Agata Jurkowska-Gomułka*

Stosowanie zakazu porozumień ograniczających konkurencję zorientowane na ocenę skutków ekonomicznych? Uwagi na tle praktyki decyzyjnej Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w odniesieniu do ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z 2007 roku

Spis treści:

I. Wprowadzenie
II. W stronę podejścia zorientowanego na ocenę skutków ekonomicznych
   1. Doktryna dobrobytu konsumentów
   2. Uwzględnianie kontekstu zawarcia i/lub funkcjonowania porozumienia jako ostatecznej determinanty oceny antymonopolowej
   3. Odwołania (bezpośrednie lub pośrednie) do ugruntowanych ekonomicznie doktryn antymonopolowych
   4. Umarzanie postępowań ze względu na spełnienie przesłanek z art. 8 ust. 1 uokik
   5. Zastosowanie decyzji zobowiązujących na podstawie art. 12 uokik
III. Podejście ekonomiczne w odwrocie?
IV. Uwagi końcowe

Streszczenie:

Artykuł analizuje sposób oceny porozumień ograniczających konkurencję z perspektywy podejścia zorientowanego na skutki gospodarcze. Wśród przejawów tego podejścia zidentyfikowano m.in.: 1) przyjęcie dobrobytu konsumentów jako zasadniczej przesłanki interwencji antymonopolowej; 2) uwzględnianie kontekstu zawarcia i/lub funkcjonowania porozumienia jako ostatecznego determinantu oceny antymonopolowej; 3) odwołania (bezpośrednie lub pośrednie) do ugruntowanych ekonomicznie doktryn antymonopolowych, takich jak doktryna jednego przedsiębiorcy, czy doktryna niezbędnych ograniczeń; 4) umarzanie postępowań antymonopolowych ze względu na spełnienie przez porozumienie przesłanek określonych w art. 8 ust. 1 uokik (wyjątek legalny); 5) skalę zastosowania tzw. decyzji zobowiązujących, wydawanych na podstawie art. 12 uokik.

Słowa kluczowe:

dobrobyt konsumentów; podejście ekonomiczne; podejście zorientowane na skutki ekonomiczne; ocena antymonopolowa; porozumienia; wyjątek legalny; wyłączenie.

* Dr nauk prawnych; adiunkt w Zakładzie Europejskiego Prawa Gospodarczego Wydziału Zarządzania UW; sekretarz naukowy Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych WZ UW.

I. Wprowadzenie

Przyjęte w prawie ochrony konkurencji podejście zorientowane na ocenę skutków ekonomicznych (*effects-based approach*) oznacza skoncentrowanie antymonopolowej oceny praktyk ograniczających konkurencję na badaniu gospodarczych skutków zachowań przedsiębiorców, nie zaś na formach ich działań. Podejście takie uzależnia oceny zachowań przedsiębiorców nie tylko od treści klauzul prawnych, ale także od warunków rynkowych, w jakich te zachowania miały miejsce, i innych kryteriów gospodarczych, w tym korzyści ekonomicznych generowanych na rzecz konsumentów[1]. Proces ekonomizacji stosowania prawa konkurencji przeciwstawiany jest tzw. podejściu formalnemu lub formalistycznemu (*formalistic approach*), charakteryzującemu się brakiem pogłębionej refleksji nad efektami gospodarczymi praktyk uznawanych potencjalnie za antykonkurencyjne. Przejawy podejścia zorientowanego na ocenę skutków ekonomicznych są widoczne zarówno na etapie stanowienia, jak i stosowania prawa ochrony konkurencji. Do jego podstawowych instrumentów należą m.in.: racjonalizacja zakazu porozumień ograniczających konkurencję (poprzez ustanowienie wyjątku legalnego opartego na samoocenie przedsiębiorców), relatywizacja tego zakazu poprzez ukształtowanie wyłączeń grupowych dla określonych kategorii porozumień[2], czy stosowanie doktryny niezbędnych ograniczeń.

Podejście zorientowane na ocenę skutków ekonomicznych już od ponad dekady deklarowane jest przez Komisję Europejską (Komisja, KE) jako priorytetowa wytyczna polityki konkurencji, także w zakresie wdrażania zakazów praktyk ograniczających konkurencję. Warto jednak odnotować pewną zmianę terminologiczną, jaka zafunkcjonowała w wypowiedziach KE – początkowo dokumenty Komisji posługiwały się pojęciem „podejście ekonomiczne" (*economic approach*), z czasem jednak fraza ta została zastąpiona określeniem „podejście zorientowane na ocenę skutków ekonomicznych" lub „podejście skutkowe" (*effects-based approach*).

Podejście ekonomiczne (skutkowe) do stosowania zakazów praktyk ograniczających konkurencję spotkało się co prawda ze sporym zainteresowaniem w polskim piśmiennictwie z zakresu prawa konkurencji[3], jednak w dokumentach planistycznych z zakresu polityki konkurencji wyraźne odniesienia do podejścia ekonomicznego, czy podejścia skutkowego występują stosunkowo rzadko i odnoszą się głównie do legislacyjnego wymiaru ekonomizacji ocen praktyk ograniczających konkurencję (w tym antykonkurencyjnych porozumień). W dokumencie „Polityka konkurencji na lata 2011-2013"[4] w ramach poziomu pierwszego oddziaływania polityki konkurencji na lata 2011-2013 („Oddziaływanie bezpośrednio na proces konkurencji w gospodarce czyli na działających na poszczególnych rynkach przedsiębiorców. Obszar A. Ochrona i wspieranie konkurencji w gospodarce") jeden z priorytetów stanowi „Weryfikacja i uaktualnienie systemowego podejścia do oceny porozumień między przedsiębiorcami"

[1] Problem podejścia ekonomicznego i jego instrumentów w polityce konkurencji w UE prezentujemy szerzej wraz z T. Skocznym w artykule: *Ekonomizacja wspólnotowej polityki konkurencji – założenia a realizacja*, [w:] A. Stępniak, S. Umiński, A. Zabłocka (red.), *Wybrane problemy integracji europejskiej*, Sopot 2009, ss. 185-193.

[2] Na temat koncepcji racjonalizacji i relatywizacji zakazu antykonkurencyjnych porozumień zob. T. Skoczny, *Instrumenty relatywizacji i racjonalizacji zakazów praktyk ograniczających konkurencję*, [w:] *Granice wolności gospodarczej w systemie społecznej gospodarki rynkowej. Księga jubileuszowa z okazji 40-lecia pracy naukowej prof. dr. hab. Jana Grabowskiego*, Katowice 2004, s. 249 i nast.

[3] Por. m.in. 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); K. Kohutek, *Zarzut nadużycia pozycji dominującej na rynku usług weterynaryjnych*, Glosa nr 4/2009; M. Kolasiński, *Ekonomiczne spojrzenie na prawo konkurencji*, Rzeczpospolita z 23-24.08.2008 r., s. C8. Niektórzy autorzy, choć generalnie opowiadają się za ekonomizacją, zgłaszają również swoje krytyczne zastrzeżenia por. np. A. Piszcz, *Ekonomizacja prawa antymonopolowego*, [w:] P. Chmielnicki, A. Dybała (red.), *Nowe kierunki działań administracji publicznej w Polsce i Unii Europejskiej*, Warszawa 2010, ss. 215-216; M. Stefaniuk, M. Swora, *Richarda Allena Posnera ekonomiczna analiza prawa i poglądy na gospodarkę*, [w:] C. Banasiński, E. Stawicki (red.), *Konkurencja w gospodarce współczesnej*, Warszawa 2007, ss. 39-56.

[4] Jest to dokument rządowy, opublikowany przez Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w 2011 r. Jest on dostępny także w formie elektronicznej pod adresem: http://www.uokik.gov.pl/publikacje.php?tag=2#f1517.

(Priorytet 3), na którą składa się m.in. działanie zatytułowane „Weryfikacja i uaktualnienie systemu wyłączeń grupowych w polskim prawie antymonopolowym" (Działanie 1). Plan i realizacja tego działania mogą być postrzegane jako przejaw podejścia skutkowego wobec zakazu porozumień ograniczających konkurencję wyrażonego w art. 6 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów[5], zwłaszcza w świetle deklaracji, że „Właściwie funkcjonujący system ochrony konkurencji winien brać pod uwagę możliwe pozytywne skutki porozumień między przedsiębiorcami. Wiele z nich przynosi bowiem szereg korzyści gospodarczych, pozwalając na korzystną dla konsumentów koordynację zachowań lub podział zadań między ich uczestnikami"[6] oraz że „(…) zachowania, które dotychczas był oceniane jednoznacznie negatywnie, mogą, w wyniku rozwoju wiedzy ekonomicznej zostać uznane, za co najmniej, w niektórych wypadkach nieszkodliwe dla konkurencji i vice versa"[7]. Niewątpliwie jednak znacznie wyraźniej podejście ekonomiczne zaznaczone zostało na drugim poziomie oddziaływania polityki („Oddziaływanie na rozwój systemu instytucjonalnego państwa odpowiedzialnego za realizację polityki konkurencji") w ramach działania drugiego („Zwiększenie nacisku na inne, niż powstanie lub wzmocnienie pozycji dominującej, skutki koncentracji, przy jednoczesnym szerszym wykorzystaniu metod analizy ekonomicznej, w praktyce oceny połączeń") w priorytecie pierwszym („Usprawnienie funkcjonowania systemu kontroli koncentracji")[8].

Brak bezpośrednich deklaracji co do zorientowanego gospodarczego podejścia do oceny porozumień między przedsiębiorcami nie może być jednak traktowane równoznacznie z brakiem akceptacji takiego podejścia na poziomie praktyki decyzyjnej. Celem prezentowanego artykułu jest identyfikacja oznak (lub ich braku) podejścia zorientowanego na ocenę skutków ekonomicznych (podejścia skutkowego) do porozumień ograniczających konkurencję w praktyce decyzyjnej Prezesa UOKiK pod rządami ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z 2007 r. Poza zakresem przedmiotowym artykułu pozostaje natomiast działalność prawodawcza związana z ustawą, przede wszystkim wydawanie nowych rozporządzeń wyłączających grupowo niektóre kategorie porozumień. Należy przy tym zaznaczyć, że obowiązująca od dnia 21.04.2007 r. ustawa nie wprowadziła żadnych zmian w zakresie materialnego prawa porozumień ograniczających konkurencję (art. 6-8). Wyznaczenie zatem zakresu prezentowanej analizy dorobku decyzyjnego Prezesa UOKiK ma jedynie wymiar symboliczny, podyktowany okolicznościowym charakterem niniejszego numeru iKAR. Analizie poddane zostały wszystkie decyzje Prezesa UOKiK dotyczące porozumień ograniczających konkurencję, a wydane na podstawie ustawy z 2007 r.[9], jedynie wyjątkowo w tekście wzmiankowane są również decyzje, dla których podstawą prawną były co prawda przepisy ustawy z 2000 r.[10], jednak rozstrzygnięcia te wydane zostały stosunkowo niedawno (w latach 2010-2011), więc należy przyjąć, że odzwierciedlają one aktualne tendencje polskiej polityki konkurencji[11].

[5] Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331, ze zm.) (uokik z 2007 r.).

[6] Polityka konkurencji na lata 2011-2013, s. 13.

[7] Ibidem.

[8] Por. Polityka konkurencji na lata 2011-2013, ss. 33-34.

[9] Analizie poddane zostały wszystkie decyzje Prezesa UOKiK udostępnione on-line pod adresem: http://www.uokik.gov.pl/decyzje_prezesa_uokik3.php. W sumie zanalizowano 87 decyzji.

[10] Ustawa z dnia 15.12.2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jednolity Dz. U. 2005 Nr 244, poz. 2080 ze zmianami).

[11] Chodzi o następujące decyzje: z dnia 30.12.2011 r., RWA-34/2011 z dnia 29.12.2011 r., RWA-27/2011; z dnia 31.12.2010 r., DOK-12/2010; z dnia 9.09.2010 r., RLU-17/2010; z dnia 24.05.2010 r., DOK-4/2010; z dnia 26.03.2010 r., RGD-5/2010.

II. W stronę podejścia zorientowanego na ocenę skutków ekonomicznych

Analiza decyzji Prezesa UOKiK w przyjętym okresie pozwala stwierdzić, że podejście skutkowe do porozumień ograniczających konkurencję realizowane jest poprzez: 1) przyjęcie dobrobytu konsumentów jako zasadniczej przesłanki interwencji antymonopolowej, 2) uwzględnianie kontekstu zawarcia i/lub funkcjonowania porozumienia jako ostatecznej determinanty oceny antymonopolowej, 3) odwołania (bezpośrednie lub pośrednie) do ugruntowanych ekonomicznie doktryn antymonopolowych, takich jak doktryna jednego przedsiębiorcy, czy doktryna niezbędnych ograniczeń, 4) umarzanie postępowań antymonopolowych ze względu na spełnienie przez porozumienie przesłanek określonych w art. 8 ust. 1 uokik (wyjątek legalny), 5) skalę zastosowania tzw. decyzji zobowiązujących, wydawanych na podstawie art. 12 uokik. Powyższa lista nie ma charakteru wyczerpującego i takiego mieć nie może ze względu na złożoność definicji zjawiska podejścia skutkowego, stanowi ona raczej subiektywny, choć oparty na rzetelnej analizie dorobku decyzyjnego, wybór elementów uznanych za przejaw ekonomizacji stosowania zakazu porozumień ograniczających konkurencję.

1. Doktryna dobrobytu konsumentów

Jednym z wyznaczników zaawansowanej ekonomizacji polityki konkurencji (w tym również stosowania zakazów praktyk ograniczających konkurencję) jest koncentrowanie się na dobrobycie konsumenta (*consumer welfare*) jako ostatecznym jej celu. W decyzjach Prezesa UOKiK w ostatnich latach coraz częściej pojawiają się bezpośrednie odniesienia do kategorii dobrobytu konsumenta[12]. W decyzji DOK-3/2010 pojawiła się bezpośrednia deklaracja, że „(…) ostatecznym celem ochrony konkurencji, o którym mowa w art. 1 uokik, jest maksymalizacja dobrobytu konsumentów (tzw. *consumer welfare*)”[13]. W decyzji w sprawie kartelu cementowego (DOK-7/2009) nawiązania do dobrobytu konsumentów pojawiły się natomiast jedynie poprzez cytaty z wytycznych Komisji w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 TWE. W niektórych decyzjach Prezes UOKiK powtarza – wprost lub pośrednio – zaczerpniętą z wyroku Sądu Najwyższego (SN)[14] – deklarację, że „ochrona konkurencji jako mechanizmu funkcjonowania gospodarki dokonywana jest ze względu na fakt, iż praktyki naruszające poszczególne przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, w szczególności zakaz porozumień ograniczających konkurencję, godzą w dobrobyt konsumenta (*consumer welfare*) i jako sprzeczne z naczelną funkcją ustawy powinny być surowo karane”[15]. W doktrynie (zarówno polskiej, jak i zagranicznej) o dobrobycie konsumentów jako ultymatywnym celu prawa konkurencji mówi się zwykle w ujęciu dynamicznym [prawo konkurencji ma służyć maksymalizacji nadwyżki (*maximization of surplus*)[16]], podczas gdy w jednej z decyzji Prezesa UOKiK wydanych w 2011 r. dobrobyt konsumentów ujmowany jest raczej statycznie jako przedmiot ochrony [„Praktyki ograniczające konkurencją

[12] Por. m.in. decyzje Prezesa UOKiK: z dnia 2.11. 2010 r., RPZ-26/2010; z dnia 15.06.2011 r., RPZ-7/2011; z dnia 25.07.2011 r., DOK-6/2011. Szerzej na temat doktryny dobrobytu konsumenta w polskim prawie antymonopolowym pod rządami poprzednich ustaw – por. D. Miąsik, *Controlled chaos with consumer welfare as the winner – a study of the goals of Polish antitrust law*, Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies 2008, vol. 1(1).

[13] Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 26.04.2010 r., DOK-3/2010, s. 27. W wydanej na podstawie przepisów ustawy z 2010 r. decyzji w sprawie kartelu cementowego (DOK-7/2009) nawiązania do dobrobytu konsumentów pojawiły się jedynie poprzez cytaty z wytycznych Komisji w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 TWE (Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 8.12.2009 r., DOK-7/2009, pkt 454, 476, 523).

[14] Wyrok SN z 19.10.2006 r., sygn. akt III SK 15/06.

[15] Por. m.in. decyzje Prezesa UOKiK: z 30.12.2011 r., RWA-53/2011; z dnia 25.07.2011 r., DOK-6/2011; z 29.04.2011 r., RKR-12/2011; z 24.12.2010 r., RPZ-31/2010, s. 7.

[16] Por. m.in.: K.J. Cseres, *The Controversies of the Consumer Welfare Standard*, Competition Law Review 2006 vol. 3(2), s. 124 i d.; W. Kovacic, *Competion policy, consumer protection and economic disadvantage*, (2007) 25 Jurnalof Law and Policy; M. Hutchings, P. Whealan, *Consumer interest in competition law cases*, Consumer Law Review 2006, vol. 16, s. 182.

godzą w ostatecznym wymiarze w interes odbiorców, a tym samym w dobrobyt konsumenta, którego ochrona jest ostatecznym celem prawa konkurencji (…)"[17], podkr. aut.]. Równocześnie jednak organ antymonopolowy dookreśla, że godzenie w dobrobyt konsumentów oznacza pozbawianie ich „końcowych korzyści wynikających z konkurencji takich jak: większy wybór, lepsza jakość, niższe ceny oraz większa innowacyjność produktów i usług oferowanych na rynku" (*ibidem*), co z kolei świadczy o tym, że dobrobyt konsumenta nie jest jednak postrzegany przez organ jako swoiste *status quo,* zespół stałych, „zastanych" elementów konstytuujących sytuację ekonomiczną i społeczną konsumentów. Incydentalnie w praktyce decyzyjnej organu pojawia się odwołanie do pojęcia „nadwyżki konsumentów" (*consumer surplus*)[18]. Dobrobyt konsumenta utożsamiany jest przy tym przez Prezesa UOKiK z interesem odbiorców[19], zaś nawiązania do doktryny dobrobytu konsumenta pojawiają się przede wszystkim w tych częściach decyzji, które analizują kategorię interesu publicznego jako przesłankę stosowania ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów[20]. Nawet jeśli nawiązania do kategorii pojęciowej dobrobytu konsumentów są dość lakoniczne i jedynie bardzo ogólnikowo wyznaczają standard dowodowy (lub choćby *benchmark*[21]) w sprawach antymonopolowych, to ich obecność w decyzjach organu ochrony konkurencji należy w moim przekonaniu odczytywać jako opowiedzenie się – przynajmniej w sferze deklaratywnej – za podejściem zorientowanym na skutki gospodarcze. Wniosek ten jest tym bardziej uprawniony, że nawet jeśli w niektórych decyzjach antymonopolowych brak jest bezpośredniego powołania się na dobrobyt konsumentów jako ultymatywnego celu ochrony konkurencji, to organ wydaje się realizować doktrynę *consumer welfare* wskazując, że „Jej (konkurencji – przyp. aut.) istotą jest współzawodnictwo niezależnych podmiotów w celu uzyskania przewagi pozwalającej na osiągnięcie maksymalnych korzyści ekonomicznych ze sprzedaży towarów i usług oraz maksymalne zaspokojenie potrzeb konsumentów na możliwie najkorzystniejszych warunkach"[22] lub „maksymalne zaspokojenie potrzeb konsumentów przy jak najniższych cenach"[23] (podkr. aut.). Warto zaznaczyć, że takie ujęcie koncepcji dobrobytu konsumentów uwypukla jej dynamiczny charakter.

2. Uwzględnianie kontekstu zawarcia i/lub funkcjonowania porozumienia jako ostatecznej determinanty oceny antymonopolowej

Ekonomizacja stosowania prawa konkurencji przejawia się między innymi w braku automatyzmu w ocenie porozumień między przedsiębiorcami i uwzględnianiu szerokiego kontekstu gospodarczego, w jakim porozumienie funkcjonuje. Za pozytywny przykład podejścia zorientowanego na skutki gospodarcze posłużyć może w tym kontekście decyzja w sprawie domniemanego ustalania cen na

[17] Decyzja Prezesa UOKiK z 30.12.2011 r., RPZ-39/2011. Por. także decyzje Prezesa UOKiK, w których ochrona interesów konsumentów wskazywana jest jako kolejny, „oprócz optymalizacji efektywności działań gospodarczych", cel zakazu porozumień ograniczających konkurencję (por. decyzje: z 28.04.2010 r., RKT-04/2010, s. 10; z 30.12.2009 r., RKT-49/2009, s. 39; z 28.12.2009 r., RKT-43/2009, s. 31; z 8.12.2009 r., RKT-35/2009, s. 16; z 15.09.2009 r., RKT-27/2009, s. 20; z 17.08.2009 r., RKT-22/2009, s. 13; z 31.12.2008 r., RKT-114/2008, s. 13; z 31.12.2008 r., RKT-107/2008, s. 11).

[18] Decyzja Prezesa UOKiK z 16.07.2010 r., DOK-6/2010, pkt 70.

[19] Por. decyzja Prezesa UOKiK z 30.12.2011 r., RPZ-39/2011.

[20] W niektórych decyzjach odniesienie do dobrobytu konsumentów pojawiło się w związku z nakładaniem sankcji za naruszenie zakazu porozumień ograniczających konkurencję (np. decyzja RWA-34/2011, DOK-6/2011).

[21] Tak K.J. Cseres, *The Controversies*…, s. 123.

[22] Por. decyzje Prezesa UOKiK: z 29.11.2011 r., RKT-37/2011, s. 8; z 12.08.2011 r., RKT-22/2011, s. 14; z 30.12.2010 r., RGD-32/2010, s. 22; z 17.12.2010 r., RKT-42/2010, s. 20; z 4.10.2010 r., RWR-24/2010, s. 10; z 28.04.2010 r., RKT-04/2010, s. 9; z 30.12.2009 r., RKT-49/2009, s. 34; z 8.12.2009 r., RKT-35/2009, s. 11; z 15.09.2009 r., RKT-27/2009, s. 18; z 17.08.2009 r., RKT-22/2009, s. 12; z 31.12.2008 r., RKT-110/2008, s. 32; z 31.12.2008 r., RKT-109/2008, s. 64; z 19.12.2008 r., RKT-88/2008, s. 41.

[23] Por. decyzje Prezesa UOKiK: z 28.11.2011 r., DOK-10/2011, pkt 60; z 4.11.2011 r., RKT-33/2011, s. 8; z 11.07.2011 r., RKT-16/2011, s. 10; z 31.12.2010 r., DOK-12/2010, s. 82; z 31.12.2010 r., DOK-11/2010, ss. 45-46; z 27.12.2010 r., RKT-47/2010, s. 8; z 30.12.2010 r., RKT-48/2010, s. 8; z 20.12.2010 r., RKT-43/2010, s. 9; z 24.05.2010 r., DOK-4/2010, pkt 262; z 26.04.2010 r., DOK-3/2010, s. 15; z 19.04.2010 r., RWA-3/2010, s. 10; z 30.12.2009 r., RKT-47/2009, s. 5; z 28.12.2009 r., RKT-44/2009, s. 21; z 28.12.2009 r., RKT-43/2009, s. 26; z 31.12.2008 r., RKT-114/2008, s. 9; z 31.12.2008 r., RKT-107/2008, s. 6; z 4.07.2008 r., DOK-3/2008, s. 11.

rynku usług przewodnickich w Sudetach Zachodnich (RKT-37/2011)[24]. Ocenie w świetle art. 6 ust. 1 uokik poddane zostały uchwały Zarządu Koła Przewodników Sudeckich w sprawie cenników i stawek za usługi przewodnickie. W toku postępowania antymonopolowego ustalono, że kwestionowane uchwały „zawierały jasne wskazanie, że informacja o cenach jest następstwem licznych zapytań ze strony biur podróży i innych kontrahentów, i to oni, a nie przewodnicy, są adresatem tej informacji"[25]. Z tego powodu, jak również ze względu na sugerowany charakter wskazanych cen[26], Prezes UOKiK nie dopatrzył się w analizowanych uchwałach anykonkurencyjnego celu, a dalsze badanie oddziaływania uchwał nie potwierdziło również ich antykonkurencyjnego skutku. Brak automatyzmu w ocenie praktyki w przywołanej decyzji jest szczególnie wartościowy również dlatego, że decyzję tę można postawić w jednym szeregu z innymi decyzjami dotyczącymi rynków usług przewodnickich, wydanymi w 2011 r. i uznającymi związane z cenami uchwały organizacji zrzeszających przewodników za praktyki ograniczające konkurencję (por. decyzja dotycząca przewodników beskidzkich[27] i decyzja dotycząca przewodników tatrzańskich[28]). Pogłębiona analiza rzeczywistego kontekstu porozumienia przewodników sudeckich doprowadziła jednak organ do odmiennych niż w innych decyzjach wniosków.

Kontekst gospodarczy przesądził także o uznaniu przez Prezesa UOKiK za porozumienie franchisingowe umów o współpracy zawartych między dystrybutorem masażerów a gabinetami partnerskimi (RPZ-31/2009[29]). Wstępna analiza doprowadziła do wniosku, że porozumienie to nie spełnia przesłanek definicji dystrybucji franchisingowej w rozumieniu § 2 pkt 6 rozporządzenia wyłączającego dla porozumień wertykalnych[30], ponieważ aparaty do masażu pozyskiwane od dystrybutora przez gabinety nie stanowiły przedmiotu dalszego obrotu. Ostatecznie jednak, analizując sens gospodarczy umowy, organ uznał, że mieści się ona w szerszej definicji franchisingu wypracowanej przez Sąd Antymonopolowy[31], a także w propozycji takiej definicji pochodzącej od OECD – obydwie te definicje opierały się na założeniu, że istotą franchisingu może być korzystanie przez franchisobiorcę z renomy i innych przejawów własności przemysłowej franchisodawcy. Kwalifikacja porozumienia jako dystrybucji franchisingowej skłaniała organ do liberalniejszej oceny antymonopolowej (ze względu na korzyści gospodarcze takiego systemu dystrybucji), jednak ostatecznie – ze względu na ustalanie sztywnych cen usług przez gabinety partnerskie i akceptowaniu ich przez dystrybutora – oceniana umowa nie mogła skorzystać z łagodniejszej oceny. Organ zaznaczył przy tym, że w umowie dopuszczalne byłoby jedynie sugerowanie cen „w formie wyliczeń opłacalności cen przy korzystaniu z danego urządzenia".

W duchu podejścia skutkowego wydana została decyzja uznająca za porozumienie ograniczające dostęp do rynku lub eliminującego z tego rynku przedsiębiorcę nieobjętego porozumieniem (art. 6 ust. 1 pkt 6) praktykę Organizacji Firm Badania Opinii i Rynku polegającą na uzależnieniu możliwości uzyskania certyfikatu jakości badań od członkostwa w tej organizacji, w sytuacji, gdy ograniczenie

[24] Decyzja Prezesa UOKiK z 29.11.2011 r., RKT-37/2011.

[25] Decyzja Prezesa UOKiK z 29.11.2011 r., RKT-37/2011, s. 15. Jako zakazane porozumienie antykonkurencyjne Prezes UOKiK uznał natomiast cennik usług fotograficznych, zawierający „sugerowane minimalne ceny", opracowany przez Stowarzyszenie Dziennikarzy Polskich. Inaczej niż w decyzji dotyczącej przewodników sudeckich organ antymonopolowy stwierdził, że cennik ten został przygotowany dla samych świadczeniodawców (fotografów) i w następstwie ich zapytań – por. decyzja z 2.11.2010 r., RPZ-26/2010.

[26] Z reguły rekomendacje cenowe w relacjach horyzontalnych uznawane są zakazane praktyki antykonkurencyjne – decyzja Prezesa UOKiK z 28.04.2010 r., RKT-04/2010.

[27] Decyzja Prezesa UOKiK z 19.12.2011 r., RKT-50/2011.

[28] Decyzja Prezesa UOKiK z 29.04.2011 r., RKR-12/2011.

[29] Decyzja Prezesa UOKiK z 31.12.2009 r., RPZ-31/2009.

[30] Rozporządzenie Rady Ministrów z 19.11.2007 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (Dz. U. nr 230, poz. 1691).

[31] Por. wyrok Sądu Antymonopolowego z 21.07.1992 r., XVII Amr 12/92, Orzecznictwo Gospodarcze 1992, z. 4, poz. 83.

to nie mogło zostać usprawiedliwione dbałością o jakość certyfikatów[32]. Tego rodzaju porozumienia, zbliżone w swojej istocie do porozumień standaryzacyjnych, rzeczywiście ograniczają konkurencję w ważnym dla rynku właściwego (krajowy rynek badania opinii i rynku) aspekcie jakościowym.

Podejście skutkowe widoczne jest, moim zdaniem, również we wzbudzającej wiele kontrowersji decyzji Prezesa UOKiK uznającej za zakazane antykonkurencyjne porozumienie stanowisko Naczelnej Rady Lekarskiej (NRL) rekomendujące lekarzom nie przepisywanie pacjentom leków homeopatycznych, w tym preparatów wydawanych wyłącznie na receptę (DOK-6/2011)[33]. Dowodząc spełnienia przez stanowisko NRL przesłanek antykonkurencyjnego celu i skutku porozumienia, organ antymonopolowy słusznie wskazał, że „przynajmniej potencjalnie" wdrażanie stanowiska Rady przyczynia się do ograniczenia dostępności środków homeopatycznych, potencjalność ta łatwo przekształca się zaś w rzeczywisty skutek, jeśli wziąć pod uwagę, że niestosowanie się do wytycznych NRL może być źródłem odpowiedzialności zawodowej, a praktyka odnotowała przypadki wszczynania postępowań dyscyplinarnych w tym przedmiocie. Na gruncie omawianej decyzji na uwagę zasługuje również fakt, że organ antymonopolowy wielokrotnie podkreśla w uzasadnieniu decyzji, że kwestionowana praktyka miała szeroki zakres oddziaływania, obejmujący nie tylko producentów leków homeopatycznych i podmioty zaangażowane w ich dystrybucję i sprzedaż, ale również – jeśli nie przede wszystkim – pacjentów, godząc w ich interes poprzez ograniczenie możliwości korzystania z określonych metod leczenia. Stanowisko Prezesa UOKiK w tym względzie wydaje się realizować doktrynę dobrobytu konsumentów. Nawet jeśli stanowisko NRL nie wypływało z pobudek „rynkowych", ale stanowiło – według Rady – realizację jej kompetencji „co do wypowiadania się w sprawach ochrony zdrowia i zasad wykonywania zawodu"[34], to organ ochrony konkurencji słusznie uznał, że wykonywanie tych kompetencji mogło co najmniej potencjalnie wpłynąć na określony rynek właściwy (krajowy rynek sprzedaży leków homeopatycznych wydawanych z przepisu lekarza) i stanowiło *de facto* 'próbę „regulacji" rynku'. Z perspektywy rekomendowanego we współczesnej polityce konkurencji podejścia skutkowego na aprobatę zasługuje reakcja organu antymonopolowego na takie „przejawy aktywności samorządu zawodowego, które formalnie mieszcząc się w przyznanych mu kompetencjach, godzą jednak w interes publicznoprawny wyrażający się w konieczności zapewnienia, aby na rynku istniała niezakłócona konkurencja"[35].

Za widoczny znak stosowania zakazu porozumień ograniczających konkurencję można uznać również okoliczność, że organ antymonopolowy skutecznie reaguje na coraz bardziej wysublimowane praktyki przedsiębiorców, w tym m.in. porozumienia typu *hub-and-spoke* (DOK-12/2010; DOK-4/2010[36]), które „formalnie zakwalifikowane jako wertykalne w rzeczywistości miało skutki typowe dla porozumienia horyzontalnego i nosiło cechy typowe dla kartelu detalistów, nadzorowanego i stabilizowanego przez producenta"[37].

Analiza decyzji Prezesa UOKiK z omawianego okresu wskazuje, że większość interwencji antymonopolowych organu zakończonych decyzją uznającą praktykę za ograniczającą konkurencję

[32] Decyzja Prezesa UOKiK z 19.10.2009 r., RWA-33/2009.

[33] Decyzja Prezesa UOKiK z 25.07.2011 r., DOK-6/2011.

[34] Prezes UOKiK był również świadomy pozagospodarczej motywacji działalności NRL („W ocenie Prezesa Urzędu intencją samorządu lekarzy (…) nie było ograniczenie konkurencji na rynku właściwym, lecz inne względy związane z realizacją zadań samorządu lekarskiego" – s. 43 omawianej decyzji).

[35] Decyzja Prezesa UOKiK z 31.12.2009 r., RPZ-31/2009, s. 27.

[36] Por. decyzja Prezesa UOKiK z 31.12.2010 r., DOK-12/2010; z 24.05.2010 r., DOK-4/2010. Decyzje te są przedmiotem głębszych analiz w: A. Bolecki, *Polish Antitrust Experience with Hub-and-Spoke Conspiracies*, Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies 2011, vol. 4(5).

[37] Decyzja Prezesa UOKiK z 31.12.2010 r., DOK-12/2010, s. 107; z 24.05.2010 r., DOK-4/2010, pkt 342.

dotyczyła karteli cenowych występujących bądź to w formie „klasycznej" (tj. jako porozumienie *sensu stricte*) bądź w formie uzgodnień. Za zakazane uzgodnienie uznana została m.in. wymiana informacji o cenach między związkami przedsiębiorców świadczących usługi taksówkarskie w Płocku – w decyzji RWA-34/2011[38] Prezes UOKiK podkreślił, że uzgodnienie w rozumieniu art. 4 pkt 5 lit. b uokik może nastąpić także w przypadku wzajemnej informacji przedsiębiorców o przyszłych zachowaniach rynkowych, „w oczekiwaniu na osiągnięcie efektu koordynacyjnego". Na uwagę zasługuje okoliczność, że dowiedzenie istnienia kartelu cenowego w przywołanej sprawie miało charakter pośredni i wymagało zastosowania domniemania faktycznego. Korzystanie z dowodów pośrednich w celu uznania porozumienia za ograniczające konkurencję zostało co prawda dopuszczone przez SN w wyroku z 9.08.2006 r., sygn. III SK 6/06, jest ono akceptowane także w orzecznictwie unijnym, niemniej jednak kwestia ta może budzić pewne kontrowersje. W moim przekonaniu odwoływanie się do dowodów pośrednich jest niezbędne dla prowadzenia skutecznej polityki antykartelowej i jako takie nie tylko nie pozostaje w sprzeczności z podejściem ekonomicznym do stosowania zakazu antykonkurencyjnych porozumień, ale nawet wspiera ekonomizację stosowania tego zakazu, jeśli przyjąć, że celem ekonomizacji jest m.in. koncentracja na wykrywaniu najpoważniejszych ograniczeń konkurencji (*hardcore cartels*)[39]. Wykrywanie karteli, zwłaszcza tych w formie uzgodnień, w wielu przypadkach wydaje się niemożliwe w inny sposób niż właśnie poprzez zastosowanie dowodów pośrednich, ważne jednak, aby korzystanie z takich dowodów nie prowadziło do całkowitej dowolności ocen w postępowaniu antymonopolowym. Wydaje się, że test domniemania faktycznego, zastosowany przez Prezesa UOKiK w postępowaniu w sprawie RWA-53/2010, jest na tyle rzetelny, by ryzyko takie wykluczyć[40]. Test ten oparty został na trzech elementach: 1) zbieg działań lub zaniechań uczestników porozumienia, 2) brak lub nieprawdziwe uzasadnienie tych zachowań, 3) prawdopodobieństwo kontaktu przedsiębiorców uczestniczących w porozumieniu. Z perspektywy ekonomizacji ocen antymonopolowych istotne jest również właściwe przeprowadzenie punktu drugiego wskazanego testu, sprowadzające się do wyznaczenia granicy między sprzecznym z prawem działaniem a dozwolonymi działaniami równoległymi – wyniki tego badania w omawianej decyzji są co prawda przekonujące, jednak podejście ekonomiczne wymagałoby odwołania się nie tylko – jak ma to miejsce w decyzji – do wspólnotowego wzorca orzeczniczego[41], ale także do teorii ekonomicznych. Słusznie jednak organ podkreśla, że „Najszerszą kategorią dowodów pośrednich są dowody ekonomiczne", a „Zachowania rynkowe są dowodami ekonomicznymi, które należą do najważniejszych"[42].

3. Odwołania (bezpośrednie lub pośrednie) do ugruntowanych ekonomicznie doktryn antymonopolowych

Niewątpliwie przejawem podejścia zorientowanego na skutki gospodarcze było rozważenie przez organ antymonopolowy możliwości zastosowania doktryny jednego podmiotu gospodarczego (*single economic unit*)[43] w sprawie porozumienia między producentem roślin a jego dystrybutorami

[38] Decyzja Prezesa UOKiK z 30 grudnia 2011 r., RWA-34/2011.

[39] Por. np. decyzja Prezesa UOKiK z 8.12.2009 r., DOK-7/2009, pkt VI.1.2.

[40] W innych decyzjach Prezesa UOKiK test domniemania faktycznego, nawet jeśli w rzeczywistości zawierał wskazane elementy, nie były one tak dobitnie wyszczególnione, co może stwarzać wrażenie nadmiernej uznaniowości organu w przyjmowaniu określonych faktów za udowodnione – por. decyzja z 26.03.2010 r., RGD-5/2010.

[41] *Dyestuffs*, 1969 OJ L 195/11.

[42] Decyzja Prezesa UOKiK z 24.03.2010 r., RWR-5/2010, s. 21.

[43] Szerzej na temat koncepcji jednego organizmu gospodarczego por. G. Materna, *Pojęcie przedsiębiorcy w polskim i europejskim prawie ochrony konkurencji*, Warszawa 2009, ss. 130 i nast.

(DOK-11/2010[44]). Przeprowadzona przez Prezesa UOKiK analiza przesłanek dla zastosowania tej doktryny oparta została na orzecznictwie ETS, jednak – mimo istniejących powiązań o charakterze kapitałowym i osobowym – ostatecznie nie stwierdzono możliwości uznania producenta i dystrybutorów za jednolity organizm gospodarczy. Negatywny wniosek analizy nie przekreśla jednak gospodarczego aspektu tego rozstrzygnięcia – na aprobatę zasługuje nie tylko kwestia podjęcia tego problemu w sprawie, lecz także fakt, że decyzja w sprawie *Ogrody Polskie* zawiera bodaj najbardziej rozwiniętą analizę *single economic unit* w dotychczasowym dorobku polskiego prawa antymonopolowego.

Z kolei echo doktryny niezbędnych ograniczeń[45] pobrzmiewa w decyzji Prezesa UOKiK w decyzji DOK-11/2010, w której, oceniając postanowienia cenowe w porozumieniach wertykalnych, organ ochrony konkurencji stwierdził, że „Kwestionowane ustalenia nie były niezbędne dla realizacji przez producenta sprzedaży wytwarzanych przez niego wyrobów ogrodniczych”[46]. Pośrednio organ antymonopolowy wskazał zatem, że działań przedsiębiorcy nie da się usprawiedliwić poprzez doktrynę niezbędnych ograniczeń. Podobne zastrzeżenie („postanowienie dotyczące zasad ustalania cen za usługi świadczone w Gabinetach Partnerskich nie było niezbędne dla ich prawidłowego funkcjonowania”[47]) znalazło się zresztą w decyzji RPZ-31/2009, dotyczącej porozumienia cenowego, przy czym zostało ono sformułowane w kontekście przesłanki proporcjonalności z art. 8 ust. 1 pkt 3 uokik, nie może być zatem traktowane jako przejaw doktryny koniecznych ograniczeń[48].

4. Umarzanie postępowań ze względu na spełnienie przesłanek z art. 8 ust. 1 uokik

Ekonomizację prawa konkurencji można postrzegać również jako możliwie najszersze (choć uzasadnione) stosowanie wyłączeń (wyjątków) spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję. W praktyce podejście takie oznacza m.in. to, że niemożność zastosowania wobec określonego porozumienia wyłączenia grupowego (czy to ze względu na niespełnienie przesłanek ilościowych wyłączenia, czy też ze względu na brak wyłączenia dla danej kategorii porozumień) nie wyklucza poddania tego porozumienia analizie z punktu widzenia spełnienia przesłanek z art. 8 ust. 1 uokik, a tym samym – objęcia porozumienia wyjątkiem legalnym. W przeszłości organ antymonopolowy stał na stanowisku, zgodnie z którym brak możliwości wyłączenia porozumienia na podstawie rozporządzenia Rady Ministrów, wydanego na podstawie (obecnego) art. 8 ust. 3 uokik, stanowił równocześnie o braku możliwości zastosowania wyjątku legalnego[49]. Praktyka decyzyjna Prezesa UOKiK w analizowanym okresie pozwala stwierdzić, że nieobowiązywanie rozporządzenia wyłączającego dla określonej kategorii porozumień nie wyklucza możliwości poddania tego porozumienia wyjątkowi legalnemu (który w decyzjach organu ochrony konkurencji nadal zazwyczaj określany jest jako „wyłączenie indywidualne”[50]; także jako „wyłączenie indywidualne jakościowe”[51]); incydentalnie w decyzjach

[44] Decyzja Prezesa UOKiK z 31.12.2010 r., DOK-11/2010, pkt 156-167 (ss. 58-60).

[45] Szerzej na temat tej doktryny por. A. Jurkowska, *Doktryna niezbędnych ograniczeń we wspólnotowym orzecznictwie antymonopolowym w sprawach porozumień ograniczających konkurencję*, Problemy Zarządzania nr 3(5)/2004.

[46] Decyzja Prezesa UOKiK z 31.12.2010 r., DOK-11/2010, pkt 188 (s. 68).

[47] Decyzja Prezesa UOKiK z 31.12.2009 r., RPZ-31/2009, s. 24.

[48] Por. także decyzja Prezesa UOKiK z 19.10.2009 r., RWA-33/2009, s. 25.

[49] Por. decyzja Prezesa UOKiK z 29.12.2007 r., DOK-164/2007.

[50] Por. decyzje Prezesa UOKiK: z 25 lipca 2011 r., DOK-6/2011 (s. 41), z 23.11.2011 r., RPZ-33/2011, s. 16; z 12.08.2011 r., RKT-22/2011, s. 28; z 17.12.2010 r., RKT-42/2010, ss. 29-30; z 30.12.2009 r., RKT-49/2009, ss. 48-49; z 8.12.2009 r., DOK-7/2009, pkt 537 i nast.; z 31.12.2008 r., RKT-107/2008, s. 15; z 19.12.2008 r., RKT-88/2008, s. 53. Na temat stosowania pojęć: „wyjątek legalny” i „wyłączenie indywidualne” zob. A. Jurkowska, T. Skoczny, *Wyłączenia grupowe spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję we wspólnotowym i polskim prawie ochrony konkurencji*, [w:] A. Jurkowska, T. Skoczny (red.), *Wyłączenia grupowe spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję we Wspólnocie Europejskiej i w Polsce*, Warszawa 2008, ss. 27-74.

[51] Decyzja Prezesa UOKiK z 26.04.2010 r., DOK-3/2010, s. 38.

Prezesa UOKiK odnaleźć można pojęcie wyjątku legalnego[52], reguły rozsądku[53] czy wyłączenia racjonalizującego[54]. Istnieją również podstawy do uznania, że w sytuacji, gdy np. określone porozumienie wertykalne nie spełniało przesłanek wyłączenia grupowego dla porozumień wertykalnych, Prezes UOKiK dopuściłby do zastosowania wyjątku legalnego (oczywiście o ile strony udowodniłyby spełnienie przesłanek z art. 8 ust. 1 uokik), co pozostaje w duchu podejścia ekonomicznego[55].

W analizowanym okresie wydana została pierwsza (nie tylko pod rządami uokik z 2007 r., ale w ogóle pod rządami ustaw o ochronie konkurencji i konsumentów) decyzja o niestosowaniu zakazu z art. 6 ust. 1 ze względu na spełnienie przesłanek efektywnościowych wskazanych w art. 8 ust. 1 uokik (RKT-33/2011[56]); w sensie formalnym decyzja umorzyła postępowanie jako bezprzedmiotowe na mocy art. 105 § 1 KPA. Przedmiotem oceny organu antymonopolowego była uchwała Polskiego Stowarzyszenia Flisaków Pienińskich na Rzece Dunajec w Sromowcach Niżnych przyjmująca cennik za usługi spływu rzeką świadczonej przez indywidualnych flisaków-członków organizacji. Postępowanie antymonopolowe potwierdziło antykonkurencyjny charakter praktyki, ale jednocześnie Prezes UOKiK uznał argumenty Stowarzyszenia Flisaków wskazujące na spełnienie przesłanek z art. 8 ust. 1 uokik. Po pierwsze, organ antymonopolowy uznał, że „wspólne ustalanie cen przez Stowarzyszenie przyczynia się do świadczenia usług spływu Dunajcem w sposób bardziej efektywny i tym samym powoduje polepszenie dystrybucji tych usług". Po drugie, „przyjęta forma działalności zapewnia turystom właściwą obsługę i bezpieczeństwo, co byłoby niemożliwe przy świadczeniu tych usług indywidualnie przez flisaków". Po trzecie, korzyści z porozumienia „nie wystąpiłyby w przypadku indywidualnego ustalania cen przez flisaków lub też ich osiągnięcie byłoby niezwykle trudne". Po czwarte, „nie można uznać, że porozumienie to wymierzone jest przeciwko aktualnym i potencjalnym konkurentom Stowarzyszenia". Umorzenie postępowania antymonopolowego w tej sprawie oceniam pozytywnie, jest to zresztą tym ważniejszy przejaw podejścia skutkowego, że umorzenie dotyczy horyzontalnego porozumienia cenowego, powszechnie uznawanego za najgroźniejszy „delikt antymonopolowy". Do rozważenia pozostaje jednak okoliczność czy ten sam efekt (tj. brak zastosowania wobec porozumienia zakazu porozumień ograniczających konkurencję) nie mógłby zostać osiągnięty poprzez oparcie oceny antymonopolowej na doktrynie niezbędnych ograniczeń. Uzgodnienia cenowe z powodzeniem mogłyby zostać uznane za konieczne dla realizacji współpracy (a w tym wypadku nawet szerzej – konieczne dla funkcjonowania rynku i świadczenia usług spływu), skoro nawet Prezes UOKiK przyznał, że „ustalanie cen za spływ indywidualnie przez każdego flisaka, aczkolwiek jest możliwe z teoretycznego punktu widzenia, to jednakże jeśli nie uniemożliwiłoby, to co najmniej utrudniłoby wspólną sprzedaż biletów, co byłoby niekorzystne dla konsumentów"[57]. Również inne argumenty wskazane przez Prezesa UOKiK jako uzasadnienie dla zastosowania wyjątku legalnego dowodzą, że przyjęty przez stowarzyszenie flisaków cennik nie tyle prowadzi do sytuacji, w której korzyści wynikające z ograniczenia konkurencji przeważają nad kosztami dla konkurencji, ile jest on niezbędny dla racjonalnego gospodarczo świadczenia usług (bez wspólnego cennika nie byłoby możliwe funkcjonowanie

[52] Pojęcie „wyjątek legalny" użyte zostało poprzez nawiązanie do piśmiennictwa – por. decyzja Prezesa UOKiK z 8.07.2011 r., RLU-9/2011, s. 13.

[53] Decyzje Prezesa UOKiK: z 17.12.2010 r., RKT-42/2010, ss. 29-30; z 28.04.2010 r., RKT-04/2010, s. 20; z 26.04.2010 r., DOK-3/2010, s. 35; z 14.12.2009 r., RPZ-26/2009, s. 10; z 15.09.2009 r., RKT-27/2009, s. 30; z 31.12.2008 r., RKT-110/2008, s. 35; z 31.12.2008 r., RKT-109/2008, s. 75.

[54] Decyzja Prezesa UOKiK z 16.07.2010 r., DOK-6/2010, pkt 201 (8.3.2.).

[55] Por. np. decyzje Prezesa UOKiK: z 28.12.2011 r., DOK-12/2011, pkt 120-123; z 23.11.2011 r., RPZ-33/2011, s. 16; z 31.12.2010 r., DOK-12/2010, s. 109; z 21.07.2009 r., RWA-10/2009, s. 24. Inaczej jednak: decyzja Prezesa UOKiK z 31.12.2008 r., RKT-109/2008, s. 75.

[56] Decyzja Prezesa UOKiK z 4.11.2011 r., RKT-33/2011.

[57] Decyzja Prezesa UOKiK z 4.11.2011 r., RKT-33/2011, s. 17.

wspólnej kasy biletowej, z kolei brak takiej kasy wpływałby na pogorszenie jakości organizacji usług i np. uniemożliwiał konsumentom dokonywanie transakcji kartami płatniczymi)[58].

Należy również zaznaczyć, że dla zastosowania wyjątku legalnego z tytułu spełnienia przesłanek z art. 8 ust. 1 uokik Prezes UOKiK wymaga dowodów empirycznych[59], a także wykazania związku przyczynowego między porozumieniem a deklarowanymi korzyściami[60], co również można uznać za zorientowane na skutki gospodarcze podejście do oceny porozumień między przedsiębiorcami.

Dla pełnego obrazu praktyki decyzyjnej na gruncie uokik z 2007 r. należy dodać, że wśród analizowanych decyzji znalazła się decyzja, w której Prezes UOKiK umorzył postępowanie ze względu na fakt, że porozumienie o wyłącznych dostawach[61] kwalifikowało się do wyłączenia grupowego na podstawie rozporządzeń wyłączających porozumienia wertykalne z 2002 r. i z 2007 r., a także decyzja umarzająca postępowanie ze względu na spełnienie przesłanek reguły *de minimis* (art. 7)[62].

5. Zastosowanie decyzji zobowiązujących na podstawie art. 12 uokik

Za przejaw podejścia skutkowego do oceny antymonopolowej porozumień między przedsiębiorcami można uznać również wykorzystywanie decyzji zobowiązujących, wydawanych na podstawie art. 12 uokik, jako sposobu zakończenia postępowania antymonopolowego. Przyjmowanie takich decyzji może świadczyć o tym, że priorytetem dla organu ochrony konkurencji jest likwidacja istniejącego stanu naruszania zakazu antykonkurencyjnych porozumień i ewentualnie odwrócenie skutków tego naruszenia w sferze gospodarczej („nałożenie zobowiązań pozwoli wyeliminować kwestionowane klauzule w sposób szybszy niż miałoby to miejsce w przypadku wydania decyzji stwierdzającej praktykę ograniczającą konkurencję, a jednocześnie pozwoli osiągnąć stan rynku zgodny z prawem konkurencji znacznie wcześniej”[63] – podkr. aut.).

Decyzje zobowiązując racjonalizują także politykę konkurencji, m.in. poprzez zmniejszenie kosztów prowadzenia postępowania antymonopolowego, które kończy się już w momencie uprawdopodobnienia naruszenia zakazu z art. 6 ust. 1 uokik i nie wymaga przeprowadzenia pełnego postępowania dowodowego, co stanowi kolejny aspekt ekonomizacji polityki konkurencji. Co ważne, organ ochrony konkurencji słusznie dba o to, aby decyzje zobowiązujące realizowały ten aspekt ekonomizacji i odmawia wydawania decyzji na podstawie art. 12 uokik, jeśli naruszenie zostało już udowodnione (tj. po zebraniu kompletnego materiału dowodowego)[64].

W analizowanym okresie wydane zostały cztery decyzje zobowiązujące odnoszące się do porozumień[65], wszystkie one dotyczyły porozumień wertykalnych, w tym porozumień cenowych, co może świadczyć o tym, że wbrew deklaracjom w licznych decyzjach, a także wbrew stanowisku wyrażonemu w wytycznych o karach, wertykalne ograniczenia cenowe nie we wszystkich przypadkach oceniane są przez Prezesa UOKiK jako poważne ograniczenia konkurencji. W obliczu niewielkiej liczby decyzji zobowiązujących na pozytywną ocenę zasługuje jednak okoliczność, że w decyzjach zobowiązujących organ ochrony konkurencji wyczerpująco przedstawia argumenty, jakie skłoniły go do podjęcia

[58] Ibidem, s. 18.

[59] Tak decyzja Prezesa UOKiK z 29.12.200 r., DAR-15/2006. Por. także decyzje: z 26.04.2011 r., DOK-3/2011, s. 31; z 16.06.2010 r., RBG-6/2010, s. 19.

[60] Tak decyzje Prezesa UOKiK: z 3.08.2009 r., RWR-18/2009, s. 32; z 19.12.2008 r., RKT-88/2008, ss. 53-54.

[61] Decyzja Prezesa UOKiK z 30.12.2009 r., RKT-47/2009.

[62] Decyzja Prezesa UOKiK z 28.08.2008 r., RLU-30/2008.

[63] Decyzja Prezesa UOKiK z 13.11.2009 r., DOK-6/2009, s. 17. Por. także decyzja z 4.07.2008 r., DOK-3/2008, s. 24.

[64] Por. decyzja Prezesa UOKiK z 16.07.2010 r., DOK-6/2010, pkt 219; z 31.12.2008 r., RKT-109/2008, s. 80; z 31.12.2008 r., RKT-107/2008, s. 17.

[65] Decyzje Prezesa UOKiK: z 23.11.2011 r., RPZ-33/2011; z 26.04.2011 r., DOK-3/2011; z 13.11.2009 r., DOK-6/2009; z 4.07.2008 r., DOK-3/2008.

określonego rozstrzygnięcia. Wśród argumentów tych należy odnotować te o ściśle gospodarczych konotacjach takie jak np. fakt, że „praktyka stosowana jest przez przedsiębiorcę, który dysponuje relatywnie niskimi udziałami rynkowymi" lub że „nie znaleziono dowodów, żeby długotrwałość praktyki prowadziła do zwielokrotnienia negatywnych skutków praktyki"[66]. Podobnie, jeśli Prezes UOKiK odmawia przychylenia się do wniosku przedsiębiorcy o wydanie decyzji na podstawie art. 12 uokik, w uzasadnieniu decyzji wydanej ostatecznie na podstawie art. 10 lub 11 uokik organ dokładnie wyjaśnia przyczyny odmowy[67].

III. Podejście ekonomiczne w odwrocie?

W praktyce decyzyjnej organu ochrony konkurencji w analizowanym okresie można zidentyfikować również takie decyzje, w których podejście formalne nadal wydaje się przeważać nad podejściem skutkowym. I tak, jeśli uznać, że widocznym przejawem podejścia zorientowanego na skutki gospodarcze byłoby bardziej liberalne traktowanie porozumień wertykalnych dotyczących ustalania sztywnych lub minimalnych cen odsprzedaży, to należy stwierdzić, że praktyka decyzyjna polskiego organu antymonopolowego w tym zakresie w zasadzie pozbawiona jest cech charakterystycznych dla ekonomizacji. Zorientowana na efekty gospodarcze ocena antymonopolowa porozumień wertykalnych oznacza w praktyce postrzeganie tych porozumień jako zakazanych ze względu na skutek, a nie zakazanych ze względu na cel. Trzeba przy tym zaznaczyć, że kwalifikowanie cenowych porozumień pionowych jako ograniczeń ze względu na skutek nie doczekało się dotąd pełnej akceptacji w doktrynie[68], a przełomowe amerykańskie orzeczenie w sprawie *Leegin*[69], poddające takie porozumienia regule rozsądku (zamiast zakazu *per se*) nie ma wielu następców. Okoliczności te sprawiają, że wokół wertykalnych porozumień cenowych dotyczących cen minimalnych lub sztywnych nie ma atmosfery „podejścia ekonomicznego".

We wszystkich pochodzących z analizowanego okresu decyzjach w sprawie cenowych porozumień wertykalnych wertykalne uzgadnianie (narzucanie) cen sztywnych lub minimalnych traktowane jest jako ograniczenie zakazane ze względu na cel, w konsekwencji czego dla porozumień tych obowiązuje obniżony standard dowodowy, polegający na braku konieczności badania rzeczywistych skutków porozumienia (okoliczność, że w niektórych decyzjach Prezes UOKiK dowodzi również antykonkurencyjnych skutków wynika nie tyle z przyjętego dla oceny porozumień wertykalnych standardu, ile z potrzeby dowiedzenia skutków ze względu na formę porozumienia, jaką stanowi uzgodnienie w rozumieniu art. 4 pkt 5 lit. b uokik[70]). Zgoda na taki obniżony standard dowodowy jest powszechna zarówno w obcej, jak i polskiej doktrynie[71], jednak należy ją traktować w moim przekonaniu jako

[66] Decyzja Prezesa UOKiK z 26.04.2011 r., DOK-3/2011, ss. 34-35.

[67] Por. decyzja Prezesa UOKiK z 30.12.2011 r., RPZ-39/2011, ss. 28-29.

[68] Zagadnienie podejścia do ustalania cen odsprzedaży w świetle obowiązujących norm prawa unijnego kompleksowo analizują A. Zawłocka-Turno, B. Turno, *Ustalanie sztywnych lub minimalnych cen odsprzedaży jako porozumienie ograniczające konkurencję ze względu na cel (przedmiot) w prawie unijnym*, RPEiS nr 4/2011 (por. także cytowana tam literatura obca). Zwolennikiem liberalnego traktowania wertykalnych porozumień cenowych wydaje się w polskim piśmiennictwie Ł. Grzejdziak – por. *Zakaz ustalania cen odsprzedaży towarów. Warunek sine qua non efektywnej konkurencji czy nieproporcjonalne ograniczenie wolności gospodarczej* [w:] W. Szwajdler, H. Nowicki (red.), *Konstytucyjna zasada wolności gospodarczej*, Toruń 2009, s. 122-130; na korzyści z narzucania cen odsprzedaży wskazuje również E. Misiejuk, *Narzucanie cen odsprzedaży a ochrona konkurencji*, Problemy Zarządzania nr 3(5)/2004.

[69] Wyrok z 28.06.2007 r. *Leegin Creative Letaher Products, Inc. v. PSKS INC*, *dba Kay's Kloset… Kay's Shoes*, 551 U.S. 877, 127 S.Ct. 2705.

[70] Tak np. decyzja Prezesa UOKiK z 31.12.2010 r., DOK-12/2010, dotycząca porozumienia na rynku wprowadzania do obrotu farb i lakierów (ss. 105-106).

[71] W komentarzu do art. 6 uokik również wskazałam na obniżenie standardu dowodowego wobec porozumień typu *hardcore cartels*, zastrzegłam przy tym, że „Obniżenie standardów dowodowych nie powinno oznaczać jednak absolutnego porzucenia kontekstu ekonomicznego, w jakim funkcjonuje oceniane porozumienie – postawa taka byłaby sprzeczna ze współczesną aksjologią prawa ochrony konkurencji, wyrażającą się w tzw. podejściu ekonomicznym. Ponadto, ograniczenie ocen porozumienia do jego elementów formalnych jest bardziej uprawnione w odniesieniu do porozumień horyzontalnych, niż wertykalnych" (podkr. aut.) – por. A. Jurkowska, [w:] T. Skoczny, A. Jurkowska, D. Miąsik, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 380 (Nb 27).

przejaw racjonalizacji prowadzenia postępowania antymonopolowego, nie zaś bezwzględnie obowiązującą wytyczną proceduralną. Krytycznie oceniam zatem występujące w wielu decyzjach dotyczących cenowych porozumień wertykalnych zastrzeżenie, że „w związku z faktem, iż porozumienie cenowe jest zakazane bez względu na udział w rynku poszczególnych stron porozumienia, nawet ewentualne uchybienia w zakresie określenia rynku i błędne przyjęcie udziału rynkowego nie mają znaczenia dla treści rozstrzygnięcia”[72] (jedynie incydentalnie organ antymonopolowy zastrzega, że „Nie zmienia to jednak okoliczności, że rynek powinien być wyznaczony prawidłowo”[73]). Teza taka została rzeczywiście wyrażona w orzecznictwie antymonopolowym[74], przede wszystkim w celu utrzymania legalności decyzji Prezesa UOKiK, jednak nie powinna ona być wykorzystywana jako trwałe i automatyczne uzasadnienie postrzegania wyznaczania rynku właściwego jako „zagadnienia ubocznego”[75]. Takie zdecydowane zamknięcie organu antymonopolowego na choćby rozważenie antykonkurencyjnych skutków porozumień wyklucza możliwość zastosowania podejścia zorientowanego na efekty gospodarcze.

Wiele decyzji uznających wertykalne uzgodnienia cenowe za zakazane wydaje się jak najbardziej uzasadnionych: przykładowo, producent pieców konwekcyjno-parowych, ustanawiając w stosunkach ze swoimi dystrybutorami maksymalną wielkość rabatu w ofertach publicznych (a tym samym – minimalną cenę odsprzedaży), sam przyznawał się w korespondencji wewnętrznej z uczestnikami sieci dystrybucyjnej do niezgodności swoich działań z regułami konkurencji, a nałożony na dystrybutorów obowiązek zmiany wysokości rabatów do rekomendowanego przez producenta określał jako „porządkowanie rynku” (decyzja RPZ-39/2011[76]); „uporządkowanie cen na rynku” i związana z tym eliminacja wojen cenowych stanowiły również motywację zakwestionowanej przez Prezesa UOKiK współpracy producentów farb i lakierów z sieciami hipermarketów budowlanych (decyzja DOK-12/2010[77]). Przekonujące wydaje się również uzasadnienie Prezesa UOKiK dla uznania za ograniczającą konkurencję praktyki ustalania minimalnych cen odsprzedaży sprzętu i akcesoriów muzycznych przez Roland Polska dla dystrybutorów tej spółki[78]. W duchu podejścia ekonomicznego pozostaje również generalnie decyzja, gdzie Prezes UOKiK uznaje za zakazane porozumienie ustanawiające co prawda jedynie sugerowane ceny odsprzedaży detalicznej odzieży i sprzętu sportowego, ale równocześnie te rekomendacje cenowe opatrzone są postanowieniami czyniącymi je *de facto* minimalnymi obowiązującymi cenami (np. postanowienie o rozwiązaniu umowy w sytuacji, gdy dystrybutor nie stosuje się do jej postanowień, również cenowych – por. decyzja RKT-22/2011[79]).

Za bardziej kontrowersyjne uznaję natomiast rozstrzygnięcie podjęte przez Prezesa UOKiK w sprawie porozumienia cenowego na krajowym rynku wprowadzania do obrotu mięsa i wyrobów

[72] Por. m.in. decyzje Prezesa UOKiK: z 31.12.2010 r., RBG-24/2010, s. 12; z 30.12.2010 r., RGD-31/2010, pkt 25; z 17.12.2010 r., RKT-42/2010, s. 23; z 31.08.2010 r., RPZ-20/2010, s. 13; z 31.08.2010 r., RKR-13/2010, s. 15; z 31.12.2009 r., RPZ-31/2009, s. 15; z 30.12.2009 r., RKT-49/2009, s. 37; z 28.12.2009 r., RKT-44/2009, s. 25; z 15.12.2009 r., RPZ-27/2009, s. 16; z 14.12.2009 r., RPZ-26/2009, s. 6; z 30.12.2008 r., RPZ-50/2008, s. 20. Również w doktrynie spotyka się pogląd, że „w przypadku porozumień ograniczających konkurencję, szczególnie tzw. *hard core restrictions*, kwestia rynku właściwego może pozostać otwarta (w szczególności w jego aspekcie geograficznym) (…)” – por. C. Banasiński, E. Piontek (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 192.

[73] Decyzja Prezesa UOKiK z 26.04.2010 r., DOK-3/2010, s. 35.

[74] Por. m.in. wyrok SOKiK z 14.02.2007 r., XVII Ama 98/06; wyrok SOKiK z 29.05.2008 r., XVII Ama 53/07.

[75] Decyzja Prezesa UOKiK z 31.12.2010 r., DOK-11/2010, s. 51.

[76] Decyzja Prezesa UOKiK z 30 grudnia 2011 r., RPZ-39/2011.

[77] Por. decyzja Prezesa UOKiK z 31.12.2010 r., DOK-12/2010, ss. 103-104.

[78] Decyzja Prezesa UOKiK z 29.12.2011 r., DOK-13/2011, s. 72, s. 21 (pkt IV.4.).

[79] Decyzja Prezesa UOKiK z 12.08.2011 r., RKT-22/2011. Por. także inne decyzje, w których rekomendacje cenowe obwarowane są postanowieniami czyniącymi je cenami sztywnymi lub minimalnymi – decyzje Prezesa UOKiK: z 27.09.2010 r., RLU-16/2010; z 16.06.2010 r., RPZ-8/2010.

mięsnych. Porozumienie to zostało „formalnie zakwalifikowane" przez organ ochrony konkurencji jako wertykalne, choć „nacechowane elementami typowymi dla porozumień horyzontalnych"[80], jego istotą było zaś ustalanie przez producenta sztywnych cen hurtowej odsprzedaży mięsa i jego wyrobów. Nawet jeśli Prezes UOKiK ostatecznie zdecydował o wertykalnym charakterze porozumienia, to ocena jego wpływu na konkurencję dokonana została zgodnie ze standardami właściwymi przede wszystkim dla klasycznych karteli i zamknęła się w zasadzie w stwierdzeniu, że jest to porozumienie ograniczające konkurencję „ze względu na samą swoją istotę (ze względu na cel)"[81]. Choć taka skrótowa ocena porozumień może być uznawana za charakterystyczną dla podejścia ekonomicznego, to jednak jest to stanowisko właściwe dla porozumień horyzontalnych, w przypadku – przynajmniej niektórych – porozumień wertykalnych ocena nie powinna jednak abstrahować od warunków panujących na rynku oddziaływania danego porozumienia – w przypadku rynku mięsnego jest to o tyle uzasadnione, że rynek ten w Polsce oceniany jest jako nisko skoncentrowany, rozdrobniony, silnie zróżnicowany[82], co zgodnie z duchem ekonomizacji ocen antymonopolowych powinno wpływać na ostateczny wynik postępowania (choć nie twierdzę, że wynik ten byłby inny niż w wydanej decyzji). Tymczasem w licznych decyzjach Prezes UOKiK wskazuje, że skoro „co do zasady porozumienia w zakresie ustalania cen sztywnych lub minimalnych nie korzystają z żadnych wyłączeń spod zakazu, gdyż są one traktowane bardzo restrykcyjnie i są niedozwolone niezależnie od wielkości udziału w rynku przedsiębiorców uczestniczących w porozumieniu zarówno w krajowym, jak i wspólnotowym prawie konkurencji", to „bardziej szczegółowa analiza rynku właściwego w tej sprawie oraz pozycji zajmowanej na nim przez uczestników tego porozumienia, dla oceny tego porozumienia nie ma zasadniczego znaczenia"[83]. Takie stanowisko organu antymonopolowego nadmiernie w moim przekonaniu koncentruje się na ilościowym aspekcie konkurencji, deprecjonując jej jakościowy aspekt. Ustalanie minimalnych cen odsprzedaży określane jest z reguły przez Prezesa UOKiK jako poważne naruszenie konkurencji[84], jednak można również zidentyfikować takie decyzje, w których – stwierdzając istnienie porozumienia cenowego dotyczącego cen minimalnych lub sztywnych – organ konkluduje, że „zawarte porozumienie nie wpłynęło w bardzo negatywny sposób na stan konkurencji na rynku"[85] lub że „niezależnie od pewnego ograniczenia współzawodnictwa wewnątrzmarkowego, jakie potencjalnie mogło mieć jednak miejsce wskutek zawarcia prozumienia, brak jest dowodów na to, by ewentualne konsekwencje tego ograniczenia były nieodwracalne lub trudno odwracalne tak dla stanu konkurencji na rynku właściwym (…), jak i dla nabywców finalnych"[86], przy czym wnioski takie pojawiają się dopiero w rozważaniach nad wysokością kar pieniężnych (zgodnie ze stanowiskiem organu, że „wymiar kar nie może abstrahować od specyfiki rynku właściwego oraz działalności przedsiębiorców"[87]). W taki sposób ocenione zostało m.in. porozumienie na rynku hurtowej sprzedaży odzieży sportowej i wspinaczkowej („rynek konkurencyjny, a Konimpex-Plus [producent – przyp. aut.] nie jest znacznym

[80] Decyzja Prezesa UOKiK z 28.12.2011 r., DOK-12/2011, pkt 101 decyzji.

[81] Decyzja Prezesa UOKiK z 28.12.2011 r., DOK-12/2011, pkt 107 decyzji.

[82] Por. m.in. A. Knap-Stefaniuk, *Polska branża mięsna. Cz. 1*, „Zarządzanie Zmianami. Biuletyn POU", maj 2010 (dostępny pod adresem: http://www.wsz-pou.edu.pl/biuletyn/?strona=biul_miesoknap1&nr=15&p).

[83] Decyzja Prezesa UOKiK z 11.07.2011 r., RKT-16/2011, s. 13. Por. także m.in.: decyzja Prezesa UOKiK z 16.12.2011 r., RKT-48/2011, ss. 9-10.

[84] Decyzja Prezesa UOKiK z 29.12.2011 r., DOK-13/2011, s. 77; decyzja Prezesa UOKiK z 29.11.2011 r., DOK-10/2011, pkt 204.

[85] Por. m.in. decyzja Prezesa UOKiK z 27.09.2010 r., RLU-16/2010, s. 25.

[86] Decyzja Prezesa UOKiK z 30.12.2010 r., RGD-31/2010, pkt 37. Por. także decyzje Prezesa UOKiK: z 27.09.2010 r., RLU-16/2010, s. 25, z 9.09.2010 r., RLU-17/2010, s. 26; z 19.12.2008 r., RKT-88/2008, s. 68.

[87] Decyzja Prezesa UOKiK z 24.05.2010 r., DOK-4/2010, pkt 374.

uczestnikiem tego rynku”[88]) czy porozumienie między producentem stolarki okiennej i drzwiowej a jego dystrybutorami (rynek oceniony został przez organ antymonopolowy jako taki, na którym „nie ma barier wejścia, istnieje bardzo wielu producentów oferujących produkty spełniające kryteria substytutywności”[89]). Podejście zorientowane na skutek gospodarczy wymagałoby moim zdaniem uwzględnienia tego typu czynników (w odniesieniu do porozumień wertykalnych) na wcześniejszym niż miarkowanie kary etapie oceny zachowań przedsiębiorców (tj. w ramach oceny poszczególnych przesłanek zakazu z art. 6 ust. 1 uokik)[90]. Porozumienia cenowe uznaje się za zakazane, ponieważ „pozbawiają odbiorców końcowych możliwości nabycia towarów po cenach niższych niż wynikające z porozumienia, a które mogłyby być stosowane w przypadku działania naturalnych mechanizmów rynkowych”[91], jednak na niektórych rynkach, zwłaszcza rozdrobnionych, skutek tego rodzaju niekoniecznie może wystąpić i jest on nawet potencjalnie mało prawdopodobny.

Założeń podejścia skutkowego nie odzwierciedla, moim zdaniem, również decyzja w sprawie porozumienia między operatorami telefonii komórkowej dotycząca telewizji mobilnej (DOK-8/2011[92]). Jednym z wyzwań stojących przed organem ochrony konkurencji było rozgraniczenie dozwolonej współpracy operatorów (podjętej za zgodą Prezesa UOKiK w formie wspólnego przedsiębiorcy Mobile TV świadczącego usługi na hurtowym rynku audiowizualnych usług medialnych, głównie w zakresie rozsiewczej telewizji mobilnej w standardzie DVB-H[93]) oraz współpracy zakazanej, polegającej na dokonywaniu uzgodnień na temat kształtowania relacji z dostawcą telewizji mobilnej oraz na temat publicznego kwestionowania oferty, a także współpracy w dziedzinie wymiany informacji o swojej ocenie oferty hurtowej. Żadna ze stwierdzonych wobec operatorów praktyk nie jest oceniana w polskim prawie antymonopolowym jako zakazana *per se* (zakazana ze względu), co więcej, są to praktyki nienazwane (nieobjęte katalogiem antykonkurencyjnych praktyk z art. 6 ust. 1 uokik i art. 101 ust. 1 TFUE), tym bardziej konieczne wydaje się dokładne zdefiniowanie „antykonkurencyjności” ich celów i/lub skutków. Według Prezesa UOKiK stwierdzone praktyki były zarówno ukierunkowane na wywołanie anykonkurencyjnych skutków, jak i skutki te rzeczywiście wywołały. Zgodnie z podejściem zorientowanym na efekty gospodarcze od organu ochrony konkurencji należałoby w tym miejscu wymagać dogłębnego osadzenia zarzucanych praktyk w kontekście konkretnych rynków (krajowy detaliczny rynek telefonii ruchomej i krajowy hurtowy rynek telefonii mobilnej świadczonej w technologii DVB-H), tymczasem rozważania Prezesa UOKiK odnoszą się przede wszystkim do – jak określono w decyzji – „form ograniczenia konkurencji”[94] (podkreśl. – aut.). W ocenie antykonkurencyjnego charakteru praktyki organ antymonopolowy, nawet jeśli odnosi się do kontekstu gospodarczego zachowań operatorów, odniesienia te wydają się dość zdawkowe, a ich zadanie sprowadza się głównie do obalenia

[88] Decyzja Prezesa UOKiK z 11.07.2011 r., RKT-16/2011, s. 22.

[89] Decyzja Prezesa UOKiK z 8.07.2011 r., RLU-9/2011 ss. 16-17. Por. także inne decyzje Prezesa UOKiK dotyczące rynków stolarki budowlanej: z 30.12.2010 r., RKT-48/2010, s. 21; z 20.12.2010 r., RKT-43/2010, s. 21; z 9.09.2010 r., RLU-17/2010, ss. 25-26; a także dotycząca rynku dystrybucji mebli decyzja Prezesa UOKiK z 31.08.2010 r., RPZ-20/2010, s. 17; intensywna konkurencja na rynku chemii budowlanej nie została jednak uznana za okoliczność sprzyjającą obniżeniu kary w decyzji Prezesa UOKiK z 30.12.2008 r., RPZ-50/2008. Słusznie natomiast Prezes UOKiK uznał za zakazane – ze względu na znaczący udział w rynku dostawcy – porozumienie między producentem lodów Koral a siecią sklepów Żabka (decyzja z 31.12.2008 r., RKT-107/2008).

[90] W odniesieniu do cenowych porozumień horyzontalnych okoliczności tego rodzaju rzeczywiście powinny być uwzględniane dopiero na etapie miarkowania kary – por. m.in. decyzja Prezesa UOKiK z 15.09.2009 r., RKT-27/2009, gdzie oceniając kartel cenowy na rynku usług napraw samochodów organ słusznie stwierdził, że rynek jest silnie konkurencyjny, nie jest reglamentowany, prowadzenie działalności na nim nie wymaga uzyskania żadnego uprawnienia oraz że „istnieją siły przeciwdziałające negatywnym skutkom porozumienia, co przekłada się na jego mniejszą szkodliwość (s. 35 decyzji; por. także decyzja Prezesa UOKiK z 17.08.2009 r., RKT-22/2009, s. 26).

[91] Decyzja Prezesa UOKiK z 31.12.2010 r., RBG-24/2010, s. 9.

[92] Decyzja Prezesa UOKiK z 23.11.2011 r., DOK-8/2011.

[93] Decyzja Prezesa UOKiK z 5.12.2008 r., DKK-94/2008. Każdy z operatorów posiadał we wspólnym przedsiębiorcy 25% udziałów.

[94] Decyzja Prezesa UOKiK z 23.11.2011 r., DOK-8/2011, ss. 74-75.

argumentów obronnych operatorów telefonii komórkowej – przykładowo, odnosząc się do problemu niepowodzenia telewizji mobilnej w innych państwach[95], Prezes UOKiK konstatuje, że „preferencje użytkowników w różnych krajach są różne i nie ma podstaw, aby z góry przesądzać, że usługa ta nie spotka się z ich zainteresowaniem w danym kraju", jednocześnie przyznając, że w niektórych państwach europejskich usługi te miały dobry start komercyjny, ale potem pojawiły się problemy w ich wdrażaniu, w Niemczech – odnotowano „brak powodzenia", zaś jako kraje sukcesu telewizji mobilnej wymienione zostały Korea i Japonia[96]; w sumie zatem w omawianej decyzji zabrakło realnej analizy ekonomicznej rynku krajowego, na jakim usługi te miałyby być świadczone.

Należy zgodzić się co do tego, że sam fakt powołania przez operatorów koncentracyjnego („celowego") wspólnego przedsiębiorcy nie może być równoznaczny ze zgodą na nieograniczoną współpracę i w istocie Prezes UOKiK podjął próbę odróżnienia działań podejmowanych w ramach wspólnego przedsiębiorcy od innych działań. Decyzja nie daje natomiast przekonującego ekonomicznego uzasadnienia dla rozstrzygnięcia, dlaczego współpraca operatorów w formie wspólnego przedsiębiorcy stanowiła dozwoloną kooperację, natomiast inne ich domniemane działania i kontakty odnoszące się bezpośrednio lub pośrednio do usług telewizji mobilnej zostały uznane za niedozwolony kartel.

IV. Uwagi końcowe

Analiza dorobku decyzyjnego Prezesa UOKiK w pięcioleciu obowiązywania ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów pozwala stwierdzić, że podejście zorientowane na skutki gospodarcze jest obecne, choć niekoniecznie dominujące, w rozstrzygnięciach podejmowanych przez organ ochrony konkurencji. Poziom ekonomizacji stosowania art. 6 uokik oceniam jako umiarkowany.

Zasadniczy zarzut, jaki można kierować pod adresem dotychczasowej praktyki decyzyjnej, to „pośredniość" ocen skutków gospodarczych rozmaitych praktyk polegająca na tym, że własne badanie organu zastąpione jest niejednokrotnie odwołaniem do stanowisk wypracowanych w europejskiej praktyce decyzyjnej i sądowej. Choć odwołania te jako takie są cenne, to nie powinny one zastępować oceny porozumienia osadzonej w polskich realiach rynkowych. Jedynie w nielicznych decyzjach znajdują się realne analizy ekonomiczne czy nawiązania do teorii ekonomicznych – wyjątkiem jest np. decyzja DOK-6/2010, w której organ antymonopolowy powołuje się m.in. na chicagowską szkołę teorii ekonomii[97].

Gdyby poziom ekonomizacji stosowania zakazu porozumień ograniczających konkurencję oceniać po liczbie decyzji umarzających postępowanie antymonopolowe ze względu na spełnienie przesłanek z art. 8 ust. 1 uokik, to należałoby przyjąć, że polska praktyka antymonopolowa jest bardzo daleka od podejścia ekonomicznego. Trzeba jednak mieć świadomość, że nikłe zastosowanie narzędzia ekonomizacji w postaci wyjątku legalnego wynika głównie stąd, że niestosowanie zakazu z art. 6 ust. 1 uokik wobec porozumień spełniających przesłanki z art. 8 ust. 1 uokik wiąże się z aktywnością stron postępowania, jako że to na nich spoczywa ciężar dowiedzenia realizacji warunków wyjątku legalnego[98]. W tym sensie odpowiedzialność za ekonomizację spraw antymonopolowych ciąży nie

[95] Por. uwagi Polkomtel dotyczące rozwoju rynku telewizji mobilnej we Włoszech, Austrii, Finlandii, Holandii, Szwajcarii (ss. 26-27 decyzji).

[96] Por. DOK-8/2011, ss. 94-95.

[97] Decyzja Prezesa UOKiK z 16.07.2010 r., DOK-6/2011, pkt 173.

[98] Ze względu na ograniczoną aktywność stron postępowania w zakresie korzystania z wyjątku legalnego w niewielu decyzjach Prezes UOKiK miał możliwość zaprezentowania interpretacji poszczególnych przesłanek z art. 8 ust. 1 uokik. Do nielicznych przykładów należy m.in. decyzja z 26.04.2010 r., DOK-3/2010, ss. 35-38 (Prezes UOKiK uznał za spełnioną tylko jedną z czterech przesłanek).

tylko na samym organie, ale także na stronach postępowania przed Prezesem UOKiK, które powinny zwracać uwagę organu na elementy kontekstu gospodarczego swojej współpracy pozbawiające ją zakazanego antykonkurencyjnego wymiaru.

Zorientowane na skutki gospodarcze podejście do porozumień ograniczających konkurencję z całą pewnością stanowi wyzwanie zarówno dla Prezesa UOKiK, jak i dla sądów zaangażowanych w instytucjonalny system ochrony konkurencji. Należy mieć nadzieję, że w kolejnych latach obowiązywania ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów organ ochrony konkurencji będzie „starać się być coraz bardziej skutecznym rzecznikiem wskazującym w interesie publicznym na korzyści dla konsumentów i całego rynku, jakie wynikają z funkcjonowania uczciwej i niezakłóconej konkurencji”[99].

[99] M. Krasnodębska-Tomkiel, *Perspektywy polityki konkurencji w Polsce – w 20. rocznicę powstania UOKiK*, [w:] M. Krasnodębska-Tomkiel (red.), *Zmiany w polityce konkurencji na przestrzeni ostatnich dwóch dekad*, Warszawa 2010, s. 533.