słowa kluczowe:** *private enforcement*; *passing-on*; dochodzenie roszczeń odszkodowawczych; naruszenie prawa konkurencji; ujawnianie dowodów; skutek rozstrzygnięć krajowych; postępowania grupowe; Niemcy.

**JEL:** K21

\* Radca prawny i niemiecki adwokat, członek praktyki prawa ochrony konkurencji w kancelarii Freshfields Bruckhaus Deringer LLP w Berlinie; e-mail: Mariusz.MOTYKA-MOJKOWSKI@freshfields.com.

## I. Wprowadzenie

Wejście w życie tzw. siódmej noweli kartelowej w 2005 r. w znaczący sposób wpłynęło na rozwój prywatnoprawnego wdrażania prawa ochrony konkurencji w Niemczech (szerzej Będkowski-Koziół, 2007, s. 10 i n.). W efekcie RFN dołączyła do Anglii i Walii oraz Holandii, czyli krajów, w których prowadzona jest większość postępowań odszkodowawczych z tytułu naruszenia reguł ochrony konkurencji w UE<sup>1</sup>. Zgodnie z danymi Federalnego Urzędu Antymonopolowego (*Bundeskartellamt*, BKartA) tylko w latach 2011–2012 wszczęto w Niemczech 311 nowych postępowań cywilnych, w ramach których pozwani dochodzili roszczeń z naruszeń prawa konkurencji<sup>2</sup>, natomiast w latach 2013–2014 liczba ta zwiększyła się do 322<sup>3</sup>. Znaczącą rolę w rozwoju *private enforcement* w Niemczech odegrały sądy powszechne, których wyroki przyczyniły się do wyjaśnienia szeregu niejasności wynikających z treści przepisów niemieckiego prawa dotyczącego prywatnoprawnego wdrażania prawa konkurencji.

Celem niniejszego opracowania jest analiza stanu cywilnoprawnego wdrażania prawa antymonopolowego w Niemczech ze szczególnym uwzględnieniem aktualnego orzecznictwa sądów powszechnych. Ze względu na szereg podobieństw pomiędzy polskim i niemieckim systemem prawa analiza taka może się okazać przydatna w perspektywie dyskusji o kształcie prywatnoprawnego wdrażania prawa konkurencji i implementacji postanowień Dyrektywy 2014/104<sup>4</sup> w Polsce. Punkt wyjścia dla poniższych rozważań stanowi treść § 33 niemieckiej ustawy antymonopolowej (dalej: *GWB*)<sup>5</sup> oraz określone tam przesłanki odpowiedzialności odszkodowawczej (pkt III–V). Ponadto omówione zostaną alternatywne modele „grupowego” dochodzenia roszczeń (pkt IX) oraz zakres niezbędnych zmian w prawie niemieckim w związku z implementacją dyrektywy 2014/104 (pkt X).

## II. Podstawa prawna

Podstawą dochodzenia roszczeń cywilnoprawnych w Niemczech z tytułu naruszenia przepisów *GWB* lub art. 101/102 TFUE jest co do zasady § 33 *GWB*<sup>6</sup>. Reguluje on przesłanki roszczeń o podjęcie dostaw i zaprzestanie naruszenia (ust. 1) oraz roszczeń odszkodowawczych (ust. 3). W orzecznictwie przyjmuje się również, że funkcjonowanie nielegalnego kartelu, który doprowadził do podwyżki cen, może stanowić podstawę do uchylenia się od skutków oświadczenia woli, a tym samym otworzyć drogę do dochodzenia roszczeń z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia<sup>7</sup>. § 33 *GWB* nie stanowi natomiast podstawy dochodzenia roszczeń regresowych przez jednego z dłużników solidarnych w stosunku do pozostałych dłużników solidarnych w przypadku, gdy odpowiedzialność solidarna wynika z decyzji Komisji Europejskiej nakładającej karę pieniężną z tytułu naruszenia prawa konkurencji<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> Komisja Europejska, *Impact Assessment Report. Damages actions for breach of the EU antitrust rules*, SWD(2013) 203 final, pkt 52.

<sup>2</sup> *Bundeskartellamt, Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit in den Jahren 2011/2012 sowie über die Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet und Stellungnahme der Bundesregierung*, Bundestag-Drucksachen (BT-Drucks.) nr 17/13675 z 29.05.2013 r., s. 42.

<sup>3</sup> *Bundeskartellamt, Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit in den Jahren 2013/2014 sowie über die Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet und Stellungnahme der Bundesregierung*, BT-Drucks. nr 18/5210 z 15.06.2014 r., s. 34.

<sup>4</sup> Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/104/UE z 26.11.2014 r. w sprawie niektórych przepisów regulujących dochodzenie roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszenia prawa konkurencji państw członkowskich i Unii Europejskiej, objęte przepisami prawa krajowego (Dz. Urz. UE z 2014 r., L 349/1); dalej: dyrektywa 2014/104.

<sup>5</sup> Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, tekst jednolity z 26.06.2013 r. (Bundesgesetzblatt [BGBl.] 2013, cz. I, s. 1750), ostatnia zmiana z 15.04.2015 r. (BGBl. 2015, cz. I, s. 578). Angielskie tłumaczenie dostępne pod adresem: [http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_gwb/index.html](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gwb/index.html) (31.01.2016).

<sup>6</sup> Dotyczy to jedynie naruszeń po 1.07.2005 r. W przypadku wcześniejszych deliktów podstawę roszczenia stanowi § 823 ust. 2 BGB (niemieckiego kodeksu cywilnego).

<sup>7</sup> Bundesgerichtshof (BGH) [Federalny Trybunał Sprawiedliwości], post. z 28.01.2010 r. w sprawie VII ZR 50/09, pkt 12, wraz z głosem Palzer i Preisendanz, 2010, s. 215-222.

<sup>8</sup> BGH, wyr. z 18.11.2014 r. w sprawie KZR 15/12 (Neue Juristische Wochenschrift 2015, s. 1763 i n.).

### III. Krąg uprawnionych

Krąg uprawnionych do wnoszenia roszczeń cywilnoprawnych opartych na naruszeniu prawa ochrony konkurencji określa przede wszystkim § 33 ust. 1 i 3 GWB. Zgodnie z tą regulacją roszczenia mogą być dochodzone przez podmioty dotknięte naruszeniem, tzn. konkurentów oraz innych uczestników rynku poszkodowanych na skutek niezgodnej z prawem praktyki rynkowej. O ile od samego wejścia w życie siódmej noweli GWB bezdyskusyjne było uprawnienie bezpośrednich odbiorców towarów i usług od podmiotów biorących udział w naruszeniu, o tyle przez długi czas istniały poważne rozbieżności interpretacyjne czy uprawnienie wynikające z § 33 GWB przysługuje także odbiorcom drugiego (i dalszego) stopnia oraz konsumentom końcowym (szerzej Będkowski-Kozioł, 2007, s. 15).

Wątpliwości te rozwiązał ostatecznie Federalny Trybunał Sprawiedliwości (BGH) w wyroku z 2011 r.<sup>9</sup>. Opierając się na orzecznictwie ETS w sprawach *Courage* i *Manfredi*, zgodnie z którym roszczenie o naprawienie szkody powstałej na skutek umowy lub zachowania mogącego ograniczyć lub zakłócić konkurencję powinno przysługiwać „każdej osobie”<sup>10</sup>, BGH potwierdził legitymację czynną kontrahentów drugiego stopnia<sup>11</sup>. *Obiter dictum* BGH uznał także legitymację czynną konsumentów<sup>12</sup>. Ponadto na podstawie § 33 ust. 2 pkt 1 i 2 GWB roszczenia cywilnoprawne mogą podnosić organizacje reprezentujące interesy przedsiębiorców oraz przedstawicieli wolnych zawodów, a także, od wejścia w życie ostatniej nowelizacji GWB w 2013 r., określone organizacje reprezentujące interesy konsumentów<sup>13</sup>. W obliczu faktu, że prawo niemieckie nie zna instytucji pozwu grupowego, jak również faktycznych trudności dowodowych po stronie konsumentów to ostatecznie rozwiązanie ma na celu ułatwienie dochodzenia roszczeń przez tę konkretną grupę odbiorców.

### IV. Powstanie i wysokość szkody

Zgodnie z ogólnymi zasadami niemieckiego prawa cywilnego na powodzie spoczywa ciężar dowodu na okoliczność wysokości wyrządzonej szkody oraz kausalność niezgodnego z prawem ochrony konkurencji działania pozwanego prowadzącego do jej powstania. W orzecznictwie wykształcił się jednak pogląd, że w przypadku naruszeń horyzontalnych typu *hard-core* fakt powstania szkody należy domniemywać, a powód musi udowodnić jedynie wysokość szkody<sup>14</sup>. W praktyce obalenie tego domniemania jest tym trudniejsze, im dłużej funkcjonował kartel i im większe terytorium obejmował swoim działaniem<sup>15</sup>. Domniemanie powyższe nie obejmuje natomiast sytuacji, w których powód domaga się zwrotu utraconych korzyści. Musi on bowiem wykazać związek przyczynowo-skutkowy pomiędzy naruszeniem prawa a utratą zysku. Nie jest wystarczające do tego celu przedstawienie ogólnych prognoz finansowych, które uzasadniałyby zasądzenie *lucrum cessans*. Konieczne jest przedłożenie dowodów potwierdzających przyjęcie przez powoda kon-

<sup>9</sup> BGH, wyr. z 28.06.2011 r. w sprawie KZR 75/10 (BGHZ 190, 145), częściowo omówiony w: Wieczorek, 2013, s. 48.

<sup>10</sup> Europejski Trybunał Sprawiedliwości (ETS), wyr. z 20.09.2001 r. w sprawie C-453/99 *Courage* (ECR 2001, I-6297), pkt 26; wyr. z 13.07.2006 r. w sprawie C-295/04 *Manfredi* (ECR 2006, I-6619), pkt 60.

<sup>11</sup> BGH, wyr. z 28.06.2011 r..., pkt 23.

<sup>12</sup> BGH, wyr. z 28.06.2011 r..., pkt 26 i 74.

<sup>13</sup> Chodzi tu o organizacje będące podmiotami upoważnionymi w rozumieniu art. 4 Dyrektywy 2009/22/WE w sprawie nakazów zaprzestania szkodliwych praktyk w celu ochrony interesów konsumentów (Dz. Urz. UE z 2009 r., L 110/30).

<sup>14</sup> BGH, post. z 28.06.2005 r. w sprawie KRB 2/05 *Berliner Transportbeton I* (Neue Juristische Wochenschrift 2006, s. 163 i n.); Kammergericht (KG) [Wyższy Sąd Okręgowy w Berlinie], wyr. z 01.10.2009 r. w sprawie 2 U 17/03 *Zementkartell* (Neue Juristische Online Zeitschrift 2010, s. 536 i n.).

<sup>15</sup> BGH, post. *Berliner Transportbeton I*..., s. 165.

kretniej strategii biznesowej, której realizacja okazała się niemożliwa w wyniku naruszenia prawa konkurencji. Na tej właśnie podstawie Landgericht (LG) w Kolonii oddalił powództwo o zwrot utraconych korzyści z tytułu nadużycia pozycji dominującej<sup>16</sup>. Oddalenie powództwa uzasadnił tym, że nie została w stopniu dostatecznym udowodniona argumentacja powoda, że w wyniku niezgodnego z prawem konkurencji zachowania pozwanego powiększyły się koszty jego działalności, przez co utrudnione zostały inwestycje mające zwiększyć jego zyski w przyszłości.

Szkoda poniesiona w wyniku naruszenia prawa konkurencji obejmuje zarówno faktyczną stratę, jak i utracone korzyści. Jako punkt wyjścia do jej obliczenia sądy niemieckie stosują tzw. metodę porównawczą polegającą na porównaniu rzeczywistego stanu majątkowego powoda ze stanem, który istniałby, gdyby nie doszło do naruszenia prawa konkurencji. W przypadku zмовы kartelowej obliczenie faktycznej straty polega więc na porównaniu ceny za produkty i usługi płaconej w trakcie działania kartelu z teoretyczną ceną, którą powód musiałby zapłacić za te same towary i usługi w sytuacji pełnej i nieograniczonej konkurencji na rynku. W orzecznictwie przyjmuje się, że owa teoretyczna cena nie musi być wykazana ponad wszelką wątpliwość, a jedynie z wystarczającym stopniem prawdopodobieństwa<sup>17</sup>. Metoda ta znajduje również zastosowanie w przypadku szkody wynikłej z nadużycia pozycji dominującej, które polegało na bezzasadnej podwyżce cen. W sytuacji takiej faktycznie poniesiona strata wynika z porównania uiszczonych cen z cenami, które z dużą dozą prawdopodobieństwa obowiązywałyby w warunkach niezakłóconej konkurencji<sup>18</sup>. Przy ich obliczeniu można odwołać się do poziomu cen sprzed bezzasadnej podwyżki lub do analizy cen na porównywalnych rynkach. Dopuszczalne jest również szacowanie szkody przez sąd na podstawie § 287 niemieckiego kodeksu postępowania cywilnego<sup>19</sup>. W przypadku procesów odszkodowawczych z tytułu naruszenia reguł konkurencji jest to raczej normą aniżeli wyjątkiem. Jednym z kryteriów, które sąd może uwzględnić w ramach szacowania szkody jest zysk uzyskany przez sprawcę naruszenia prawa, co wynika wprost z treści § 33 ust. 3 zd. 3 GWB. W praktyce sądy jednak rzadko odwołują się do tego kryterium, opierając się przede wszystkim na metodzie porównawczej, która znajduje również pełną akceptację w doktrynie (Lübbig, 2015, § 33 pkt 99; Bornkamm, 2014, § 33 pkt 132).

Zebranie i przetworzenie danych niezbędnych do obliczenia szkody jest w praktyce zadaniem niezwykle trudnym i pracochłonnym. Częstokroć wymaga ono prześledzenia setek transakcji powoda z podmiotami zaangażowanymi w nielegalne praktyki i opracowanie odpowiednich modeli ekonomicznych umożliwiających obliczenie (lub najczęściej określenie w sposób przybliżony) powstałej szkody. I tak na przykład w zakończonym w styczniu 2015 r. procesie o odszkodowanie w wysokości 130 milionów euro przeciwko członkom kartelu producentów cementu w celu udokumentowania szkody powód przedstawił analizę danych z około 300 000 transakcji zawartych przez pozwanych w okresie objętym pozwem, tj. 10 lat (Classen, 2011, s. 60). W obliczu tych trudności dowodowych coraz częstszą praktyką, stosowaną w szczególności w przypadku zamówień publicznych, jest włączanie do umów (najczęściej jako ogólne postanowienie umowne) klauzul określających w sposób ryczałtowy wysokość odszkodowania przysługującego z tytułu

<sup>16</sup> Landgericht (LG) Kolonia [Sąd Okręgowy], wyr. z 28.05.2013 r. w sprawie 87 O (Kart) 7/06 (BeckRS 2013, 09404) oraz w sprawie 87 O (Kart) 8/06 (BeckRS 2013, 09405).

<sup>17</sup> KG, wyr. *Zementkartell...*, pkt 48.

<sup>18</sup> Oberlandesgericht (OLG) Frankfurt nad Menem [Wyższy Sąd Okręgowy], wyr. z 21.12.2010 r., w sprawie 11 U 5207 (Multimedia und Recht 2011, s. 420 i n.).

<sup>19</sup> Zivilprozessordnung, tekst jednolity z 5.12.2005 r. (BGBl. 2007, cz. I, s. 1781), ostatnia zmiana z 8.07.2014 r. (BGBl. 2014, cz. I, s. 890).

naruszenia przepisów konkurencji<sup>20</sup>. Orzecznictwo niemieckie nie wypracowało jeszcze jednolitego stanowiska w kwestii legalności takich klauzul i ich zgodności z § 309 pkt 5 a) BGB<sup>21</sup>, który uznaje za nieskuteczne ogólne postanowienia umowne określające wartość odszkodowania, jeśli ta wartość przewyższa szkodę, która co do zasady może wystąpić w podobnych przypadkach. LG w Poczdamie właśnie na tej podstawie oddalił pozew przeciwko członkom kartelu, argumentując, że ryczałtowe określenie wysokości odszkodowania na poziomie 15% wartości zamówienia za każde naruszenie prawa konkurencji jest zbyt ogólne i nie uwzględnia faktu, że w przypadku naruszenia przepisów GWB lub art. 101 TFUE wysokość faktycznie poniesionej szkody może się różnić w zależności od rodzaju naruszenia (np. porozumienia horyzontalne są co do zasady dużo bardziej „szkodliwe” niż porozumienia wertykalne)<sup>22</sup>. Odmienne w tej kwestii wypowiedział się natomiast OLG w Karlsruhe, który uznał legalność podobnej klauzuli<sup>23</sup>.

## V. Zarzut *passing-on*

Jedną z najistotniejszych kwestii dotyczących prywatnoprawnego wdrażania prawa konkurencji, która nie została uregulowana w ramach siódmej noweli GWB, była dopuszczalność zarzutu *passing-on*. Decyzję tę ustawodawca niemiecki świadomie pozostawił orzecznictwu, które do roku 2011 było w tej kwestii niejedolite (Będkowski-Kozioł, 2007, s. 18; Wieczorek, 2013, s. 47 i n.). Kwestia ta została wyjaśniona przez BGH w czerwcu 2011 r. we wspomnianym powyżej wyroku w sprawie *ORW*<sup>24</sup>.

Analizując dopuszczalność *passing-on*, BGH zauważył już na wstępie, że uznanie legitymacji czynnej odbiorców pośrednich do wnoszenia powództw odszkodowawczych z tytułu naruszenia prawa konkurencji może teoretycznie doprowadzić do sytuacji, w której pozwane przedsiębiorstwa mogą ponieść odpowiedzialność przekraczającą wysokość faktycznie wyrządzonej szkody. W związku z tym konieczne jest zastosowanie mechanizmów korekcyjnych, mających na celu zmniejszenie tego ryzyka. Jednym z nich jest dopuszczalność zarzutu przerzucenia obciążeń. Uznanie jego dopuszczalności wynikało także z konieczności zapobiegania sytuacjom, w których powód będący odbiorcą bezpośrednim mógłby uzyskać niesłuszne korzyści w wyniku niezastosowania *passing-on*. BGH stwierdził, że pomniejszenie odszkodowania o korzyści uzyskane przez powoda w związku z przerzuceniem dodatkowych kosztów na odbiorców jest możliwe tylko wtedy, gdy korzyści wynikające z podwyżki cen towarów sprzedawanych przez powoda stoją w związku przyczynowym z deliktem antymonopolowym popełnionym przez pozwanego. Ciężar dowodu co do faktu przerzucenia ciężaru przez powoda spoczywa na pozwanym. W tym celu jest on zobowiązany w sposób przekonujący uprawdopodobnić na podstawie analizy struktury rynku uwzględniającej m.in. elastyczność popytu i podaży, czas trwania naruszenia, intensywność konkurencji na danym szczeblu dystrybucji, zmiany cen i właściwości produktów, że powód obciążył swoich odbiorców kosztami wynikłymi z naruszenia prawa konkurencji<sup>25</sup>. Poważnym utrudnieniem pro-

<sup>20</sup> W praktyce najczęściej przyjmuje się 15% wartości zamówienia jako zryczałtowaną wysokość odszkodowania.

<sup>21</sup> Bürgerliches Gesetzbuch (niemiecki kodeks cywilny), tekst jednolity z 2.01.2002 r. (BGBl. cz. I, s. 42, 2909), ostatnia zmiana z 21.04.2015 r. (BGBl. cz. I, s. 610).

<sup>22</sup> LG Poczdam, wyr. z 22.10.2014 r. w sprawie 2 O 29/14, (Wirtschaft und Wettbewerb 2015, s. 287) z glosą Wilde i Anders, w: Wirtschaft und Wettbewerb 2015, s. 246, 251.

<sup>23</sup> OLG Karlsruhe, wyr. z 31.07.2013 r. w sprawie 6 U 51/12 (Neue Zeitschrift für Kartellrecht 2014, s. 366 i n.).

<sup>24</sup> BGH, wyr. z 28.06.2011 r. w sprawie KZR 75/10 (BGHZ 190, s. 145 i n.).

<sup>25</sup> BGH, wyr. z 28.06.2011 r., pkt 47 i 69.

cesowym będzie dla pozwanego dodatkowy wymóg wykazania, że przerzucenie obciążeń przez powoda na jego kontrahentów nie spowodowało negatywnych skutków dla powoda, np. poprzez zmniejszenie popytu na jego towary. W wyjątkowych sytuacjach BGH dopuszcza przerzucenie ciężaru dowodu w powyższym zakresie na pozwanego, jeżeli wykaże on, że nie ma dostępu do informacji koniecznych do wykazania *passing-on* i że informacje te są dostępne dla strony przeciwnej<sup>26</sup>. Możliwość taka jest wykluczona w sytuacjach, kiedy pozwany może przypoznać odbiorców dalszego stopnia niż powód, chyba że uda mu się wykazać, że ze względu na sytuację rynkową (np. konieczność przypozwania odbiorców trzeciego i dalszego stopnia, o których pozwany posiada ograniczone informacje) lub liczbę (odbiorcy końcowi włączając konsumentów) nie jest w stanie ustalić ich tożsamości<sup>27</sup>.

Wyrok BGH usunął stan niepewności prawnej co do legitymacji czynnej odbiorców pośrednich i końcowych oraz kwestii dopuszczalności i kształtu zarzutu *passing-on*. W efekcie zniknęły dwie poważne przeszkody, które negatywnie wpływały na rozwój prywatnoprawnego wdrażania prawa ochrony konkurencji w Niemczech, co znalazło również przełożenie na wzrost liczby powództw wnoszonych w ostatnich latach.

## VI. Wiążący charakter decyzji stwierdzającej naruszenie prawa

Większość toczących się przed sądami niemieckimi postępowań odszkodowawczych z tytułu naruszenia prawa ochrony konkurencji ma charakter *follow-on*. Zostały one wszczęte w następstwie stwierdzenia przez *Bundeskartellamt* lub Komisję naruszenia przepisów GWB lub art. 101/102 TFUE, a powodowie korzystają z ułatwienia w postaci wiążącego skutku owych decyzji w procesach cywilnych. Zakres związania sądów cywilnych decyzjami Komisji i *Bundeskartellamt* określony został w art. 16 rozporządzenia 1/2003<sup>28</sup> oraz w § 33 ust. 4 GWB. Zauważyć należy, iż przepis niemiecki sformułowany jest szerzej, ponieważ uznaje związanie sądów niemieckich nie tylko decyzjami administracyjnymi wydanymi przez *Bundeskartellamt*, lecz także przez organy antymonopolowe innych państw członkowskich UE.

Zgodnie z uzasadnieniem do § 33 ust. 4 GWB moc wiążąca decyzji administracyjnej odnosi się jedynie do faktu naruszenia prawa ochrony konkurencji<sup>29</sup>. W efekcie sąd cywilny, rozstrzygający o roszczeniu odszkodowawczym w postępowaniu *follow-on*, nie może zaprzeczyć naruszeniu prawa konkurencji, jeśli naruszenie takie zostało stwierdzone ostateczną decyzją organu antymonopolowego<sup>30</sup>. Związanie sądu nie rozciąga się natomiast na zawarte w decyzji stwierdzenia co do związku przyczynowego pomiędzy naruszeniem prawa a dochodzoną szkodą oraz ewentualnymi rozmiarami szkody<sup>31</sup>. W szczególności sąd nie jest związany rozważaniami organu antymonopolowego co do wymiaru grzywny, nawet jeśli zawarte w decyzji informacje mogłyby

<sup>26</sup> Ibidem, pkt 71.

<sup>27</sup> Ibidem, pkt 73 i 74. Jednocześnie BGH wskazał na fakt, że pozwany, decydując się na przypozwanie, może skutecznie zmniejszyć ryzyko dodatkowych procesów o odszkodowania wynikające z tego samego naruszenia prawa konkurencji.

<sup>28</sup> Rozporządzenie Rady (WE) nr 1/2003 z 16.12.2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu (Dz. Urz. UE z 2003 r., L 1/1).

<sup>29</sup> Referentenentwurf zum Achten Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Uzasadnienie do ósmej nowelizacji GWB), s. 51. Pobrano z: <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/G/gwb-8-aenderung-referentenentwurf,property=pdf,bereich=bmwi,sprache=de,rwb=true.pdf> (31.01.2016).

<sup>30</sup> OLG Düsseldorf, wyr. z 30.09.2009 r. w sprawie VI-U (Kart) 17/08 *Post-Konsolidierer* (BeckRS 2009, 27940).

<sup>31</sup> LG Berlin, wyr. z 6.08.2013 r. w sprawie 16 O 193/11 Kart *Fahrtreppen* (Neue Zeitschrift für Kartellrecht 2014, s. 37 i n.).

zostać wykorzystane przy obliczaniu lub szacowaniu szkody<sup>32</sup>. W powyższym świetle za dyskusyjny należy uznać wyrok OLG Monachium, w którym sąd odrzucił definicję rynku właściwego przyjętą przez *Bundeskartellamt* i dokonał własnej analizy tego zagadnienia<sup>33</sup>. W efekcie powództwo o odszkodowanie (zapłatę utraconych korzyści) wniesione przez konkurenta uczestników nielegalnego porozumienia zostało oddalone z uzasadnieniem, że działał on na innym rynku niż pozwani, w związku z czym nie był bezpośrednio dotknięty skutkami naruszenia stwierdzonego przez *Bundeskartellamt*.

Prejudycjalność decyzji organów antymonopolowych nie obejmuje natomiast decyzji stwierdzających, że konkretne zachowanie nie stanowi naruszenia prawa ochrony konkurencji (Bornkamm, 2014, § 33 pkt 170; Emmerich, 2014, § 33 pkt 95). Wydanie takiej decyzji nie zamyka drogi do dochodzenia ewentualnych roszczeń deliktowych, powód musi jednak udowodnić naruszenie, co w praktyce może się okazać niezwykle trudnym zadaniem. W doktrynie uznaje się ponadto, że związanie sądu cywilnego na podstawie § 33 ust. 4 GWB nie ma charakteru absolutnego i w uzasadnionych przypadkach dopuszczalne są odstępstwa od tej reguły (Bornkamm, 2014, § 33 pkt 171). Jako przykłady wymienia się sytuacje, w których decyzja organu wydana została z rażącym naruszeniem prawa, polegającym np. na ograniczeniu prawa do obrony. Takie ograniczenie zakresu zastosowania § 33 ust. 4 GWB ma służyć przede wszystkim jako „wentyl bezpieczeństwa” w ewentualnych procesach opartych na decyzjach organów antymonopolowych z innych państw członkowskich (Będkowski-Kozioł, 2007, s. 18 i n.).

## VII. Dostęp do akt postępowania antymonopolowego

Postępowania cywilnoprawne z zakresu ochrony konkurencji charakteryzują się asymetrią w dostępie do informacji, która w znaczący sposób utrudnia dochodzenie roszczeń odszkodowawczych. Częstokroć informacje niezbędne do wniesienia powództwa tudzież określenia szkody przez powoda znajdują się w aktach postępowania administracyjnego prowadzonego przez organ antymonopolowy. Istotne znaczenie może mieć w tym zakresie materiał dowodowy dostarczony przez uczestników niedozwolonego porozumienia współpracujących z organem w ramach programu łagodzenia kar, tzw. *leniency* (szerzej Błachucki, 2015, s. 10). Dostępność tych informacji dla podmiotów trzecich, nie będących stronami postępowania antymonopolowego, jest przedmiotem rozważań zarówno w judykaturze<sup>34</sup>, jak i w doktrynie niemieckiej (Heinichen, 2014, s. 83, 88; Wessing i Hiéramente, 2015, s. 220). W praktyce najczęściej spotykana jest sytuacja, w której poszkodowani przez kartel wnioskuje o wgląd do akt organu antymonopolowego jeszcze przed złożeniem powództwa w sądzie po to, by zebrać informacje konieczne do opracowania pozwu. Alternatywnie dostępu do akt można żądać również po rozpoczęciu procesu.

Podstawę prawną wniosku o dostęp do akt postępowania administracyjnego jeszcze przed wniesieniem powództwa cywilnego stanowi § 406e ust. 1 i 2 StPO<sup>35</sup>. Na jego podstawie złożono

<sup>32</sup> OLG Monachium, wyr. 21.02.2013 r. w sprawie U 5006/11 Kart *Fernsehvermarktung* (Neue Zeitschrift für Kartellrecht 2013, s. 162 i n.), pkt 90.

<sup>33</sup> OLG Monachium, wyr. *Fernsehvermarktung*... pkt 92.

<sup>34</sup> AG [Sąd Rejonowy] Bonn, post. z 18.01.2012 r. w sprawie 51 Gs 53/09 *Pfleiderer* (Neue Juristische Wochenschrift 2012, s. 947); OLG Düsseldorf, post. z 22.08.2012 r. w sprawie V-4 Kart 5/11 (OWi) i inne (Betriebs-Berater 2012, s. 2459 i n.); OLG Frankfurt nad Menem, post. z 4.09.2014 r. w sprawie 11 W 3/14 (Kart) (Wirtschaft und Wettbewerb 2015, s. 494 i n.).

<sup>35</sup> Strafprozessordnung (niemiecki kodeks postępowania karnego), tekst jednolity z 7.04.1987 r. (BGBl. 1987 cz. I, s. 1074, 1319), ostatnia zmiana z 12.06.2015 r. (BGBl. 2015 cz. I s. 926).

do *Bundeskartellamt* w 2014 r. prawie 150 wniosków o wgląd do akt<sup>36</sup>. Przepis ten określa przesłanki udzielenia zgody na wgląd do akt przez właściwy sąd oraz definiuje przyczyny, z których sąd dostępu takiego może odmówić: jeżeli przemawiają za tym godne ochrony interesy pozwanego bądź innych osób lub gdy udostępnienie dokumentów mogłoby zagrozić celowi innych postępowań. Na tę drugą przesłankę powołał się LG w Bonn, który w postępowaniu w sprawie *Pfleiderer* odmówił potencjalnym powodom wglądu we wnioski *leniency*, argumentując, że ich udostępnienie mogłoby negatywnie wpłynąć na atrakcyjność niemieckiego programu łagodzenia kar, a tym samym uniemożliwić lub co najmniej utrudnić skuteczne prowadzenie postępowań antymonopolowych prowadzonych przez *Bundeskartellamt*<sup>37</sup>. W efekcie poszkodowani otrzymali jedynie dostęp do dowodów zgromadzonych w ramach inspekcji przeprowadzonej przez organ antymonopolowy. Powyższą wykładnię § 406e ust. 2 StPO potwierdził OLG w Düsseldorfie w postanowieniu z 22 sierpnia 2012 r., którym oddalił wniosek poszkodowanych o wgląd do wniosków *leniency* złożonych przez członków kartelu producentów kawy<sup>38</sup>. Oprócz argumentów przytoczonych przez AG w Bonn, sąd w Düsseldorfie powołał się także na potrzebę ochrony zaufania uczestników programu *leniency*, którzy przekazali organowi antymonopolowemu szereg informacji i dokumentów w przekonaniu, że nie zostaną one udostępnione stronom trzecim. W wyniku tych rozważań poszkodowani otrzymali jedynie kopie decyzji administracyjnych niezawierające tajemnic handlowych oraz spis dowodów zajętych w trakcie przeszukania<sup>39</sup>. Opisane powyżej restrykcyjne podejście sądów niemieckich spotkało się z krytyką w doktrynie, a głównym zarzutem podnoszonym w dyskusji była niezgodność obu orzeczeń z wyrokami Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawach *Pfleiderer* oraz *Donau Chemie*<sup>40</sup>, polegająca na braku postulowanego przez ETS indywidualnego rozpatrzenia wszelkich okoliczności sprawy i oparciu rozstrzygnięcia na abstrakcyjnych kryteriach (Dworschak i Maritzen, 2013, s. 829, 834).

Alternatywą dla wniosku o dostęp do akt w stadium przedprocesowym jest złożenie podobnego wniosku po rozpoczęciu procesu cywilnego, którego przedmiotem jest dokonanie wglądu do akt toczącego się lub zamkniętego postępowania karnego przez sąd właściwy do rozpoznania sprawy cywilnej. Zgodnie z treścią § 474 ust. 1 StPO sądy i organy wymiaru sprawiedliwości mogą uzyskać wgląd do akt postępowania karnego, jeżeli służyć to może celom wymiaru sprawiedliwości. Na regulację tę powołali się powodowie w toczącym się przed LG w Berlinie procesie odszkodowawczym przeciwko członkom kartelu producentów wind i schodów ruchomych wykrytego przez Komisję w 2007 r. Jego działalność na terytorium Niemiec była także przedmiotem śledztwa prowadzonego przez prokuraturę na podstawie przepisów kodeksu karnego o karalności zmów w przetargach publicznych. W ramach tego postępowania prokuratura uzyskała dostęp do wniosków *leniency* złożonych przez członków kartelu z ostrożności procesowej także w *Bundeskartellamt*. Właśnie te dokumenty stały się przedmiotem wniosku skierowanego przez LG w Berlinie do prokuratury, która uznała się tym wnioskiem związana i dokumenty udostępniła. Zażalenie pozwanych na

<sup>36</sup> *Bundeskartellamt, Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit in den Jahren 2013/2014*, s. 27.

<sup>37</sup> AG Bonn, post. *Pfleiderer*..., pkt 20 i n.

<sup>38</sup> OLG Düsseldorf, post. z 22.08.2012 r. w sprawie 4 Kart5, 6/11 (OWi) (Wirtschaft und Wettbewerb 2012, s. 962).

<sup>39</sup> Na marginesie warto zauważyć, że nie wszystkie decyzje w sprawach antymonopolowych są upubliczniane przez *Bundeskartellamt*, a Urząd częstokroć publikuje jedynie ich streszczenia.

<sup>40</sup> ETS, wyr. z 14.06.2011 r. w sprawie C-360/09 *Pfleiderer* (ECR 2011, I-5161-5202) oraz wyr. z 6.06.2013 r. w sprawie C-536/11 *Donau Chemie* (ECLI:EU:C:2013:366).



decyzję prokuratury zostało odrzucone przez OLG w Hamm<sup>41</sup>, a jego orzeczenie potwierdził także Federalny Sąd Konstytucyjny (*Bundesverfassungsgericht*, BVerfG)<sup>42</sup>. W ten sposób powodowie uzyskali okreśłą drogą dostęp do dokumentów, które w świetle dotychczasowego orzecznictwa powinny zostać niejawne. Poważnym ograniczeniem praktycznym tej metody jest fakt, że może być zastosowana jedynie w przypadkach, gdy toczyło się postępowanie karne i zebrane zostały w nim materiały dowodowe przydatne dla powodów cywilnych. To, czy wykładnia § 474 StPO przyjęta przez OLG Hamm stanie się skutecznym sposobem na zniwelowanie wspomnianej już asymetrii informacyjnej w cywilnoprawnych procesach o odszkodowania z tytułu naruszenia prawa konkurencji, zależy w dużej mierze od dalszego rozwoju orzecznictwa w tej kwestii. W kontekście tym należy wskazać na restrykcyjne postanowienia dyrektywy 2014/104 w sprawie roszczeń odszkodowawczych<sup>43</sup> oraz krytyczne stanowisko w doktrynie, w której wskazuje się na fakt, że ani sąd w Berlinie, ani sąd w Hamm nie uwzględniły § 475 StPO, który to reguluje ograniczenia w dostępie do akt przez osoby prywatne (Heinichen, 2014, s. 86 i n.; Harms i Petrasincu, 2014, s. 304, 307 i n.; odmiennie Makatsch i Mir, 2015, s. 7, 10).

## VIII. Roszczenia odszkodowawcze przeciwko pracownikom

Niezwykle interesujący z praktycznego punktu widzenia jest zakres odpowiedzialności odszkodowawczej pracowników przedsiębiorstw biorących udział w nielegalnych porozumieniach antykonkurencyjnych za szkody wynikłe z tych bezprawnych działań. Kwestia ta była przedmiotem rozważań niemieckich sądów pracy w dwóch postępowaniach.

W pierwszym z nich pracodawca ukarany grzywną przez *Bundeskartellamt* domagał się zapłaty odszkodowania w wysokości 191 milionów euro od członka zarządu, który sprawował swą funkcję w okresie działania wykrytego kartelu. Wyrokiem częściowym z 20 stycznia 2015 r. *Landesarbeitsgericht Düsseldorf* oddalił apelację powódki o zapłatę odszkodowania jako bezzasadną<sup>44</sup>. Co prawda powódka poprzez zapłatę grzywny poniosła szkodę w rozumieniu § 249 ust. 1 BGB. Sąd uznał także, że pozwany ponosi odpowiedzialność odszkodowawczą za popełnioną szkodę jako członek zarządu spółki z o.o. w stosunku wewnętrznym na podstawie § 43 ust. 2 GmbHG. Jednakże w przypadku grzywny wymierzonej na podstawie GWB za udział w antykonkurencyjnym porozumieniu i skierowanej do osoby prawnej, ciężar sankcji nie może zostać w stosunku wewnętrznym przerzucony na inne podmioty, w szczególności jej pracowników. Z dogmatycznego punktu widzenia nie chodzi tutaj o ograniczenie odpowiedzialności organów osoby prawnej, lecz o całkowite wyłączenie ich odpowiedzialności odszkodowawczej. Grzywny wymierzone na podstawie GWB skierowane są przede wszystkim do przedsiębiorstw, które są adresatami przepisów antymonopolowych. Stąd przerzucenie ciężaru odpowiedzialności wynikającej z uregulowań GWB byłoby sprzeczne z restytucyjno-prewencyjną funkcją grzywny w prawie ochrony konkurencji.

Na podstawie nieco innego uzasadnienia *Landesarbeitsgericht Düsseldorf*<sup>45</sup> oddalił także w II instancji jako bezzasadne powództwo regresowe przeciwko byłemu pracownikowi pełniące-

<sup>41</sup> OLG Hamm, post. z 26.11.2013 r. w sprawie III-1 VAs 116 - 120/13 i inne (*Betriebs-Berater* 2014, s. 526 i n.).

<sup>42</sup> BVerfG, post. z 6.03.2014 r. w sprawie 1 BvR 3541/13 i inne (*Neue Zeitschrift für Kartellrecht* 2014, s. 191 i n.).

<sup>43</sup> Por. omówienie regulacji dotyczącej dostępu do akt w dyrektywie 2014/104: Błachucki, 2015, s. 19 i n.

<sup>44</sup> *Landesarbeitsgericht Düsseldorf* (LAG) [Okręgowy Sąd Pracy w Düsseldorfie], wyr. z 20.01.2015 r. w sprawie 16 Sa 459/14 (opubl. w *juris*) – nieprawomocny.

<sup>45</sup> Wyr. z 27.11.2015, sygn. 14 Sa 800/15, cyt. za *juris.de* (31.01.2016).

mu funkcje kierownicze o rekompensatę zapłaconego przez przedsiębiorstwo odszkodowania wypłaconego poszkodowanym przez działalność kartelu, którego członkiem było owo przedsiębiorstwo. Wobec braku dostatecznych dowodów, że pozwany współdziałał w zмовach kartelowych sąd uznał, że nie zostały spełnione przesłanki popełnienia przez pozwanego czynu zabronionego. Ponadto odpowiedzialność odszkodowawcza pozwanego wykluczona jest z powodu przeważającej współodpowiedzialności organów przedsiębiorstwa. Zarząd koncernu wywierał presję, aby realizować system niedozwolonych zмов kartelowych. Zakładając nawet, że powód współdziałał w powstaniu szkody kartelowej, jego udział w czynie zabronionym ma mniejszą wagę niż zawiązanie organizacyjne pracodawcy.

## IX. Modele zbiorowego dochodzenia roszczeń

### 1. Cartel Damage Claims – model działalności

Prawo niemieckie nie przewiduje instrumentów grupowego dochodzenia roszczeń odszkodowawczych w postępowaniach cywilnych. Niemniej jednak w praktyce wykształciły się modele biznesowe i prawne pozwalające na „zbiorowe” dochodzenie roszczeń z tytułu naruszenia prawa ochrony konkurencji. Opierają się one na instytucji cesji roszczeń, a ich dopuszczalność procesowa była już przedmiotem analizy niemieckich sądów cywilnych.

Prekursorem w zakresie sądowego oraz pozasądowego dochodzenia odszkodowań wynikających z naruszenia przepisów prawa ochrony konkurencji jest spółka akcyjna prawa belgijskiego Cartel Damage Claims S.A. (CDC)<sup>46</sup>. CDC prowadziło w ostatnich latach we własnym imieniu i na własny rachunek postępowania *follow-on* przeciwko członkom karteli cementu, nadtlenu wodoru, chloranu sodu i parafiny<sup>47</sup>. W tym celu spółka nabywała deliktowe i umowne roszczenia odszkodowawcze od podmiotów poszkodowanych przez kartele za cenę, która składała się z części stałej (100 EUR) oraz zmiennej (65–85% wartości roszczenia), uzależnionej od wysokości odszkodowania faktycznie wyegzekwowanego w wyniku procesu sądowego (Langen i Teigelack, 2015, s. 12). Działalność CDC nie koncentruje się na dochodzeniu roszczeń o niskiej wartości, np. nabytych od konsumentów, lecz na łączeniu roszczeń o znacznej wartości nabywanych np. od średnich przedsiębiorstw poszkodowanych przez porozumienia kartelowe.

### 2. Przebieg postępowania w tzw. drugiej sprawie cementowej

Dopuszczalność modelu „zbiorowego” dochodzenia roszczeń zaproponowanego przez CDC była jedną z centralnych kwestii w tzw. drugiej sprawie cementowej. W postępowaniu przed OLG w Düsseldorfie CDC pozwała w sierpniu 2005 r. kilku producentów cementu jako dłużników solidarnych o odszkodowanie z tytułu naruszenia przepisów prawa ochrony konkurencji. Powódka dochodziła roszczeń odszkodowawczych nabytych od łącznie 36 przedsiębiorstw poszkodowanych przez kartel producentów cementu, który działał w latach 1988–2002 i na którego członków *Bundeskartellamt* nałożył kary pieniężne w 2003 r. LG w Düsseldorfie oddalił powództwo z powodu braku legitymacji procesowej CDC<sup>48</sup>. Zdaniem sądu cesja roszczeń odszkodowawczych na rzecz CDC była nieskuteczna. Rozpatrując dopuszczalność powództwa, sąd dokonał rozróżnienia

<sup>46</sup> Więcej informacji na stronie <http://www.carteldamageclaims.com/> (31.01.2016).

<sup>47</sup> Lista postępowań prowadzonych przez CDC na <http://www.carteldamageclaims.com/cdc-competition-law-cases/> (31.01.2016).

<sup>48</sup> LG Düsseldorf, wyr. z 17.12.2013 r. w sprawie 37 O 200/09 (Kart) U (Neue Zeitschrift für Kartellrecht 2014, s. 75 i n.), pkt 31.

między roszczeniami powstałymi przed 30 czerwca 2008 r. oraz tymi, które nastąpiły po tej dacie<sup>49</sup>. Cesje praw z pierwszej grupy okazały się nieskuteczne ze względu na przepis § 134 BGB w zw. z § 1 ust. 1 zd. 1 ustawy o świadczeniu porad prawnych (*Rechtsberatungsgesetz*, RBERG) w jej brzmieniu do dnia 30 czerwca 2008 r. Za nieskuteczne ze względu na sprzeczność z dobrymi obyczajami na podstawie § 138 BGB sąd uznał również ponowne przeniesienie roszczeń odszkodowawczych przez poszkodowanych na CDC, które miało miejsce z ostrożności procesowej po tej dacie. Zgodnie z uzasadnieniem sądu, powód nie dysponował środkami finansowymi wystarczającymi do pokrycia kosztów sądowych oraz kosztów zastępstwa procesowego w przypadku przegrania sprawy. Orzecznictwo niemieckie stoi bowiem na stanowisku, że jako powód w procesie cywilnym nie może występować podmiot „wydmuszka”, czyli taki, który jest niewypłacalny i na który dokonano cesji dochodzonych roszczeń po to, by zmniejszyć ryzyko związane z ewentualną zapłatą kosztów procesowych<sup>50</sup>. W przypadku oddalenia powództwa nie będzie on bowiem w stanie pokryć zasądzonych na rzecz pozwanego kosztów sądowych i kosztów zastępstwa procesowego, co jest niezgodne z zasadami współżycia społecznego. Sąd w Düsseldorfie po przeprowadzeniu postępowania dowodowego ustalił, że CDC, która wytoczyła powództwo, rzeczywiście dysponowała ograniczonymi środkami finansowymi, które nie wystarczyłyby na pokrycie kosztów procesu w przypadku jej przegranej. W konsekwencji sąd uznał, że model działalności CDC jest co prawda atrakcyjny dla powoda i cedenta, jednak dla strony pozwanej niesie niewspółmierne ryzyko procesowe, które jest nie do zaakceptowania w świetle § 138 BGB. W konsekwencji sąd stwierdził sprzeczność cesji roszczeń odszkodowawczych na CDC i na tej podstawie oddalił powództwo z powodu braku legitymacji procesowej powoda<sup>51</sup>. Wyrok ten potwierdził OLG w Düsseldorfie, który przychylił się do dokonanej przez sąd pierwszej instancji oceny prawnej<sup>52</sup>.

Oddalenie powództwa w tzw. drugiej sprawie cementowej zmniejszyło atrakcyjność modelu „postępowania grupowego” opartego na cesji roszczeń przy jednoczesnym małym zaangażowaniu finansowym cesjonariusza. Warto jednak podkreślić, że omawiane wyroki nie przekreśliły modelu zaproponowanego przez CDC, a jedynie podniosły jego koszty. Można oczekiwać, że implementacja dyrektywy 2014/104, która w art. 2 pkt 4 co do zasady dopuszcza model CDC, i zawartych w niej ułatwień procesowych przyczyni się do wzrostu zainteresowania podobnymi modelami w Niemczech oraz innych krajach, w których nie przewidziano instytucji grupowego dochodzenia roszczeń.

### 3. Barnsdale Cartel Damage Solutions AG

Najlepszym przykładem na poparcie powyższej tezy jest działanie Deutsche Bahn AG, która jest szczególnie aktywna w zakresie dochodzenia odszkodowań z tytułu naruszenia prawa antymonopolowego w Niemczech i UE<sup>53</sup>. Koleje niemieckie są między innymi zaangażowane

<sup>49</sup> „Rechtsberatungsgesetz” została zastąpiona 1.07.2008 r. przez „Gesetz über außergerichtliche Dienstleistungen”, tekst jednolity z 12.12.2007 r. (BGBl. cz. I, s. 2840), ostatnia zmiana z 1.10.2013 r. (BGBl. cz. I, s. 3714).

<sup>50</sup> Reichsgericht (RG) [Sąd Rzeszy], wyr. z 7.01.1913 r. w sprawie III 236/12 (RGZ 81, s. 175 i n.); BGH, wyr. z 24.10.1985 r. w sprawie VII ZR 337/84 (Neue Juristische Wochenschrift 1986, s. 850 i n.).

<sup>51</sup> Innego zdania jest sąd z Hagi w wyr. z 2014 r. Sędziowie uznali, że holenderski oddział spółki CDC nie ma kłopotów finansowych, ponadto sytuacja finansowa powoda nie może być jedyną okolicznością określającą stopień ryzyka poniesienia kosztów sądowych. Ostatecznie sędziowie uznali, że model działalności CDC nie jest sprzeczny z dobrymi obyczajami (Rechtbank Den Haag [Sąd Okręgowy w Hadze], wyr. z 17.12.2014 r. w sprawie C/09/414499/HA ZA 12-293, dostępny na stronie <http://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBDHA:2014:15722>).

<sup>52</sup> OLG Düsseldorf, wyr. z 18.02.2015 r. w sprawie VI-U (Kart) 3/14 (Neue Zeitschrift für Kartellrecht 2015, s. 201 i n.).

<sup>53</sup> Według własnych szacunków DB jest zaangażowana obecnie w postępowania odszkodowawcze (zarówno w fazie procesu, jak i przedprocesowej) o łącznej wartości przedmiotu sporu 3 miliardy EUR.

w największe postępowanie odszkodowawcze z zakresu prawa ochrony konkurencji w historii Niemiec. Pozwanymi są Lufthansa AG oraz dziesięć innych linii lotniczych, na które Komisja nałożyła kary pieniężne w związku z ich udziałem w kartelu frachtu lotniczego<sup>54</sup>. Wartość przedmiotu sporu w postępowaniu toczącym się obecnie przed LG w Kolonii opiewa na kwotę 1,2 miliarda euro<sup>55</sup>. Specjalnie do celów tego postępowania Deutsche Bahn utworzyła spółkę córkę, Barnsdale Cartel Damage Solutions AG, działającą na podstawie podobnego modelu, jak CDC. Oprócz Deutsche Bahn swoje roszczenia odszkodowawcze na Barnsdale przelały także inne przedsiębiorstwa poszkodowane na skutek działalności kartelu: m.in. BMW, Bosch oraz Kühne + Nagel. W odróżnieniu od CDC, które nabywa roszczenia odbiorców tego samego stopnia, Barnsdale reprezentuje zarówno bezpośrednich klientów członków kartelu frachtu lotniczego (np. spedytorów), jak i ich pośrednich klientów, czyli przedsiębiorstwa zamawiające usługi spedycyjne. Celem takiego rozwiązania jest uniemożliwienie lub utrudnienie pozwanym liniom lotniczym powołania się na zarzut *passing-on*, a tym samym ograniczenie zakresu postępowania w pierwszej instancji. Wydaje się, że sukces Deutsche Bahn i zastosowanego w tym postępowaniu modelu może zadecydować o kierunku rozwoju *private enforcement* w Niemczech w najbliższych latach.

## X. Dyrektywa 2014/104/UE – zakres implementacji do niemieckiego prawa

Implementacja dyrektywy 2014/104 wymagać będzie istotnych zmian w niemieckim prawie cywilnym oraz cywilnoprocesowym. Dotyczy to przede wszystkim regulacji obowiązku ujawnienia dowodów drugiej stronie postępowania oraz modyfikacji odpowiedzialności solidarnej członków nielegalnego porozumienia (Steinle, 2014, s. 481, 482).

Obecnie dostęp do dokumentów będących w posiadaniu przeciwnej strony postępowania reguluje § 142 ZPO. W praktyce przyjmuje się, że wniosek o ujawnienie dokumentu przez pozwanego lub osobę trzecią musi dokładnie określić dokument, który ma zostać wydany (Greger, 2014, § 142 pkt 6; Fiedler i Huttenlauch, 2013, s. 350, 351). Zgodnie z art. 5 ust. 2 dyrektywy 2014/104 nie będzie już konieczne dokładne zidentyfikowanie dokumentu przez stronę, a wystarczy, że „jak najdokładniej i jak najwięcej” określi ona dokument „w oparciu o racjonalnie dostępne fakty”. Ponadto, w przeciwieństwie do dyrektywy 2014/104 niemieckie prawo nie przewiduje możliwości wymuszenia wydania całych kategorii dowodów. Oczekuje się także, że ustawodawca niemiecki ureguluje dostęp powodów i poszkodowanych do oświadczeń składanych w ramach programu łagodzenia kar oraz propozycji ugodowych, które zgodnie z art. 6 ust. 6 dyrektywy 2014/104 są wyjęte spod nakazu ujawnienia dowodów. Kwestia ta, dotychczas rozstrzygnięta jedynie na poziomie orzecznictwa, była już przedmiotem inicjatywy ustawodawczej w ramach tzw. ósmej noweli GWB, ale przepis wykreślono z projektu w ramach procesu ustawodawczego<sup>56</sup>.

Implementacja dyrektywy 2014/104 wymagać będzie również istotnych zmian w zakresie regulacji odpowiedzialności solidarnej członków nielegalnego porozumienia antykonkurencyjnego. Dotychczas przedsiębiorstwa, które naruszyły prawo konkurencji w wyniku wspólnych działań

<sup>54</sup> Interesujące i być może decydujące dla wyniku postępowania jest, że już po wniesieniu powództwa decyzja Komisji została uchylona przez Sąd Pierwszej Instancji w sprawie T-9,28,36,38, 39,40,43,46,48,56,62,63 oraz 67/11 *Air Canada i inni*, wyr. z 16.12.2015 r.

<sup>55</sup> *Deutsche Bahn*, DB klagt gegen Fluggesellschaften im Luftfrachtkartell – Schäden in Milliardenhöhe, komunikat prasowy z 1.12.2014 r. Pobrano z: [http://www.deutschebahn.com/de/hidden\\_rss/pi\\_rss/8563522/h20141201.html?hl=lufthansa](http://www.deutschebahn.com/de/hidden_rss/pi_rss/8563522/h20141201.html?hl=lufthansa) (31.01.2016).

<sup>56</sup> Referentenentwurf zum Achten Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen..., s. 17 i 30.

odpowiadają w pełni solidarnie na podstawie § 830 ust. 1 zd. 1 BGB. Art. 11 ust. 2 dyrektywy 2014/104 przewiduje ustępstwo od tej zasady dla małych i średnich przedsiębiorstw; regulacja ta spotkała się z jednoznaczną krytyką w niemieckim piśmiennictwie (Schweitzer, 2014, s. 335, 343 i n.; Makatsch i Mir, 2015, s. 11). Również podmioty zwolnione z kary w ramach *leniency* mają zgodnie z art. 11 ust. 4 Dyrektywy 2014/104 odpowiadać solidarnie wyłącznie wtedy, gdy nie można uzyskać pełnego odszkodowania od innych przedsiębiorstw, które brały udział w tym samym naruszeniu prawa konkurencji. Zmiany w niemieckim prawie muszą nastąpić również w zakresie terminu przedawnienia roszczeń o odszkodowanie. Art. 10 ust. 3 dyrektywy 2014/104 przewiduje, że terminy przedawnienia dla roszczenia o odszkodowanie muszą wynosić co najmniej 5 lat. Dotychczas w Niemczech przedawnienie roszczeń o odszkodowanie następuje po upływie 3 lat, co wynika z ogólnych zasad BGB (§ 195 BGB), do których odsyła § 33 ust. 3 GWB. Ponadto zawieszenie biegu terminu przedawnienia ustaje zgodnie z § 33 ust. 5 GWB najpóźniej sześć miesięcy po uprawomocnieniu się decyzji stwierdzającej naruszenie lub zakończeniu postępowania w inny sposób. W ramach implementacji dyrektywy 2014/104 termin ten będzie musiał być przedłużony do co najmniej roku po nabraniu przez rozstrzygnięcie stwierdzające naruszenie charakteru ostatecznego lub po zakończeniu postępowania w inny sposób.

Wiele wskazuje na to, że ustawodawca niemiecki zdecyduje się na ustawową regulację zarzutu *passing-on*, który w formie zbliżonej do art. 13 dyrektywy 2014/104 uregulowany został przez wspomniane powyżej orzecznictwo BGH. Implementacji do prawa niemieckiego wymagać będzie także domniemanie wyrządzenia szkody przez delikt kartelowy z art. 17 ust. 2 dyrektywy 2014/104.

Według wstępnych założeń implementacja przepisów dyrektywy w prawie niemieckim ma nastąpić poprzez zmianę GWB. Uregulowania materialnoprawne mają znaleźć miejsce w znacznie rozbudowanym przepisie § 33 GWB, natomiast normy proceduralne mają zostać zawarte w przepisach § 89a oraz nowym § 89b GWB.

## XI. Podsumowanie

Prywatnoprawne wdrażanie prawa konkurencji w Niemczech znajduje się w fazie rozwoju, którego katalizatorem było wejście w życie tzw. siódmej noweli kartelowej nowelizującej treść § 33 GWB. Atrakcyjność Niemiec jako forum dla ewentualnych procesów odszkodowawczych wynika również z dostępności bogatego orzecznictwa, które w ostatnich latach przyczyniło się do wyjaśnienia najważniejszych aspektów warunkujących skuteczność *private enforcement*. Wydaje się, że implementacja dyrektywy 2014/104 wzmocni ten trend i umożliwi skuteczniejsze dochodzenie roszczeń odszkodowawczych podmiotom, które dotychczas z możliwości tej ze względu na koszty i problemy z dostępem do informacji umożliwiającej wniesienie powództwa skorzystać nie chciały lub nie mogły. Czy Niemcy będą w stanie utrzymać status kraju, w którym skutecznie i relatywnie niskim kosztem można dochodzić roszczeń z tytułu naruszenia prawa ochrony konkurencji w dłuższej perspektywie czasowej, zależy jednak w dużej mierze od dostępności skutecznych instrumentów grupowego dochodzenia roszczeń. W tym kontekście modele, takie jak *CDC* czy *Barnsdale* stanowią jedynie protezę, której atrakcyjność może zmaleć wraz z rozwojem instytucji pozwu zbiorowego w krajach, takich jak Holandia czy przede wszystkim Anglia<sup>57</sup>.

<sup>57</sup> Pierwszorzędne znaczenie ma tutaj angielski Consumer Rights Act, który oprócz dodatkowych ułatwień procesowych dla skarg typu *follow-on* przewiduje także dopuszczalność pozwów grupowych typu *opt-out*.

## Bibliografia

- Będkowski-Kozioł, M. (2007). Prywatnoprawne wdrażanie prawa antymonopolowego w RFN – uwagi na tle regulacji siódmej noweli kartelowej. *Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego*, 12.
- Błachucki, M. (2015). Dostęp do informacji przekazywanych Komisji Europejskiej i Prezesowi UOKiK w trakcie procedury łagodzenia kar pieniężnych. *Europejski Przegląd Sądowy*, 5.
- Bornkamm, J. (2014). W: E. Langen, H.-J. Bunte, *Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht*. Neuwied: Luchterhand.
- Classen, U. (2011). Private Enforcement in der Praxis. W: *Sanktionen im Kartellrecht*, Köln: Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb e.V.
- Dworschak, S. i Maritzen, L. (2013). Einsicht – der erste Schritt zur Besserung? Zur Akteneinsicht in Kronzeugendokumente nach dem Donau Chemie-Urteil des EuGH. *Wirtschaft und Wettbewerb*.
- Emmerich, V. (2014). W: U. Immenga, E. Mestmäcker, *Kommentar zum Deutschen Kartellrecht*. München: Beck.
- Fiedler, L. i Huttenlauch, A. (2013). Der Schutz von Kronzeugen- und Settlementerklärungen vor der Einsichtnahme durch Dritte nach dem Richtlinienvorschlag der Kommission. *Neue Zeitschrift für Kartellrecht*.
- Greger, R. (2014). W: R. Zöller, *Zivilprozessordnung*. Köln: Dr. Otto Schmidt.
- Harms, R. i Petrasincu, A. (2014). Die Beziehung von Ermittlungsakten im Kartellzivilprozess – Möglichkeit zur Umgehung des Schutzes von Kronzeugenanträgen? *Neue Zeitschrift für Kartellrecht*.
- Heinichen, C. (2014). Akteneinsicht durch Zivilgerichte in Kartellschadensersatzverfahren. *Neue Zeitschrift für Kartellrecht*.
- Langen, M. i Teigelack, L. (2015). Abtretungsmodell vor dem Aus? Kollektive Rechtsdurchsetzung in Kartellschadensersatzverfahren. *Dispute Resolution*.
- Lübbig, T. (2015). W: J. Bornkamm, F. Montag, F.J. Säcker, *Münchener Kommentar – Europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht: Kartellrecht, Missbrauchs- und Fusionskontrolle*, (2. wyd.). München: Beck.
- Makatsch, T. i Mir, A. (2015). Die neue EU-Richtlinie zu Kartellschadensersatzklagen - Angst vor der eigenen „Courage“? *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*.
- Palzer, Ch. i Preisendanz, D. (2010). Frischer Wind in der privaten Durchsetzung des Kartellrechts? *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht*.
- Schweitzer, H. (2014). Die neue Richtlinie für wettbewerbsrechtliche Schadensersatzklagen. *Neue Zeitschrift für Kartellrecht*.
- Steinle, C. (2014). Kartellschadensersatzrichtlinie – Auf dem Weg zum Sanktions-Overkill? *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*.
- Wessing, J. i Hiéramente, M. (2015). Akteneinsicht im Kartellrecht – Der Aspekt des Vertrauens- und Geheimnisschutzes. *Wirtschaft und Wettbewerb*.
- Wieczorek, Ł. (2013). Zarzut przerzucania obciążeń w kontekście prywatnoprawnego wdrażania prawa konkurencji w Unii Europejskiej, *Przegląd Prawa Handlowego*, 4.