

Antoni Bolecki*

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

Spis treści:

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

Streszczenie:

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

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

* Autor jest radcą prawnym w kancelarii Wardyński i Wspólnicy.

Słowa kluczowe:

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

I. Wstęp

Instytucja porozumień, których celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji, stanowi fundament stosowania przepisów o ochronie konkurencji w zakresie oceny kolektywnych praktyk przedsiębiorców. Niniejszy artykuł skupia się na praktyce orzeczniczej Prezesa UOKiK z ostatnich lat w tym zakresie¹; pomocniczo odwołuje się do orzecznictwa sądowego.

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

II. Ramy prawne – prawo unijne a prawo polskie

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

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

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

² Dz. U. Nr 50, poz. 331, ze zm.

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

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

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

cel nie jest oczywisty na pierwszy rzut oka i które mogą realizować jednocześnie inne cele niż tylko ograniczenie konkurencji. W tym drugim przypadku organ antymonopolowy winien zastosować bardziej wnikliwą analizę z uwzględnieniem występujących w danej sprawie okoliczności ekonomicznych, prawnych, technicznych, biznesowych itp. Niemniej nie musi badać skutków takiej praktyki, skoro traktuje ją jako zakazaną co do celu. W przypadku pierwszej kategorii porozumień zakazanych ze względu na cel analiza taka może być bardziej ograniczona, ale nie może zostać pominięta⁶. W aktualnym orzecznictwie UOKiK tendencje te nie są jeszcze widoczne.

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

Należy jednak zauważyć, że w prawie polskim, odmiennie niż w unijnym, naruszenie konkurencji musi zostać stwierdzone na konkretnym rynku właściwym. Oznacza to konieczność zdefiniowania i wyznaczenia przez Prezesa UOKiK stosownego rynku właściwego. Należy pamiętać, że w sprawach antymonopolowych często mamy do czynienia z dwoma rynkami właściwymi; najprostszy przykład stanowi sytuacja, w której na jednym rynku zawiązано porozumienie, a na drugim doszło do ograniczenia konkurencji⁸. W takiej sytuacji Prezes UOKiK winien zdefiniować obydwa takie rynki. Co do zasady nie ma on jednak obowiązku wskazania udziałów stron na określonym przez siebie rynku właściwym⁹. W okolicznościach konkretnej sprawy badanie przez Prezesa UOKiK udziałów rynkowych stron może być jednak niezbędne, w szczególności jeśli rozważa on, czy znajduje zastosowanie wyłączenie grupowe. Jak podkreśla A. Jurkowska-Gomułka, samo zdefiniowanie rynku właściwego nie jest jednak wystarczające dla oceny porozumienia w świetle art. 6 ustawy. Konieczne jest także określenie stosunków gospodarczych na danym rynku (w tym ewolucji rynku); jak podkreślił SOKiK w wyroku XVII Ama 83/07 może to wpływać na kwalifikowanie porozumienia jako zakazanego lub dozwolonego¹⁰.

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

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

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

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

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

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

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

Na gruncie prawa polskiego nie istnieje natomiast przesłanka, aby porozumienie zakazane wpływało na handel między państwami członkowskimi. Nie obowiązuje także wymóg, aby ograniczenie konkurencji było odczuwalne; choć *de facto* jest on w znacznej mierze rozpatrywany na etapie badania, czy w sprawie mamy do czynienia z naruszeniem interesu publicznego¹². Niemniej wymóg naruszenia interesu publicznego funkcjonujący w prawie polskim nie jest tożsamy z unijną przesłanką, aby ograniczenie konkurencji było odczuwalne.

Powyższe różnice powodują, że odmienny jest ciężar gatunkowy spraw rozpatrywanych przez Komisję Europejską i UOKiK. Przynajmniej od początku lat dziewięćdziesiątych unijna praktyka orzecznicza koncentruje się przede wszystkim na ciężkich przypadkach naruszenia konkurencji, w tym wielkich zмовach kartelowych¹³. Siłą rzeczy natomiast praktyka UOKiK obejmuje także drobniejsze sprawy, w których faktyczny stopień zagrożenia, a tym bardziej naruszenia konkurencji może być dyskusyjny i bywa bardziej zbliżony do punktowego zdeformowania wąskiego wycinka działalności gospodarczej, niż do faktycznego ograniczenia mechanizmów konkurencji odczuwalnego przez przeciętnego konsumenta czy przedsiębiorcę¹⁴.

Z punktu widzenia przedmiotu niniejszego artykułu, praktyczną konsekwencją takiego stanu rzeczy jest sytuacja, w której znaczna część decyzji Prezesa UOKiK dotyczy antykonkurencyjnego skutku, nawet jeśli Prezes UOKiK bada określoną praktykę jako zakazaną co do celu. Takie podejście odróżnia polską praktykę orzeczniczą od praktyki unijnej, albowiem Komisja Europejska (KE, Komisja) dość niechętnie podejmuje się badania antykonkurencyjnych skutków, jeśli jest w stanie wykazać antykonkurencyjny cel¹⁵. Trudno się temu dziwić. Przykładowo w sytuacji, gdy UOKiK bada zmovę przetargową między dwoma małymi przedsiębiorcami obejmującą udział w kilku przetargach o bardzo ograniczonym zakresie i wartości, to wykazanie skutków takiej działalności jest proste i nie angażuje dodatkowych zasobów Urzędu. Jeśli natomiast postępowanie antymonopolowe dotyczące analogicznych zмов przetargowych toczy się – tak jak np. w przypadku zмов na rynku holenderskim – przeciwko 1540 przedsiębiorcom, to wykazanie konkretnych antykonkurencyjnych skutków jest ogromnym przedsięwzięciem i wymagałoby nie tylko wykazania konkretnych przypadków „zawyżania”

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

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

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

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

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

cen i innych warunków ofert przetargowych, ale także zobrazowania zmiany struktury na co najmniej kilku rynkach właściwych¹⁶.

Mając na uwadze powyższe, w punkcie III zobrazuję tendencje UOKiK w postrzeganiu porozumień zakazanych ze względu na cel, które jednocześnie są analizowane pod kątem wywoływania antykonkurencyjnych skutków. Z kolei punkt IV poświęcony będzie kwestii uwzględniania w ostatnich latach przez UOKiK aspektów ekonomicznych porozumień zakazanych co do celu oraz ewentualnym próbom racjonalizacji oceny takich porozumień. Często spotykanym poglądem jest stwierdzenie, że organy antymonopolowe są przywiązane do formalistycznego podejścia i niechętnie uwzględniają szeroko pojęty kontekst ekonomiczny spraw antymonopolowych¹⁷. Na przykładzie wybranych spraw pokażę, że w aktualnej polskiej praktyce orzeczniczej pojawiają się nie tylko sprawy, które tą tezę częściowo potwierdzają, ale też takie, które wskazują, że nie zawsze jest ona usprawiedliwiona. Natomiast nie odnotowano prób racjonalizacji oceny porozumień na wzór *ancillary restraints* lub obiektywnego uzasadnienia.

III. Antykonkurencyjny skutek porozumień w praktyce orzeczniczej Prezesa UOKiK

1. Tendencja UOKiK do dowodzenia istnienia antykonkurencyjnego skutku porozumień

Charakterystycznym elementem polskiej praktyki antymonopolowej jest wykazywanie, jeśli tylko to możliwe, w decyzjach zakazowych powstania antykonkurencyjnego skutku w wyniku realizacji praktyki ograniczającej konkurencję. W orzecznictwie unijnym zabieg taki jest zdecydowanie rzadziej stosowany, mimo że wymogi formalne są takie same jak w Polsce; wykazanie antykonkurencyjnego celu zwalnia bowiem organ z dowodzenia jego skutków, a Sąd Apelacyjny wskazuje, że odróżnienie antykonkurencyjnego celu od skutku może okazać się niemożliwe¹⁸.

Jak się wydaje, przyczyną takiego stanu rzeczy jest możliwość uwzględnienia przez UOKiK faktu, iż porozumienie wywarło skutek, jako okoliczności obciążającej przy wymiarze kary¹⁹. Ponadto wykazanie, że porozumienie wywarło skutek, stanowi zabezpieczenie dla UOKiK na wypadek, gdyby sądy uznały, że nie było ono zakazane co do celu. Podkreślimy, że takie podejście prowadzi do sytuacji, w której antykonkurencyjny skutek jest pojmowany w sposób dość uproszczony, co zostanie zobrazowane poniżej.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Charakterystyczną cechą polskiego orzecznictwa antymonopolowego jest szeroki zakres stosowania instytucji domniemań faktycznych³⁰. W istocie chodzi tutaj o prawo UOKiK do skutecznego zakwestionowania działań przedsiębiorców, które uwidaczniają się poprzez swoje antykonkurencyjne skutki, mimo że brak bezpośrednich dowodów co do tego, że skutki takie są wynikiem zmywy. To właśnie istnienie takiego skutku pozwala na skuteczne postawienie zarzutów antymonopolowych³¹. W Komentarzu pod red. C. Banasińskiego i E. Piontka wskazuje się, że w takich sytuacjach wykazanie antykonkurencyjnego skutku zwalnia organ z obowiązku ustalenia, jaki był cel porozumienia³². Co ważne, nie chodzi tutaj o skutek potencjalny, ale o konkretne następstwa rynkowe. Zatem w omawianych kategoriach spraw nie będzie miał zastosowania pogląd wyrażony przez Sąd Antymonopolowy, iż dla stwierdzenia naruszenia „wystarczająca jest już bowiem sama możliwość wystąpienia na rynku negatywnych skutków będących przejawem ograniczenia konkurencji³³, ani pogląd SOKiK, iż „wystarczy, aby porozumienie zaledwie mogłoby wywołać zakazany skutek”³⁴.

Instytucja domniemania faktycznego znajduje oparcie prawne w art. 231 k.p.c. w zw. z art. 84 uokik z 2007 r. Zgodnie z tym przepisem można uznać za ustalone fakty mające istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, jeżeli wniosek taki można wyprowadzić z innych ustalonych faktów. Fakt zawarcia zakazanego prawem porozumienia w przypadku braku wystarczających dowodów bezpośrednich może być udowodniony w sposób pośredni, jeżeli jedynym logicznym i spójnym sposobem wytłumaczenia postępowania przedsiębiorców jest zmywa. Dopuszczenie stosowania w sprawach z zakresu ochrony konkurencji domniemań faktycznych w celu ustalenia istotnych elementów stanu faktycznego budziło pewne wątpliwości z uwagi na uproszczenie wymogów dowodowych i tym samym zwiększone ryzyko karania przedsiębiorców za skutki rynkowe, które w rzeczywistości nie są wynikiem ich działań. Niemniej stosowanie przez Prezesa UOKiK domniemań faktycznych jest akceptowane w orzecznictwie sądowym³⁵.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

³⁷ Tamże, s. 22.

do zachowania planowanego przez przedmiotowe przedsiębiorstwa³⁸. Prezes UOKiK uznał, że informacje o planowanych przez konkurentów podwyżkach musiały być na tyle precyzyjne i wiarygodne, że nie zakwalifikował zarzucanej praktyki jako wymiany informacji, ale jako horyzontalne uzgodnienia co do podniesienia cen sprzedaży.

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

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

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

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

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

Z dotychczasowego orzecznictwa Prezesa UOKiK wynikało w sposób jednolity, że opracowywanie przez stowarzyszenia branżowe rekomendacji cenowych dla uczestników danej branży jest praktyką zakazaną co do celu. Jako przykłady można wymienić zakwestionowanie przez Prezesa UOKiK praktyki: Stowarzyszenia Dziennikarzy Polskich co do rekomendowanych cen za przeniesienie praw autorskich do zdjęć⁴¹; związku skupiającego warsztaty samochodowe co do rekomendowania cen, na podstawie których warsztaty powinny rozliczać godzinę pracy w przypadku napraw bezgotówkowych (tzn. kiedy rozliczenie następuje bezpośrednio między warsztatem a ubezpieczycielem)⁴²; Izby Lekarsko-weterynaryjnej co do rekomendowania swoim członkom cen minimalnych na usługi weterynaryjne⁴³ oraz analogicznej praktyki stwierdzonej w przypadku Polskiego Związku Solaryjnego⁴⁴. Co

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

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

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

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

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

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

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

więcej, w 2011 roku Prezes UOKiK wydał w sumie trzy decyzje dotyczące publikowania wykazów cen sugerowanych przez stowarzyszenia branżowe przewodników górskich, w tym dwie decyzje zakazujące takiej praktyki⁴⁵. Ww. praktyka orzecznicza Prezesa UOKiK pozostawała w zgodzie z bogatym orzecznictwem unijnym. Przykładowo w sprawie *Fedetab*⁴⁶ Trybunał uznał, że szczegółowe, choćby niewiążące wytyczne stowarzyszenia branżowego, kierowane do producentów tytoniu, dotyczące m.in. ograniczeń w akceptacji dystrybutorów, ich klasyfikacji oraz standardowych warunków płatności, miały na celu ograniczenie konkurencji. Ponadto w decyzjach Komisji za antykonkurencyjne uznawano także niewiążące rekomendacje stowarzyszeń branżowych, choćby pośrednio związane z polityką cenową ich członków⁴⁷.

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

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

Kolejną ciekawą sprawą, którą można przytoczyć w powyższym kontekście, było postępowanie UOKiK przeciwko Stowarzyszeniu Flisaków Pienińskich⁴⁹. Jest to – o ile mi wiadomo – pierwsza decyzja, w której Prezes UOKiK zastosował indywidualne zwolnienie dla horyzontalnego ustalania cen sprzedaży⁵⁰. W sprawie tej Prezes UOKiK uznał porozumienie za zakazane co do celu, ale jednocześnie po rozważeniu okoliczności mu towarzyszących umorzył postępowanie antymonopolowe jako bezprzedmiotowe. Podstawą do wszczęcia postępowania antymonopolowego był cennik zatwierdzony uchwałą Stowarzyszenia (reprezentującego interesy ok. pięciuset flisaków), a następnie opublikowany na jego stronie internetowej i wdrożony w życie.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

przekroczenia progu udziałów rynkowych przewidzianych w zwolnieniu grupowym⁵³ – tak znaczny udział rynkowy producenta niejako automatycznie powoduje, że wyłączność zakupów jest zakazana jako porozumienie mające na celu ograniczenie konkurencji. W konsekwencji Prezes UOKiK nie miał wątpliwości, że już z samego literalnego brzmienia klauzuli jednoznacznie wynika antykonkurencyjny cel porozumienia. Nadto, zdaniem Prezesa, klauzula wyłącznych zakupów prowadziła także do skutku w postaci ograniczenia konkurencji na rynku właściwym, albowiem dotykała konkurentów Lesaffre, którzy mieli ograniczony dostęp do istniejących na polskim rynku dystrybutorów drożdży. Zdaniem Prezesa UOKiK praktyka ta musiała mieć także negatywny wpływ na działalność samych dystrybutorów, którzy zostali ograniczeni w należnej im swobodzie prowadzenia działalności gospodarczej i możliwości skutecznej konkurencji z podmiotami, które miały w swej ofercie drożdże kilku producentów. Zatem w ocenie Prezesa treść kwestionowanych klauzul chroniła jedynie interesy ekonomiczne Lesaffre, stanowiąc jednocześnie nieprzekraczalną barierę dla innych producentów i importerów drożdży⁵⁴.

Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów uchylił w całości decyzję Prezesa UOKiK⁵⁵. Poglądy SOKiK znalazły pełne poparcie w wyroku SA w Warszawie⁵⁶. W uzasadnieniu wyroku Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Orzeczenia sądów w sprawie *Lesaffre* doskonale współgrają z decyzją Prezesa UOKiK z 14.06.2007 r.⁵⁷, która była efektem wyroku SA w Warszawie z 13.02.2007 r.⁵⁸ dotyczącego odsprzedaży rekombinowanej erytropoetyny. W decyzji tej (wydanej w sprawie po raz drugi) Prezes UOKiK zaakceptował pogląd SA w Warszawie, zgodnie z którym dla oceny, czy porozumienie ma antykonkurencyjny cel, nie wystarczy analiza samej klauzuli umownej. Wymagane jest także uwzględnienie okoliczności gospodarczych, w jakich klauzula ta jest realizowana. Jeśli zatem w umowie wpisana została klauzula dotycząca cen odsprzedaży w przetargach centralnych, ale nie mogła ona zostać wprowadzona w życie z uwagi na fakt, że Rząd RP wycofał się z koncepcji takich przetargów, to taki zapis nie miał potencjału do ograniczenia konkurencji. W ocenie SA w Warszawie nie jest dopuszczalna taka interpretacja prawa antymonopolowego, która pozwalałaby na przyjęcie, iż jakiegokolwiek potencjalne zagrożenie konkurencji wynikające z łączącego strony porozumienia jest naruszeniem prawa, niezależnie od tego, czy zagrożenie to miałyby jakąkolwiek szansę się ziścić. Zagrożenie dla zasad swobodnej konkurencji musi być realne, żeby uznać je za naruszenie konkurencji⁵⁹. To, na ile takie zagrożenie jest realne, wymaga właśnie uwzględnienia szeroko pojętego kontekstu gospodarczego, w jakim realizowane jest porozumienie.

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

Ostatnim przykładem decyzji Prezesa UOKiK, w której kontekst ekonomiczny mógł być, ale nie został uwzględniony, jest decyzja z 24.05.2010 r., w której Prezes UOKiK wyraził pogląd, zgodnie z którym wertykalne porozumienie co do ustalania cen odsprzedaży trwa tak długo, jak długo dystrybutor stosuje cenę odsprzedaży ustaloną z producentem na konkretny produkt⁶². Analogiczny pogląd został wyrażony w decyzji z 7.04.2008 r.⁶³. W tej ostatniej sprawie Prezes UOKiK uznał, że fakt, iż cena odsprzedaży farby ustalona między producentem i jej dystrybutorem we wrześniu 2005 r.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Tytułem wstępu wyjaśnijmy, że w prawie unijnym od lat sześćdziesiątych kształtuje się koncepcja tzw. niezbędnych ograniczeń konkurencji (*ancillary restraints* – literalne tłumaczenie nakazywałoby stosować terminologię „pomocnicze ograniczenie konkurencji”)⁶⁴. Koncepcja ta zakłada, że niektóre ograniczenia konkurencji – które normalnie traktowane byłyby jako niedozwolone – winny zostać uznane za legalne (na gruncie art. 101 ust. 1 TFUE), albowiem są częścią szerszej – pozytywnie ocenianej – działalności gospodarczej i są niezbędne dla jej realizacji⁶⁵. Celem omawianej konstrukcji prawnej jest uelastycznienie oceny porozumień, które mogą ograniczać konkurencję⁶⁶. Powyższe następuje w uproszczonej formie, tj. bez konieczności odwoływania się do instytucji indywidualnego wyłączenia i związanej z tym konieczności ekonomicznego uzasadnienia spełnienia czterech przesłanek prokonkurencyjności.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

V. Wnioski końcowe

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

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

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

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