internetowy

KWARTALNIK ANTYMONOPOLOWY I REGULACYJNY

3(2)
2013

- Pytanie o zasadność stosowania analizy ekonomicznej wobec minimalnych cen odsprzedaży w polskim prawie konkurencji
- Ograniczenia w sprzedaży przez Internet w umowach dystrybucyjnych
- Grupa kapitałowa czy nie, czyli trudności z kwalifikacją i ich skutki
- Australijskie prawo konkurencji – zagadnienia wybrane
- Kolektywna pozycja dominująca na rynkach telekomunikacyjnych na przykładzie decyzji hiszpańskich organów ochrony konkurencji
- Przegląd zmian w polskim prawie antymonopolowym w roku 2012

ISSN 2299-5749

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

internetowy KWARTALNIK ANTYMONOPOLOWY I REGULACYJNY

3(2)
2013

35. publikacja Programu Wydawniczego CARS

17. publikacja Programu Wydawnictw Elektronicznych CARS

Redaktor naczelny: Prof. UW dr hab. Tadeusz Skoczny

Redaktor statystyczny: Prof. dr hab. Jerzy Wierzbiński

Redaktor językowy: Anita Sosnowska

Projekt okładki: Darek Kondefer

ISSN: 2299-5749

Licencja: Creative Commons 3.0 Polska

Redakcja: Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych (CARS);

PL – 02-678 Warszawa, ul. Szturmowa 3; tel. (+48-22) 55-34-126; www.ikar.wz.uw.edu.pl

e-mail: ikar@wz.uw.edu.pl

Wydawca: Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego;

PL – 02-678 Warszawa, ul. Szturmowa 3; tel. (+48-22) 55-34-164; www.wz.uw.edu.pl

e-mail: jjagodzinski@mail.wz.uw.edu.pl

Skład i łamanie: Dom Wydawniczy ELIPSA; PL – 00-189 Warszawa,

ul. Inflancka 15/198; tel.: (+48-22) 635-03-01; www.elipsa.pl

e-mail: elipsa@elipsa.pl

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

UNIWERSYTET WARSZAWSKI
WYDZIAŁ ZARZĄDZANIA

Rada Naukowa

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Kolegium Redakcyjne

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Spis treści

Prawo konkurencji na świecie źródłem inspiracji dla nauki i praktyki
(od redaktora naczelnego) 6

Artykuły

Dariusz Aziewicz, **Pytanie o zasadność stosowania analizy ekonomicznej wobec minimalnych cen odsprzedaży w polskim prawie konkurencji** 8

Antoni Bolecki, **Ograniczenia w sprzedaży przez Internet w umowach dystrybucyjnych** 23

Anna Piszcz, **Grupa kapitałowa czy nie, czyli trudności z kwalifikacją i ich skutki** 44

Prawo konkurencji na świecie

Konrad Kohutek, **Australijskie prawo konkurencji – zagadnienia wybrane** 57

Anna Laszczyk, **Kolektywna pozycja dominująca na rynkach telekomunikacyjnych na przykładzie decyzji hiszpańskich organów ochrony konkurencji** 66

***Nemo iudex in sua causa,* Komisjo?**
Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z 6 listopada 2012 r. w sprawie C-199/11 *Wspólnota Europejska przeciwko Otis NV i inni* (Ilona Szwedziak-Bork) 72

Kontrola koncentracji – odpowiedzialność państwa za działania urzędników organu ochrony konkurencji.
Wyrok *Landgericht* Köln (Republika Federalna Niemiec) z 26 lutego 2013 r. (Az. 5 O 86/12) (Wojciech Podlasin) 81

Przegląd prawa i orzecznictwa

Anna Piszcz, **Przegląd zmian w polskim prawie antymonopolowym w roku 2012** 84

Tabele orzeczeń Sądu Apelacyjnego w Warszawie (Elżbieta Krajewska) 92

Tabele orzeczeń Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Elżbieta Krajewska) 104

Tabele decyzji Prezesa UOKiK w sprawach konkurencji za 1. kw. 2013 r.
(Anna Archacka) 112

Regulacja telekomunikacji – nakładanie obowiązku połączenia sieci na operatorów niezajmujących pozycji znaczącej.
Wyrok Sądu Najwyższego z 19 października 2012 r. (III SK 3/12) (Bożena Marciniak) 124

Milcząca akceptacja oferty cenowej jako uzgodnienie (praktyka uzgodniona).
Wyroki Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 18 marca 2013 r. (XVII AmA 40/10 i XVII AmA 41/10) (Agata Jurkowska-Gomułka) 128

Postanowienie SOKiK z 23 stycznia 2013 r. w sprawie AmA 112/02 *ograniczenie wglądu do materiału dowodowego przedstawionego w odwołaniu oraz w innych dokumentach postępowań przed Prezesem UOKiK* 131

Postanowienie SOKiK z 19 marca 2013 r. w sprawie AmA 113/02 *ograniczenie wglądu do informacji zawartych w odwołaniu i pismach przedłożonych w postępowaniu przed Prezesem UOKiK* 133

Przegląd piśmiennictwa

Mateusz Błachucki, *System postępowania antymonopolowego w sprawach kontroli koncentracji przedsiębiorstw*, UOKiK, Warszawa 2012 (Piotr Warchoł) 136

Antoni Bolecki, *Wymiana informacji między konkurentami w ocenie organów ochrony konkurencji (między antykonkurencyjną koordynacją a prokonkurencyjną kooperacją)*, Wydawnictwo WZ UW, Warszawa 2013 (Dariusz Aziewicz). 139

Rafał Sikorski, *Funkcjonowanie zasobów patentowych w prawie konkurencji Unii Europejskiej*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2013 (Kamila Radomska-Piętka) . . .142

Sprawozdania

Sprawozdanie z 4. warsztatów CARS pt. „Ograniczenie prawa wglądu do materiału dowodowego w postępowaniu przed Sądem Ochrony Konkurencji i Konsumentów" (16 maja 2013 r., Wydział Zarządzania UW) [z sędzią Turlińskim] (*Halina Suchodolska*) 145

Contents, Summaries and Key words 149

Prawo konkurencji na świecie źródłem inspiracji dla nauki i praktyki
(*od redaktora naczelnego*)

Powołując do życia w 2012 r. „internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny" (iKAR) przyjęliśmy, że będzie on poświęcony przede wszystkim problemom ochrony konkurencji i regulacji prokonkurencyjnej w Polsce. Mieliśmy oczywiście pełną świadomość, że polskie ustawodawstwo antymonopolowe i praktyka jego egzekwowania oraz normatywne i administracyjne regulacje sektorowe pozostają w tak ścisłym związku z prawem i orzecznictwem unijnym, że analiza reguł i doświadczeń polskich nie jest możliwa bez uwzględniania kontekstu relacji między prawem i orzecznictwem polskim, a także unijnym. Dopuszczaliśmy jednak możliwość rozszerzenia formuły prezentacji tekstów dotyczących prawa obcego, w tym zwłaszcza prawa i orzecznictwa pozaeuropejskiego oraz państw członkowskich UE. Stało się to już w iKAR 4(1), w którym odrębnie zaprezentowana została nowa ustawa o systemie ochronie konkurencji w Brazylii.

Wychodząc naprzeciw oczekiwaniom Czytelników i Autorów, począwszy od niniejszego numeru iKAR będziemy poświęcać odrębną jego część tekstom prezentującym „Prawo konkurencji na świecie", które może stanowić ważne źródło inspiracji dla nauki i praktyki polskiej. Będą w niej publikowane artykuły prezentujące całościowo lub tematycznie prawo i orzecznictwo antymonopolowe wybranych krajów; taki charakter ma w niniejszym numerze artykuł Konrada Kohutka poświęcony australijskiemu prawu konkurencji. Czytelnik znajdzie jednak także w naszym periodyku przeglądy, glosy i omówienia istotnych orzeczeń sądowych lub decyzji organów ochrony konkurencji z państw pozaeuropejskich, UE oraz jej państw członkowskich; tę problematykę poruszają w niniejszym numerze teksty Ilony Szwedziak-Bork, Anny Laszczyk i Wojciecha Podlasina. Szczególne miejsce w przyszłych numerach iKAR zajmować będą natomiast prezentacje dotyczące prawa i orzecznictwa antymonopolowego członków i kandydatów na członków UE z naszego regionu (od państw bałtyckich, przez środkowo-europejskie, po bałkańskie). Szczególnie liczymy tu na artykuły Autorów znających m.in. języki narodowe tych krajów.

Tradycyjnie publikujemy w niniejszym numerze różnorodne tematycznie artykuły naukowe (Dariusza Aziewicza, Antoniego Boleckiego i Anny Piszcz). A. Piszcz kontynuuje też – rozpoczęty w numerach 1(1), 2(1) i 3(1) iKAR – przegląd zmian w polskim prawie antymonopolowym dokonanych w 2012 r. W przeglądzie orzecznictwa polskiego kontynuujemy tabelaryczną prezentację orzecznictwa sądowego autorstwa Elżbiety Krajewskiej. Postanowiliśmy także powrócić do idei tabelarycznej prezentacji decyzji Prezesa UOKiK, powierzając to zadanie studentce WPiA UW Annie Archackiej. Ta część niniejszego numeru zawiera też omówienia wyroku SN (Bożeny Marciniak) i SOKiK (Agaty Jurkowskiej-Gomułki). Nowym elementem przeglądu orzecznictwa jest publikacja w całości dwóch postanowień SOKiK dotyczących ograniczenia wglądu do informacji zawartych m.in. w odwołaniu od decyzji Prezesa UOKiK, udostępnionych redakcji przez przewodniczącego SOKiK. Ich publikacja pozostaje w związku z 4. warsztatami CARS, przeprowadzonymi przez Pana Sędziego Andrzeja Turlińskiego; sprawozdanie z tych warsztatów (Haliny Suchodolskiej) znajdzie Czytelnik także w niniejszym numerze.

Również tradycyjnie prezentujemy w iKAR 3(2) 2013 omówienia ważnych pozycji polskiego piśmiennictwa antymonopolowego – książek Mateusza Błachuckiego (Piotr Warchoł), Antoniego Boleckiego (Dariusz Aziewicz) i Rafała Sikorskiego (Kamila Radomska-Piętka).

Życzymy owocnej lektury, mając nadzieję, że iKAR stanowi istotne źródło wiedzy o prawie i orzecznictwie antymonopolowym dla naszych Czytelników, których zapraszamy równocześnie do współpracy autorskiej.

Prof. UW dr hab. Tadeusz Skoczny

Warszawa 31 maja 2013 r.

Dariusz Aziewicz*

Pytanie o zasadność stosowania analizy ekonomicznej wobec minimalnych cen odsprzedaży w polskim prawie konkurencji

Spis treści

I. Wprowadzenie
II. *Dr. Miles* – nie tak oczywisty zakaz stosowania minimalnych cen odsprzedaży *per se* w prawie antymonopolowym Stanów Zjednoczonych
III. Orzeczenie w sprawie *Leegin* i zmiana standardu oceny minimalnych cen odsprzedaży
IV. Zdanie odrębne w orzeczeniu *Leegin*
V. *Leegin* a stosowanie podejścia ekonomicznego do minimalnych cen odsprzedaży w prawie polskim

Streszczenie

Artykuł porusza tematykę minimalnych cen odsprzedaży, koncentrując się na prokonkurencyjnym uzasadnieniu ich stosowania. Odwołuje się do tez wysuwanych przez orzecznictwo sądów Stanów Zjednoczonych, przybliżając ich podejście do RPM na przestrzeni lat. Pokazuje również możliwość odpowiedniego zastosowania takiego podejścia przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Słowa kluczowe: minimalne ceny odsprzedaży; cele prawa konkurencji; dobrobyt konsumentów; podejście zorientowane na skutki ekonomiczne; porozumienia.

I. Wprowadzenie

„Sędzia Scalia: Więc sam fakt, że podniesie to ceny nie udowadnia niczego. Nie udowadnia, że służy to dobrobytowi konsumentów. Jeśli właściwie daje to konsumentom większy wybór usług za nieco wyższą cenę, to powiększy to dobrobyt konsumentów, tak długo jak istnieją konkurencyjne produkty za niższą cenę tak?”[1].

Praktyka decyzyjna Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: Prezes UOKiK) określa minimalne ceny odsprzedaży (dalej: RPM) jako najpoważniejsze ograniczenie konkurencji[2]. W jednej z ostatnich decyzji Prezes UOKiK stwierdził, że: „Porozumienie cenowe

* Absolwent LL.M in Comparative Law, University of Florida G. Levin College of Law, gdzie zajmował się porównawczym prawem konkurencji, w szczególności ekonomiczną analizą minimalnych cen odsprzedaży i kontroli koncentracji; e-mail: darek.aziewicz@gmail.com.

1 Protokół z posiedzenia Sądu Najwyższego USA sprawie *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 127 S. Ct. 2705 (2007) s. 15; dostępne na: http://www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_transcripts/06-480.pdf .

2 Decyzja Prezesa UOKiK z 27.12.2012 r., DOK-8/2012 w sprawie *Kronopol*; decyzja Prezesa UOKiK z 30.12.2008 r., RPZ-50/2008; decyzja Prezesa UOKiK z 24.05.2010 r., DOK-4/2010.

uznawane jest także w doktrynie prawa za najcięższe naruszenie prawa konkurencji. Cena jest bowiem elementem, który najsilniej oddziałuje na stosunki konkurencyjne pomiędzy przedsiębiorcami, a jednocześnie wpływa na wybór ofert przez konsumentów"[3]. Podobne stanowisko wyraził Sąd Najwyższy (dalej: SN) w orzeczeniu z roku 2011[4], w którym jednak stwierdzono również, że praktyka ta, może w pewnych okolicznościach mieć prokonkurencyjne skutki. W związku z tym RPM może korzystać z indywidualnego wyłączenia przewidzianego w art. 8 ust. 1 ustawy z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej: Ustawa)[5]. Według niektórych komentatorów orzeczenie to wydawało się przełomowym dla oceny RPM w świetle krajowego prawa konkurencji[6]. Opisując prokonkurencyjne skutki minimalnych cen odsprzedaży, SN wspomniał orzeczenie Sądu Najwyższego USA w sprawie *Leegin* jako przykład stosowania odmiennego domniemania (legalności) dla RPM. Sąd Najwyższy stwierdził również, że RPM są oczywistym ograniczeniem konkurencji, bez względu na to czy wyznacznikiem jej ograniczenia będzie zakres wyboru lub interesy ekonomiczne konsumentów, czy efektywność działania.

Poniższy artykuł przedstawia odpowiedź na pytanie: czy zasadną, w świetle dyskusji na temat RPM, jest zmiana podejścia do ich oceny przez Prezesa UOKiK? Przedstawienie odpowiedzi nawiąże do prawa antymonopolowego Stanów Zjednoczonych, które w roku 2007 jako pierwsze zmieniło długoletnie formalistyczne podejście do przedmiotowej strategii cenowej[7].

Rozpoznawanie przypadków prokonkurencyjności RPM przez Sąd Najwyższy zostało niewątpliwie podyktowane podobną zmianą, wprowadzoną przez Komisję Europejską w 2010 roku[8]. Ta z kolei, została wywołana zmianą trendu w ocenie minimalnych cen odsprzedaży zapoczątkowaną w 2007 roku, kiedy to Sąd Najwyższy USA zmienił obowiązujący ponad 90 lat standard oceny dla RPM z **nielegalności *per se*** na tzw. **regułę rozsądku** (*rule of reason*). W myśl przedmiotowego orzeczenia pro- lub antykonkurencyjność RPM zależy od odpowiedzi konsumentów na wprowadzoną strategię cenową. To oni bowiem w gospodarce wolnorynkowej swoim zachowaniem powinni decydować czy działanie przedsiębiorcy powiększa, czy pomniejsza ich dobrobyt. Natomiast wyznacznikiem rozmiaru dobrobytu konsumentów nie jest jedynie cena nabywanych produktów.

Pytanie o zasadność aplikowania analizy ekonomicznej, czyli tzw. *effect-based-approach* do oceny RPM jest podyktowane faktem, że prawo konkurencji pozostaje w nierozłącznym związku z nauką ekonomii[9]. Nie istnieje bowiem w porządkach prawnych państw opierających swoje systemy gospodarcze na gospodarce wolnorynkowej inne prawo, w którym w większym stopniu prawa ekonomii czy modele ekonomiczne determinowałyby uznanie zachowań za nielegalne. Chociaż aplikowanie do niektórych praktyk podejścia formalistycznego, tj. charakteryzującego się

[3] Decyzja Prezesa UOKiK z 27.12.2012r., DOK-8/2012 s. 30.

[4] Wyr. SN z 23.11.2011 r., III SK 21/11 (*Röben Ceramika Budowlana*).

[5] Odpowiednio w opisywanym wyroku sprawa dotyczyła art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. (Dz.U. Nr 122, poz. 1319).

[6] A. Bolecki, *Ustalanie minimalnych cen odsprzedaży – czas na zmiany. Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 23 listopada 2011 r. w sprawie III SK 21/11 (Röben Ceramika Budowlana)*, iKAR 2012, nr 3(1).

[7] *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877, 127 S. Ct. 2705, 168 L. Ed. 2d 623 (2007).

[8] Komisja Europejska. Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych pkt. 225 (Tekst mający znaczenie dla EOG) (2010/C 130/01).

[9] T. Skoczy, [w:] *Prawo i Ekonomia Konkurencji. Wybrane zagadnienia*. Pod red. B. Kurcza, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2010, s. 27–29: „Istota i jakość ochrony konkurencji musi być i jest mierzona przede wszystkim w obszarze nauk ekonomicznych, które badają (empirycznie) i uogólniają (formułują teorie ekonomiczne) zjawiska sfery realnej, w tym mechanizm konkurencji (teorie konkurencji). Celowość używania metod analizy ekonomicznej do badania i oceny zachowań przedsiębiorców z punktu widzenia i rozwoju konkurencji a w konsekwencji zapewniania jak najwyższego poziomu dobrobytu konsumentów nie może być i zapewne nie jest przez nikogo poddawana w wątpliwość. Ekonomia konkurencji jest więc równoprawną z prawem konkurencji dziedziną badań i uogólnień zjawisk realnego świata konkurencji i regulacyjnego świata interwencji prokonkurencyjnej".

brakiem pogłębionej refleksji nad efektami gospodarczymi, wydaje się uzasadnione[10], to w mojej ocenie minimalnym cenom odsprzedaży w świetle występowania ich prokonkurencyjnych skutków organy antymonopolowe powinny poświęcić odpowiednie zasoby w celu przeprowadzenia analizy skutkowej.

Prawo antytrustowe Stanów Zjednoczonych często, jeśli nie w większości przypadków, jest źródłem innowacyjnych rozwiązań wprowadzanych do innych praw konkurencji. Jego ogromne doświadczenie, mające swoje źródło w najdłuższym okresie stosowania ze wszystkich praw antymonopolowych oraz szczególnie rozwiniętej nauce prawa konkurencji kreowanej przez badania ekonomiczne, analizy rynkowe czy ogromną ilość sporów sądowych generowanych na różnych poziomach rynków, wykorzystywane jest również w przypadku podejścia do opisywanej strategii cenowej[11]. Dla właściwego odniesienia się do zastosowania analizy ekonomicznej do RPM na przykładzie stosowania jej w systemie prawa antytrustowego USA, należy w pierwszej kolejności przeanalizować, jak prawo to stopniowo dochodziło do aplikacji reguły rozsądku (a więc ważenia pro- i antykonkurencyjnych skutków praktyki) do wertykalnych porozumień cenowych.

II. *Dr. Miles* – nie tak oczywisty zakaz stosowania minimalnych cen odsprzedaży *per se* w prawie antymonopolowym Stanów Zjednoczonych

Kariera minimalnych cen odsprzedaży jako praktyki antymonopolowej rozpoczęła się w 1911 roku, kiedy to Sąd Najwyższy USA wydał wyrok w sprawie *Dr. Miles Medical Company v. John D. Park & Sons Company*[12]. Orzeczenie to na 96 lat ustanowiło na poziomie prawa federalnego precedens (*stare decisis*), będący podstawą do oceny RPM według standardu oceny nielegalności *per se* – przez sam fakt ich stosowania[13]. Ze względu na stosunkowo krótki okres obowiązywania prawa antymonopolowego, niedoświadczenie sądów w ocenie praktyk wpływających na cenę produktu[14] oraz bezpośrednie oparcie się na regułach prawa własności *common law*[15] wydano kontrowersyjne orzeczenie, na wiele lat ustalające RPM jako praktykę ograniczającą konkurencję bez konieczności analizy skutków rynkowych[16]. Precedens prawa federalnego

[10] Takie podejście po raz pierwszy uformował Sąd Najwyższy USA w sprawie *Northern Pac. Ry. V. United States*, 356 U.S. 1, 5 (1958), stwierdzając, że aplikacja standardu oceny *per se* do porozumień horyzontalnych zapobiega nieprawdopodobnie skomplikowanemu i przedłużającemu się badaniu ekonomicznemu często bezowocnemu, gdy zostanie ono podjęte. Odwzorowaniem tego podejścia jest niewątpliwie brak wymogu przeprowadzenia analizy ekonomicznej porozumień naruszających konkurencję ze względu na cel, z zastrzeżeniem jednak możliwości wyłączenia indywidualnego.

[11] Orzeczenie w sprawie *Leegin* doprowadziło pośrednio do zmiany oceny RPM w Kanadzie, gdzie w roku 2009 zniesiono sankcje karne przewidziane w *Competition Act* za stosowanie minimalnych cen odsprzedaży.

[12] *Dr. Miles Med. Co. v. John D. Park & Sons Co.*, 220 U.S. 373, 378, 31 S. Ct. 376, 377, 55 L. Ed. 502 (1911).

[13] Federalne prawo antymonopolowe USA zasadniczo rozpoznaje dwa standardy oceny praktyk uważanych za antykonkurencyjne. Pierwszym jest standard nielegalności *per se* („Istnieją pewne porozumienia, które ze względu na swój zgubny wpływ na konkurencję oraz brak jakichkolwiek okoliczności usprawiedliwiających niezbicie uważane są za niezasadne, a tym samym nielegalne, bez wyszukanego dochodzenia dla sprecyzowania szkody którą powodują lub biznesowego wytłumaczenia ich użycia. Zasada nierozsądności per se (…) sprawia że można zapobiec przeprowadzeniu niezwykle długiego dochodzenia ekonomicznego…". *Northern Pac. Ry. Co. v. United States,* 356 U.S. 1, 5 (1958)). Drugim standardem oceny jest standard *rule of reason*, tzw. reguły rozsądku („Prawdziwy test nielegalności polega na tym czy nałożone ograniczenie jest tego rodzaju, że tylko reguluje i w ten sposób promuje konkurencję, czy też tłumi, a nawet eliminuje konkurencję". *Chicago Board of Trade v. United States* – 246 U.S. 231 (1918)).

[14] Pomimo uchwalenia ustawy Shermana w roku 1890, pierwsza sprawa przed Sądem Najwyższym USA dotycząca tego aktu rozpatrzona została dopiero w roku 1895 (*United States v. E.C. Knight Co.*, 156 U.S. 1 (1895)), jednak pierwsza sprawa mająca rzeczywiste znaczenie dla prawa antymonopolowego orzeczona została dopiero dwa lata później w roku 1897 (*United States v. Trans-Missouri Freight Ass'n* 166 U.S. 290 (1897)), a więc zaledwie 14 lat przed wydaniem wyroku w sprawie *Dr. Miles*; M.D. Bauer, *Whither Dr. Miles?*, „Loyola Consumer Law Review" 2007, vol. 20, nr 1, s. 1,: „napisany na samym początku prawa antytrustowego, odwoływał się do teorii i koncepcji od długiego czasu porzuconych (lub co najmniej ignorowanych) przez główny nurt doktryny".

[15] Sprawa *Dr. Miles* została oparta o nadużycia prawa zobowiązań oraz prawa własności.

[16] Warto zauważyć również, że orzeczenie *Dr. Miles* zostało wydane w tym samym roku, jednak miesiąc przed orzeczeniem *Standard Oil Co. v. United States* 221 U.S. 1 (1911), jednego z wyroków początkujących stosowanie reguły rozsądku w federalnym prawie antymonopolowym (choć dla reguły rozsądku znaczenie miały również inne orzeczenia, w tym głównie *Addyston Pipe and Steel Company v. United States*, 85 F. 271 (6th Cir. 1898), aplikująca doktrynę *ancilliary restraints* określoną w *common law* zasadniczo w sprawie *Mitchell v. Reynolds* (1711) do prawa antymonopolowego).

był również wzorem powielanym przez prawa stanowe, a wraz z ogólnoświatowym rozwojem prawa antymonopolowego w drugiej połowie XX wieku, także w innych krajach pośrednio ustalał podejście do RPM[17]. Orzeczenie to jednak od samego początku podważane było zarówno w piśmiennictwie, orzecznictwie, jak i przez legislację Kongresu Stanów Zjednoczonych.

Pierwsze przejawy krytyki podejścia do opisywanej praktyki miały miejsce już na początku XX wieku[18]. W 1919 roku, zaledwie osiem lat po orzeczeniu *Dr. Miles,* Sąd Najwyższy USA otworzył pierwszą furtkę pozwalającą na stosowanie w pewnych sytuacjach minimalnych cen odsprzedaży. Ukonstytuowanie tzw. doktryny Colgate pozwoliło producentom na uprawnione jednostronne nakładanie RPM[19]. Doktryna ta była skutecznym narzędziem obchodzenia zasady nielegalności *per se*, aż do jej częściowego ograniczenia w roku 1960[20], następnie została przywrócona w pełnym zakresie w roku 1984 w orzeczeniu *Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corp.*[21] i skutecznie obowiązywała do wydania orzeczenia w sprawie *Leegin* w roku 2007. Otwarcie kolejnego sposobu na ominięcie nielegalności *per se* dla minimalnych cen odsprzedaży nastąpiło w roku 1926, w orzeczeniu *General Electric*[22]. Sąd Najwyższy USA zezwolił na stosowanie RPM w relacji umowy agencyjnej[23]. Możliwość ta została jednak częściowo zablokowana w latach 60. XX wieku, kiedy to w jednej z rozpatrywanych przez Sąd Najwyższy USA spraw[24], nie obalając precedensu *GE*, stwierdzono, że pozwany nie uchronił się od odpowiedzialności w myśl reguły *Dr. Miles* poprzez stosowanie umów agencyjnych zgodnie z orzeczeniem *General Electric*. Pogląd ten był jednak jeszcze przedmiotem późniejszych rozważań i korekt sądów[25]. Ostatnim i najbardziej użytecznym nauce prawa antymonopolowego sposobem na obejście *stare deisis* orzeczenia *Dr. Miles* były tzw. Fair Trade Acts[26]. Podczas Wielkiego Kryzysu w latach 30. XX wieku Kongres USA uchwalił prawo zezwalające stanom na wprowadzenie wewnętrznych regulacji legalizujących RPM (nazywanych również potocznie *fair trade*). Wydane w roku 1937 prawo (którego zakres poszerzono w 1953 roku)[27] zostało aplikowane przez większość stanów. Wewnątrz obszarów, których władze zdecydowały się na wprowadzenie legalności RPM strategia ta była **legalna *per se***[28]. Poza wspomnianymi wyjątkami w legislacji federalnego prawa antymonopolowego obowiązywał precedens *Dr. Miles*. Fair Trade Acts zostały zniesione po blisko 40 latach stosowania, w roku 1975. Po 1975 roku obowiązywanie precedensu *Dr. Miles* odzyskało poprzednie znaczenie, szczególnie podczas zmniejszonej skuteczności obowiązywania doktryny Colgate.

[17] W tym miejscu warto zauważyć, wypowiadając się w imieniu Sądu Sędzia Huges w samym orzeczeniu *Dr. Miles* ani razu nie wspomniał o zakwalifikowaniu opisywanej praktyki jako naruszenia federalnego prawa antytrustowego *per se.* To praktyka następujących po *Dr. Miles* orzeczeń zaczęła kwalifikować standard *per se* jako odpowiedni dla oceny minimalnych cen odsprzedaży. *United States v. Colgate Co.*, 250 U.S. 300 (1919); *FTC v. Beech-Nut Packing Co.*, 257 U.S. 441 (1922).

[18] L.D. Brandeis, *Cutthroat Prices: The Competition that Kills*, „Harper's Weekly", 15 października 1913; W. Taussing, *Price Maintenance*, „The American Economic Review" 1916, marzec, vol. 6, nr 1, Supplement, Papers and Proceedings of the Twenty-eighth Annual Meeting of the American Economic Association, s. 170 .

[19] *United States v. Colgate Co.*, 250 U.S. 300 (1919): „producent może ogłosić z wyprzedzeniem okoliczności w których odmówi sprzedaży", rezultatem tego była sytuacja, w której jednostronne nałożenie minimalnej ceny odsprzedaży, pochodzące od producenta, który wcześniej ogłosił, że pod pewnymi warunkami nie będzie sprzedawał swojego produktu, nie jest uznawane za minimalną cenę odsprzedaży nielegalną *per se*.

[20] *States v. Parke, Davis & Co.* 362 U.S., 29 (1960), orzeczenie to skutecznie zawężało możliwość stosowania doktryny Colgate: „nielegalna kombinacja nie powstaje tylko na podstawie umowy ustalającej cenę".

[21] *Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corp.* 465 U.S. 753 (1984).

[22] *United States v. General Electric Co.*272 U.S. 476 (1926).

[23] Tzw. *consignment agreements.*

[24] *Simpson v. Union Oil Co.* 377 U.S. 13 (1964).

[25] *Morrison v. Murray Biscuit Co.*, 797 F.2d 1430, 1436 (7th Cir. 1986).

[26] Miller-Tydings Fair Trade Act 50 Stat. 693 oraz Mcguire Act, 66 Stat. 631.

[27] Mcguire Act, 66 Stat. 631.

[28] Wszystkie oprócz trzech stanów aplikowały legalność *per se* minimalnych cen odsprzedaży na pewien okres.

Poza trzema przytoczonymi powyżej przykładami, przez lata uzasadnienie *Dr. Miles* znajdowało się w ogniu krytyki ekonomistów, szczególnie po okresie tzw. rewolucji chicagowskiej. Jednocześnie nacisk na zmianę standardu oceny dla minimalnych cen odsprzedaży był rzadkim przykładem konsensusu pomiędzy dwoma wiodącymi szkołami prawa konkurencji w USA, nazywanymi często szkołą chicagowską oraz szkołą harwardzką[29]. Przedstawiciele pierwszej z nich wnioskowali nawet o całkowite dozwolenie stosowania RPM (tzw. ***per se legality***)[30]. Profesor Herbert Hovenkamp nazwał przedmiotowe orzeczenie „najbardziej niefortunnym dokonaniem praw regulujących minimalne ceny odsprzedaży"[31], proponując również, wspólnie z twórcą szkoły harwardzkiej profesorem Phillipem Areedą zastosowanie przy ich ocenie tzw. strukturalnej reguły rozsądku[32]. Należy zauważyć, że rozwiązania orzeczenia *Leegin* uważa się za bliższe szkole harwardzkiej[33].

Analizę słuszności aplikowania przez *Dr. Miles* standardu nielegalności *per se* do minimalnych cen odsprzedaży warto przeprowadzić w świetle cytatu, którym Richard Posner, przedstawiciel szkoły chicagowskiej, rozpoczął swoją książkę *Antitrust law*, cytatu zawartego w sprawie United States v. Syufy Enterprises*:* „Jak wszystkie sprawy antymonopolowe również ta musi mieć ekonomiczny sens"[34]*.* Jak bowiem wspomniano wcześniej, prawo konkurencji pozostaje w ścisłym i nierozłącznym związku z regułami ekonomii. Podstawą uzasadnienia orzeczenia *Dr. Miles* było zaś przekonanie, że praktyki wertykalne dotyczące ustalania ceny wywołują takie same efekty rynkowe, jak dotyczące jej praktyki horyzontalne[35], które prowadząc do eliminacji konkurencji cenowej, eliminują podstawę konkurencji – cenę produktu. Jak pisze wspomniany już Hovenkamp, istnieją co najmniej dwa powody, dla których porozumieniami horyzontalnymi zajmuje się prawo konkurencji i żaden z nich nie jest stosowany w ten sam sposób do porozumień wertykalnych[36]. Jest bowiem oczywistym, że np. zwykła umowa sprzedaży ustalająca cenę pomiędzy jej stronami nie ogranicza handlu[37]. Wskazuje on również, że jednym z powodów zakazania porozumień horyzontalnych jest ich skłonność do wykreowania siły rynkowej, która nie istnieje bez takiego porozumienia. Porozumienia kartelowe kreują bowiem siłę rynkową poprzez skonsolidowanie wyborów cenowo-produkcyjnych przedsiębiorców nieposiadających samodzielnej siły rynkowej (nad ceną lub produkcją rynku)[38]. Natomiast porozumienia wertykalne zasadniczo nie zwiększają siły rynkowej, chyba że implikowane są przez już ją posiadającego rynkowego dominanta lub kilku konkurentów jednocześnie.

[29] E. Elhauge, *Harvard, not Chicago: Which antitrust school drives recent supreme court decisions?*, Harvard School of Law, *Cambridge, MA 02138 Discussion Paper No. 594,* „Competition Policy International" 2007, vol. 3, nr 2, s. 1: „Jeśli cokolwiek było przedmiotem konsensusu pomiędzy szkołami harwardzką a chicagowską, była to propozycja, *że* reguła nielegalności per se była niefortunna".

[30] R.A. Posner, *The next Step in the Antitrust Treatment of Restricted Distribution: Per Se Legality*, „University of Chicago Law Review" 1986, vol. 48, s. 23–26; R.H. Bork, *The antitrust paradox, the policy at war with itself*, New York 1978, s. 288: „każde porozumienie wertykalne powinno być całkowicie legalne"; L. Telser, *Why Should Manufacturers Want Fair Trade*, „Journal of Law and Economics" 1960, vol. 3, s. 86.

[31] H. Hovenkamp, *Antitrust Enterprise*, Harvard University Press, 2005, s. 186: *The most unfortunate development in the law of RPM*. Autor wyjaśnił, że standard oceny *per se* był niefortunny ponieważ „powstrzymał rozwój ekonomicznego zrozumienia powodów i efektów RPM".

[32] Strukturalna reguła rozsądku proponowana przez profesorów Arredę i Hovenkampa do oceny RPM, zakładała antykonkurencyjność RPM przy obecności jednego z czynników, którymi były m.in: koncentracja producentów, koncentracja sprzedawców, RPM obejmujący silną markę, RPM zainicjowany przez sprzedawcę lub ich grupę, RPM stosowany dla produktów homogenicznych. P.E. Areeda, H. Hovenkamp, *Antitrust law An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, Aspen Publishers, 2004,1633c1 i 1633e.

[33] Einer Elhauge, *Harvard, not Chicago*…, s. 2.

[34] R.A. Posner, *Antitrust law*, University of Chicago Press, 2nd ed. 2001, s. 1: *Like all antitrust cases, this one must make economic sense*.

[35] *Leegin, Creative Leather Products, Inc*., 551 U.S. 888, 891.

[36] H. Hovenkamp, *Leegin, the Rule of Reason, and Vertical Agreement*, University of Iowa Legal Studies Research Paper Number 10-4, grudzień 2010; dostępne na: http://ssrn.com/abstract=1673519 .

[37] Ibidem.

[38] Ibidem.

Obok powyższego głównym zarzutem podnoszonym przez lata był brak jakiejkolwiek racjonalności w uzasadnieniu orzeczenia, która dawałaby możliwość wykazania antykonkurencyjnych skutków praktyki. *Dr. Miles,* w odróżnieniu od innych orzeczeń uznawanych za *stare decisis*, nie zawierał bowiem jakiejkolwiek analizy ekonomicznej, która uzasadniałaby wprowadzenie standardu nielegalności *per se*[39]. Ponadto podstawą do wprowadzenia przedmiotowego standardu oceny była pochodząca z 1628 roku, reguła prawa własności *common law*: „*generalne ograniczenie zbycia jest zazwyczaj nieważne*"[40]. Jak wskazał, piszący opinię Sądu Najwyższego USA w sprawie *Leegin*, Sędzia Anthony Kennedy, reguła ta nie może być podstawą dla uzasadniania reguł wolnego rynku w środowisku XXI wieku[41].

III. Orzeczenie w sprawie *Leegin* i zmiana standardu oceny minimalnych cen odsprzedaży

Cytowana powyżej krytyka oceny minimalnych cen odsprzedaży, jako praktyki zawsze naruszającej konkurencję, pozostała w użytku aż do 2007 roku i orzeczenia związanego z działalnością sklepu Kay's Kloset, sprzedającego paski marki Bringhton 20% poniżej ceny narzuconej przez ich producenta Leegin Creative Leather Products Inc.

Federalne prawo antymonopolowe USA, co do zasady uznaje horyzontalne porozumienia cenowe za najcięższe ograniczenia konkurencji[42]. Jak wynika z poprzedniej części tekstu, podejście do minimalnych cen odsprzedaży znajdowało się w ciągłej ewolucji od samego początku stosowania prawa antymonopolowego, będąc jednym z jego najszerzej komentowanych aspektów. Ze względu na zasadniczo odmienne podejście do porozumień wertykalnych oraz ich wpływ na rynek poprzez wpływ na konkurencję międzymarkową, w sprawie *Leegin* dokonano zmiany standardu oceny RPM na regułę rozsądku.

Badając zmianę w podejściu do RPM, należy rozpocząć od roku 1977 i orzeczenia Sądu Najwyższego USA w sprawie *GTE Sylviania*[43]. Odchodzący od formalizmu ery tzw. *Warren Courts* i będący pod silnym wpływem rewolucji chicagowskiej Sąd Najwyższy USA zmienił standard oceny nielegalności *per se* na regułę rozsądku dla porozumień wertykalnych innych niż cenowe. Taki podział utrzymał się przez kolejne 20 lat, aż do roku 1997, kiedy to w sprawie *State Oli Co. v. Khan*[44] standard oceny reguły rozsądku po raz pierwszy został zaaplikowany również do wertykalnych porozumień cenowych (maksymalnych cen odsprzedaży). Cały nurt zmiany w podejściu do relacji wertykalnych w USA trwa do dziś[45], a jedną z jego części było opisywane orzeczenie

[39] Analiza ekonomiczna praktyk antykonkurencyjnych obecna jest w prawie antymonopolowym USA od długiego czasu, np. w sprawie *United States v. Continental Can Co.*, 378 U.S. 441 (1964).

[40] *John D. Park & Sons Co. v. Hartman*, 153 F. 24: „Prawo do zbycia jest jednym z podstawowych założeń prawa własności ruchomości i ograniczenia co do ich zbycia były generalnie rozpoznawane za nieznośne dla interesu publicznego, któremu najlepiej asystuje wolność przepływu, jak przepływ rzeczy z ręki do ręki. Generalne ograniczenie zbycia produktów lub rzeczy, takich jak ruchomości poza tymi bardzo specjalnego rodzaju, jak niewolnik lub klejnot rodowy, uznawane są za nieważne. Jak mówił Lord Coke, w Coke Littleton sekcja 360, jeśli człowiek posiada konia lub jakąś inną ruchomość i wyzbędzie się wszystkich posiadanych w niej praw pod warunkiem, że kupujący nie wyzbędzie się tej rzeczy, to takie postanowienie jest nieważne, ponieważ wszelkie prawa do rzeczy nie należą już do niego, jeśli nie ma już możliwości powrotu, a jest to przeciwko handlowi, przepływowi, kontraktowaniu i targowaniu pomiędzy osobą a osobą".

[41] *Leegin, Creative Leather Products, Inc.*, 551 U.S., 888.

[42] *United States v. Saccony Vacuum Oil Co. Inc.*, 310 U.S. 150 (1940).

[43] *Cont'l T. V., Inc. v. GTE Sylvania Inc.*, 433 U.S. 36, 50, 97 S. Ct. 2549, 2552, 53 L. Ed. 2d 568 (1977).

[44] *State Oil Co. v. Khan*, 522 U.S. 3 (1997).

[45] W maju 2012 r. Sąd Najwyższy stanu Kansas orzekł w sprawie *O'Brien v. Leegin Creative Leather Products, Inc.*, No. 101,000, 2012 WL 1563976 (Kan. 4 May 2012) o nielegalności RPM *per se* w świetle stanowych reguł prawa konkurencji (Kansas Restraint of Trade Act 50-101, 50-112), niezależnie od traktowania tej praktyki przez federalne prawo konkurencji. Stan ten został zmieniony 18 kwietnia 2013 r., kiedy to Kongres Stanu Kansas ustanowił standard *rule of reason* odpowiednim dla oceny RPM. Ponadto stany, takie jak Maryland (Maryland Annotated Code § 11-204(b)) oraz Kalifornia (California Business and Professions Code § 16720(b)) aplikowały do swoich wewnętrznych regulacji prawa konkurencji przepisy statutowe określające praktyki

w sprawie *Leegin*. Nie jest więc ono niespodziewaną zmianą w prawie antytrustowym, a raczej wynikiem ewolucji tegoż prawa rozumiejącego, że relacje wertykalne, będące przecież podstawą obrotu gospodarczego, (w tym również dotyczące ceny), mogą kreować efekty prokonkurencyjne.

Podstawą prokonkurencyjnego skutku stosowania RPM jest zrozumienie, że popyt na produkty homogeniczne zależy nie tylko od ceny produktu[46], lecz także innych czynników pozostających w zakresie działania jego sprzedawców, a nie producentów[47]. Popyt na produkty, oprócz ceny, zależy również od czynników, takich jak jakość, wzór czy usługi sprzedażowe[48]. Prokonkurencyjność stosowania RPM objawia się w wyeliminowaniu wewnątrzmarkowej konkurencji cenowej na rzecz pobudzenia wewnątrzmarkowej konkurencji na poziomie usług, co w konsekwencji prowadzi do zwiększenia popytu oraz wzmożenia konkurencji cenowej pomiędzy producentami produktu. W związku z tym, minimalne ceny odsprzedaży nie eliminują z rynku konkurencji na poziomie ceny zupełnie, tak jak ich horyzontalne odpowiedniki, które jednocześnie poprzez tę eliminację generują siłę rynkową, gdyż konkurencja cenowa stale odbywa się pomiędzy producentami produktów (przy założeniu konkurencyjności obu poziomów rynku).

W przedstawionym założeniu sprzedawcy, wobec wyeliminowania możliwości konkurowania na poziomie ceny, zostają zmuszeni do poszukiwania innych obszarów konkurowania o klienta końcowego. Konsekwentnie, uzyskując ochronę marży sprzedażowej w postaci RPM, zaczynają konkurować na poziomie usług po- i przedsprzedażowych. Takie zachowanie powoduje wzrost liczby usług, czego konsekwencją jest wzrost sprzedaży produktu[49]. Wskazuje się, że wyższy standard obsługi konsumentów, zawierający lepszą przedsprzedażową ekspozycję, dłuższe godziny otwarcia sklepów, pomoc personelu, posprzedażowe usługi (jak możliwość zwrotu towaru), wzmagają popyt na produkty[50]. Niektórzy ekonomiści, rozwijając powyższe podejście, podają dodatkowe czynniki zwiększania popytu, są nimi m.in.: ilość sklepów, dostępność produktu, przystępność lokalizacji sklepów czy informacje na temat jakości produktu[51]. Zatem, pomimo że niektóre dowody empiryczne wskazują na wzrost cen na rynkach, gdzie stosowane są minimalne ceny odsprzedaży (o czym dokładniej w dalszej części tekstu), cena nie jest jedynym czynnikiem determinującym dobrobyt konsumentów[52]. Efekt potencjalnego wzrostu ceny jest rekompensowany lub nawet przewyższany czynnikami wskazanymi powyżej. W przedstawionym poniżej wykresie, trójkąt ABC przedstawia dobrobyt konsumentów przed wprowadzeniem minimalnych cen odsprzedaży. Trójkąt DEC przedstawia natomiast sytuację po wprowadzeniu dolnej granicy cenowej, gdzie widoczne jest, że pomimo wzrostu ceny z poziomu Cp do poziomu RPMp, krzywa popytu (CB) przesunięta w prawo (CF) w wyniku zwiększenia popytu na dany produkt po wprowadzeniu dodatkowych

RPM jako nielegalne *per se*. Podobne zapisy statutowe sugerujące nielegalność *per se* przedmiotowej praktyki posiada kilka innych stanów, jak: Alabama, Ohio, Nevada czy Minnesota. Natomiast również w maju 2012 r. Wydział Apelacyjny Sądu Najwyższego stanu Nowy Jork w sprawie *People v. Tempur-Pedic International, Inc.*, 2012 WL 1583575 (N.Y. App. Div. 8 May 2012), odrzucił twierdzenie Prokuratora Generalnego Stanu Nowy Jork, że praktyki RPM są nielegalne w świetle prawa stanu Nowy Jork (New York General Business Law § 369-a). Na ciągłość zmian dotyczących relacji wertykalnych w USA wskazuje również: Antitrust Division Policy Guide to Merger Remedies U.S. Department of Justice, Antitrust Division, czerwiec 2011, s. 5,13.

[46] Protokół z posiedzenia Sądu Najwyższego USA w sprawie *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*,127 S. Ct. 2705 (2007), s.15: „Sędzia Scalia: Więc sam fakt, że to podniesie ceny nie udowadnia niczego. Nie udowadnia to, że służy to dobrobytowi konsumentów. Jeśli właściwie daje to konsumentom większy wybór usług za nieco wyższą cenę, to powiększy to dobrobyt konsumentów, tak długo jak istnieją konkurencyjne produkty za niższą cenę tak? Olson (pełnomocnik Leegin Creative Leather Products): tak jest to absolutnie racja. Sędzia Scalia: więc nie wiem czemu powinniśmy całą uwagę skupiać na tym, czy powoduje to wyższą cenę czy nie…", dostępne na: http://www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_transcripts/06-480.pdf .

[47] K.G. Elzinga, D.E. Mills, *Leegin and Procompetitive Resale Price Maintenance*, „The Antitrust Bulletin" 2010, vol. 55, nr. 2, s. 7.

[48] Ibidem.

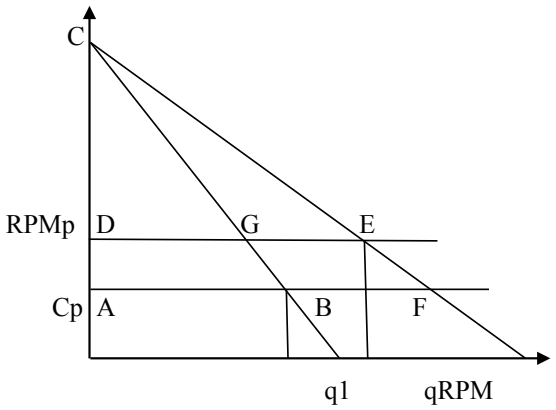
[49] L. Telser, *Why Should Manufacturers…*, s. 86–105.

[50] K.G. Elzinga, D.E. Mills, *Leegin and…*, s. 55.

[51] Ibidem.

[52] Ibidem.

usług przez sprzedawców, może jak w przedstawionej sytuacji zwiększyć dobrobyt konsumentów. Przekazywana do producentów część trójkąta ABC (część przedstawiona jako trapez ABGD) jest rekompensowana lub przewyższana w trójkącie DEC poprzez obszar określony trójkątem CGE.



Ekonomiczne uzasadnienie prokonkurencyjności minimalnych cen odsprzedaży oparte jest więc na założeniu, że nawet w przypadku, gdy RPM mogą prowadzić do wyższych cen, nie musi to koniecznie wskazywać na ich negatywny wpływ na dobrobyt konsumentów, ponieważ właściwy rezultat zastosowania RPM powinien zostać oceniony jako wykładnia ich pro- i antykonkurencyjnych skutków[53]. Założenie to, – tzw. *service hypothesis*, wskazuje zatem możliwość, że „wzrost popytu będący efektem poprawionej jakości usług, uzyskany poprzez ochronę marży sprzedażowej, bardziej niż wyrówna negatywny wpływ na popyt wynikający z wyższych cen odsprzedaży”[54].

Podsumowując, możliwe jest więc, że użycie RPM i eliminacja konkurencji wewnątrzmarkowej na poziomie ceny oraz wytworzona w ten sposób ochrona marży sprzedażowej zachęcają sprzedawców do inwestowania w materialne lub niematerialne usługi lub nakłady promocyjne, które w konsekwencji zwiększają pozycję producentów w stosunku do ich konkurentów. Sprzedaż produktów wzrasta, kiedy jakość usług wzrasta, a konsumenci uzyskują dostęp do produktów lepszej jakości. Producenci mogą zaoferować produkty lepszej jakości w związku ze zwiększonym popytem, gdyż przychody umożliwiają dodatkowe inwestycje. Jeśli więc wzrost sprzedaży produktów spowoduje, jak na przedstawionym wykresie, przesunięcie się krzywej popytu w prawo do tego stopnia by wykazać, że dobrobyt konsumentów jest większy (nawet pomimo wzrostu ceny) niż był przed zastosowaniem praktyki, to takie działanie powinno zostać uznane za prokonkurencyjne[55]. Jednakże malejący lub taki sam popyt przy wzroście ceny (lub przy takiej samej cenie) może być dowodem na skutek antykonkurencyjny. Taki efekt jest najbardziej prawdopodobny dla produktów, dla których usługi po- i przedsprzedażowe mają rzeczywiste znaczenie, np. sprzętu elektronicznego. Nie należy również zapominać o produktach budujących swoją markę na podstawie utrzymania odpowiednio wysokiej ceny sprzedaży, tzw. *allure of high prices*[56].

[53] *Leegin, Creative Leather Products, Inc.*, 551 U.S. 895, 127 S. Ct. 2705, 168 L. Ed. 2d 623 (2007).

[54] F. Mathewson, R. Winter, *The law and economics of resale price maintenance*, „Review of Industrial Organization” 1998, vol. 13, s. 67: „Wzrost popytu, który wynika z polepszenia usług, uzyskanych przez ochronę marży detalicznej, więcej niż rozliczy negatywny wpływ na popyt wyższej ceny detalicznej” oraz wskazanie przez Sędziego Scalię podczas słownej argumentacji procesu *Leegin*, że: „Nie wydaje mi się, że konsumenci chcą tylko tego co jest tanie. Wydaje mi się, że chcą również innych rzeczy poza niską ceną produktu”. Oral Argument Transcript, *Leegin Creative Leather Products*, Inc v PSKS, Inc, No 06-480, s. 28 (26 marca, 2007).

[55] K.G. Elzinga, D.E. Mills, *Leegin and…*, s. 36.

[56] Przykładami stosowania takiej polityki cenowej są m.in. zachowania klientów domów mody; R. La Ferla, *When High Price is the Allure*, „*N.Y. Times*”, 9 sierpnia 2007, s. G1.; G. Simmel, *Fashion,* „International Quarterley” 1904, vol. 10, s. 133; Bardzo ciekawym przykładem jest również zmniejszenie aplikacji studentów po obniżeniu czesnego na kilku amerykańskich uczelniach; zob. J.D. Glater, A. Finder, *In New Twist on Tuition Games, Popularity*

Ekonomiczna analiza skutków minimalnych cen odsprzedaży na podstawie *service hypothesis* L. Telsera[57] daje więc możliwość, zgodnie z zasadami gospodarki wolnorynkowej, podjęcia decyzji czy dana strategia rynkowa ma efekt prokonkurencyjny, czy też dla niej szkodliwy na podstawie zachowań samych konsumentów. Analiza zachowania konsumentów względem aplikowanej strategii, jest tu podstawą do właściwej oceny czy rozpoznają oni produkt jako lepszy niż przed wprowadzeniem RPM. Efektem zastosowania *service hypothesis* jest więc ocena niwelowania zakładanego głównego efektu antykonkurencyjnego RPM – wzrostu cen produktu w wyniku braku konkurencji cenowej na poziomie sprzedaży[58].

Drugim efektem prokonkurencyjnym RPM jest obrona przeciwko tzw. efektowi gapowicza – *free riders effect*[59]. *Free riders* to podmioty, które mogą osiągnąć większą sprzedaż, bazując na wykorzystaniu usług sprzedażowych innych uczestników rynku, ponieważ same nie oferując takich, są w stanie obniżyć cenę produktu[60]. Takie działanie doprowadzi w efekcie do zmniejszenia ilości sprzedaży w sklepie oferującym usługi przedsprzedażowe[61], a w konsekwencji nieopłacalności ich prowadzenia. W konsekwencji zmniejszy to dobrobyt konsumentów, ponieważ sprzedawcy przestaną oferować przedmiotowe usługi właśnie z powodu ich nieopłacalności. Wprowadzenie dolnej granicy sprzedaży zapobiegnie więc sprzedawaniu produktu poniżej pewnego poziomu ceny, chroniąc marżę sprzedawców, a jednocześnie powinno zapewnić konsumentom dodatkowe usługi sprzedażowe[62].

W pewnych okolicznościach *free riders effect* może również naruszyć wizerunek producenta produktu, a w konsekwencji jego efektywność[63]. Niektórzy producenci pragną bowiem by przy sprzedaży ich produktów, zachowana była bardzo wysoka jakość usług sprzedażowych, z tego powodu chcą chronić sprzedawców o dobrej reputacji rynkowej. Tacy sprzedawcy *de facto* pomagają utrzymać wizerunek marki, np. jako marki luksusowej. Dla producentów luksusowych marek utrzymanie wysokiej ceny sprzedaży jest fundamentem działalności, kreuje jej wizerunek i zapewnia określony poziom usług, co dla poszczególnych klientów końcowych może mieć większe znaczenie niż sama cena produktu. Pomimo że efekt *free rider* jest często krytykowany w związku z jego zastosowaniem do RPM[64], należy zauważyć, że orzeczenie wydane w roku 2007 nie oddawało pełnego obrazu rynków, jaki wykształcił się w ostatnich latach. Wydaje się bowiem, że np. w środowisku rynku sprzedaży przez Internet RPM może służyć ochronie marży sprzedawców prowadzących zwykłe sklepy, zachęcając ich do inwestycji w usługi.

Ostatnim prokonkurencyjnym efektem wymienionym przez sąd jest ułatwienie wejścia na rynek nowym producentom, jako element agresywnej dystrybucji produktu. W tej sytuacji RPM

Rises With the Price, „N.Y. Times", 12 grudnia 2006, s. A1; podobne wnioski również: G.R. Ackert, *An Argument for Exempting Prestige Goods from the Per Se Ban on Resale Price Maintenance*, „Texas Law Rewiev" 1995, vol. 73, s. 1185.

57 L. Telser, *Why Should Manufacturers*…, s. 89; jako jeden z pierwszych pierwszy określił to jako tzw. *Service Argument*.

58 Minimalne ceny odsprzedaży mają również potencjał do oferowania konsumentom większej ilości opcji, by mogli wybrać pomiędzy niskimi cenami i niską jakością usług a wysokimi cenami i wysoką jakością usługi, *Leegin, Creative Leather Products, Inc*., 551 U.S. 890.

59 H.P. Marvel, S. McCafferty, *Resale Price Maintenance and Quality Certification*, „The RAND Journal of Economics" 1984, vol. 15, s. 346 .

60 Dla zobrazowania przedmiotowego efektu najczęściej podaje się przykład sprzedawcy sprzętu komputerowego. Konsument przychodząc do sklepu dobrze wyposażonego sprzedawcy, który wyjaśni, wyposaży go w całą wiedzę na temat produktu poprzez swoją kadrę dobrze wykwalifikowanych sprzedawców, nabędzie niezbędną wiedzę dotyczącą produktu. Następnie jednak ten sam konsument kupi dany produkt w sklepie oferującym niższą cenę, lecz bez usług przedsprzedażowych, gdzie żadne wyjaśnienia nie będą mu już potrzebne.

61 R. Bork, *The antitrust paradox*…, s. 290.

62 *Leegin, Creative Leather Products, Inc*., 551 U.S. 891.

63 H. Hovenkamp, *Federal antitrust policy the law of competition and its practice,* ed. 3, s. 456 (WEST PUBLISHING CO. 2005).

64 M. Lao Free Riding, *An Overstated, and Unconvincing, Explanation for Resale Price Maintenance how the Chicago school overshot the mark the effect of conservative economic analysis on U.S. antitrust 196*, dostępne na: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1024221 .

upewnia nowych graczy rynkowych, że cena nie zostanie obniżona poniżej opłacalnego poziomu, umożliwiając poprzez ochronę marży sprzedażowej w odpowiednim czasie odzyskanie strat związanych z wejściem na rynek[65].

Opisywane przez ekonomistów efekty antykonkurencyjne RPM to: kartel sprzedawców, kartel producentów, zamknięcie rywali rynkowych przez silnego producenta oraz zamknięcie rywali rynkowych przez dominującego odprzedawcę. W pierwszych dwóch przypadkach wskazuje się na możliwość ułatwienia działalności porozumień horyzontalnych poprzez kartele *hub and spoke*. Pierwszy z nich zakłada pozycję producenta jako strażnika porozumienia horyzontalnego, nakładającego RPM dla uniemożliwienia wzajemnego oszukiwania się uczestników kartelu na poziomie odsprzedaży. W drugim przypadku RPM pomaga kartelowi producentów monitorować ceny na poziomie odsprzedaży, a taka transparentność cen również zapobiega działaniom uczestników kartelu mających na celu oszukanie jego członków. W trzecim scenariuszu RPM zapewnia odprzedawcom atrakcyjną marżę w zamian za odmowę sprzedaży produktów konkurenta. Ostatni przypadek może doprowadzić do nałożenia RPM w celu zapobiegania obniżającym koszty innowacjom w dystrybucji.

IV. Zdanie odrębne w orzeczeniu *Leegin*

Poza wspomnianymi efektami pro i antykonkurencyjnymi w związku z orzeczeniem w sprawie *Leegin* warto wspomnieć również o zdaniu odrębnym, napisanym przez Sędziego Stephena Breyera[66]. Zostało ono oparte głównie na założeniu, że orzeczenie *Dr. Miles* powinno pozostać obowiązującym precedensem ze względu na niezwykle długi okres jego obowiązywania[67]. Sędzia przyznaje w nim, że RPM może przynosić zarówno pro-, jak i antykonkurencyjne efekty[68], podważając częstotliwość występowania tych pierwszych. Głównym zarzutem w kwestii antykonkurencyjności praktyki jest wzrost ceny oparty na dowodach empirycznych związanych ze stosowaniem Fair Trade Acts. Dowody empiryczne uzyskane na podstawie badań dokonanych podczas stosowania przedmiotowej legislacji wykazały bowiem, że ceny produktów kształtowały się na poziomie od 19 do 27% większym niż w stanach, gdzie RPM były zakazane[69]. Przykład Fair Trade Acts niesie za sobą jednak zasadniczy błąd i nie powinien być relewantnym w odniesieniu do analizy praktyki pod standardem oceny reguły rozsądku. Fair Trade Acts całkowicie dozwalały bowiem na stosowanie RPM bez żadnej możliwości ich penalizowania, nawet w przypadku, gdy służyły one do celów *stricte* antykonkurencyjnych[70]. Porównanie standardów legalności *per se* i nielegalności *per se* nie jest zatem tym samym, co porównanie standardu nielegalności *per se*

[65] *Leegin Creative Leather Products, Inc.*, 551 U.S. 891.

[66] L.A. Graglia, *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.: The Strange Career of the Law of Resale Price Maintenance*, The University of Texas School of Law, Law and Economics Research Paper No. 115, (2007): „Co zaskakujące w *świetle* jego tła, orzeczenie sądu wydane zostało tylko większością 5–4, z Sędzią Breyerem piszącym długie namiętne, ale wyjątkowo nieprzekonywujące zdanie odrębne", s. 31.

[67] W zdaniu odrębnym opowiedziano się za długim 96-letnim okresem obowiązywania precedensu *Dr. Miles,* nie uwzględniając, że RPM były legalne w wielu stanach podczas obowiązywania tzw. Fair Trade Acts.

[68] *Leegin Creative Leather Products, Inc.*, (J. Breyer, zdanie odrębne, również z Stevens, Souter i Ginsburg): „Jeśli miałbym być przymuszony do zdecydowania teraz, najwyżej mogę się zgodzić, że reguła *per se* powinna być nieco zmodyfikowana, by zezwolić na wyjątek dla łatwiejszego identyfikowania oraz czasowych warunków dla nowych wejść".

[69] E. Elhauge *Harvard, not Chicago*..., s. 3; T. Overstreet, *Resale Price Maintenance: Economic Theories and Empirical Evidence*, Bureau of Economics Staff Report to the Federal Trade Commission, s. 112 (październik 1983) oraz cytowana na s. 1 niepublikowana praca A. Mclaughlin, „*An Economic Analysis of Resale Price Maintenance*"; W.S. Comanor, F.M. Scherer, R. L. Steiner, *Vertical Antitrust Policy as a Problem of Inference: The Response of the American Antitrust Institute*, AAI Working Paper No. 05-04, s. 8 (2005), wskazuje, że po odebraniu możliwości stosowania RPM w latach 70. konsumenci zaoszczędzili 200 milionów dolarów w 18 miesięcy na niższych cenach spodni.

[70] E. Elhauge, *Harvard, not Chicago*…, s. 2.

i reguły rozsądku, gdyż tylko ten ostatni pozwala na uznanie praktyki za legalną lub nielegalną, a zatem na ważenie skutków stosowanej strategii. Standard reguły rozsądku nie był nigdy wcześniej aplikowany do oceny RPM[71].

V. *Leegin* a stosowanie podejścia ekonomicznego do minimalnych cen odsprzedaży w prawie polskim

Wydaje się, że po 5 latach stosowania reguły rozsądku w prawie antytrustowym USA można wyciągnąć pierwsze wnioski oraz podjąć próbę oceny zasadności stosowania analizy ekonomicznej RPM w innych porządkach prawnych, w tym w polskim prawie antymonopolowym.

Niewątpliwie istnieją zasadnicze różnice pomiędzy prawem antytrustowym USA oraz prawami konkurencji przyjętymi przez państwa europejskie. Na różnice te składają się m.in. system obligatoryjnych potrójnych odszkodowań, silnie rozwinięty system pozwów zbiorowych i tzw. *private enforcement* w USA oraz fakt oparcia systemu antytrustowego na orzecznictwie sądów względem przyjętych w Europie systemów bardziej opartych na decyzjach organów administracji[72]. Zarówno polskie prawo konkurencji, jak i jego europejski odpowiednik dzielą porozumienia antykonkurencyjne na dwa rodzaje: niewymagające wykazania skutków porozumienia zabronione ze względu na cel[73] oraz wymagające przeprowadzenia obszernej analizy rzeczywistych i potencjalnych skutków gospodarczych przez organ antymonopolowy porozumienia zabronione ze względu na skutek. RPM uznawane są za pierwsze z nich. Prawa konkurencji aplikowane w Europie pozwalają jednak każdemu z dwóch wymienionych rodzajów, na skorzystanie z dobrodziejstwa indywidualnego wyłączenia spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję, co sprawia, że zakaz porozumień ograniczających konkurencję ze względu na cel nie jest lustrzanym odbiciem standardu oceny nielegalności *per se*.

W cytowanym już wyroku Sądu Najwyższego III SK 21/11 wskazano trzy przykłady prokonkurencyjniości RPM: zapewnienie odpowiedniej marży przy wejściu nowego gracza na rynek, zapobieganie efektowi gapowicza pozwalające na utrzymanie optymalnego poziomu usług oraz, gdy podyktowane jest to potrzebą zapewnienia jednolitego wizerunku i charakteru działania sieci sprzedaży, a także skutecznego przeprowadzenia krótkoterminowych kampanii promocyjnych opierających się na niskiej cenie. Jak więc można zauważyć, przykłady zasadniczo odpowiadają *telserowskim* założeniom *service hypothesis* i innym użytym przez Sąd Najwyższy USA zakładającym, że niska cena nie jest jedynym wyznacznikiem dobrobytu konsumentów.

By rzetelnie opowiedzieć się za stosowaniem analizy skutków ekonomicznych RPM, należy jednak najpierw odnieść się do krytyki orzeczenia *Leegin* w USA oraz zasadniczo wątpliwej próby jego zmiany na poziomie ustawowym. O ile moim zdaniem w Stanach Zjednoczonych istnieje generalny pogląd o słuszności aplikowania reguły rozsądku do RPM ze względu na istnienie zarówno ich anty-, jak i prokonkurencyjnych skutków, o tyle powodem pojawiającej się krytyki są kwestie proceduralne wynikające ze zmiany standardu oceny na zastosowaną przez Sąd Najwyższy USA tzw. pełną regułę rozsądku. Największym wynikającym z tego problemem jest alokowanie

[71] W jednym z przeprowadzonych badań dotyczących skutków RPM po orzeczeniu Leegin, w stanie Maryland gdzie stosowanie RPM jest zabronione *per se* nie wykazano żadnego wpływu takiego zakazu na cenę produktu. Według autorów badania taki stan może świadczyć o tym, że RPM nie zawsze ogranicza konkurencję cenową; zob. http://www.nera.com/nera-files/PUB_Maryland_Feb2010.pdf .

[72] D. Sokol, R. Blair, *The Rule of Reason and the Goals of Antitrust: An Economic Approach*, „Antitrust Law Journal" 2012, vol. 78, nr 2.

[73] Wyr. TS z 20.11.2008 r. w sprawie C-209/07 *Beef Industry Development Society Ltd.*; wyr. TS w połączonych sprawach 56 i 58/64 *Costen and Grundig v. Komisja*.

ciężaru dowodu antykonkurencyjności praktyki na powoda dochodzącego odszkodowania za szkodę wyrządzoną przez RPM. Fakt ten skutkuje zwiększonymi kosztami prowadzenia postępowań, a zauważyć należy, że w systemie amerykańskim z powodu zastosowania tzw. *Tripartite approach* sprawy sądowe o roszczenia wynikające z porozumień wertykalnych są najczęściej podnoszone przez odsprzedawców, osoby prywatne – a więc domagające się odszkodowania w zakresie tzw. *private enfocement*[74]. Praktyka pokazuje, że zastosowanie pełnej reguły rozsądku w USA prowadzi do zasadniczego utrudnienia udowodnienia nielegalności działań, m.in. zwiększając koszty postępowania[75]. Niektórzy komentatorzy nazywają zmianę standardu oceny na pełną regułę rozsądku aplikowaniem tzw. *de facto legalności per se*[76]. Takie podejście wiąże się z faktem, że w systemie opartym na orzecznictwie sądów, strony muszą udowodnić szereg czynników zanim dojdą do właściwej praktyce analizy ekonomicznej[77]. Przykładowo, jednym z decydujących kroków w udowodnieniu antykonkurencyjności jakiegokolwiek porozumienia jest poprawne wyznaczenie przez powoda rynku właściwego (co już wymaga użycia narzędzi ekonomicznych)[78]. Przeprowadzone badania pokazują ponadto trudności w dokonaniu skutecznej analizy ekonomicznej. Co więcej, ponad połowa spraw dotyczących porozumień wertykalnych w Stanach Zjednoczonych jest przegrywana przez osoby zaskarżające praktykę, przez niemożliwość wykazania istnienia siły rynkowej lub szkody dla konkurencji międzymarkowej[79]. Jednak jak zauważono na początku, zasadniczym dla oceny tych informacji jest fakt, że prywatne pozwy wnoszone w procedurze cywilno-prawnej (*private enforcement*) są w prawie antymonopolowym USA, w odróżnieniu do europejskich porządków prawych, narzędziem bardzo istotnym i nieporównywalnie częściej stosowanym. Tak więc postulat zwiększenia kosztów postępowań dotyczy ponoszenia ich głównie przez podmioty prywatne – konsumentów. Fakt ten powinien być brany pod uwagę przy każdej próbie przełożenia tej krytyki na jej odpowiednie zastosowania w prawie państw europejskich. Odwrotnie bowiem można zauważyć, że nie jest uznawana za generującą za wysokie koszty działalności kontrola koncentracji przedsiębiorców (mogąca generować pro- lub antykonkurencyjne skutki), przeprowadzana co do zasady w pełni przez organy antymonopolowe (gdyż te wyposażone są w odpowiednie zasoby do jej analizy), a wymagająca (szczególnie w USA) zdecydowanie większej ilości dowodów ekonomicznych i badań rynkowych pochłaniających nieporównywalnie większe koszty i zasoby zarówno organów, jak i uczestniczących w nich (a czasami też innych) przedsiębiorców.

[74] E. Elhauge, *Harvard, not Chicago*…, s. 5; chociaż do takich spraw na podstawie Clayton Act mogą dołączyć prokuratorzy stanowi.

[75] H. Hovenkamp, *The Antitrust Enterprise*, Harvard University Press, 2005, s. 105: reguła rozsądku jest „jedną z najbardziej kosztownych procedur w praktyce antytrustowej". Pomimo że Sąd Najwyższy USA w sprawie *Leegin* podał kilka wskazówek, kiedy szczególnie RPM prowadzą do efektów antykonkurencyjnych, uważa się, że w tym przypadku aplikowana została tzw. otwarta/pełna reguła rozsądku zamiast jej ustrukturyzowanej odmiany czy też tzw. analizy *quick look*. Strukturalna reguła rozsądku została opisana w przypisie 33.

[76] D.A. Crane, *Chicago, Post-Chicago, and Neo-Chicago*, „University of Chicago Law Review" 2009, vol. 76, s. 1911.

[77] St. Calkins, *California Dental Association: Not a Quick Look But Not the Full Monty*, „Antitrust Law Journal" 2000, vol. 67, s. 521: „Poniżej powierzchni leży prawda, którą powód oraz oskarżyciel rozumieją aż za dobrze: kiedy pełna, formalna reguła rozsądku jest obowiązującym standardem, powód prawie nigdy nie wygrywa"; A.I. Gavil, *Burden of proof in U.S. Antitrust law*, „Issues in Competition Law and Policy" 2008, vol. I, s. 141 (ABA).

[78] *Jacobs v. Tempur-Pedic Int'l, Inc.*, 626 F.3d 1327 (11th Cir. 2010), gdzie Sąd Apelacyjny, cytując inną sprawę, stwierdził: „W normalnej sprawie dotyczącej reguły rozsądku, by udowodnić naruszenie art. 1 Ustawy Shermana powód musi udowodnić, że kombinacja lub zmowa wytworzyła niekorzystne, antykonkurencyjne skutki na rynku właściwym produktowo i geograficznie", *Rossi v. Standard Roofing, Inc.* 156 F. 3d 452, s. 464 (3d Cir. 1998).

[79] D.H. Ginsburg, *Vertical Restraints: De Facto Legality Under the Rule of Reason*, „Antitrust Law Journal" 1991, vol. 60, s. 71; P.E. Areeda, H. Hovenkamp, *Antitrust law*…, 16633b; M.A. Carrier, *The Rule of Reason: An Empirical Update for the 21st Century*, „George Mason Law Review" 2009, vol. 16, s. 828; pokazuje, że od lat 1999–2009 z 221 spraw przegranych przez powodów 215 (96,8%) zostało przegranych, ponieważ w takcie postepowania nie wykazano rzeczywistych efektów antykonkurencyjnych (będących pierwszym etapem oceny *rule of reason*) całość analizy podaje, że z 222 spraw powód przegrał aż 221 (99,6%).

W europejskiej oraz polskiej doktrynie prawa konkurencji pojawia się natomiast krytyka wprowadzenia *effect based approach* do analizy RPM z powodu zwiększenia z tego powodu kosztów regulacyjnych organów antymonopolowych czy przedsiębiorców[80]. W mojej ocenie takie podejście nie zasługuje na aprobatę. Po pierwsze, warto wspomnieć stwierdzenie Sędziego Kennedy mówiące o zwiększeniu kosztów stosowania całego prawa antytrustowego poprzez pozostawienie standardu oceny nielegalności *per se* dla porozumień generujących również prokonkurencyjne efekty[81]. Po drugie, warto zadać pytanie: czy nie ważniejsze dla prawa konkurencji są, nakreślone przez ustawodawcę, jego cele od zwiększonych kosztów działań organu, który z samego założenia powinien być przez państwo (zakładając, że państwo rozumie, że prawo konkurencji jest podstawą właściwie działającej gospodarki wolnorynkowej) wyposażony w najwłaściwsze ze wszystkich podmiotów zasoby i narzędzia do analizy zachowań antykonkurencyjnych? Odpowiedź na to pytanie wydaje się jednoznaczna, tym bardziej, że zasadniczo, jak wynika z przeprowadzonej przez amerykański sąd analizy, dowodem na antykonkurencyjność RPM winien być test popytu[82]. Podobne uwagi można odnieść do zwiększenia kosztów przedsiębiorców. Wydaje się, że bazując na założeniu opłacalności *service hypothesis* – zwiększeniu jakości i innowacyjności w sytuacji większych przychodów spowodowanych RPM, bardziej opłacalnym może okazać się ponoszenie przez przedsiębiorcę np. kosztów monitoringu. W końcu jeśli zmiana w systemie prawa jest efektywna, to efektywna doktryna w większym stopniu powinna wymagać od podmiotów ryzyka takiej zmiany, niż sprawiać, że opierają się one na powodach by takiej zmiany nie wprowadzić[83].

Analiza słuszności zastosowania analizy ekonomicznej wymaga również określenia właściwości takiego rozwiązania ze względu na (różniące się w systemach prawnych) cele stawiane przed prawami konkurencji. Cele polskiego ustawodawstwa antymonopolowego zostały określone w art. 1 ust. 1 Ustawy. Jest nimi ochrona i rozwój konkurencji oraz zasady podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów. Jak twierdzi Prezes UOKiK, głównym i nadrzędnym celem polityki konkurencji jest zapewnienie warunków do funkcjonowania konkurencji w gospodarce wszędzie tam, gdzie może ona wpływać na zwiększenie efektywności gospodarowania i innowacyjności, a co za tym idzie – dobrobytu konsumentów[84]. Jest to zgodne z poglądami doktryny dotyczącymi ochrony konkurencji jako jednego z celów Ustawy określonych w jej art. 1. Podkreśla się bowiem, że Ustawa powinna chronić mechanizm, na którym opiera się gospodarka, co odpowiada postulatom kierowania się standardem *consumer welfare*[85]. Jak dodatkowo wskazuje Sąd Najwyższy „W tym ujęciu konkurencja jest procesem rywalizacji, który podlega

[80] F. van Doorn, *Resale price maintenance in EC Competition law: the need for standardized approac*h, 6 listopada 2009) s. 20, dostępne na: http://ssrn.com/abstract=1501070 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1501070.

[81] Podobnie Sędzia Breyer w: *Barry Wright Corp. v. ITT Grinnell Corp.*, 724 F.2d 227, 234 (1st Cir. 1983): „Poza teoretyczną możliwością znalezienia sytuacji, w których horyzontalne lub wertykalne ustalanie cen jest ekonomicznie uzasadnione, sądy uważają je za nielegalne per se, uważając, że podstawy administracyjnej prostoty przeważają okazjonalne straty ekonomiczne. Odwrotnie jednak powinniśmy uważać, aby reguła lub precedens upoważniający poszukiwanie niepożądanego zachowania cenowego nie doprowadziły do zniechęcenia uprawnionej konkurencji cenowej".

[82] Zmniejszenia popytu i wzrost lub nawet brak wzrostu ceny jest dowodem antykonkurencyjności. Zwiększenie popytu – nawet przy wzroście ceny – może być natomiast co do zasady dowodem prokonkurencyjności, (chociaż popyt może również wzrastać z innych przyczyn), albowiem świadczy o tym, że konsumenci odbierają taki produkt jako lepszy a więc zwiększający ich dobrobyt.

[83] E. Elhauge, *Harvard, not Chicago*…, s. 6.

[84] UOKiK,*Polityka Konkurencji na lata 2011-2013,* s. 6; Podobnie stwierdził Prezes UOKiK w decyzji z 26.04.2010 DOK – 3/2010 „ostatecznym celem ochrony konkurencji, o którym mowa w art. 1 uokik, jest maksymalizacja dobrobytu konsumentów (tzw. *consumer welfare*)".

[85] A. Jurkowska, T. Skoczny, *Wyłączenia określonych porozumień specjalizacyjnych i badawczo rozwojowych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję*, PPH 2003, nr 1, s. 17; D. Miąski, *Reguła rozsądku w prawie antymonopolowym*, Kantor Wydawniczy Zakamycze, Kraków 2004, s. 431; K. Kohutek, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów Komentarz,* LEX a Wolter Kluwer business, 2008, s. 42; T. Skoczny, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów Komentarz*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2012: „Także w naszym przekonaniu, ultymatywnym celem ochrony konkurencji (podstawowym – materialnoprawnym – interesem publicznym tej ochrony) jest zaspokojenie dobrobytu konsumentów poprzez przeciwdziałanie strategiom przedsiębiorców, które nie są oparte na efektywności ekonomicznej (alokacyjnej, produkcyjnej, dynamicznej)".

ochronie wyłączenie w zakresie, w jakim wiąże się z wywołaniem określonych, pozytywnych dla konsumentów skutków"[86] oraz „tego rodzaju zachowania godzą w dobrobyt konsumenta i jako sprzeczne z naczelną funkcją ustawy powinny być zakazane…"[87]. Winno się ponadto wskazać, że dobrobyt konsumentów jest zwykle rozumiany w jego ujęciu dynamicznym, w związku z czym prawo konkurencji służy maksymalizacji nadwyżki (*maximization of surplus*)[88]. Prezes UOKiK przedstawia rozumienie dobrobytu konsumentów jako „końcowe korzyści wynikające z konkurencji, takie jak: większy wybór, lepsza jakość, niższe ceny oraz większa innowacyjność produktów i usług oferowanych na rynku"[89]. Nakierowanie więc celów Ustawy na dobrobyt konsumentów odpowiada prokonkurencyjnym skutkom przedstawionym w orzeczeniu Sądu Najwyższego USA w sprawie *Leegin*, a więc uzyskaniu przez konsumentów jak najlepszych produktów poprzez możliwość ich lepszego wyboru, lepszą jakość wynikającą również z pobudzenia innowacyjności[90].

W świetle rozpoznawania przez orzecznictwo prokonkurencyjności i antykonkurencyjności RPM, braku poparcia w argumencie generowania wysokich kosztów postępowań oraz wątpliwości co do dowodów empirycznych wzrostu cen, zasadnym pytaniem jest: czy jest właściwym, by w takiej sytuacji prawo konkurencji, ciężar udowodnienia prokonkurencyjności RPM przy domniemaniu ich nielegalności nakładało na przedsiębiorcę w myśl art. 8 ust. 1 Ustawy? Na przeszkodzie zmianie na zastosowanie analizy skutkowej stanąć może jednak przeciwne jej prawo unijne i jego równoległe stosowanie z zasadami polskiego prawa konkurencji. Choć unijne prawo konkurencji również kieruje się zasadą ochrony interesu konsumentów[91], to ograniczeniem mogą okazać się jego inne cele, jak np. wspólny rynek (który jednak nie musi być przeszkodą w przypadku RPM)[92]. Komisja Europejska wskazuje również na duże przywiązanie do ochrony struktury rynku i rywalizacji pomiędzy przedsiębiorcami na wszystkich jego poziomach, co jak widać, może pozostawać w sprzeczności z ochroną dobrobytu konsumentów w jego dynamicznym ujęciu.

Uważam jednak, że ze względu na pro- i antykonkurencyjne efekty, zastosowanie analizy skutkowej wobec RPM jest odpowiednie w świetle celów polskiego prawa konkurencji. W takim przypadku z przedsiębiorcy zdjęta bowiem zostanie wysoce niepewna możliwość udowadniania prokonkurencyjności w świetle przesłanek art. 8 ust. 1 Ustawy[93]. Podkreślić należy, że niepewności tej nie przeciwdziałają również wytyczne w sprawie zastosowania art. 101 ust. 3 TFEU[94], niedające żadnych wskazówek, jak odnieść wyłączenie do RPM (tym bardziej, że największy problem

[86] Wyr. SN z 19.10.2006 r., III SK 15/06; OSNP 2007, Nr 21-22, poz. 337.

[87] Ibidem.

[88] A. 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,* iKAR 2012, nr 1(1).

[89] Decyzja Prezesa UOKIK z 30.12.2011r., RPZ-39/2011 oraz decyzja Prezesa UOKiK z 28.11.2011r., DOK-10/2011, w której stwierdza podobnie, że istotą konkurencji 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".

[90] Podkreślić jednak należy, że nie jest zasadną z tego powodu próba odniesienia zastosowań prawa antytrustowego USA do całości polskiego prawa konkurencji. Prawo antytrustowe nie definiuje bowiem jednoznacznie swoich celów, a większość jego komentatorów twierdzi, że celem tym jest opisany przez R. Borka *total welafare* błędnie jednak określony przez niego jako *consumer welfare* i w taki sposób cytowany przez amerykańskie sądy (bliżej: D. Sokol, R Blair, *The Rule of Reason and the Goals of Antitrust*…). Orzeczenie *Leegin* uznać więc należy za wyjątkowy przykład zbieżności obu systemów prawnych ze względu znajdujące się u ich podstaw reguły ekonomii prawa konkurencji.

[91] Wyr. ETS z 27.03.2012 w sprawie C209/10, *Post Danmark* A/S przeciwko Konkurrencerådet pkt 42; wyrok SPI z 27.09.2006 w sprawie T-168/01, w sprawie *GlaxoSmithKline Services Unlimited przeciwko Komisji Europejskiej*, pkt 118.

[92] Chociaż w tym przypadku, odnosząc się do o zróżnicowania oceny RPM przez stany w USA, można zauważyć, że RPM nie jest praktyką znacząco wpływającą na istnienie wspólnego rynku. Część przedsiębiorców w USA stosuje bowiem krajową politykę cenową, uwzględniając zakazy *per se* stanów, jak Maryland, a część stosuje polityki cenowe *state-by-state*, co jest chyba przykładem bliższym Unii Europejskiej.

[93] Według wiedzy autora jedyną taką decyzją w związku z RPM jest decyzja Prezesa UOKiK z 04.11.2011 r., RKT-33/2011.

[94] Wytyczne dotyczące stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu (Dz.U. C 101 z 27.4.2004).

pojawia się przy przesłance niezbędności ograniczenia, co w praktyce często czyni analizę skutków prokonkurencyjnych nieskuteczną). Wątpliwym jest więc by w takiej sytuacji przedsiębiorca podjął ryzyko zastosowania potencjalnie prokonkurencyjnych RPM (która to prokonkurencyjność jest dla niego opłacalna przy wzroście popytu). Obowiązek udowodnienia antykonkurencyjności na podstawie analizy skutkowej przeniesiony zostałby na organ antymonopolowy posiadający narzędzia do takiej analizy. Takie rozwiązanie byłoby zgodnym z art. 8 kodeksu postępowania administracyjnego – wymogiem praworządnego i sprawiedliwego prowadzenia postępowania. Zastosowanie samej praktyki przez przedsiębiorcę sprowadziłoby się natomiast do indywidualnej decyzji gospodarczej podmiotu działającego na rynku właściwym, znającym jego realia, a wobec tego będącego najodpowiedniejszym do oceny *a priori* czy taka strategia może przynieść wymierne prokonkurencyjne efekty (np. oceniającego potencjalną antykonkurencyjność według przesłanek przedstawionej wyżej strukturalnej reguły rozsądku) oraz jej monitorowania. Ocena RPM jako ograniczeń konkurencji ze względu na skutek prawdopodobnie doprowadzi również w wielu przypadkach, na rynkach produktowych wrażliwych na efekty *service hypothesis*, do wzrostu dobrobytu konsumentów.

Antoni Bolecki*

Ograniczenia w sprzedaży przez Internet w umowach dystrybucyjnych

Spis treści

I. Wstęp
II. Ograniczenia w sprzedaży przez Internet w prawie ochrony konkurencji
III. Aktywna a pasywna sprzedaż towarów przez dystrybutora
  1. Aktywna sprzedaż
  2. Dopuszczalne ograniczenia aktywnej sprzedaży internetowej
  3. Pasywna sprzedaż
IV. Zasadniczo dopuszczalne ograniczania pasywnej sprzedaży przez Internet
  1. Zasada ekwiwalentności
  2. Standardy jakości sprzedaży jako usprawiedliwienie dla ograniczeń w sprzedaży przez Internet
  3. Obowiązek posiadania fizycznego punktu sprzedaży spełniającego określone kryteria
  4. Pozostałe, zasadniczo dopuszczalne ograniczenia dotyczące sprzedaży przez Internet
V. Zasadniczo niedopuszczalne (nieekwiwalentne) ograniczenia sprzedaży pasywnej przez Internet
  1. Całkowity zakaz sprzedaży przez Internet
  2. Przykłady zasadniczo niedopuszczalnych ograniczeń w sprzedaży internetowej
VI. Ograniczenie w sprzedaży przez Internet – porozumienie co do celu czy skutku?
VII. Stosowanie zwolnienia *de minimis* do ograniczeń w sprzedaży przez Internet
VIII. Umowy agencyjne a ograniczenia w sprzedaży przez Internet
IX. Wnioski

Streszczenie

Celem artykułu jest omówienie: a) kiedy – z punktu widzenia prawa ochrony konkurencji – wertykalne ograniczenia w sprzedaży przez Internet są dopuszczalne, a kiedy zakazane; oraz b) uporządkowanie pojęć i umieszczenie przedmiotowych ograniczeń wertykalnych w systemie prawa ochrony konkurencji (w szczególności w kontekście metodologii ich analizy).

Słowa kluczowe: sprzedaż przez Internet; aukcje internetowe; umowy dystrybucyjne; ograniczenia wertykalne; sprzedaż aktywna; sprzedaż pasywna; sprzedaż produktów markowych; cel i skutek porozumienia; obiektywne uzasadnienie ograniczeń konkurencji; zwolnienie de minimis; umowy agencyjne.

* Doktor nauk ekonomicznych w dziedzinie zarządzania, radca prawny w kancelarii Wardyński i Wspólnicy; e-mail: antoni.bolecki@wardynski.com.pl.

I. Wstęp

Z jednej strony sprzedaż internetowa generuje niewątpliwie prokonkurencyjne i prokonsumenckie zjawiska, takie jak zmniejszenie asymetrii w dostępie do informacji, zmniejszenie kosztów transakcyjnych i organizacyjno-administracyjnych, zwiększenie szybkości i efektywności transakcji, szeroka dostępność do rynku[1]. Z drugiej zaś – model pełnej swobody w sprzedaży internetowej może prowadzić do sytuacji, w której przy zakupie produktu liczy się przede wszystkim jego cena. Zniechęca to producentów i dystrybutorów do inwestycji w budowanie świadomości klienta co do właściwości zakupionego produktu, obsługę przed- i posprzedażową, wizerunek i renomę produktu, w prestiż marki, lojalność klienta itp.

W podejściu Komisji Europejskiej i krajowych organów ochrony konkurencji przeważają argumenty wskazane w pierwszym zdaniu. W konsekwencji, co do zasady, organy te uznają za antykonkurencyjne ograniczanie przez dostawców możliwości i sposobów wykorzystywania przez dystrybutorów Internetu jako narzędzia sprzedaży. Jednocześnie dopuszczają jednak dość szeroką możliwość wykazania, że w konkretnej sprawie ograniczenia takie są dopuszczalne (obiektywnie uzasadnione) i w konsekwencji nie stanowią porozumienia mającego na celu ograniczenie konkurencji lub skutkującego takim ograniczeniem.

W opracowaniach z zakresu prawa ochrony konkurencji pojęcie sprzedaży przez Internet jest przeważnie rozumiane intuicyjnie, bez doprecyzowania istotnych cech tej formy dystrybucji, co czasami może powodować pewną konfuzję. W mojej ocenie sprzedaż internetową warto scharakteryzować – na potrzeby analizy jej ograniczeń z punktu widzenia porozumień wertykalnych – za pomocą jej trzech podstawowych elementów[2]:

a) umieszczenia w Internecie przez sprzedawcę (na własnej lub cudzej stronie internetowej) oferty sprzedaży określonego towaru zawierającej w szczególności jego cenę;
b) możliwości komunikacji ze sprzedawcą oraz możliwości zaakceptowania oferty przez klienta za pośrednictwem Internetu;
c) wysyłki towaru do miejsca wskazanego przez klienta

Kształtowanie stosunków umownych między dostawcą a dystrybutorem internetowym w sposób, który ingeruje w jeden z ww. trzech elementów, będzie stanowiło ograniczenie w sprzedaży przez Internet. Podkreślmy, że przyjęta charakterystyka dotyczy transakcji B2C, które są właściwym przedmiotem niniejszego artykułu. Omawiane zagadnienia analizuję zatem z punktu widzenia sprzedaży detalicznej, a nie transakcji B2B lub C2C[3].

Niniejszy artykuł ma na celu omówienie: a) kiedy – z punktu widzenia prawa ochrony konkurencji – takie ograniczenia są dopuszczalne, a kiedy zakazane; oraz b) uporządkowanie pojęć

[1] Zob. K. Kowalik-Bańczyk, *Internet a problematyka wspólnotowego prawa konkurencji*, „Studia Europejskie" 2005, nr 2, s. 95.

[2] Są to cechy sprzedaży internetowej typowe z punktu widzenia klienta (konsumenta). Inne z kolei elementy będą cechować rynki sprzedaży internetowej z punktu widzenia mechanizmów rynkowych istotnych dla przedsiębiorców konkurujących ze sobą w Internecie. W tym kontekście zob. raport sporządzony na zlecenie Office of Fair Trading przez P. Marks, S. Adsheada i B. Williamsona, Online markets: discussion paper, lipiec 2010, dostępny na: http://www.oft.gov.uk/shared_oft/market-studies/onlinemarketsdiscussionpaper. Autorzy ww. raportu wskazują, że rynki sprzedaży internetowej mają następujące cechy charakterystyczne: a) redukują koszty transakcyjne nabywców; b) redukują koszty prowadzenia działalności gospodarczej; c) otwierają możliwości dla rozwoju nowych nisz rynkowych; c) cechują się dużą ekonomią skali; d) stwarzają ryzyko dyskryminacji w dostępie do oferowania usług/sprzedaży za pośrednictwem kluczowych stron internetowych; e) stwarzają ryzyko efektów sieciowych ograniczających rozwój konkurencyjnych stron; f) cechują się niespotykaną dotychczas transparentnością rynku, która z jednej strony jest prokonkurencyjna, ale z drugiej – może ułatwiać zmowę.

[3] Na szczeblu hurtowym ograniczenia w sprzedaży przez Internet będą występować rzadko z uwagi na uwarunkowania biznesowe (sprzedaż hurtowa następuje przeważnie w oparciu o negocjowane co roku indywidualne warunki handlowe, a nie indywidualne, jednorazowe zamówienia internetowe). Ponadto na szczeblu hurtowym ograniczenia w sprzedaży przez Internet – o ile wystąpią – będą miały mniejszy ciężar gatunkowy, albowiem nie ograniczają oferty dostępnej dla konsumentów w Internecie. Warto także zaznaczyć, że nie spotkałem się z decyzjami antymonopolowymi, które dotyczyłyby wertykalnych ograniczeń w sprzedaży internetowej na szczeblu hurtowym.

i umieszczenie przedmiotowych ograniczeń wertykalnych w systemie prawa ochrony konkurencji (w szczególności w kontekście metodologii ich analizy).

Niniejszy artykuł ma na celu omówienie: a) kiedy – z punktu widzenia prawa ochrony konkurencji – takie ograniczenia są dopuszczalne, a kiedy zakazane; oraz b) uporządkowanie pojęć i umieszczenie przedmiotowych ograniczeń wertykalnych w systemie prawa ochrony konkurencji (w szczególności w kontekście metodologii ich analizy)[4].

II. Ograniczenia w sprzedaży przez Internet w prawie ochrony konkurencji

Zagadnienia dotyczące ograniczeń w sprzedaży przez Internet pozostają w związku z ogólną zasadą zakazującą dostawcy ingerowania w prawo dystrybutora do samodzielnego wyboru, komu zamierza sprzedawać nabyte od niego towary. Polskie Rozporządzenie Wertykalne[5] co do zasady zakazuje porozumień, które mają na celu lub skutkują ograniczeniem terytorium lub kręgu klientów, na którym lub którym dystrybutor może sprzedawać towary objęte porozumieniem.

Zasada ta ma na celu przeciwdziałanie sytuacji, w której producent dzieli rynek między swoich dystrybutorów, zapewniając każdemu z nich – na przydzielonym im terenie lub wobec przydzielonej grupy klientów – bezwzględną ochronę przed konkurencyjnymi dystrybutorami.

Niemniej jeśli ani udział dostawcy, ani udział dystrybutora na rynku właściwym[6] produktów objętych porozumieniem nie przekracza 30%, wówczas Polskie Rozporządzenie Wertykalne dopuszcza wyjątki od powyższej zasady[7]. Dotyczą one prawa dostawcy do:

a) zakazania dystrybutorowi aktywnej sprzedaży na określonym terytorium lub określonej grupie klientów, jeśli dostawca przydzielił ich na wyłączność dla siebie lub dla innych dystrybutorów; niemniej jeśli takie ograniczenie utrudnia sprzedaż towarów klientom dystrybutora (dystrybutorom niższego szczebla), wówczas nie jest ono dopuszczalne;

b) ograniczenia swobody dystrybutora co do wyboru lokalu lub terenu/miejsca, w którym zamierza prowadzić działalność; dostawca może zatem wymagać, aby lokal dystrybutora spełniał określone wymogi jakościowe w zakresie np. powierzchni, wyglądu, wystroju wnętrza, funkcjonalności, standardów bezpieczeństwa, prestiżu lokalizacji albo odległości (rozsądnie pojmowanej) od lokalów konkurencyjnych dystrybutorów;

[4] Całkowicie pomijam natomiast horyzontalne aspekty związane z wykorzystaniem przez konkurentów Internetu i nowych technologii do budowania przewagi konkurencyjnej. Bliżej na ten temat W. Szpringer, *Dwu-(wielo-) stronne modele*…, s. 79–95.

[5] Zob. par. 11 pkt 2 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30 marca 2011 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (Dz.U. Nr 81, poz. 441, dalej: Polskie Rozporządzenie Wertykalne).

[6] Na temat tego, jak definiować rynek właściwy w przypadku sprzedaży internetowej, zob. K. Kowalik-Bańczyk, *Internet a problematyka wspólnotowego prawa konkurencji*, „Studia Europejskie" 2005, nr 2, s. 99–102. W zakresie tej problematyki nie jest możliwe wskazanie krótkich wytycznych, jak definiować taki rynek. Będą one zależeć od okoliczności danej sprawy. Uważam, że ogólnie można jedynie stwierdzić, że sprzedaż internetowa może (ale nie musi) poszerzyć granice danego rynku właściwego (np. z krajowego na unijny) oraz może (ale również nie musi) stanowić nowy rynek w stosunku do sprzedaży tradycyjnej.

[7] Jeśli udziały rynkowe każdego z nich są niższe niż 30%, porozumienie jest w pełni legalne. Jeśli udział dostawcy lub producenta przekracza 30%, wówczas porozumienie może zostać uznane za antykonkurencyjne (w zależności od okoliczności danej sprawy). Podkreślmy, że przekroczenie progu 30% nie oznacza, że porozumienie staje się automatycznie zakazane. Prezes UOKiK nadal musi udowodnić, że w konkretnych warunkach rynkowych ogranicza ono konkurencję (odmiennie Prezes UOKiK w decyzji z 29 grudnia 2006 nr DOK-164/2006, prawomocnie uchylonej niepublikowanym wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 25 lutego 2010 roku w sprawie VI ACa 61/09). Na ten temat zob. bliżej ww. wyr. SA oraz 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, YARS 2011, 4(5) s. 267 oraz A. Bolecki, *Porozumienia zakazane ze względu na cel lub skutek w aktualnej polskiej praktyce orzeczniczej*, IKAR 2012, 1, s. 27–29. W szczególności jest wątpliwe, żeby porozumienie mogło zostać uznane za niedozwolone, jeśli dotyczy wielu kategorii produktów, a tylko w przypadku części z nich udział producenta lub dystrybutora umiarkowanie przekracza 30%. Ponadto w każdej sytuacji przedsiębiorca może, na podstawie art. 8 Ustawy, zwolnić się z zarzutu naruszenia prawa ochrony konkurencji, jeśli udowodni, że ograniczenie w sprzedaży przez Internet: a) przyczynia się do polepszenia produkcji, dystrybucji towarów lub do postępu technicznego lub gospodarczego oraz b) zapewnia nabywcy lub użytkownikowi odpowiednią część wynikających z ograniczenia korzyści oraz c) ograniczenie nie nakłada na zainteresowanych przedsiębiorców ograniczeń, które nie są niezbędne do osiągnięcia tych celów, oraz d) ograniczenie w pasywnej sprzedaży przez Internet nie stwarza tym przedsiębiorcom możliwości wyeliminowania konkurencji na rynku właściwym w zakresie znacznej części określonych towarów.

c) zakazania dystrybutorowi hurtowemu sprzedaży ostatecznym użytkownikom; chodzi tutaj o prawo producenta do zachowania rozróżnienia między hurtowym i detalicznym kanałem dystrybucji;

d) ograniczenia dystrybutorom działającym w systemie dystrybucji selektywnej[8] prowadzenia sprzedaży na rzecz nieautoryzowanych dystrybutorów (tj. dystrybutorów, których producent nie włączył do swojego systemu dystrybucji); przy czym taki zakaz może dotyczyć tylko tego terytorium, na którym dostawca prowadzi lub na którym postanowił prowadzić sprzedaż za pośrednictwem systemu dystrybucji selektywnej[9];

e) ograniczenia prawa dystrybutora do odsprzedaży komponentów dostarczanych przez dostawcę jego konkurentom.

Choć Polskie Rozporządzenie Wertykalne milczy w tej kwestii, należy przyjąć, że z istoty ograniczeń w sprzedaży przez Internet wynika, że dotyczą one przypadków, o których mowa w pkt. a i b powyżej. Ograniczenia te obejmują zatem prawo dostawcy do zakazania dystrybutorowi aktywnej sprzedaży na terytoriach lub do grup klientów przydzielonych innym, wyłącznym dystrybutorom oraz możliwości wymagania, aby punkt sprzedaży (w tym przypadku strona internetowa dystrybutora) spełniał określone wymogi jakościowe.

W konsekwencji uzasadniona jest w mojej ocenie teza, że analiza dopuszczalności ograniczeń w sprzedaży przez Internet winna zostać umieszczona w obszarze dwóch instytucji prawa ochrony konkurencji, tj.:

a) aktywnej i pasywnej sprzedaży oraz

b) jakościowych wymogów sprzedaży.

III. Aktywna a pasywna sprzedaż towarów przez dystrybutora

1. Aktywna sprzedaż

Pojęcie aktywnej i pasywnej sprzedaży ma zastosowanie zarówno do sprzedaży tradycyjnej, jak i internetowej (mimo licznych głosów, że w przypadku e-commerce nie ma ono sensu)[10]. Przyjmuje się, że ograniczenia sprzedaży aktywnej są zdecydowanie mniej szkodliwe dla konkurencji niż ograniczenia sprzedaży pasywnej i tylko te ostatnie stanowią najpoważniejsze ograniczenie konkurencji (*hard-core restriction*)[11]. Sprzedaż przez Internet ma przeważnie

[8] System dystrybucji selektywnej to system, w którym dostawca bezpośrednio lub pośrednio zobowiązuje się sprzedawać towary objęte porozumieniem wertykalnym jedynie dystrybutorom wybranym według określonych w tym porozumieniu kryteriów, a dystrybutorzy zobowiązują się nie odsprzedawać tych towarów dystrybutorom nienależącym do tego systemu na terytorium, na którym dostawca prowadzi działalność lub podjął działania świadczące o tym, że zamierza prowadzić działalność w tym systemie (zob. par. 3 ust. 5 Polskiego Rozporządzenia Wertykalnego). Bliżej na temat dystrybucji selektywnej w prawie ochrony konkurencji zob. np. K. Kohutek, *System dystrybucji selektywnej we wspólnotowym porządku prawa konkurencji*, „Prawo i podatki Unii Europejskiej" 2008, nr 6; jak również K. Kohutek, *Dystrybucja selektywna na gruncie polskich i wspólnotowych regulacji prawa konkurencji*, [w:] A. Jurkowska, T. Skoczny (red.), *Wyłączenia grupowe spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję we Wspólnocie Europejskiej i w Polsce*, Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarzadzania UW, Warszawa 2008.

[9] Par. 3 ust. 7 Rozporządzenia Wertykalnego definiuje dostawcę jako „przedsiębiorcę, który sprzedaje nabywcy towary objęte porozumieniem wertykalnym". Definicja ta różni się od definicji zawartej w art. 1 pkt 2a rozporządzenia Komisji (UE) nr 330/2010 z dnia 20 kwietnia 2010 r. w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych Dz. Urz. UE L z 2010 roku Nr 102 s. 1 (dalej: Rozporządzenie Wertykalne UE). Na gruncie unijnym jako dostawcę rozumie się także przedsiębiorstwa z nim powiązane. Jeśli zatem dostawca organizuje system dystrybucji selektywnej na terenie poszczególnych państw UE, ustanawiając w każdym z nich swoją spółkę zależną odpowiedzialną za lokalne zorganizowanie systemu dystrybucji, to jako terytorium, na którym dostawca prowadzi sprzedaż, należy rozumieć teren całej UE, a nie tylko Polski. W takiej sytuacji bowiem – z uwagi na wpływ na rynek wewnętrzny – zastosowanie będzie miało Rozporządzenie Wertykalne UE.

[10] Podział ten pochodzi z poprzednio obowiązujących Wytycznych Wertykalnych Komisji z 2000 roku. Jego zastosowanie do e-commerce budzi liczne wątpliwości. Komisja była ich świadoma, na co dowodem jest jeden z punktów ankiety konsultacyjnej do projektu Wytycznych Wertykalnych z 2010 roku, zawierający pytanie czy ww. podział jest w ogóle użyteczny w kontekście Internetu, a jeśli nie, czym można go zastąpić? Ostateczna wersja Wytycznych dowodzi, że – mimo licznych głosów krytycznych – Komisja nadal uznaje taki podział za użyteczny, co jest z pewnością poglądem kontrowersyjnym. Materiały z konsultacji dostępne na: http://ec.europa.eu/competition/consultations/2009_vertical_agreements/index.html. Odpowiedzi na pytania ankietowe zawarte są tylko w części przedstawionych stanowisk; np. w: http://ec.europa.eu/competition/sectors/media/lvmh_contribution.pdf.

[11] Bellamy & Child, *European Community Law of Competition*, 6th Edition, Oxford 2008, s. 439.

charakter sprzedaży pasywnej[12]. Natomiast jeśli sprzedaż internetowa łączy się z dodatkowymi, aktywnymi staraniami sprzedawcy o pozyskanie klientów, wówczas jest traktowana jako sprzedaż aktywna[13].

Jako sprzedaż aktywną rozumie się aktywne działania sprzedawcy podejmowane w celu zwiększenia sprzedaży lub pozyskania nowych klientów, polegające w szczególności na prowadzeniu działań reklamowych lub promocyjnych, tworzeniu oddziałów lub organizowaniu centrów dystrybucji na określonym terytorium[14]. Chodzi tutaj o aktywne działania, które są kierowane do konkretnych klientów, takie jak wysyłanie bezpośrednich listów i materiałów reklamowych, wiadomości e-mail, wizyt przedstawicieli handlowych, inicjowanie rozmów telefonicznych, oferowanie promocji specjalnie kierowanych do danej grupy klientów itp.[15].

W przypadku sprzedaży przez Internet sprzedaż aktywna to podejmowanie działań promocyjnych mających w szczególności następujący charakter: 1) reklamy kierowane do klientów posiadających adres IP przypisany do określonego terytorium (np. miasta, województwa); 2) pozycjonowanie własnej strony internetowej, np. w wyszukiwarkach i jej kierowanie do klientów znajdujących się na określonym terenie[16]; 3) wysyłanie wiadomości e-mail kierowanych pod wyselekcjonowane adresy określonej grupy klientów, np. pracowników instytucji finansowych, samorządowych, administracji publicznej, prawników, księgowych itp.; 4) wszelka komunikacja za pośrednictwem Internetu, która nakierowana jest na określone, wyselekcjonowane przez dystrybutora terytorium lub specyficzną grupę klientów.

Dodajmy, że oferowanie możliwości wyboru języka na stronie internetowej samo w sobie nie stanowi formy aktywnej sprzedaży[17].

2. Dopuszczalne ograniczenia aktywnej sprzedaży internetowej

Zgodnie z ogólną zasadą ograniczenie aktywnej sprzedaży – internetowej i stacjonarnej – nie jest dopuszczalne. W drodze wyjątku KE i polski ustawodawca dopuszczają takie ograniczenia, jeśli aktywna sprzedaż może naruszać wyłączność terytorialną innych dystrybutorów (o ile taka wyłączność została ustanowiona i o ile udziały rynkowe dostawcy i poszczególnych dystrybutorów nie przekraczają 30%).

Ograniczenie w wykorzystaniu Internetu do sprzedaży aktywnej jest zatem dozwolone w drodze wyjątku, o ile promocja w Internecie lub jego wykorzystywanie prowadziłyby do sprzedaży aktywnej na terytoriach lub na rzecz grup klientów zarezerwowanych dla innych wyłącznych dystrybutorów. Jeśli zatem system dystrybucji nie opiera się na dilerach, którym przysługuje wyłączność na określonych terytoriach, wówczas co do zasady dostawca nie może korzystać z argumentu, iż ograniczenia w sprzedaży przez Internet mają charakter dozwolonego ograniczenia aktywnej sprzedaży. Sytuacja taka nastąpi w szczególności w przypadku systemu dystrybucji selektywnej,

[12] Pkt 52 Wytycznych Wertykalnych KE 2010.

[13] Zob. pkt 20 wyr. Trybunału z 13 października 2011 r. w sprawie C439/09 (Pierre Fabre; dotychczas publikowany tylko na stronie www.curia.eu), w którym wskazano, że całkowity zakaz sprzedaży przez Internet odpowiada zarówno zakazowi sprzedaży aktywnej, jak i pasywnej.

[14] Zob. par. 3 pkt 15 Rozporządzenia Wertykalnego oraz par. 2 pkt 25 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 8 października 2010 r. w sprawie wyłączenia określonych porozumień wertykalnych w sektorze pojazdów samochodowych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (Dz.U. Nr 198, poz.1315) (dalej: Rozporządzenie Samochodowe).

[15] Pkt 51 Wytycznych Wertykalnych KE 2010.

[16] Pkt 53 Wytycznych Wertykalnych KE 2010.

[17] Pkt 52 Wytycznych Wertykalnych KE 2010.

albowiem zasadniczo nie powinien być on łączony z dystrybucją opartą na wyłącznych dystrybutorach ustanowionych na określonych terenach[18].

Reguła, że można zakazać dystrybutorowi aktywnej (także internetowej) sprzedaży w tych sytuacjach, kiedy aktywna sprzedaż narusza wyłączność innych dystrybutorów na przydzielonych im terytoriach (lub wobec przydzielonych im grup klientów), jest obwarowana dodatkowym wymogiem. Otóż jeśli zakaz aktywnej sprzedaży na cudzych terytoriach utrudnia dystrybutorowi (w praktyce detalicznemu) sprzedaż towarów objętych porozumieniem, wówczas zakaz taki nie jest dopuszczalny[19]. Orzecznictwo unijne nie wyjaśnia, jak rozumieć niedookreśloną przesłankę „utrudnienia sprzedaży towarów objętych porozumieniem". W mojej ocenie przywołane rozwiązanie jest przykładem błędnej techniki legislacyjnej, wykorzystującej piętrowy system klauzul generalnych, w efekcie czego cytowane sformułowanie jest pozbawione rzeczywistej treści. Można jedynie domyślać się, że chodzi o takie rynki właściwe, na których gros sprzedaży realizowane jest dzięki sprzedaży aktywnej, a tereny/grupy klientów przyznane na wyłączność poszczególnym dystrybutorom są bardzo wąskie. Trudno sobie wyobrazić, aby omawiana przesłanka miała w praktyce zastosowanie do sprzedaży internetowej.

Co ważne, Wytyczne Wertykalne KE 2010 dopuszczają stosowanie przez dostawców także innych specyficznych rozwiązań, które wprost nie stanowią ograniczenia aktywnej sprzedaży, niemniej pośrednio mogą prowadzić do takiego skutku. Z uwagi na to, że częściej skutek taki może dotyczyć ograniczenia sprzedaży pasywnej, takie sytuacje omawiam w punkcie III.

Przypomnijmy, że oferowanie możliwości wyboru języka na stronie internetowej samo w sobie nie stanowi formy aktywnej sprzedaży. Jeśli zatem dystrybutor ustanowiony na wyłączność w Polsce umożliwia składanie zamówień na jego stronie internetowej, np. po czesku i niemiecku, to nie można traktować tego działania jako naruszenia wyłączności przyznanej dystrybutorom w Niemczech i Austrii.

3. Pasywna sprzedaż

Sprzedaż pasywna to sprzedaż w odpowiedzi na żądanie ze strony indywidualnych klientów. Jako element wspierający sprzedaż pasywną rozumie się powszechną, ogólną reklamę (tzn. nienakierowaną na wybrane terytoria lub grupy klientów), która siłą rzeczy dociera do różnych grup klientów, także tych znajdujących się na terytoriach przydzielonych innym, wyłącznym dystrybutorom – np. reklama w ogólnopolskiej telewizji lub rozgłośni radiowej[20]. Jeśli zatem reklama w Internecie jest kierowana do wszystkich osób odwiedzających stronę internetową, to zaliczana jest ona do formy pasywnej sprzedaży, jeśli natomiast ta sama reklama kierowana jest tylko do osób z numerem IP z terenu Warszawy, wówczas ma charakter wspierający aktywną sprzedaż.

Jeżeli klient odwiedza stronę internetową dystrybutora w wyniku własnych starań i dokonuje za jej pośrednictwem zakupu, wówczas jest to uważane za sprzedaż pasywną. Tak samo jest w przypadku, gdy klient – w wyniku własnych działań – zgadza się na otrzymywanie przekazywanych automatycznie informacji od dystrybutora i taka zgoda prowadzi do sprzedaży[21]. Własne

[18] Łączenie systemu dystrybucji selektywnej z systemem dystrybucji wyłącznej jest dość skomplikowaną kwestią prawną wychodzącą poza ramy niniejszego artykułu. Bliżej na ten temat zob. pkt 57 i 152 Wytycznych Wertykalnych KE 2010; art. 4 pkt c Rozporządzenia Wertykalnego UE oraz par. 11 ust. 3 Polskiego Rozporządzenia Wertykalnego.

[19] Zob. art. 4 pkt b (i) Rozporządzenia Wertykalnego UE oraz par. 11 ust. 2 b *in fine* Polskiego Rozporządzenia Wertykalnego.

[20] Zob. np. par. 2 pkt 26 Rozporządzenia Samochodowego oraz pkt 51 Wytycznych Wertykalnych KE 2010.

[21] Pkt 52 Wytycznych Wertykalnych KE 2010.

działania klienta to przeważnie korzystanie z wyszukiwarek internetowych, specjalistycznych forów, serwisów społecznościowych, wysyłanie zapytań o cenę itp.

Natomiast jeśli dystrybutor ze swojej inicjatywy wysyła do klienta wiadomość e-mail z ofertą kupna, jest to sprzedaż aktywna, podobnie jeśli sprzedaż jest wynikiem akcji reklamowej nakierowanej na określone grupy klientów lub na określone terytoria (np. na teren Warszawy albo internetowa akcja reklamowa kierowana do użytkowników serwerów gov.pl, albo też pozycjonowanie sklepu dystrybutora w wyszukiwarce względem klientów z adresem IP z terenu przynależnego do innego dystrybutora).

IV. Zasadniczo dopuszczalne ograniczania pasywnej sprzedaży przez Internet
(mogą występować także przy sprzedaży aktywnej)

1. Zasada ekwiwalentności

Ograniczenia w sprzedaży omówione w tym punkcie w praktyce dotyczącą sprzedaży pasywnej. Ich zastosowanie jest także dozwolone przy sprzedaży aktywnej, aczkolwiek z uwagi na specyfikę tej formy sprzedaży rzadko kiedy będą one tylko z nią łączone. Przeważnie będą one występować jako ograniczenia sprzedaży pasywnej albo jednocześnie zarówno sprzedaży pasywnej, jak i aktywnej.

Ogólna zasada stanowi, że nie jest dopuszczalne ograniczenie detalicznej sprzedaży pasywnej[22]. Nie można zatem zakazać dystrybutorowi przyjmowania zamówień napływających od klientów, którzy własnymi staraniami dotarli do sklepu internetowego dystrybutora (bez zachęt z jego strony). Od tej zasady istnieją jednak specyficzne wyjątki.

W punktach 2–4 poniżej omówię takie rozwiązania stosowane przez dostawców, które są dozwolone, mimo że pośrednio mogą prowadzić do ograniczenia sprzedaży pasywnej (rzadziej aktywnej).

Ujmując zagadnienie systemowo, uważam, że można przyjąć, iż ograniczenia, które są dozwolone, to takie, które pozostają w zgodzie z zasadą ekwiwalentności. Zakazane są natomiast te ograniczenia, które stanowią przekroczenie tej zasady.

W pkt. 56 Wytycznych Wertykalnych 2010 wskazano, że: „Komisja uważa za najpoważniejsze ograniczenie konkurencji wszelkie zobowiązania odwodzące wyznaczonych dealerów od wykorzystywania Internetu w celu dotarcia do większej liczby klientów oraz innych grup klientów poprzez nałożenie na sprzedaż przez Internet kryteriów, które nie są ogólnie równoważne z kryteriami odnoszącymi się do sprzedaży w lokalu handlowym. Nie oznacza to, że kryteria dotyczące sprzedaży przez Internet muszą być identyczne jak kryteria dla sprzedaży poza Internetem. Powinny one raczej dotyczyć tych samych celów i zapewniać porównywalne wyniki, a różnica między tymi kryteriami musi być uzasadniona różnym charakterem tych dwóch metod dystrybucji".

W mojej ocenie powyższy wymóg należy rozumieć w ten sposób, że wszelkie ograniczenia w sprzedaży przez Internet powinny być obiektywnie uzasadnione. Test, który stosuje Komisja, to porównanie sprzedaży określonej grupy produktów on-line ze sprzedażą tych samych lub

[22] W przypadku sprzedaży hurtowej takie ograniczenie jest dopuszczalne w systemie dystrybucji selektywnej. Oznacza to, że można zakazać autoryzowanemu dystrybutorowi wszelkiej sprzedaży hurtowej realizowanej do nieautoryzowanych dystrybutorów (tj. niedopuszczonych do systemu dystrybucji selektywnej). Zob. także przypisy 7–8 do niniejszego artykułu.

substytucyjnych produktów off-line. Jeśli okaże się, że sprzedaż przez Internet zawiera ograniczenie, które nie jest wymagane w sprzedaży off-line tych produktów i których nie da się wytłumaczyć inaczej niż chęcią sztucznego utrudnienia sprzedaży internetowej, wówczas ograniczenie takie zostanie uznane za nieekwiwalentne i nieproporcjonalne, a w konsekwencji zakazane. Przykładowo wymóg, aby dystrybutor odpowiadał na zapytania klientów internetowych także w niedziele, podczas gdy jego sklepy stacjonarne są w tym dniu zamknięte nie będzie ekwiwalentny. Inny przykład to wymóg, aby reklamacja klienta internetowego była rozpoznana w terminie 7 dni, bez wprowadzenia takiego samego wymogu w sprzedaży stacjonarnej (co oznacza, że obowiązuje ustawowy termin 14 dni kalendarzowych[23]).

Zgadzam się z K. Kohutkiem, że kryterium ekwiwalentności może być przedmiotem licznych sporów z uwagi na odmienny charakter dystrybucji on-line i off-line[24]. Nie podzielam jednak poglądu autora, który interpretuje omawianą zasadę jako nakaz równoważnego traktowania przez dostawców dystrybucji on-line i off-line. W istocie, w mojej ocenie, zasada ta działa w jedną stronę, tj. dostawca nie powinien dyskryminować sprzedaży on-line (chyba że jest to obiektywnie uzasadnione, zob. pkt 5 poniżej), ale w świetle Wytycznych Wertykalnych Komisji ma prawo do faworyzowania tego kanału dystrybucji.

Uważam, że wspomniana zasada ekwiwalentności może służyć jako linia demarkacyjna między dozwolonymi i zakazanymi ograniczeniami w sprzedaży przez Internet. Chodzi o odróżnienie ograniczeń, które są usprawiedliwione, albowiem mają na celu osiągnięcie pozytywnych z punktu widzenia zasad konkurencji celów w sprzedaży internetowej (polepszenie jej jakości, zapewnienie efektywności sieci dystrybucji, rozwijanie nisz rynkowych itp.), od ograniczeń, których głównym celem lub skutkiem jest istotne ograniczenie sprzedaży przez Internet i związanej z nią presji cenowej oraz możliwości wyboru.

2. Standardy jakości sprzedaży jako usprawiedliwienie dla ograniczeń w sprzedaży przez Internet

Standardy jakości sprzedaży mają przede wszystkim znaczenie dla produktów renomowanych (markowych). Sprzedaż takich produktów przeważnie następuje w systemie dystrybucji selektywnej, rzadziej w otwartym systemie dystrybucji[25].

Jednym ze sposobów na ochronę spójności modelu dystrybucji jest wprowadzenie określonych wymogów jakości sprzedaży, w tym przez Internet. Komisja Europejska akceptuje sytuację, w której wysokie wymogi co do szeroko pojętej jakości sprzedaży powodują choćby pośrednie ograniczenie prawa dystrybutora do sprzedaży przez Internet. Przy czym nie chodzi tutaj o całkowite wykluczenie możliwości sprzedaży przez Internet, ale o jej rozsądne ograniczenie w pośredni lub bezpośredni sposób. Pamiętajmy, że całkowity zakaz sprzedaży przez Internet będzie prawie zawsze zakazany z punktu widzenia prawa ochrony konkurencji[26]. Argumenty przedsiębiorców

[23] Zob. art. 8 ust. 3 ustawy z dnia 27 lipca 2002 r. o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej oraz o zmianie Kodeksu cywilnego.

[24] K. Kohutek, *Internetowa dystrybucja towarów w prawie konkurencji (ze szczególnym uwzględnieniem wytycznych Komisji do rozporządzenia nr 330/2010 w sprawie porozumień wertykalnych)*, „Przegląd Prawa Handlowego", listopad 2011, s. 40.

[25] Przykładem może być dystrybucja samochodów, która najczęściej opiera się o selektywny system dystrybucji – zob. P. Szot, A. Zięba, *Umowy dystrybucyjne w przemyśle samochodowym w nowym systemie wyłączeń grupowych*, IKAR 2012, 3(1), s. 55. Zob. także K. Kohutek, *Dystrybucja selektywna*…, op. cit.

[26] Z wyjątkiem produktów niebezpiecznych – zob. pkt 3.4.3. poniżej – oraz w przypadku odrębnych regulacji prawnych. W Polsce taką regulacją jest np. ustawa z 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz.U. 2009, Nr 201, poz.1540) zakazująca sprzedaży gier hazardowych (oprócz zakładów wzajemnych) przez Internet. Może zdarzyć się tak, że krajowe przepisy zakazują sprzedaży przez Internet w sposób niezgodny z prawem unijnym (np. promując antykonkurencyjne rozwiązania). W takiej sytuacji orzecznictwo unijne przyjmuje, że przedsiębiorcy, stosując się do takiego zakazu, nie

twierdzących, że w przypadku towarów, które konsument powinien osobiście zweryfikować, obejrzeć, dotknąć (np. perfumy, sprzęt hi-fi[27]), sprzedaż przez Internet powinna być całkowicie zakazana, nie mają raczej obecnie szans powodzenia przed europejskimi organami ochrony konkurencji[28].

W konsekwencji dostawca nie może całkowicie zakazać dystrybutorowi sprzedaży przez Internet (poza śladowymi wyjątkami[29]). Może natomiast wymagać od dystrybutora, aby jego strona internetowa spełniała określone wymagania jakościowe – tak samo, jak może wymagać, aby lokal dystrybutora, w którym prowadzona jest sprzedaż spełniał określone standardy jakościowe. Takie wymogi mogą dotyczyć wyglądu strony, jej funkcjonalności, poziomu bezpieczeństwa, stosowanej grafiki, opcji wyszukiwania i sortowania produktów, prezentacji produktów (np. ujęcie 360° w wysokiej rozdzielczości), szybkości ładowania się treści, podania na stronie internetowej określonych informacji, np. o dostępności towaru w czasie rzeczywistym, zapewnienia określonych form płatności czy komunikacji z klientem. Osobnym zagadnieniem – zbyt szerokim na ramy niniejszego artykułu – jest prawo dostawcy do zakazania dystrybutorowi wykorzystania w Internecie w określony sposób jego znaków towarowych[30].

Ograniczenia w sprzedaży za pośrednictwem portali aukcyjnych

Istotnym problemem praktycznym jest możliwość ograniczenia prawa dystrybutora do sprzedaży produktów za pośrednictwem aukcji internetowych typu allegro lub eBay. W znanej mi literaturze brak jest jasnego sprecyzowania, czy zakaz taki jest dopuszczalny, a jeśli tak, to pod jakimi warunkami[31]. Jak wykażę poniżej, w mojej ocenie powinien on zostać uznany za dopuszczalny w odniesieniu do dóbr markowych (tzn. takich, w przypadku których producent ponosi znacznie wyższe od przeciętnych nakłady na budowę ich wizerunku i marki).

Z drugiej strony nie budzi wątpliwości pogląd, że sprzedaż produktów renomowanych w sposób nielicujący z renomą marki osłabią ją, czyniąc jednocześnie dany produkt pospolitym i zniechęcając do jego zakupu konsumentów szukających aury luksusu[32]. Podobnie producenci produktów markowych podkreślają, że sprzedaż za pośrednictwem aukcji internetowych pozostawia wiele do życzenia. Przykładowo w przypadku odzieży wyraża się to w tym, że obok siebie występują produkty z nowych i już nieaktualnych kolekcji, produkty z wystaw sklepowych, produkty używane, produkty pochodzące z handlu równoległego spoza UE, produkty z serii kolekcjonerskich i wreszcie produkty podrobione. Jakość zdjęć i opisów często nie jest profesjonalna. Dodatkowo wygląd i funkcjonalność aukcji, na której sprzedawany jest towar, determinowane są zasadami narzucanymi przez platformę aukcyjną, które są jednolite dla wszystkich sprzedawców i wszyst-

posiadają autonomii gospodarczej, wobec czego nie mogą ograniczyć konkurencji, która i tak już nie istnieje. W konsekwencji działania takie w ogóle nie mogą być sankcjonowane przez władze antymonopolowe. Zob. Van Bael & Bellis, *Competition Law of the European Community*, Wolters Kluwer International 2010, s. 52–53 oraz powołane tam orzecznictwo.

27 Odnośnie do sprzętu hi-fi, to rynek markowego sprzętu audio w kontekście całkowitego zakazu sprzedaży przez Internet był badany przez francuski organ antymonopolowy, który w 2006 roku zaakceptował zobowiązania firm Bose, Focal JM Lab oraz Triangle Industries do zmiany klauzuli zakazującej całkowitej sprzedaży przez Internet. Wyjątkiem była firma Bang & Olufsen, która twierdziła, że zakaz ten jest w jej przypadku usprawiedliwiony i odmówiła jego zmiany. W konsekwencji decyzją 12-D-23 z 12 grudnia 2012 została zobowiązana do zmiany praktyki i zapłacenia kary 900 000 Euro; zob. http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=350ba01d-c5ea-4de6-a404-4a37b9731cd1.

28 Zob. M. Dolmans, A. Leyden, *Internet & Antitrust: An overview of EU and national case law*, „e-Competitions" 2012,, nr 45647, s. 4.

29 O których mowa w przypisie 26 oraz w pkt. V.1. niniejszego artykułu.

30 Na ten temat zob. np. P. Podrecki (red.), Prawo Internetu, rozdział XI Naruszenie oznaczeń odróżniających w Internecie, Warszawa 2007 (książka publikowana także w Lex Polonica).

31 Temat ten porusza np. M. Rothermel, *Prohibition of online distribution in distribution systems*, January 2010, dostępne na: http://www.theworldlawgroup.com/files/file/docs/GERMANY_TW_Internetvertrieb.pdf oraz R. Wiring, *Selective distribution: can a manufacturer prohibit the sale of its goods on eBay?*, dostępne na: www.internationallawoffice.com. Niemniej obydwaj autorzy nie dochodzą do konkretnych wniosków w tym zakresie.

32 Na temat implikacji takiego stanu rzeczy na gruncie prawa ochrony konkurencji zob. T. Buettner, A. Coscelli, T. Vergé i R. A Winter, *An Economic Analysis of the Use of Selective Distribution By Luxury Goods Suppliers*, „European Competition Journal", April 2009, s. 201–226.

kich kategorii produktów. Pojawia się pogląd, że platformy aukcyjne przypominają współczesny bazar, tj. miejsce, które nie licuje ze sprzedażą markowych produktów. Oferują one wprawdzie niską cenę, ale masowa sprzedaż towarów markowych za ich pośrednictwem może oznaczać, że wysokie koszty producenta poniesione na marketing zostaną utracone[33].

Są to w mojej ocenie silne argumenty, które uzasadniają dopuszczalność zakazu sprzedaży produktów markowych na aukcjach internetowych typu allegro czy eBay, i to bez względu na udział rynkowy producenta. Podmiot, który organizuje sieć dystrybucji, powinien mieć swobodę decyzji, czy chce sprzedawać produkty markowe w ten sposób czy nie.

W takim duchu wypowiedziały się sądy niemieckie, które uznały, że producent markowych produktów ma prawo zakazać swoim dystrybutorom sprzedaży jego produktów za pośrednictwem platform aukcyjnych typu eBay[34]. Podstawą takiego zakazu może być konieczność spełnienia wymogów jakościowych związanych ze sprzedażą produktów markowych, których wspominane platformy nie zapewniają[35]. Pomocniczo można odwołać się także do wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie *Copad*, w którym Trybunał wskazał, iż „właściciel znaku towarowego może powoływać się na prawa do tego znaku […] zakazujące, z powodów dotyczących prestiżu znaku, sprzedaży dyskontom towarów […], pod warunkiem że zostanie wykazane, iż naruszenie to, z uwagi na okoliczności właściwe danej sprawie, negatywnie wpływa na prezencję i wizerunek prestiżu, nadające tym towarom aurę luksusu” [36].

W omawianej kwestii stanowisko zajęła również Komisja Europejska, która zresztą pierwotnie w projekcie Wytycznych Wertykalnych 2010 w ogóle nie poruszała kwestii dopuszczalności ograniczenia sprzedaży za pośrednictwem aukcji internetowych. Jak się wydaje, dopiero w wyniku konsultacji społecznych[37] Komisja dodała fragment dotyczący tego zagadnienia, o następującym brzmieniu:

„Dostawca może zażądać od dystrybutorów, aby wykorzystywali platformy osób trzecich do dystrybucji produktów objętych porozumieniem jedynie zgodnie ze standardami i warunkami uzgodnionymi przez dostawcę i jego dystrybutorów w związku z wykorzystywaniem Internetu przez dystrybutorów. Jeżeli na przykład platforma osoby trzeciej zapewnia hosting strony internetowej dystrybutora, dostawca może wymagać, aby klienci nie wchodzili na stronę internetową dystrybutora poprzez stronę zawierającą nazwę lub logo platformy osoby trzeciej”[38].

Powyższe stanowisko należy w mojej ocenie traktować jako zaakceptowanie dopuszczalności omawianego ograniczenia. Czy oznacza to jednak, że ww. stanowisko Komisji można interpretować w ten sposób, że dopuszczalny jest również zakaz sprzedaży za pośrednictwem aukcji internetowych towarów niemarkowych, w sytuacji kiedy organizator systemu dystrybucji nie wprowadza

[33] Tego typu argumenty pojawiały się w trakcie konsultacji społecznych prowadzonych przez Komisję Europejską w związku z projektem Wytycznych Wertykalnych KE 2010, zob. http://ec.europa.eu/competition/consultations/2009_vertical_agreements/index.html.

[34] Wyr. z 2 lipca 2009 roku (wyr. SO w Monachium – Wydział ds. kartelowych – OLG MuenchenKartellsenat) oraz wyr. z 25 listopada 2009 roku (wyr. SO w Karlsruhe – wydział ds. kartelowych – OLG Karlsruhe Kartellsenat).

[35] O analogicznym podejściu wspomina raport przygotowany przez Cleary Gottlieb Steen & Hamilton; Internet sales of luxury products; white paper submitted to the European Commissioner for Competition; 22 września 2008; s. 23, gdzie autorzy odwołują się do decyzji francuskiego organu antymonopolowego z 8 marca 2007, dostępne na: http://ec.europa.eu/competition/sectors/media/lvmh_contribution.pdf.

[36] Zob. pkt 37 wyroku Trybunału z 23 kwietnia 2009 w sprawie Copad - C-59/08.

[37] Zob. informację pt.: *European Commission considers new clarification on online distribution restrictions,* „Brussels Monitor”, 12 lutego 2010; oraz opinie w ramach konsultacji społecznych KE wyrażane m.in. przez Estee Lauder Companies, White Paper…; Association Française des EntreprisesPrivées, Draft EC…; Bundesverband der DeutschenIndustriee.V., Position Paper…; European Distribution Lawyers, Statement pursuant…; Federation of the Swiss Watch Industry, Review of…; Markenverbande.V., Comments of…; Centrum für Europäische Politik, Block exemption… dostępne na: http://ec.europa.eu/competition/consultations/2009_vertical_agreements/index.html.

[38] Pkt 54 Wytycznych Wertykalnych KE 2010.

istotnych wymogów jakościowych dotyczących sprzedaży? Byłby to w mojej ocenie pogląd zbyt daleko idący. W takiej sytuacji należałoby w szczególności zbadać, jaki procent sprzedaży danego produktu następuje za pośrednictwem aukcji internetowych i jaka jest pozycja rynkowa dostawcy. Im wskaźniki te będą wyższe, tym mniej prawdopodobne, że zakaz taki będzie dopuszczalny. Jeśli bowiem znaczna część danego towaru sprzedaje się za pośrednictwem aukcji internetowych, to zamknięcie tego kanału dystrybucji oznacza *de facto* obiektywnie nieuzasadnione, istotne ograniczenie sprzedaży w Internecie. Dodatkowo, jeśli taki wymóg narzuca silny dostawca, wówczas istnieje większe ryzyko, że zarówno dystrybutorzy, jak i jego konkurenci będą za nim podążać.

3. Obowiązek posiadania fizycznego punktu sprzedaży spełniającego określone kryteria

Dostawca może zobowiązać dystrybutora do posiadania fizycznego punktu sprzedaży spełniającego określone kryteria[39]. Taki obowiązek może być wprowadzony zarówno w ramach sieci dystrybucji selektywnej, jak i w otwartym systemie dystrybucji. Dostawca może uwarunkować przystąpienie dystrybutorów do sieci jego dystrybucji posiadaniem przynajmniej jednego lokalu handlowego spełniającego określone kryteria jakościowe. Oznacza to, że może on nie dopuścić do sytuacji, w której dystrybutor prowadzi sprzedaż tylko za pośrednictwem Internetu[40].

Taki wymóg ogranicza podstawową zaletę Internetu, a mianowicie niższe koszty niż w sprzedaży tradycyjnej, dzięki którym można obniżyć ceny detaliczne. Jeśli obowiązek posiadania (ekskluzywnego) lokalu potraktowany byłby zbyt rygorystycznie, tzn. wiązałby się z bardzo istotnymi nakładami dystrybutora, to *de facto* mógłby oznaczać zastopowanie sprzedaży internetowej. Dystrybutor nie byłby bowiem w stanie zaoferować istotnie niższych cen sprzedaży w Internecie, co z kolei zniechęcałoby konsumentów do korzystania z tego kanału. Dlatego omawiany wymóg powinien podlegać ocenie z punktu widzenia zasady proporcjonalności, aczkolwiek ani Komisja, ani orzecznictwo nie wypracowały tutaj konkretnych wskazówek.

Z obowiązkiem posiadania fizycznego punktu sprzedaży łączy się dopuszczalny nakaz, aby dystrybutor sprzedawał przynajmniej pewną bezwzględną ilość – wyrażoną wartościowo lub ilościowo – produktów poza Internetem. Nakaz taki jest usprawiedliwiony koniecznością zapewnienia efektywnego funkcjonowania lokalu handlowego (fizycznego punktu sprzedaży) dystrybutora[41]. Co jednak istotne, bezwzględna ilość odsprzedaży poza Internetem nie powinna być nadmierna lub nieekwiwalentna. Tzn. niedopuszczalny byłby ww. nakaz, jeśli jego faktycznym celem byłoby istotne ograniczenie sprzedaży internetowej na rzecz sprzedaży stacjonarnej. Istnieje ryzyko, że takie zjawisko nastąpi w związku z nadmiernym zobowiązaniem do sprzedaży w tradycyjny sposób i związaną z tym koniecznością ograniczenia sprzedaży internetowej właśnie celem maksymalizacji sprzedaży w tej pierwszej formie.

W kontekście ww. dopuszczalnego zobowiązania uzasadnione w mojej ocenie jest również zobowiązanie dystrybutora do utrzymywania w stacjonarnym punkcie sprzedaży określonej ilości towaru względem jego oferty umieszczonej na stronie internetowej. Taka ilość również nie powinna być nadmierna, co jest oceniane z punktu widzenia zasady ekwiwalentności (proporcjonalności)

[39] Pod warunkiem, że udział żadnej ze stron nie przekracza 30%. Przekroczenie tego progu oznacza, że przedsiębiorca nie ma pewności prawnej, czy takie ograniczenie nie zostanie skutecznie zakwestionowane przez organ antymonopolowy. Wówczas każdy przypadek powinien być oceniany indywidualnie, podczas gdy udziały rynkowe każdej ze stron poniżej 30% dają pewność prawną co do dopuszczalności takiego obowiązku.

[40] Pkt 54 Wytycznych.

[41] Komisja dopuszcza go w punkcie 52 c) Wytycznych Wertykalnych KE 2010.

i obiektywnego uzasadnienia. Takie zobowiązanie jest w analogiczny sposób usprawiedliwione koniecznością zapewnienia efektywnego funkcjonowania fizycznego punktu sprzedaży dystrybutora.

4. Pozostałe, zasadniczo dopuszczalne ograniczenia dotyczące sprzedaży przez Internet

W Wytycznych Wertykalnych 2010 Komisja podaje kolejne przypadki dopuszczalnych ograniczeń w sprzedaży przez Internet:

1) dostawca jest uprawniony do wyznaczenia określonych (realistycznych) terminów dostaw przy sprzedaży przez Internet; w praktyce może to oznaczać konieczność utrzymywania zwiększonych stanów magazynowych przez dystrybutora (i tym samym zwiększać jego koszty), zmniejszając opłacalność sprzedaży internetowej i motywację do promowania i eksploatowania tego kanału dystrybucji; dlatego też terminy te nie powinny być nadmiernie krótkie[42];
2) dostawca ma swobodę w określeniu zasad swojego wsparcia związanego ze sprzedażą przez Internet mającego na celu pokrycie kosztów dystrybutora związanych ze zwrotem produktów[43]; dostawca nie ma zatem obowiązku partycypować w ww. kosztach; dodajmy, że koszty te mogą być znaczne, w szczególności z uwagi na to, że *de facto* konsument ma prawo do odesłania zamówionego towaru na koszt dostawcy w terminie 24 dni od jego otrzymania[44]; ponadto w dwóch nieprawomocnych decyzjach z grudnia 2012 roku Prezes UOKiK przyjął – w mojej ocenie – zbyt rygorystyczną interpretację, która *de facto* oznacza prawo konsumenta do zwrotu produktów używanych i bez oryginalnego opakowania (na koszt sprzedawcy, w ww. terminie)[45];
3) analogicznie do powyższego dostawca ma swobodę w określeniu zasad swojego wsparcia związanego ze stosowaniem bezpiecznych systemów płatności[46];
4) dostawca działający w systemie dystrybucji selektywnej może określić dystrybutorom maksymalną ilość towaru, którą mogą oni sprzedać nabywcy indywidualnemu (konsumentowi)[47]; chodzi o wyeliminowanie ryzyka polegającego na podszywaniu się pod nabywców indywidualnych przez dystrybutorów niedopuszczonych do systemu dystrybucji selektywnej i skupowaniu przez nich towaru w celu jego dalszej odsprzedaży.

Jako kolejne przykłady pośrednich ograniczeń w sprzedaży przez Internet, które wprawdzie zostały uznane przez francuski organ antymonopolowy w decyzji z 8 marca 2007 r.[48] za niedozwolone, ale w mojej ocenie są (poza ostatnim z nich) ekwiwalentne i obiektywnie uzasadnione, można wskazać:

a. nakaz wykorzystywania kamer internetowych w trakcie kontaktu z klientem;
b. nakaz oferowania klientom interaktywnych porad w czasie rzeczywistym;
c. nakaz tworzenia dedykowanych stron internetowych dla poszczególnych linii produktów;
d. nakaz udzielania odpowiedzi na e-maile klientów w ciągu dwóch godzin, także poza godzinami pracy fizycznych punktów sprzedaży.

[42] Zob. pkt 56 Wytycznych Wertykalnych KE 2010.

[43] Zob. pkt 56 Wytycznych Wertykalnych KE 2010.

[44] Konsument ma 10 dni od otrzymania towaru na złożenie oświadczenia o odstąpieniu od umowy oraz kolejne 14 dni na odesłanie towaru na koszt dostawcy. Zob. decyzje przywołane w kolejnym przypisie.

[45] Decyzja Prezesa UOKiK Nr RBG-32/2012 z 11 grudnia 2012 r. w sprawie Matras oraz decyzja Nr RLU-35/2012 z 24 grudnia 2012 r. w sprawie Morele.net.

[46] Zob. pkt 56 Wytycznych.

[47] Zob. pkt 56 Wytycznych.

[48] Cytowane za A. Kmiecik, *Managing Competition Law Risks On and Offline*, prezentacja kancelarii Van Bael & Bellis z 6 października 2009, dostępna na: http://www.vanbaelbellis.com/en/fiches/publications/articles/?Area=162.

Moim zdaniem wszystkie z ww. wymogów, z wyjątkiem ostatniego – w zakresie, w jakim odpowiedź ma być udzielona poza ogólnie przyjętymi w danej branży godzinami pracy – będą w większości przypadków co do zasady obiektywnie uzasadnione i jako takie dopuszczalne. Nie sądzę, aby miały one na celu odwodzenie dystrybutorów od sprzedaży przez Internet. Obecnie postrzegałbym je raczej jako odpowiedź na rosnącą presję konkurencyjną, która wymusza podniesienie jakości usług i zaoferowania wyróżniającej się usługi okołosprzedażowej. Poza tym wymogi z punktów a–c mają swój odpowiednik w sprzedaży tradycyjnej (osobisty kontakt z klientem, odrębne strefy/półki w sklepie z produktami, które mają być wyróżnione).

V. Zasadniczo niedopuszczalne (nieekwiwalentne) ograniczenia sprzedaży pasywnej przez Internet

1. Całkowity zakaz sprzedaży przez Internet

Zagadnienie całkowitego zakazu sprzedaży przez Internet rozpatrywane było w wyroku Trybunału z 13 października 2011 r. w sprawie *Pierre Fabre*. Spółka Pierre Fabre wprowadziła w swoich umowach dystrybucyjnych wymóg, aby sprzedaż odbywała się tylko w fizycznych punktach sprzedaży i tylko w obecności dyplomowanego farmaceuty. W postępowaniu przed francuskim organem antymonopolowym Pierre Fabre twierdził, że obecność farmaceuty w punkcie sprzedaży jest niezbędna, aby klient mógł w każdych okolicznościach zasięgnąć indywidualnej opinii specjalisty opartej na bezpośredniej obserwacji skóry i włosów. Twierdził także, że faktyczny zakaz sprzedaży przez Internet zmierza do poprawy dystrybucji, zapobiegając ryzyku naruszenia praw do znaku towarowego oraz czerpania nienależnych korzyści kosztem autoryzowanych dystrybutorów (*free riding*). Podnosił również argument związany z koniecznością ochrony renomy swoich produktów.

W sprawie stanowisko zajęli francuski organ antymonopolowy, Komisja Europejska, oraz Rzecznik Generalny Trybunału, spójnie twierdząc, że całkowity zakaz sprzedaży przez Internet stanowi *hardcore restriction*, które w tej sprawie nie podlega indywidualnemu zwolnieniu. Trybunał zasadniczo przychylił się do tych poglądów (nie przesądzając kwestii indywidualnego zwolnienia), dodając jednak, że całkowity zakaz sprzedaży przez Internet może być usprawiedliwiony – na gruncie art. 101 ust. 1 TFUE – obiektywną koniecznością jego wprowadzenia[49].

Trybunał doprecyzował jednocześnie, że konieczność udzielenia klientowi indywidualnej porady, w tym także medycznej, oraz konieczność ochrony prestiżowego wizerunku produktów nie jest wystarczającym obiektywnym uzasadnieniem dla całkowitego zakazu sprzedaży przez Internet[50]. Rzecznik Generalny Trybunału twierdził z kolei, że obiektywne uzasadnienie całkowitego zakazu sprzedaży przez Internet powinno być nakierowane na ochronę dobra publicznego oraz powinno wykraczać poza kwestie ochrony wizerunku przedmiotowego produktu czy sposobu, w jaki przedsiębiorstwo pragnie sprzedawać swój produkt[51]. W podobnym kierunku idzie E. Loozen[52].

[49] Tj. stwierdzając, że „[…] art. 101 ust. 1 TFUE należy interpretować w ten sposób, że klauzula umowna […] której konsekwencją jest zakaz wykorzystania Internetu dla celów tej sprzedaży, stanowi ograniczenie ze względu na cel w rozumieniu tego przepisu, jeżeli w następstwie indywidualnego i konkretnego zbadania treści i celu tej klauzuli umownej oraz prawnego i gospodarczego kontekstu, w jaki jest ona wpisana, okaże się, że zważywszy na właściwości przedmiotowych produktów taka klauzula nie jest obiektywnie uzasadniona"; zob. pkt 47 wyr. Trybunału.

[50] Punkty 44–46 wyr. Trybunału.

[51] Pkt 35 opinii Jána Mazáka w sprawie Pierre Fabre z 3 marca 2011. W podobnym kierunku idzie E. Loozen, *Professional Ethics and Restraints of Competition,* „European Law Review" 2006, nr 31(1).

[52] E. Loozen, *Professional Ethics*…

Niemniej z uzasadnienia komentowanego wyroku Trybunału wynika, że dopuszczalne są także inne – niż narażenie dobra publicznego – przypadki obiektywnego uzasadnienia całkowitego zakazu sprzedaży przez Internet[53].

Również treść Wytycznych Wertykalnych KE 2010 nie wyklucza innego obiektywnego uzasadnienia dla całkowitego zakazu sprzedaży przez Internet, aczkolwiek jako przykład podana jest właśnie sytuacja sprzedaży produktów niebezpiecznych. W ww. Wytycznych Komisja wskazuje, że producent może zakazać dystrybutorowi sprzedaży przez Internet, jeśli jest to konieczne dla przestrzegania publicznego zakazu sprzedaży substancji niebezpiecznych określonym klientom ze względów bezpieczeństwa lub ze względów zdrowotnych[54].

Z pewnością przesłanka niebezpieczeństwa produktu nie jest jasna. Czy, przykładowo, sprzedaż soczewek kontaktowych przez Internet, bez możliwości konsultacji z lekarzem i przymierzenia soczewki, jest niebezpieczna dla zdrowia? Taki pogląd wyrażany był przez węgierską regionalną dyrekcję państwowego urzędu ds. sanitarnych, która zakazała sprzedaży soczewek przez Internet oraz przez firmę Ciba Vision w Niemczech. W pierwszym przypadku Trybunał w wyroku w sprawie Ker-Optika[55] uznał, że zakaz taki jest sprzeczny z art. 34 i 36 TFUE oraz z dyrektywą 2000/31. W drugim przypadku niemiecki organ antymonopolowy zakwestionował czasowy zakaz sprzedaży soczewek przez Internet, stwierdzając, że jego przyczyną nie były względy zdrowotne, ale chęć ograniczenia przez Ciba Vision presji cenowej ze strony sprzedawców internetowych[56].

Z punktu widzenia prawa konkurencji uważam, że całkowity zakaz sprzedaży przez Internet mógłby obejmować przykładowo sprzedaż broni, amunicji, niektórych środków chemicznych, środków pirotechnicznych. Zakaz sprzedaży alkoholu, tytoniu, środków farmaceutycznych uzależniony jest od możliwości zweryfikowania przez doręczyciela czy odbiorca jest pełnoletni, posiada receptę itp. Niemniej w przypadku każdego z ww. produktów należy sprawdzić właściwe przepisy regulacyjne. Przykładowo w Polsce zakazana jest sprzedaż gier hazardowych przez Internet[57], ale z kolei np. prawo farmaceutyczne przyznaje aptece prawo do wysyłkowej sprzedaży leków[58].

Powyższe rozważania prowadzą nas do wniosku, że każdy przypadek całkowitego ograniczenia sprzedaży przez Internet powinien być analizowany zarówno pod kątem prawa ochrony konkurencji, jak i właściwych przepisów regulacyjnych. Z punktu widzenia prawa ochrony konkurencji całkowity zakaz sprzedaży przez Internet będzie dopuszczalny zupełnie wyjątkowo, pod warunkiem, że jest obiektywnie uzasadniony. Obiektywnym uzasadnieniem jest z pewnością groźba dla dobra publicznego, jaką stwarza sprzedaż internetowa (przede wszystkim produkty niebezpieczne).

Dopuszczalne jest uzasadnienie komentowanego zakazu także innymi okolicznościami, które obiektywnie go usprawiedliwiają, aczkolwiek ani orzecznictwo, ani literatura na chwilę obecną ich nie precyzują[59]. Z pewnością będą to rzadkie przypadki, wśród których – zgodnie z wyrokiem w sprawie *Pierre Fabre* – nie znajdzie się konieczność udzielenia klientowi indywidualnej porady, w tym także medycznej, oraz konieczność ochrony prestiżowego wizerunku produktów.

[53] Można zakładać, że takie przypadki zostaną dopiero wskazane przez praktykę.

[54] Pkt 60 Wytycznych Wertykalnych KE 2010.

[55] Wyr. Trybunału z 2 grudnia 2010 roku w sprawie C-108/09.

[56] Zob. decyzja Bundeskartellamt z 25 września 2009 roku w sprawie B 3–123/08, dostępna na http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Kartell/Kartell09/B3-123-08.pdf.

[57] Zob. art. 29a ustawy z 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych(Dz.U. 2009, Nr 201, poz. 1540).

[58] Zob. art. 68 ustawy z 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne (Dz.U. 2008, Nr 45, poz. 271).

[59] Chodzi tu o argumenty na gruncie analizy porozumienia jako zakazanego co do celu. Analiza porozumienia ograniczającego sprzedaż przez Internet jako zakazanego co do skutku oraz możliwość zastosowania indywidualnego zwolnienia omówione są w punkcie VI.

Jednocześnie – co ważne – wyjaśnijmy, że ww. uzasadnienie – tj. konieczność udzielenia klientowi indywidualnej porady lub konieczność ochrony prestiżowego wizerunku produktów – nie usprawiedliwia całkowitego zakazu sprzedaży przez Internet. Natomiast – w zależności od okoliczności danej sprawy – może ono usprawiedliwiać częściowe ograniczenie sprzedaży internetowej, np. za pośrednictwem stron niespełniających wymogów jakościowych koniecznych dla ochrony renomy produktu.

2. Przykłady zasadniczo niedopuszczalnych ograniczeń w sprzedaży internetowej

Warto wymienić konkretne przypadki, które według Komisji stanowią niedozwolone ograniczenia (przeważnie pasywnej) sprzedaży przez Internet. Chodzi o uzgodnienia między dostawcą a dystrybutorem, które stanowią, że:

1) dystrybutor uniemożliwi klientom znajdującym się na terytorium zastrzeżonym dla innego dystrybutora przeglądanie jego strony internetowej; nie jest także dopuszczalne uzgodnienie, że dystrybutor będzie automatycznie przekierowywał klientów spoza jego terytorium na stronę internetową producenta lub innych dystrybutorów;
2) dystrybutor zakończy transakcje internetowe klientów w momencie, kiedy okaże się, że dane ich karty kredytowej zawierają adres znajdujący się na terytorium, które jest przypisane innemu dystrybutorowi;
3) dystrybutor ograniczy swoją sprzedaż przez Internet; nie wyklucza to żądania przez dostawcę, aby dystrybutor sprzedawał przynajmniej pewną bezwzględną ilość (ujętą wartościowo lub wolumenowo) produktów poza Internetem w swoim stacjonarnym lokalu; bezwzględna wielkość wymaganej sprzedaży poza Internetem może być określana indywidualnie dla każdego nabywcy na podstawie obiektywnych kryteriów, takich jak np. pozycja nabywcy w sieci lub jego lokalizacja; ustalona obowiązkowa wielkość sprzedaży poza Internetem nie może być jednak nadmierna; w przeciwnym razie prowadziłaby do istotnego ograniczenia sprzedaży za pośrednictwem Internetu.
4) dystrybutor nie może być zobowiązany do zapłaty wyższej ceny za produkty przeznaczone do sprzedaży w Internecie niż za produkty przeznaczone do odsprzedaży poza Internetem; nie wyklucza to uzgodnienia, że dostawca będzie uiszczał na rzecz dystrybutora dofinansowanie (opłatę) w celu wsparcia sprzedaży w Internecie lub poza nim; Komisja jest jednak zdania, że takie dofinansowanie powinno być stałe, nie może mieć charakteru zmiennego, tzn. nie może wzrastać wraz z obrotem osiągniętym poza Internetem, ponieważ pośrednio mogłoby to prowadzić do stosowania wyższych cen na produkty przeznaczone do sprzedaży przez Internet[60];
5) dystrybutor nie będzie miał prawa do zamieszczania różnych wersji językowych swojej strony internetowej[61].

Jako kolejne ograniczenia, o których milczą Komisja i orzecznictwo, a które w mojej ocenie mogą zostać uznane za ograniczające konkurencję, o ile w konkretnym przypadku nie są obiektywnie uzasadnione, należy wymienić:

[60] Zob. pkt 52 Wytycznych. Ponadto w pkt. 64 Wytycznych Komisja wskazuje, że można stosować wyższe ceny za towar przeznaczony do odsprzedaży przez Internet, jeśli sprzedaż przez Internet pociąga za sobą znacznie wyższe koszty dla producenta niż sprzedaż prowadzona poza Internetem. Wydaje się, że jest to czysto teoretyczny przypadek.

[61] Pkt 52 Wytycznych Wertykalnych KE 2010.

1) zakaz podawania przez dystrybutora do publicznej wiadomości cen sprzedaży; w takim wariancie dystrybutor może podawać klientowi informację o cenie sprzedaży tylko na imienne zapytanie klienta; zakaz taki przekracza zasadę ekwiwalentności, jeśli porównamy go z tradycyjną sprzedażą, w przypadku której obowiązkiem sprzedawcy jest oznaczenie ceną towaru przeznaczonego do sprzedaży detalicznej[62];
2) nakaz osobistego odbioru towaru; wykluczenie możliwości wysyłki towaru pod adres wskazany przez klienta może być traktowane jako zmierzające do zniechęcenia klientów i w konsekwencji dystrybutorów do zakupów internetowych;
3) zakaz wysyłki towaru za granicę – zakaz taki może stwarzać podejrzenia co do zamiaru dostawcy wykluczenia handlu równoległego i w większości przypadków będzie miał antykonkurencyjny charakter.

VI. Ograniczenie w sprzedaży przez Internet – porozumienie co do celu czy skutku?

Przypomnijmy, że w wyroku w sprawie *Pierre Fabre* Trybunał stwierdził, że „art. 101 ust. 1 TFUE należy interpretować w ten sposób, że klauzula […] której konsekwencją jest zakaz wykorzystania Internetu […], stanowi ograniczenie ze względu na cel w rozumieniu tego przepisu, jeżeli w następstwie indywidualnego i konkretnego zbadania treści i celu tej klauzuli umownej oraz prawnego i gospodarczego kontekstu, w jaki jest ona wpisana, okaże się, że zważywszy na właściwości […] produktów taka klauzula nie jest obiektywnie uzasadniona”[63].

Powyższe stwierdzenie oznacza, że w większości przypadków argumenty ekonomiczne, na podstawie których przedsiębiorca będzie chciał wykazać legalność swojego działania, będą rozpatrywane na gruncie celu, a nie skutku porozumienia. Jest to odejście od tradycyjnego ujęcia, zgodnie z którym porozumienia zakazane ze względu na cel to takie, które *prima facie* zmierzają do ograniczenia konkurencji[64].

Nie do końca jasny jest charakter prawny przesłanki obiektywnego uzasadnienia, o której wspomina Trybunał. Na pewno chodzi tutaj o analizę na gruncie art. 101 ust. 1 TFUE. A zatem ważenie pro- i antykonkurencyjnych skutków porozumienia, zarezerwowane dla art. 101 ust. 3 TFUE, nie wchodzi w grę[65].

Rzecznik Trybunału Ján Mazák zdaje się rozumieć koncepcję obiektywnego uzasadnienia ograniczenia konkurencji jako autonomiczny instrument prawny pozwalający wykazać legalność porozumienia zawierającego ograniczenie konkurencji bez konieczności stosowania art. 101 ust. 3 TFUE i zawartych w nim czterech przesłanek prokonkurencyjności. W takim ujęciu byłaby to koncepcja analogiczna do *ancillary restraints*[66]. Natomiast w cytowanym fragmencie wyroku

[62] Zob. art. 12 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. Nr 97, poz.1050).

[63] Pkt 47.

[64] Takie klasyczne podejście prezentował np. A. Stawicki, *Porozumienia zakazane ze względu na cel lub skutek w aktualnej polskiej praktyce orzeczniczej*, IKAR 2012, 1, s. 10–15.

[65] Na niedopuszczalność ważenia pro- i antykonkurencyjnych skutków porozumienia na gruncie analizy prawnej w oparciu o art. 101 ust. 1 TFUE zwrócił uwagę Sąd Pierwszej Instancji m.in. w wyroku z 15 września 1998 roku w sprawie *European Night Services i in. przeciwko Komisji*; połączone sprawy T374/94, T375/94, T384/94 i T388/94 (brak informacji o publikacji w Zb.Orz.); pkt 136 wyroku.

[66] Na temat instytucji *ancillary restraints* w zakresie dotyczącym potencjalnie antykonkurencyjnych porozumień zob. A. Jurkowska-Gomułka, [w:] A. Jurkowska-Gomułka (red.), *Orzecznictwo Sądów wspólnotowych w sprawach konkurencji w latach 2004-2009*, Glosa do wyroku Meca-Medina, Warszawa 2010; oraz powołana tam literatura. Podobnie: 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: A. Stawicki, [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa o Ochronie Konkurencji i Konsumentów Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2011, s. 242–244.

Trybunał zdaje się raczej iść w kierunku, który zakłada, że obiektywne uzasadnienie to wszelkie względy prawne, biznesowe, ekonomiczne, techniczne, organizacyjne itp., które stanowią uzasadnienie dla konkretnego ograniczenia konkurencji. Innymi słowy zdaje się utożsamiać obiektywne uzasadnienie praktyki z jej otoczeniem ekonomicznym, które może przesądzić o tym, że dana klauzula nie może zostać uznana za antykonkurencyjną ze względu na cel[67].

Jeśli badane ograniczenie w sprzedaży przez Internet okaże się obiektywnie uzasadnione, np. koniecznością ochrony dobra publicznego, wówczas organ antymonopolowy powinien uznać, że porozumienie nie jest zakazane ze względu na cel. W następnej kolejności należy zbadać, czy nie wywiera ono – choćby potencjalnie – antykonkurencyjnego skutku. Jeśli skutek taki istnieje (albo jeśli porozumienie ma antykonkurencyjny cel), wówczas przedsiębiorca powinien wykazać, że porozumienie spełnia przesłanki indywidualnego zwolnienia, o których mowa w art. 8 Ustawy.

Mogą zdarzyć się również takie przypadki, w których z uwagi na okoliczność sprawy ograniczenie w sprzedaży przez Internet nie ma na celu ograniczenia konkurencji. Wówczas należy zbadać jedynie ryzyko jego antykonkurencyjnych skutków (takie sytuacje będą stosunkowo rzadkie). Przedsiębiorca broniący klauzul ograniczających sprzedaż przez Internet może zatem zastosować następującą sekwencję argumentów (w praktyce w jednej sprawie wykorzysta tylko część z nich):

a) twierdzić, że porozumienie w ogóle nie ma na celu ograniczenia konkurencji;
b) twierdzić, że antykonkurencyjny cel porozumienia jest pozorny, albowiem jest on usprawiedliwiony szeroko pojętym otoczeniem ekonomiczno-biznesowym porozumienia i w związku z tym jest obiektywnie uzasadniony;
c) twierdzić, że porozumienie nie tylko nie miało antykonkurencyjnego celu, lecz także nie może mieć antykonkurencyjnych skutków;
d) zastosować art. 8 Ustawy (101 ust. 3 TFUE), tj. wykazać spełnienie czterech przesłanek zawartych w tym przepisie i twierdzić, że choć porozumienie ogranicza konkurencję ze względu na cel lub skutek, mimo to może generować także prokonkurencyjne efekty, które przeważają; w związku z czym w ogólnym rozrachunku nie ogranicza ono konkurencji.

VII. Stosowanie zwolnienia *de minimis* do ograniczeń w sprzedaży przez Internet

Zgodnie z art. 7 ust. 1 pkt 2 Ustawy, jeżeli udział w rynku posiadany albo przez dystrybutora, albo przez dostawcę w roku kalendarzowym poprzedzającym zawarcie porozumienia nie przekracza 10%, wówczas do takiego porozumienia nie stosuje się zakazu zawierania porozumień dyskryminacyjnych, wiązanych oraz ograniczających przedsiębiorcom nieobjętych porozumieniem dostęp do rynku[68]. Jest to tzw. zwolnienie *de minimis*, które – co bardzo ważne – nie ma jednak zastosowania do porozumień cenowych, kontyngentowych, podziałowych i przetargowych.

[67] Zob. A. Bolecki, P*orozumienia zakazane ze względu na cel lub skutek – aktualne tendencje orzecznicze w UE*, IKAR 2012, 3(1) s. 16–19.

[68] Na marginesie dalszych wywodów zaznaczę, że w mojej ocenie dotychczas nie wytłumaczono w przekonujący sposób istotnej wątpliwości związanej z brzmieniem art. 7 ust. 1 pkt 2 Ustawy. Otóż faktem jest, że zdecydowana większość porozumień dystrybucyjnych zawierana jest w sytuacji, kiedy albo dostawca, albo dystrybutor posiada udział w rynku poniżej 10%. Literalnie rzecz biorąc oznacza to, że praktycznie wszystkie porozumienia dystrybucyjne w Polsce, o ile nie zawierają *hardcore restrictions*, o których mowa w art. 7 ust. 2 Ustawy, korzystają ze zwolnienia *de minimis*, albowiem prawie zawsze jedna ze stron ma udział w rynku poniżej 10%. Powstaje pytanie, czy rzeczywiście takie było zamierzenie ustawodawcy i czy w sytuacji, kiedy dostawca posiadający udział w rynku przekraczający 10% zawiera porozumienie z kilkudziesięcioma dystrybutorami, którzy łącznie posiadają udział w rynku przekraczający np. 70% (ale każdy z osobna ma poniżej 10%), nadal stosujemy zwolnienie *de minimis?* Czy też powinniśmy odwołać się do unijnej koncepcji skumulowanych efektów rynkowych i uznać, że bierzemy pod uwagę łączny udział wszystkich dystrybutorów, którzy podpisali porozumienie z tym samym dostawcą, a jeśli tak, to jaka byłaby podstawa prawna takiej konstrukcji (porozumienie zakazane co do skutku, mimo kategorycznej treści art. 7 Ustawy?).

Dla analizowanej problematyki kluczowe znaczenie ma zatem odpowiedź na pytanie: czy ograniczenie w sprzedaży internetowej ma charakter porozumienia cenowego, kontyngentowego lub podziałowego (i wtedy nie korzysta ze zwolnienia *de minimis*), czy też jest to odmiana porozumienia dyskryminującego, wiązanego lub utrudniającego dostęp do rynku podmiotom trzecim (i wtedy korzysta ze zwolnienia *de minimis*) lub ewentualnie nienazwanej formy porozumienia? Komisja w Wytycznych nie odpowiada wprost na to pytanie. Precyzyjna odpowiedź zależy oczywiście od konkretnego stanu faktycznego. Niemniej w mojej ocenie zakwalifikowanie ograniczeń w sprzedaży przez Internet jako porozumień korzystających ze zwolnienia *de minimis*, tj. porozumień dyskryminacyjnych, wiązanych lub utrudniających dostęp do rynku podmiotom trzecim, ewentualnie jako porozumienia nienazwanego, będzie możliwe zupełnie wyjątkowo.

Próbując umieścić ograniczenia w sprzedaży przez Internet na gruncie art. 6 Ustawy, pozostajemy zatem w kręgu szeroko pojętych: a) porozumień cenowych (ograniczenie ma na celu eliminację presji cenowej typowej dla e-commerce); b) porozumień kontyngentowych (porozumienie ma na celu ograniczenie zbytu przez Internet) oraz c) porozumień podziałowych (wykluczenie ryzyka, że dystrybutor będzie sprzedawał przez Internet towary na terenach zarezerwowanych dla jego konkurentów). Przykłady podawane przez Komisję w Wytycznych najczęściej można powiązać z tym ostatnim przypadkiem.

W wyroku w sprawie *Pierre Fabre* Trybunał przyjął, że całkowity zakaz sprzedaży przez Internet ma na celu przynajmniej ograniczenie sprzedaży pasywnej na rzecz użytkowników końcowych i jako takie jest sprzeczny z art. 4 lit. c) rozporządzenia nr 2790/1999[69]. Z kolei francuska Rada ds. Konkurencji oraz Rzecznik Generalny Trybunału uznali takie ograniczenie za ograniczenie nie tylko sprzedaży pasywnej, lecz także aktywnej[70]. W UE ograniczenia w sprzedaży pasywnej i aktywnej przeważnie traktuje się jako formę porozumień podziałowych, albowiem najczęściej ograniczają one możliwość swobodnej sprzedaży między poszczególnymi terytoriami (przeważnie krajami członkowskimi UE), dzieląc je między poszczególnych dystrybutorów[71].

Ograniczenia w sprzedaży przez Internet (w zależności od konkretnego stanu faktycznego) mogą być także traktowane jako specyficzna forma porozumień cenowych (mających na celu zawyżenie cen detalicznych ponad poziom, który istniałby w braku takich ograniczeń i byłby typowy dla presji cenowej istniejącej w Internecie[72]) lub ograniczających zbyt. Okoliczności danej sprawy przesądzą, jaki element ma w niej największe znaczenie i jak (z perspektywy art. 6 Ustawy) kwalifikować ograniczenie w sprzedaży przez Internet. Wydaje się, że najczęstszymi przypadkami będą porozumienia podziałowe i ograniczające zbyt. Kwalifikacja ograniczeń w sprzedaży przez Internet jako formy porozumień cenowych jest również dopuszczalna (aczkolwiek będzie raczej rzadsza). Inne formy porozumień będą występować zupełnie sporadycznie.

Prowadzi nas to do wniosku, że ograniczenia w sprzedaży przez Internet będą korzystać ze zwolnienia *de minimis* w zupełnie wyjątkowych sytuacjach.

[69] Zob. pkt 54 Wyroku Trybunału.

[70] Zob. pkt. 8–9 oraz 59 opinii Rzecznika Generalnego Trybunału z 3 marca 2011 roku w sprawie C-439/09 (Pierre Fabre).

[71] Zob. Bellamy & Child, *European Community Law of Competition*, 6th Edition, Oxford 2008, s. 439.

[72] Tak było przykładowo w niemieckiej sprawie Ciba Vision (decyzja Bundeskartellamt z 25 września 2009 w sprawie B3–123/08), w której producent soczewek kontaktowych zakazał sprzedaży za pośrednictwem eBay z uwagi na fakt, że dystrybutorzy, którzy sprzedawali za pośrednictwem tej strony, nie przestrzegali minimalnych cen odsprzedaży narzucanych przez dostawcę.

VIII. Umowy agencyjne a ograniczenia w sprzedaży przez Internet

Kwestią dotychczas niedyskutowaną w znanej mi literaturze ani w orzecznictwie jest relacja ograniczeń w sprzedaży przez Internet w stosunku do umów agencyjnych. Rozważmy sytuację, w której mamy do czynienia z tzw. prawdziwym stosunkiem agencyjnym, to jest z umową, w której w szczególności dający zlecenie (dostawca) ponosi dominujące ryzyko i koszty związane z działalnością agenta[73].

Ponieważ w ramach tzw. prawdziwej agencji dający zlecenie ponosi prawie pełne ryzyko handlowe i finansowe związane ze sprzedażą i zakupem towarów, obowiązki nałożone przez niego na agenta nie wchodzą w zakres stosowania art. 101 ust. 1 TFUE lub art. 6 Ustawy (czyli są dozwolone). Komisja wskazuje, że w ramach prawdziwej agencji dający zlecenie może w szczególności nałożyć na agenta obowiązki w zakresie: a) ograniczenia co do terytorium, na którym agent może sprzedawać towary; b) ograniczenia co do klientów, którym agent może sprzedawać towary; c) cen i warunków, na jakich agent może sprzedawać towary[74].

Nie widzę przeszkód, aby w ramach tzw. prawdziwej agencji przyjąć, że całkowity zakaz sprzedaży przez Internet mieści się w ww. trzech ograniczeniach dopuszczonych przez Komisję. Jest to sytuacja porównywalna z taką, w której przedsiębiorca podejmuje indywidualną decyzję o tym, że zaprzestaje działalności w Internecie. Z uwagi na bardzo silne więzy gospodarcze między agentem a dającym zlecenie decyzja taka nie powinna być w mojej ocenie traktowana jako narzucona lub uzgodniona z niezależnymi podmiotami trzecimi (tak jak miałoby to miejsce w przypadku dystrybutorów, gdzie byłaby ona zakazana)[75].

IX. Podsumowanie

1. Można wyróżnić następujące przykłady dozwolonych i zakazanych ograniczeń wymaganych przez dostawców od dystrybutorów w sprzedaży przez Internet:

Ograniczenia zasadniczo zakazane	Ograniczenia zasadniczo dozwolone
całkowity zakaz sprzedaży przez Internet	ograniczenia w wykorzystaniu Internetu do sprzedaży aktywnej (o ile wykorzystywanie Internetu prowadziłoby do sprzedaży aktywnej na terytoriach lub na rzecz grup klientów zarezerwowanych dla innych wyłącznych dystrybutorów)

[73] Termin „prawdziwy agent" (*genuine agent*) był używany w poprzednich Wytycznych KE z 2000 roku i jest nadal używany w literaturze. Bazując na punkcie 12–18 Wytycznych Wertykalnych KE 2010 można stwierdzić, że w uproszczeniu chodzi o taką umowę, w ramach której zasadniczo: a) agent nie ma prawa własności do towarów objętych porozumieniem; b) agent nie uczestniczy w kosztach związanych z dostawą towarów; c) agent nie utrzymuje na własny koszt lub ryzyko zapasów; d) agent nie ponosi odpowiedzialności wobec osób trzecich za szkody spowodowane przez sprzedany produkt; e) agent nie ponosi odpowiedzialności za niewypełnienie umowy przez klienta, z wyjątkiem straty prowizji; f) agent nie jest obowiązany inwestować w stymulowanie zbytu; g) agent nie czyni związanych z konkretnym rynkiem istotnych inwestycji w wyposażenie, lokal lub szkolenie personelu; h) agent nie podejmuje – bez zwrotu kosztów – na tym samym rynku produktowym innych działań wymaganych przez dającego zlecenie; h) agent nie ponosi ryzyka własnej działalności z wyjątkiem ryzyka utraty prowizji i z wyjątkiem jedynie nieznacznego ryzyka w związku z umowami zawartymi na rzecz dającego zlecenie, w tym ze specyficznymi inwestycjami rynkowymi w danej dziedzinie.

[74] Zob. pkt. 19–20 Wytycznych Wertykalnych KE 2010.

[75] Zwrócić należy jednak uwagę na to, że w przeszłości Sąd i Trybunał krytycznie wyrażały się odnośnie do części poglądów Komisji dotyczących umów agencyjnych. Odnotować warto także pogląd Małgorzaty Kozak wyrażony w: *Umowa agencyjna w świetle artykułu 101 TFUE. Jak gonić króliczka, aby go nie złapać*, IKAR 2012, 4(1), s. 28–43. Autorka przyjmuje, że ocena umów agencyjnych nie powinna być ograniczona do weryfikacji ryzyk czy umiejscowienia agenta w sieci dającego zlecenie, ale powinna również uwzględniać efekt ekonomiczny porozumienia oraz innych porozumień z nim powiązanych. Takie podejście nakazywałoby ostrożniejsze ferowanie ogólnych sądów co do dopuszczalności zakazania agentom sprzedaży przez Internet, na rzecz analizy *case by case*.

zobowiązanie dystrybutora do uniemożliwienia klientom znajdującym się na terytorium zastrzeżonym dla innego dystrybutora przeglądania jego strony internetowej	obowiązek spełniania określonych przez dostawcę wymogów jakościowych w wyglądzie strony internetowej dystrybutora i jej funkcjonalności
uzgodnienie, że dystrybutor będzie automatycznie przekierowywał klientów spoza przyznanego mu terytorium na stronę internetową producenta lub innych dystrybutorów	zakaz sprzedaży produktów markowych za pośrednictwem platform aukcyjnych typu eBay, allegro (wymagana indywidualna ocena prawna)
uzgodnienie, że dystrybutor zakończy transakcje internetowe klientów w momencie, kiedy okaże się, że dane ich karty kredytowej zawierają adres znajdujący się na terytorium, które jest przypisane innemu dystrybutorowi	obowiązek posiadania fizycznego punktu sprzedaży spełniającego określone kryteria
zobowiązanie dystrybutora do ograniczenia ilości lub wartości sprzedaży przez Internet.	wymóg, aby dystrybutor sprzedawał pewną bezwzględną ilość produktów (nienadmierną; ujętą wartościowo lub wolumenowo) poza Internetem w swoim stacjonarnym lokalu
zobowiązanie dystrybutora do zapłaty wyższej ceny zakupu za produkty przeznaczone do sprzedaży w Internecie niż za produkty przeznaczone do sprzedaży poza Internetem	swoboda dostawcy w określeniu zasad jego wsparcia związanych ze zwrotem produktów oraz ze stosowaniem bezpiecznych systemów płatności
zakazanie dystrybutorowi prowadzenia swojej strony internetowej w różnych wersjach językowych	prawo dostawcy do ustanowienia na rzecz dystrybutora stałego dofinansowania (opłaty) w celu wsparcia sprzedaży w Internecie lub poza nim (przy czym nie może ono wzrastać wraz z obrotem osiągniętym poza Internetem)
zakaz podawania przez dystrybutora do publicznej wiadomości detalicznych cen sprzedaży, a jedynie na zapytanie klienta	zobowiązanie dystrybutorów działających w systemie dystrybucji selektywnej do przestrzegania maksymalnej ilości towaru, którą mogą sprzedać za pośrednictwem Internetu nabywcy indywidualnemu (konsumentowi)
wprowadzenie obowiązku osobistego odbioru towaru przez klienta	zobowiązanie dystrybutora do utrzymywania w stacjonarnym punkcie sprzedaży (racjonalnie) określonej ilości towaru względem jego oferty umieszczonej na stronie internetowej
zakaz wysyłki przez dystrybutora towaru za granicę	wyznaczenie przez dostawcę określonych terminów dostaw do klienta
	nakaz oferowania klientom interaktywnych porad w czasie rzeczywistym oraz odpowiadania na wiadomości e-mail klientów w określonym czasie (w godzinach zbliżonych do godzin funkcjonowania stacjonarnych punktów sprzedaży danego dystrybutora)
	obowiązek tworzenia dedykowanych stron internetowych dla poszczególnych linii produktów
	zakaz sprzedaży przez Internet produktów niebezpiecznych

2. Sytuacje określone w tabeli jako przeważnie dozwolone mogą zostać uznane za antykonkurencyjne (tj. zakazane) jedynie wyjątkowo. Może to nastąpić przede wszystkim w sytuacji, gdy udział rynkowy dostawcy lub dystrybutora przekracza 30% i jednocześnie z uwagi na okoliczności sprawy ograniczenia w sprzedaży przez Internet faktycznie i istotnie blokują ten kanał sprzedaży, zmniejszając wybór dostępny dla konsumentów oraz presję cenową między dystrybutorami. Ponadto mogą być one uznane za antykonkurencyjne, jeśli uzgodnione parametry poszczególnych ograniczeń – rozpatrywane łącznie – są w oczywisty sposób nadmierne i nieekwiwalentne, a ich głównym celem lub skutkiem jest istotne ograniczenie sprzedaży przez Internet (i związanej z nią presji cenowej oraz możliwości wyboru).
3. Sytuacje określone w tabeli jako przeważnie zakazane mogą jednak okazać się dopuszczalne, jeśli:
   a) przedsiębiorca wykaże, że antykonkurencyjny cel porozumienia jest pozorny, albowiem jest on usprawiedliwiony szeroko pojętym otoczeniem ekonomiczno-biznesowym porozumienia i w związku z tym jest obiektywnie uzasadniony; lub
   b) przedsiębiorca wykaże, że porozumienie nie tylko nie miało antykonkurencyjnego celu, lecz także nie może mieć antykonkurencyjnych skutków; lub
   c) przedsiębiorca wykaże spełnienie czterech przesłanek indywidualnego zwolnienia zawartych art. 8 Ustawy, tj. wykaże, że w ogólnym rozrachunku prokonkurencyjne skutki porozumienia przeważają nad jego antykonkurencyjnymi efektami.

4. W większości przypadków porozumienia wertykalne zawierające klauzule ograniczające prawo dystrybutora do nieskrępowanej sprzedaży przez Internet będą traktowane jako porozumienia zakazane ze względu na antykonkurencyjny cel. Instytucja zakazu ze względu na antykonkurencyjny skutek będzie stosowana w wyjątkowych sytuacjach.

5. W większości przypadków porozumienia wertykalne zawierające klauzule ograniczające prawo dystrybutora do nieskrępowanej sprzedaży przez Internet będą traktowane jako: a) porozumienia podziałowe (wykluczenie ryzyka, że dystrybutor będzie sprzedawał przez Internet towary na terenach zarezerwowanych dla jego konkurentów); lub b) porozumienia kontyngentowe (porozumienie ma na celu ograniczenie zbytu przez Internet) lub c) porozumienia cenowe (ograniczenie ma na celu eliminację presji cenowej typowej dla e-commerce). W konsekwencji w przeważającej większości przypadków omawiane porozumienie nie będzie korzystać ze zwolnienia *de minimis*.

6. Zagwarantowanie wysokiego bezpieczeństwa prawnego dla ww. ograniczeń może nastąpić w sytuacji wyboru przez dostawców modelu agencyjnego (tzw. prawdziwa agencja) zamiast modelu dystrybucyjnego. Oznacza to jednak, że dostawca musi ponosić prawie pełne ryzyko i koszty działalności agenta związane ze sprzedażą jego produktów.

Anna Piszcz*

Grupa kapitałowa czy nie, czyli trudności z kwalifikacją i ich skutki

Spis treści

I. Jak problem nielicznych stał się problemem wielu?
II. Trudności w ocenie przynależności do grupy kapitałowej
III. Skutki błędnej oceny przynależności do grupy kapitałowej
IV. Podsumowanie

Streszczenie

Przedsiębiorcy należący do jednej grupy kapitałowej, stanowiącej swoisty organizm gospodarczy, są pod pewnymi względami traktowani inaczej niż przedsiębiorcy, którzy nie wchodzą w skład tej samej grupy. W odmienny sposób są oceniane – z perspektywy prawa antymonopolowego – ich koncentracje czy zawierane przez nich porozumienia. Od 20 lutego 2013 r. przedsiębiorcy muszą dokonywać oceny, czy należą do grup kapitałowych w rozumieniu przepisów uokik, nie tylko na potrzeby koncentracji czy zawieranych porozumień, również lecz także w związku z udziałem w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Tymczasem definicja grupy kapitałowej i jej elementy składowe mogą nie pozwalać przeciętnemu przedsiębiorcy na jednoznaczną ocenę czy charakter jego powiązań z innym przedsiębiorcą, czy przedsiębiorcami przesądza o uznaniu ich grona za grupę kapitałową. Artykuł sygnalizuje te problemy, ale również wskazuje, jakie są konsekwencje błędnego uznania bądź nieuznania się przez przedsiębiorcę za członka grupy kapitałowej. Autorka podejmuje również próbę wskazania, co należałoby uczynić, aby związane z tym ryzyko przedsiębiorców uległo ograniczeniu.

Słowa kluczowe: grupa kapitałowa; kontrola nad przedsiębiorcą; postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego; oświadczenie wykonawcy.

I. Jak problem nielicznych stał się problemem wielu?

Określenie „grupa kapitałowa” doczekało się kilku definicji legalnych w prawie polskim. Niektóre z nich definiują grupę kapitałową jako jednostkę dominującą wraz z jednostkami zależnymi[1] czy też podmiot dominujący wraz z podmiotami od niego zależnymi[2], co implikuje z kolei konieczność objaśnienia przez ustawodawcę znaczenia elementów składowych tego rodzaju definicji. W niektórych ustawach sformułowano w wydzielonych w nich „słowniczkach” definicje

* Adiunkt w Katedrze Prawa Gospodarczego Publicznego Wydziału Prawa Uniwersytetu w Białymstoku; radca prawny; e-mail: piszcz@uwb.edu.pl.

1 Zob. art. 3 ust. 1 pkt 44 ustawy z 29.09.1994 r. o rachunkowości (tekst jedn. Dz.U. z 2013 r. poz. 330).

2 Zob. art. 2 pkt 24 ustawy z 27.05.2004 r. o funduszach inwestycyjnych (Dz.U. Nr 146, poz. 1546, z późn. zm.).

grupy kapitałowej, których konstrukcja bazuje na odesłaniu do definicji legalnej zawartej w innym akcie prawnym[3]. Definiowane są wreszcie różnego rodzaju „podkategorie" grupy kapitałowej, jak podatkowa grupa kapitałowa[4] czy ubezpieczeniowa grupa kapitałowa[5]. Gdy ustawodawca decyduje się na posłużenie się w danej ustawie określeniem „grupa kapitałowa", jednocześnie rozstrzyga czy nada temu określeniu autonomiczne znaczenie, czy też odeśle do znaczenia przyjętego już wcześniej w innej ustawie.

O grupie kapitałowej w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów mowa jest w przepisach ustaw, takich jak: Prawo farmaceutyczne[6], Prawo telekomunikacyjne[7]. Z dniem 20 lutego 2013 r. przepisy posługujące się pojęciem grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów pojawiły się również w ustawie z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych[8] (dalej: pzp). Zmian tych dokonano ustawą z 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi[9] (dalej: ustawa nowelizująca pzp).

Przede wszystkim należy wskazać na dodany art. 24 ust. 2 pkt 5 pzp, który stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy należąc do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, złożyli odrębne oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w tym samym postępowaniu, chyba że wykażą, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zgodnie z art. 24b ust. 1 pzp, zamawiający zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących powiązań, o których mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 pzp, istniejących między przedsiębiorcami, w celu ustalenia czy zachodzą przesłanki wykluczenia wykonawcy. Zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności wpływ powiązań istniejących między przedsiębiorcami na ich zachowania w postępowaniu oraz przestrzeganie zasady uczciwej konkurencji (ust. 2). Zamawiający wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcę, który nie złożył wyjaśnień (ust. 3).

Art. 26 ust. 2d pzp zobowiązuje wykonawców do tego, by wraz z wnioskiem lub ofertą, składali listę podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej albo informację o tym, że nie należą do grupy kapitałowej. Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli takiej listy, albo którzy złożyli listę zawierającą błędy, do jej złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo jej złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania (art. 26 ust. 3 w zw. z ust. 2d zd. 2). Złożona na wezwanie zamawiającego lista powinna stwierdzać stan faktyczny nie późniejszy niż z dnia, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert. Zamawiający wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcę, który nie złożył listy (art. 24b ust. 1 ust. 3 pzp). Zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia

[3] Np. art. 3 pkt 18 ustawy z 29.07.2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi (tekst jedn. Dz.U. z 2010 r. Nr 211, poz. 1384, z późn. zm.).

[4] Zob. art. 1a ustawy z 15.02.1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych (tekst jedn. Dz.U. z 2011 r. Nr 74, poz. 397, z późn. zm.).

[5] Art. 2 pkt 12 ustawy z 22.05.2003 r. o działalności ubezpieczeniowej (tekst jedn. Dz.U. z 2010 r. Nr 11, poz. 66, z późn. zm.).

[6] Art. 37ae ust. 11, art. 99 ust. 3 pkt 3, art. 100 ust. 1 pkt 7 ustawy z 6.09.2001 r. – Prawo farmaceutyczne (tekst jedn. Dz.U. z 2008 r. Nr 45, poz. 271, z późn. zm.).

[7] Art. 118 ust. 4a ustawy z 16.07.2004 r. – Prawo telekomunikacyjne (Dz.U. Nr 171, poz. 1800, z późn. zm.).

[8] Tekst jedn. Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.

[9] Dz.U. poz. 1271.

wyjaśnień dotyczących listy. W praktyce zamawiający tworzą załączniki do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, którym nadaje się przykładowo tytuł „Lista podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy albo informacja o tym, że wykonawca nie należy do grupy kapitałowej z art. 26 ust. 2d ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych" czy „Oświadczenie o przynależności lub braku przynależności do grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5"[10].

Ponadto o grupie kapitałowej jest mowa w zmienionych bądź dodanych ustępach art. 131 pzp, dotyczącego zagadnień związanych z koncesją na roboty budowlane. Ust. 2 nakłada pewne obowiązki na koncesjonariusza niebędącego zamawiającym w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1–3a i 5 pzp, który udziela zamówień na roboty budowlane o określonej wartości. Natomiast ust. 3 wyłącza zastosowanie tego przepisu do udzielania zamówień podmiotom należącym do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, podmiotom, z którymi koncesjonariusz zawarł umowę w celu wspólnego ubiegania się o udzielenie koncesji, a także podmiotom, na zasobach których koncesjonariusz polegał, zgodnie z przepisem art. 18 ust. 3 ustawy z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi[11], ubiegając się o udzielenie koncesji. Ust. 5 stanowi, że umowy zawarte między wykonawcami w celu wspólnego ubiegania się o udzielenie koncesji, umowy z podmiotami należącymi do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, a także umowy z podmiotami, na zasobach których koncesjonariusz polegał, ubiegając się o uzyskanie koncesji na roboty budowlane, nie stanowią umów o podwykonawstwo. I wreszcie ust. 6 zobowiązuje koncesjonariusza do przekazania wraz z ofertą listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz aktualizowania jej w każdym przypadku zaistnienia zmian w stosunkach między koncesjonariuszem a tymi podmiotami.

W uzasadnieniu projektu ustawy nowelizującej pzp[12] wyjaśniono, że celem zmian jest zwiększenie ochrony uczciwej konkurencji czy też ustanowienie jednoznacznej regulacji sankcjonującej niedopuszczalne zachowania dotyczące naruszenia zasady uczciwej konkurencji przy ubieganiu się o zamówienie publiczne[13]. Na wstępie uzasadnienia projektu wskazano, że ustawa nowelizująca pzp miałaby zawierać m.in. regulacje, które są związane z unijnymi dyrektywami z zakresu zamówień publicznych, a także z wyrokami Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej dotyczącymi zamówień publicznych. W tym miejscu wymaga podkreślenia, że w bogatym orzecznictwie Trybunału z zakresu zamówień publicznych znalazło się również miejsce na rozważania dotyczące udziału przedsiębiorców należących do grupy kapitałowej (przedsiębiorców powiązanych) w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Trybunał dopuścił ustanowienie w prawie krajowym proporcjonalnych podstaw wykluczenia służących zapewnieniu poszanowania zasad równego traktowania i przejrzystości, w tym dotyczących przedsiębiorców powiązanych, jednak uznał, że niedopuszczalny jest całkowity zakaz równoczesnego i konkurencyjnego udziału w tym samym postępowaniu przetargowym przedsiębiorstw, między którymi istnieje stosunek dominacji

[10] Zob. np. www.msz.gov.pl/resource/af3b68c7-47f2-44bd-9009-afe01fff92a5:JCR (12.05.2013).

[11] Dz.U. Nr 19, poz. 101, z późn. zm.

[12] Sejm RP VII kadencji, *Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi*, druk nr 455.

[13] Na patologie, do jakich mogło dochodzić w poprzednim stanie prawnym oraz potrzebę zmian regulacji prawnej wskazywała A. Zawłocka-Turno; zob. A. Zawłocka-Turno, *Zmowa przetargowa czy działanie zgodne z prawem? Problemy na styku prawa konkurencji i prawa zamówień publicznych*, iKAR 2012, nr 4(1), s. 50–54.

lub które są ze sobą powiązane, bez pozostawienia im możliwości wykazania, że taki stosunek nie miał wpływu na ich zachowanie w ramach tego postępowania[14].

Problem ubiegania się o zamówienie publiczne przez przedsiębiorców powiązanych był dostrzegany również w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: KIO). W stanie prawnym sprzed 20 lutego 2013 r. KIO potwierdzała, że przepisy pzp nie wyłączają możliwości składania ofert w tym samym postępowaniu przetargowym przez wykonawców powiązanych kapitałowo lub osobowo, natomiast zabronione jest uzgadnianie składanych ofert pomiędzy odrębnymi uczestnikami przetargu[15]. Jako podstawy prawne zakazu kooperacji wykonawców wskazywano przepisy ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji[16], art. 7 ust. 1 pzp stanowiący o bezwzględnym obowiązku zachowania uczciwej konkurencji, a także art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej: uokik)[17]. Pozytywnie należy ocenić fakt, że dokonując wykładni tego ostatniego przepisu, KIO posiłkowała się informacjami Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (UOKiK)[18].

Wydaje się, że skoro cel nowej regulacji jest związany z ochroną uczciwej konkurencji, to ustawodawca słusznie odsyła do pojęcia zdefiniowanego w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów, a nie na przykład w ustawie o rachunkowości.

W art. 4 pkt 14 uokik zdefiniowano grupę kapitałową jako „przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę". W samej uokik mowa jest o grupie kapitałowej również w art. 14, w świetle którego zgłoszeniu Prezesowi UOKiK nie podlega (między innymi) zamiar koncentracji: (1) następującej w toku postępowania upadłościowego, z wyłączeniem przypadków, gdy zamierzający przejąć kontrolę jest konkurentem albo należy do grupy kapitałowej, do której należą konkurenci przedsiębiorcy przejmowanego (pkt 4); (2) przedsiębiorców należących do tej samej grupy kapitałowej (pkt 5). Nie budzi zatem wątpliwości, że przedsiębiorcy będący członkami określonej grupy kapitałowej są z perspektywy przepisów o kontroli koncentracji traktowani odmiennie niż przedsiębiorcy, którym nie można przypisać tej cechy. Z samej ustawy nie wynika natomiast, by o tego rodzaju zróżnicowanym traktowaniu przedsiębiorców można było mówić w przypadku zakazu praktyk ograniczających konkurencję. Jednakże w doktrynie[19] zgodnie stwierdza się, że zakaz porozumień ograniczających konkurencję nie dotyczy porozumień zawieranych pomiędzy przedsiębiorcami należącymi do tej samej grupy kapitałowej, jeżeli można uznać, że podmioty te stanowią „jeden organizm gospodarczy" (*single economic unit*).

Ponadto na potrzeby kontroli koncentracji, jak i stosowania zakazu porozumień ograniczających konkurencję, pewne cechy przedsiębiorcy ustala się z uwzględnieniem całej grupy kapitałowej, jeśli jest on członkiem takiej grupy. Dotyczy to:

[14] Zob. wyrok z 19.05.2009 r., C-538/07, *Assitur Srl v. Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano*, LEX nr 491775, z glosami M. Sieradzkiej, R. Siwika, D. Sześciły.

[15] Zob. np. wyrok KIO z 22.01.2013 r.; KIO 2295/12; KIO 2297/12; KIO 2301/12; KIO 2303/12; KIO 2305/12; KIO 2307/12; KIO 2310/12; LEX nr 1276196.

[16] Tekst jedn. Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503, z późn. zm.

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

[18] Zob. ibidem.

[19] A. Stawicki, [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2011, s. 240–242; C. Banasiński, E. Piontek (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, LexisNexis, Warszawa 2009, s. 162; M. Będkowski-Kozioł, [w:] T. Skoczny, A. Jurkowska, D. Miąsik (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2009, s. 277; K. Kohutek, [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2008, s. 258–262. Zob. też na tle zmów przetargowych: P. Semeniuk, *Polskie zmowy przetargowe – krytyka*, iKAR 2013, nr 1(2), s. 58 i n.

1) obrotu, np.
   – zgodnie z art. 16 ust. 1 uokik, obrót, o którym mowa w art. 13 ust. 1 uokik, obejmuje obrót zarówno przedsiębiorców bezpośrednio uczestniczących w koncentracji, jak i pozostałych przedsiębiorców należących do grup kapitałowych, do których należą przedsiębiorcy bezpośrednio uczestniczący w koncentracji;
   – zgodnie z § 5 pkt 2 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30 marca 2011 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję[20], wyłączeniu spod zakazu podlegają porozumienia wertykalne zawierane między związkami przedsiębiorców a ich członkami oraz między związkami przedsiębiorców a ich dostawcami, jeżeli obrót żadnego z członków związku, wraz z obrotem przedsiębiorców należących do jego grupy kapitałowej, w poprzednim roku kalendarzowym nie przekroczył równowartości 50 milionów euro;
2) udziału w rynku, np. zgodnie z § 4 ust. 1 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 13 grudnia 2011 r. w sprawie wyłączenia określonych porozumień specjalizacyjnych i badawczo-rozwojowych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję[21], wyłączenie, o którym mowa w § 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 rozporządzenia, stosuje się, jeżeli łączny udział stron porozumienia specjalizacyjnego i ich grup kapitałowych w jakimkolwiek rynku właściwym nie przekracza 20% dla każdego z towarów objętych specjalizacją.

Czy można byłoby zatem stwierdzić, że problem oceny przynależności przedsiębiorcy do grupy kapitałowej nie nabrał nowego wymiaru wraz z nowelizacją pzp, gdyż przedsiębiorcy już wcześniej musieli dokonywać tej oceny przede wszystkim w związku z regulacjami prawa ochrony konkurencji? Taki wniosek nie byłby trafny. Przedsiębiorców dokonujących koncentracji, o których mowa w art. 13 uokik, jest relatywnie niewielu[22]. Zakaz porozumień ograniczających konkurencję dotyczy już znacznie szerszego grona przedsiębiorców, jednak trzeba mieć na uwadze, że po pierwsze, część przedsiębiorców nie wie o istnieniu takiego zakazu, czego dowodzą przeprowadzone na zlecenie Prezesa UOKiK badania[23], a po drugie, ci, którzy znają treść tego zakazu, mogą nie wiedzieć o wyjątkach od niego i kreując różnego rodzaju stosunki umowne, nie badać swej sytuacji pod kątem przynależności do grupy kapitałowej. Wskutek nowelizacji pzp problematyka ustalania składu grupy kapitałowej i przynależności do niej konkretnych podmiotów uległa upowszechnieniu. W postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego biorą bowiem udział liczni przedsiębiorcy, niejednokrotnie różniący się między sobą pod względem skali ich działalności czy dostępu do usług prawniczych. Dokonanie stosownej kwalifikacji zostaje wymuszone na nich przez znowelizowane przepisy pzp, które znajdują odzwierciedlenie w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dokonanie tej kwalifikacji przez przeciętnego przedsiębiorcę może jednak być utrudnione ze względu na kształt definicji grupy kapitałowej zawartej w art. 4 pkt 14 uokik, której żadne zmiany nie zostały zaproponowane przez Prezesa UOKiK w toku ostatnich

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

[21] Dz.U. Nr 288, poz. 1691.

[22] O czym może świadczyć fakt, że postępowań w sprawach kontroli koncentracji prowadzonych w 2012 r. było 194. Zob. UOKiK, *Sprawozdanie z działalności 2012*, Warszawa 2013, s. 15.

[23] Szerzej zob. UOKiK, *Znajomość prawa o ochronie konkurencji i zasad przydzielania pomocy publicznej wśród polskich przedsiębiorców. Raport*, Warszawa 2009. Zob. też UOKiK, *Znajomość prawa konkurencji i zasad przydzielania pomocy publicznej wśród polskich przedsiębiorców. Fragment badań przeprowadzonych na zlecenie UOKiK (marzec-maj 2012)*, dostępne na: http://www.uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=10012 (12.05.2013).

prac nad ustawą nowelizującą uokik[24]. Osobny problem może stanowić kwestia wykładni wskazanej definicji przez KIO. Nie wiadomo, czy w praktyce KIO i Prezes UOKiK będą interpretować te same pojęcia w sposób jednolity.

II. Trudności w ocenie przynależności do grupy kapitałowej

Zgodnie z art. 4 pkt 14 uokik, ilekroć w ustawie jest mowa o grupie kapitałowej, rozumie się przez to wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę. Dodać należy, że choć w myśl art. 4 pkt 3 uokik przedsiębiorca, który posiada kontrolę, w rozumieniu art. 4 pkt 4 uokik, nad innym przedsiębiorcą to przedsiębiorca dominujący[25], w pkt 14 nie użyto nazwy „przedsiębiorca dominujący".

Subsumpcja faktów „pod" art. 4 pkt 14 uokik przedstawia pewne trudności. Określenia, za pomocą których ustawodawca objaśnił pojęcie grupy kapitałowej, same wymagają objaśnienia. Pierwszym z nich jest określenie „przedsiębiorca", które zostało użyte przez ustawodawcę również „wprost" w przepisach pzp (kilkakrotnie). Przykładowo art. 24b ust. 1 pzp stanowi, że zamawiający zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących powiązań, o których mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 pzp (przynależności do tej samej grupy kapitałowej), istniejących między przedsiębiorcami. W przepisach pzp brak jest definicji przedsiębiorcy. Wydaje się, że jako zasadę należałoby przyjąć rozumienie tego pojęcia używanego w przepisach pzp w sposób przewidziany w definicji z art. 4 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (dalej: usdg)[26], która choć zawiera wyrażenie „w rozumieniu ustawy", to ma doniosłość wykraczającą poza sferę, której bezpośrednio dotyczy, gdyż posiada najbardziej uniwersalny charakter ze wszystkich definicji przedsiębiorcy występujących w przepisach prawa publicznego. Jednak ilekroć przepisy pzp zajmują się grupą kapitałową w rozumieniu uokik i zagadnieniami z nią związanymi, należałoby – mając na uwadze spójność systemu prawnego – przy wykładni pojęcia przedsiębiorcy stosować siatkę pojęciową wypracowaną w publicznym prawie ochrony konkurencji, a zatem szerszą definicję przedsiębiorcy zawartą w art. 4 pkt 1 uokik. Ubiegający się o zamówienie publiczne przedsiębiorca zależny należący do grupy podmiotu, który nie jest przedsiębiorcą w rozumieniu usdg, ale jest przedsiębiorcą w rozumieniu uokik, na liście podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej powinien ujmować podmiot dominujący. W praktyce może to dotyczyć w szczególności podmiotów organizujących lub świadczących usługi o charakterze użyteczności publicznej, które nie są działalnością gospodarczą w rozumieniu usdg (art. 4 pkt 1 lit. a uokik), w tym jednostek samorządu terytorialnego. Jeśli w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego weźmie udział spółka zależna jednostki samorządu terytorialnego, na liście podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej powinien pojawić się również zamawiający[27].

Po drugie, w art. 4 uokik brak definicji „kontroli" czy też „kontrolowania" przedsiębiorcy. Celem ustalenia znaczenia tego pojęcia należy sięgać do art. 4 pkt 4 uokik, który definiuje przejęcie kontroli

[24] Zob. projekt ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz o zmianie innych ustaw wraz z projektem jej uzasadnienia i projektem aktu wykonawczego z uzasadnieniem, datowany na 21 listopada 2012 r., opublikowano 18 grudnia 2012 r. w Biuletynie Informacji Publicznej Rządowego Centrum Legislacji, numer z Wykazu Prac Legislacyjnych Rady Ministrów UD60.

[25] Pojęciem tym posłużono się w art. 15 oraz 94 ust. 3 uokik.

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

[27] Wiąże się z tym inny problem, wykraczający poza zakres niniejszego artykułu, mianowicie, czy przepisy pzp nie powinny iść dalej i nakazywać udowadniania, że istniejące powiązania w postaci przynależności do tej samej grupy kapitałowej nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia, gdy powiązania istnieją pomiędzy zamawiającym a wykonawcą.

jako wszelkie formy bezpośredniego lub pośredniego uzyskania przez przedsiębiorcę uprawnień, które osobno albo łącznie, przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności prawnych lub faktycznych, umożliwiają wywieranie decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców; uprawnienia takie tworzą w szczególności: (a) dysponowanie bezpośrednio lub pośrednio większością głosów na zgromadzeniu wspólników albo na walnym zgromadzeniu, także jako zastawnik albo użytkownik bądź w zarządzie innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego), także na podstawie porozumień z innymi osobami; (b) uprawnienie do powoływania lub odwoływania większości członków zarządu lub rady nadzorczej innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego), także na podstawie porozumień z innymi osobami; (c) członkowie jego zarządu lub rady nadzorczej stanowią więcej niż połowę członków zarządu innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego); (d) dysponowanie bezpośrednio lub pośrednio większością głosów w spółce osobowej zależnej albo na walnym zgromadzeniu spółdzielni zależnej, także na podstawie porozumień z innymi osobami; (e) prawo do całego albo do części mienia innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego); (f) umowa przewidująca zarządzanie innym przedsiębiorcą (przedsiębiorcą zależnym) lub przekazywanie zysku przez takiego przedsiębiorcę.

W świetle ustawowej definicji przejęcia kontroli, za kontrolę należy uznać owe uprawnienia, które umożliwiają wywieranie decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców. Pierwsza trudność, jaka rysuje się w procesie interpretacji tej części definicji grupy kapitałowej to ustalenie, jaka jest relacja części art. 4 pkt 4 uokik poprzedzającej wyliczenie oraz szczegółowego przykładowego wyliczenia uprawnień pod lit. a–f. Należy zgodzić się z K. Kohutkiem[28], że wystąpienie któregoś z przypadków wymienionych w art. 4 pkt 4 lit. a–f uokik nie stanowi samodzielnej przesłanki przesądzającej, że w danym przypadku ma miejsce posiadanie kontroli nad innym przedsiębiorcą (czy też że doszło do jej przejęcia), i każdorazowo konieczne jest ustalenie czy dany przedsiębiorca uzyskał lub ma możliwość wywierania decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę, o którym to wpływie jest mowa we „wprowadzeniu" do wyliczenia. Przepis art. 4 pkt 4 *in principio* uokik w pewnym sensie koryguje szczegółowe wyliczenie form kontroli nad innym przedsiębiorcą. Zatem w praktyce w niektórych przypadkach może okazać się, że pomimo iż w danym stanie faktycznym zaistniało któreś z uprawnień opisanych pod lit. a–f, to jednak nie byłoby uzasadnione uznanie, że zaistniał stan kontroli nad innym przedsiębiorcą, jeżeli owo uprawnienie nie jest tożsame z możliwością wywierania przez uprawnionego decydującego wpływu na tego przedsiębiorcę. Powstanie uprawnienia wskazanego pod lit. a–f nie w każdych okolicznościach świadczy o uzyskaniu kontroli nad przedsiębiorcą. Odmienna interpretacja powodowałaby w praktyce, że w niektórych przypadkach mielibyśmy do czynienia z „fikcją" relacji dominacji i zależności pomiędzy przedsiębiorcami, pomimo braku faktycznej możliwości wywierania przez jednego z nich decydującego wpływu na drugiego. Jednakże użycie w art. 4 pkt 4 uokik wyrazów „w szczególności" świadczy o tym, że oprócz „nazwanych" form kontroli nad przedsiębiorcą mogą w praktyce wystąpić również inne przypadki, w których można mówić o możliwości wywierania decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę, kwalifikowanej jako sprawowanie nad nim kontroli.

W praktyce przedsiębiorca, który dokonuje samooceny swej sytuacji jako członka grupy kapitałowej, musi sprawdzić check-listę obejmującą przypadki wskazane w art. 4 pkt 4 lit. a–f uokik, w przypadku odpowiedzi pozytywnej na którekolwiek z sześciu pytań sformułowanych odnośnie

[28] K. Kohutek, [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa*…, s. 129.

do lit. a–f rozważyć, czy istniejące uprawnienie jest równoznaczne z możliwością wywierania przez niego bądź na niego decydującego wpływu, a na koniec ustalić, czy istnieją inne uprawnienia, niedające się zaliczyć do art. 4 pkt 4 lit. a–f uokik, które kreują taką możliwość wywierania decydującego wpływu. Jeśli okaże się, że przedsiębiorca jest członkiem grupy kapitałowej jako przedsiębiorca zależny, może zdarzyć się, że w celu ustalenia składu grupy będzie musiał zwrócić się do przedsiębiorcy dominującego z pytaniem o innych przedsiębiorców zależnych od tego ostatniego przedsiębiorcy.

Wydaje się, że lit. a–f w art. 4 pkt 4 uokik zostały sformułowane w sposób na tyle precyzyjny, że ocena, czy zachodzą wskazane w nich stany nie powinna sprawiać istotnych trudności. Więcej wątpliwości może rodzić ocena możliwości wywierania w tych stanach na przedsiębiorcę decydującego wpływu. W literaturze dość zgodnie twierdzi się, że możliwość ta oznacza możliwość rozstrzygania o najważniejszych sprawach przedsiębiorcy zależnego, jego funkcjonowaniu i rozwoju, innymi słowy – możliwość podejmowania decyzji z jego punktu widzenia strategicznych[29]. Przykładowo, po pierwsze, nie powinno stanowić problemu ustalenie, ile głosów na zgromadzeniu wspólników albo na walnym zgromadzeniu posiada dany udziałowiec oraz jaką większość głosów przewiduje umowa czy statut spółki w poszczególnych sprawach. Jeśli jednak w odniesieniu do różnych kategorii spraw przewidziano różne większości głosów i dany udziałowiec w pewnych kategoriach spraw jest w stanie przegłosować uchwały, a w innych nie ma takiej możliwości, konieczna jest ocena, które z tych kategorii spraw są najważniejsze dla spółki. Po drugie, nie będzie skomplikowane ustalenie, czy członkowie zarządu lub rady nadzorczej przedsiębiorcy stanowią więcej niż połowę członków zarządu innego przedsiębiorcy. Jednak w niektórych przypadkach trudna może być ocena, czy kształt danej „unii personalnej" daje przedsiębiorcy możliwość wywierania na innego przedsiębiorcę decydującego wpływu. Jeśli jeden z członków pięcioosobowej rady nadzorczej spółki akcyjnej jest zarazem jedynym członkiem zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, to czy pierwsza ze spółek może przez sam ten fakt wywierać na drugą z nich decydujący wpływ? Byłoby to bardziej oczywiste, gdyby więcej niż połowa członków organu pierwszej spółki (a nie pojedynczy członek jej organu), i to raczej zarządu niż rady nadzorczej, stanowiła jednocześnie więcej niż połowę członków zarządu drugiej spółki[30]. Dodatkową komplikację stanowią sytuacje, w których nie można ustalić, który z przedsiębiorców jest przedsiębiorcą dominującym, a który zależnym[31]. Po trzecie, w przypadku spółek osobowych praktyczne trudności może sprawiać ustalenie, jaka jest relacja kategorii najważniejszych czy strategicznych spraw spółki do kategorii spraw przekraczających zakres zwykłych czynności spółki, które w myśl kodeksu spółek handlowych wymagają zgody wszystkich wspólników, w tym także wspólników wyłączonych od prowadzenia spraw spółki[32]. Tego rodzaju wątpliwości mogą być formułowane również co do pozostałych liter w art. 4 pkt 4 uokik. W każdym przypadku konieczna będzie zatem staranna

[29] Por. E. Stawicki, [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa*…, s. 104–105; C. Banasiński, E. Piontek (red.), *Ustawa*…, s. 74; M. Będkowski-Kozioł, [w:] T. Skoczny, A. Jurkowska, D. Miąsik (red.), *Ustawa*…, s. 152.

[30] Warto dodać, że w art. 4 § 1 lit. d ustawy z 15.09.2000 r. – Kodeks spółek handlowych (Dz.U. Nr 94, poz. 1037, z późn. zm.), zgodnie z którym w jego brzmieniu w okresie od 15.01.2004 r. spółka dominująca oznaczała spółkę handlową, której członkowie zarządu lub członkowie rady nadzorczej stanowili więcej niż połowę członków zarządu innej spółki kapitałowej (spółki zależnej) albo spółdzielni (spółdzielni zależnej), z dniem 8.01.2009 r. wykreślono wyrazy „lub członkowie jej rady nadzorczej".

[31] Natomiast od 19.08.2005 r. reguły ustalania analogicznej kwestii są określone w art. 4 § 3-5 kodeksu spółek handlowych (łącznie z rozwiązaniem, iż w przypadku niemożności ustalenia na podstawie § 3 i 4, która ze spółek jest spółką dominującą, obie spółki są spółkami wzajemnie dominującymi i zależnymi).

[32] Zob. art. 43 kodeksu spółek handlowych w odniesieniu do spółki jawnej.

analiza wszystkich okoliczności prawnych i faktycznych, które mogą przesądzać o możliwości bądź braku możliwości wywierania decydującego wpływu na przedsiębiorcę.

Tym trudniejsze wydaje się ustalenie, czy w danym przypadku istnieje inna „nienazwana" forma kontroli nad przedsiębiorcą. Polscy autorzy, posiłkując się interpretacją analogicznych przepisów unijnych, przyjmują, że stan taki może zaistnieć m.in. w przypadku silnej zależności ekonomicznej wspieranej przez towarzyszące jej powiązania strukturalne, np. gdy z długoterminową umową dostaw lub z długoterminową umową o kredyt udzielany przez kluczowego dostawcę bądź ważnego odbiorcę związane jest uczestnictwo przedstawiciela dostawcy lub kredytodawcy w kształtowaniu polityki drugiej strony umowy[33]. Należy jednak zauważyć, że nie chodzi tu o żadne z powiązań strukturalnych, o których mowa w art. 4 pkt 4 lit. a–f uokik, gdyż one stanowią samodzielne przesłanki uznania uprawnienia za kontrolę nad przedsiębiorcą. Wydaje się więc, że możliwe spektrum różnych form kontroli nad przedsiębiorcą jest nieomal nieograniczone i uwarunkowane okolicznościami danego przypadku. Wiele wątpliwości w tym zakresie rodzą umowy o współpracy, na podstawie których powstają różnego rodzaju sieci czy grupy (np. zakupowe bądź sprzedażowe). Jako wyraz racjonalnego podejścia do wykładni pojęcia przejęcia kontroli należy potraktować wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 21 marca 2005 r.[34] Sąd wyjaśnił w nim, że chociaż niewielkie podmioty, którym powierza się świadczenie specjalistycznych usług lub produkcję podzespołów i elementów (outsourcing), są w znacznym stopniu ekonomicznie uzależnione od większego partnera (zwłaszcza gdy wiąże się to z koniecznością posiadania specjalistycznego sprzętu), to nie można zakładać, że w takich przypadkach regułą jest zależność powodująca rzeczywistą utratę autonomii. Czynnikiem przeciwdziałającym uzależnieniu jest zdolność do transformacji profilu działalności lub możliwość znalezienia innych partnerów[35]. Wobec czego na analizie tego rodzaju okoliczności powinien skupić się przedsiębiorca, zanim uzna „na wyrost", że jest członkiem grupy kapitałowej swego dostawcy, odbiorcy czy innego kooperanta. Należy badać nie tylko powiązania strukturalne, lecz także jakie są możliwości rozwiązania stosunku zobowiązaniowego oraz czy wykonanie przez kooperanta jego uprawnień nie wymaga zgody przedsiębiorcy.

Kolejny problem wiąże się z użyciem w art. 4 pkt 14 uokik frazy „przez jednego przedsiębiorcę". W piśmiennictwie słusznie zwraca się uwagę na niedoskonałość, tj. brak wystarczającej precyzji przepisu ustawy w tym zakresie, która skutkuje przede wszystkim niepewnością przedsiębiorców co do obowiązku istnienia obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji Prezesowi UOKiK[36]. Wykładnia literalna mogłaby prowadzić do wniosku, że nie zalicza się do grupy kapitałowej przedsiębiorców sprawujących wspólną kontrolę nad jednym bądź większą liczbą przedsiębiorców. W taki też sposób Prezes UOKiK interpretował art. 4 pkt 14 ustawy z 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów[37], definiujący grupę kapitałową w sposób tożsamy z obranym przez ustawodawcę w uokik. Zdaniem Prezesa UOKiK, „kontrolę w grupie może sprawować tylko jeden przedsiębiorca (…); sprawowanie wspólnej kontroli wyklucza istnienie decydującego wpływu

[33] E. Stawicki, [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa*…, s. 117; C. Banasiński, E. Piontek (red.), *Ustawa*…, s. 88–89.

[34] XVII Ama 29/04, LEX nr 156798.

[35] Komisja Europejska uznała natomiast, że umowy franczyzowe zwykle nie są przejawem przejęcia kontroli nad franczyzobiorcą, nawet gdy znakomita część jego majątku jest własnością franczyzodawcy, gdyż podmiot ten prowadzi działalność na własny rachunek; szerzej C. Banasiński, E. Piontek (red.), *Ustawa*…, s. 89.

[36] E. Stawicki, [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa*…, s. 192.

[37] Tekst jedn. Dz. U. z 2005 r. Nr 244, poz. 2080, z późn. zm.

jednego przedsiębiorcy. Zatem przedsiębiorca, nad którym sprawowana jest wspólna kontrola, nie należy do grupy kapitałowej żadnego z przedsiębiorców posiadających nad nim wspólną kontrolę"[38]. Interpretacja ta zyskała również pewne uznanie w literaturze[39].

Więcej zwolenników ma jednak stanowisko odmienne[40]. Jego punktem wyjścia jest założenie, że przedsiębiorca zależny może należeć do więcej niż jednej grupy kapitałowej. Zdaniem A. Stawickiego[41], przedsiębiorca, nad którym sprawowana jest kontrola wspólna, należy do takiej liczby grup kapitałowych, ilu jest przedsiębiorców sprawujących wspólną kontrolę. Jeśli przedsiębiorcy A i B sprawują wspólną kontrolę nad przedsiębiorcą C, należy on do dwóch grup kapitałowych – A oraz B[42]. Jeśli przedsiębiorca A i przedsiębiorca B sprawują równocześnie kontrolę wyłączną nad innymi przedsiębiorcami, to przedsiębiorca C będzie wchodził w skład obu grup kapitałowych obok poszczególnych przedsiębiorców zależnych. Możliwa jest jednak i inna interpretacja omawianych przepisów, zgodnie z którą w opisanej sytuacji mamy do czynienia z trzema grupami kapitałowymi – grupą A (przedsiębiorca A i przedsiębiorcy, nad którymi sprawuje on wyłączną kontrolę), grupą B (przedsiębiorca B i przedsiębiorcy, nad którymi sprawuje on wyłączną kontrolę) oraz grupą A + B, w skład której jako przedsiębiorcy zależni wejdą przedsiębiorcy wspólnie kontrolowani przez przedsiębiorców A i B, a jako przedsiębiorcę dominującego należałoby traktować wyłącznie „tandem" przedsiębiorców A i B, a nie każdego z nich z osobna[43]. W przypadku przyjęcia takiej interpretacji koncentracja polegająca na zmianie kontroli wspólnej na kontrolę wyłączną jednego z dotychczasowych współkontrolujących nie podlegałaby wyjątkowi z art. 14 pkt 5 uokik. Powstaje natomiast pytanie, czy tego rodzaju interpretacja nie dawałaby możliwości tworzenia struktur służących obejściu np. art. 14 pkt 4 *in fine* uokik[44].

III. Skutki błędnej oceny przynależności do grupy kapitałowej

Z ustaleniem czy przedsiębiorca należy do grupy kapitałowej i jaki jest jej skład, wiąże się szereg sygnalizowanych powyżej trudności. Może zdarzyć się, że przedsiębiorca, którego powiązania z innymi podmiotami są nietypowe, zawiłe, dokona nieprawidłowego ustalenia w zakresie swej przynależności (bądź jej braku) do danej grupy kapitałowej. Jakie będą konsekwencje nieprawidłowej oceny? Zależy to po pierwsze od tego, czy przedsiębiorca niezasadnie uzna, że należy do grupy kapitałowej, czy też że do niej nie należy. Po drugie, skutki nieprawidłowej oceny uzależnione są od tego, na potrzeby jakich przepisów przedsiębiorca dokonywał tej oceny.

Jeśli wskutek nieprawidłowej oceny przynależności do grupy kapitałowej przedsiębiorca zbędnie zgłosi zamiar koncentracji Prezesowi UOKiK, wszczęte postępowanie w sprawie kontroli koncentracji powinno zostać przez Prezesa UOKiK umorzone. Jeśli zaś przedsiębiorca niezasadnie dokona koncentracji bez zgłoszenia i Prezes UOKiK poweźmie o tym wiadomość, to

[38] Zob. decyzję Prezesa UOKiK z 26.01.2007 r., nr DAR-4/2007, s. 3.

[39] C. Banasiński, E. Piontek (red.), *Ustawa*…, s. 163.

[40] K. Kohutek, [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa*…, s. 238; E. Stawicki, [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa*…, s. 192; M. Będkowski-Kozioł, [w:] T. Skoczny, A. Jurkowska, D. Miąsik (red.), *Ustawa*…, s. 278.

[41] E. Stawicki, [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa*…, s. 102, 193.

[42] Jeśli w spółce zależnej jest np. pięciu przedsiębiorców będących wspólnikami czy akcjonariuszami i każdy z nich ma udział w kapitale zakładowym spółki w wysokości 20%, ale umowa bądź statut spółki są skonstruowane w taki sposób, że do podjęcia decyzji potrzebne jest współdziałanie wszystkich udziałowców (każdy z nich może zablokować podejmowane decyzje), należałoby uznać, że spółka wchodzi w skład pięciu grup kapitałowych, a w każdej z tych grup na „szczycie" struktury ulokowany jest udziałowiec mający 20% kapitału zakładowego spółki.

[43] Tak też, jak się wydaje, K. Kohutek, [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa*…, s. 238.

[44] Gdyby konkurent przedsiębiorcy przejmowanego nabył kontrolę wspólną wespół z niekonkurentem przedsiębiorcy przejmowanego nad przedsiębiorcą, który następnie dokonałby koncentracji w toku postępowania upadłościowego bez zgłoszenia jej zamiaru Prezesowi UOKiK.

najprawdopodobniej zostanie wszczęte postępowanie w sprawie nałożenia na przedsiębiorcę kary pieniężnej. Jeśli przedsiębiorca zawrze z innym rzekomym „członkiem grupy" porozumienie ograniczające konkurencję i zostanie ono wykryte oraz zostanie wszczęte postępowanie antymonopolowe przed upływem okresu przedawnienia, będzie mógł spodziewać się decyzji o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję bądź – co mniej prawdopodobne – decyzji zobowiązującej. Błędne przyjęcie przynależności do grupy kapitałowej może skutkować ustaleniem nieprawidłowego rozmiaru udziału w rynku czy też nieprawidłowej wysokości obrotu na potrzeby wyłączenia grupowego spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję.

Z kolei gdy chodzi o niewłaściwe ustalenie przynależności do grupy kapitałowej na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, to złożenie oświadczenia o tym, że przedsiębiorca należy do grupy kapitałowej, podczas gdy w rzeczywistości nie ma to miejsca, w pewnych okolicznościach skutkuje koniecznością wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia. Art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp stanowi bowiem, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Jeśli przykładowo wykonawca A złożył nieprawdziwe oświadczenie, z którego wynika, że wchodzi w skład tej samej grupy kapitałowej co wykonawca B, który złożył najkorzystniejszą ofertę, obaj wykonawcy złożyli odrębne oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w tym samym postępowaniu i nie wykazali, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to zamawiający na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 5 pzp wykluczy z postępowania obu wykonawców. Nieprawdziwa informacja ma w podanym przykładzie wpływ na wynik prowadzonego postępowania, z którego należało wykluczyć jedynie wykonawcę A. Nie wydaje się jednak, by w praktyce tego rodzaju sytuacje zdarzały się często.

Wpływ na wynik prowadzonego postępowania częściej będzie miało złożenie przez wykonawcę nieprawdziwego oświadczenia o tym, że nie należy do grupy kapitałowej. Jeśli bowiem oprócz niego odrębną ofertę lub wniosek o dopuszczenie do udziału w tym samym postępowaniu złoży inny członek grupy kapitałowej, zamawiający powinien wykluczyć z postępowania obu wykonawców, chyba że wykażą, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W tego rodzaju przypadkach nieprawdziwości oświadczenia wykonawcy będzie mu zagrażała odpowiedzialność karna na podstawie art. 297 kodeksu karnego[45]. Regulacja ta w § 1 przewiduje m.in., że kto, w celu uzyskania dla siebie lub kogo innego, od organu lub instytucji dysponujących środkami publicznymi zamówienia publicznego, przedkłada nierzetelne, pisemne oświadczenie dotyczące okoliczności o istotnym znaczeniu dla uzyskania wymienionego zamówienia, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5. Tej samej karze podlega, kto wbrew ciążącemu obowiązkowi, nie powiadamia właściwego podmiotu o powstaniu sytuacji mogącej mieć wpływ na wstrzymanie albo ograniczenie wysokości udzielonego zamówienia publicznego (§ 2). Nie podlega karze jedynie sprawca, który przed wszczęciem postępowania karnego dobrowolnie zrezygnował z zamówienia publicznego albo zaspokoił roszczenia pokrzywdzonego (§ 3).

Trudno oczekiwać, że zamawiający (inny niż Prezes UOKiK) będzie w stanie wychwycić błędy wykonawców w sytuacjach, które nie będą oczywiste. Jednak zagrożenie odpowiedzialnością

[45] Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553, z późn. zm.).

karną, o której mowa powyżej, powinno w praktyce motywować wykonawców do rzetelności w składaniu oświadczeń o przynależności do grup kapitałowych. Wydaje się wręcz, że wykonawcy mogą w razie wątpliwości „asekuracyjnie" składać oświadczenia o tym, że należą do grup kapitałowych, a następnie – jeśli więcej niż jeden członek mniemanej grupy będzie zainteresowany udziałem w postępowaniu – ustalać, który z nich weźmie udział w postępowaniu bądź też zbierać dowody potwierdzające, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji.

IV. Podsumowanie

W środowisku prawniczym przedstawiono propozycje zmian art. 4 pkt 14 uokik, w tym propozycję jego zmiany polegającej na enumeratywnym wyliczeniu, jakie kategorie przedsiębiorców należy zaliczać do grupy kapitałowej[46]. W mojej opinii, ilekroć przedsiębiorca ma dokonać pewnej samooceny i to na nim spoczywa ciężar dowodu w tym zakresie, ustawodawca (a w braku jego inicjatywy – podmiot stosujący prawo) powinien w możliwie najwyższym stopniu ograniczać konieczność samodzielnego dokonywania przez przedsiębiorców (do których należą przecież nie tylko wielcy przedsiębiorcy zatrudniający prawników, lecz także mikroprzedsiębiorcy czy mali przedsiębiorcy) interpretacji pojęć niedookreślonych, nieostrych[47].

Idealnym rozwiązaniem byłoby, gdyby przedsiębiorcy uczestniczący w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego dokonywali samooceny swej sytuacji jako członków grupy kapitałowej na podstawie jednoznacznych kryteriów oceny, ujętych w enumeratywny katalog. Nie jest do tego konieczna zmiana definicji z art. 4 pkt 14 uokik, którą można pozostawić w uokik w jej dotychczasowym szerokim i elastycznym kształcie (ewentualnie po pewnych jego korektach). Można objąć zakresem zmiany wyłącznie przepisy pzp i wprowadzić do nich relatywnie prostą, bardziej zrozumiałą dla przedsiębiorców definicję grupy kapitałowej, autonomiczną względem definicji z art. 4 pkt 14 uokik. Wydaje się bowiem, że ustawodawca wprowadzając w przepisach pzp odesłania do pojęcia zdefiniowanego w uokik, nie wziął pod uwagę, że w istocie stworzył odesłanie „wielopoziomowe", skoro art. 4 pkt 14 uokik posługuje się pojęciami zdefiniowanymi w dalszych przepisach, w tym w sposób jedynie pośredni (jak pojęcie kontroli). Wzmiankowana propozycja środowisk prawniczych dotycząca zmiany art. 4 pkt 14 uokik zasługuje na uwagę, gdyż (po pewnych zabiegach dostosowawczych) może być wykorzystana do skonstruowania w przepisach pzp definicji grupy kapitałowej bardziej precyzyjnej, a przy tym niekolidującej ze specyfiką zamówień publicznych.

[46] Zob. *Stanowisko Grupy Roboczej Stowarzyszenia Prawa Konkurencji w sprawie propozycji zmian przepisów ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów*, http://www.spk.com.pl/ (12.05.2013), s. 5-6: „Ilekroć w ustawie jest mowa o grupie kapitałowej – rozumie się przez to:
(a) danego przedsiębiorcę,
(b) przedsiębiorców, w odniesieniu do których dany przedsiębiorca
  (i) dysponuje bezpośrednio lub pośrednio większością głosów na ich zgromadzeniu wspólników albo na walnym zgromadzeniu, także jako zastawnik albo użytkownik bądź w ich zarządzie, także na podstawie porozumień z innymi osobami albo dysponuje bezpośrednio lub pośrednio większością głosów w nich (jeśli jest spółką osobową), albo na ich walnym zgromadzeniu, jeśli jest to spółdzielnia, także na podstawie porozumień z innymi osobami,
  (ii) jest uprawniony do powoływania lub odwoływania większości ich członków zarządu lub rady nadzorczej, także na podstawie porozumień z innymi osobami,
  (iii) ma prawo do całego albo do więcej niż połowy ich mienia,
(c) przedsiębiorców, którzy w odniesieniu do danego przedsiębiorcy mają uprawnienia, o których mowa w pkt (b);
(d) przedsiębiorców, w odniesieniu do których przedsiębiorca, o którym mowa w pkt (c) ma uprawnienia, o których mowa w pkt (b);
(e) przedsiębiorców, w których dwóch lub więcej przedsiębiorców, o których mowa w pkt od (a) do (d) łącznie mają uprawnienia, o których mowa w pkt (b)".

[47] A tymczasem tak się dzieje np. na tle art. 8 ust. 1 uokik.

Inną możliwością mogłoby być wprowadzenie rozwiązania podobnego do art. 10 ustawy z 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej[48], zgodnie z którym przedsiębiorca może złożyć do właściwego organu administracji publicznej lub państwowej jednostki organizacyjnej wniosek o wydanie pisemnej interpretacji co do zakresu i sposobu zastosowania przepisów, z których wynika obowiązek świadczenia przez przedsiębiorcę daniny publicznej oraz składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, w jego indywidualnej sprawie. Analogicznie, wniosek o wydanie pisemnej interpretacji co do przynależności do grupy kapitałowej, gdyby wprowadzono tego rodzaju rozwiązanie, powinien podlegać opłacie. Wadą tego rozwiązania byłoby jednak zapewne „zarzucenie" Prezesa UOKiK (gdyby to temu organowi administracji publicznej powierzono wydawanie pisemnych interpretacji) wnioskami, które byłyby składane przez przedsiębiorców chcących zabezpieczyć się przed negatywnymi konsekwencjami składania zamawiającym nieprawidłowych oświadczeń w przedmiocie przynależności wykonawcy do grupy kapitałowej.

W ostateczności, zamiast zmian przepisów ustawowych można zaproponować ogłoszenie przez Prezesa UOKiK dokumentu prawnie niewiążącego w tym zakresie, podobnie jak miało to miejsce w przypadku przepisów ustawy o kredycie konsumenckim. Prezes UOKiK opublikował w Dzienniku Urzędowym UOKiK nr 1 z 2003 r. „Interpretację przepisów ustawy o kredycie konsumenckim z dnia 19 września 2002 r."[49]. W tym miejscu należy jednak zauważyć, że art. 32 ust. 4 uokik stanowi, że w Dzienniku Urzędowym UOKiK zamieszcza się m.in. wyjaśnienia i interpretacje mające istotne znaczenie dla stosowania przepisów w sprawach objętych zakresem działania Prezesa UOKiK[50]. Sprawy z zakresu zamówień publicznych nie są bezpośrednio objęte zakresem działania Prezesa UOKiK, dlatego też można żywić wątpliwości co do podstawy prawnej wydania proponowanej interpretacji. Prezes UOKiK mógłby jednak wydać interpretację dotyczącą art. 4 pkt 14 uokik, bez nawiązywania do przepisów pzp. Do wydania takiej niewiążącej interpretacji istnieje wystarczająca podstawa prawna. Biorąc pod uwagę wynikłą kilka miesięcy temu masowość problemu definiowania grupy kapitałowej oraz poważne konsekwencje błędów popełnionych w toku interpretacji definicji grupy kapitałowej w konkretnych stanach faktycznych, dokument taki wydaje się obecnie być znacznie bardziej niż uprzednio potrzebny przedsiębiorcom.

48 Tekst jedn. Dz.U. z 2010 r. Nr 220, poz. 1447, z późn. zm.

49 Dz. Urz. UOKiK z 2003 r., Nr 1, poz. 242.

50 Natomiast niezależnie od tego należy zauważyć, że zgłoszona przez Prezesa UOKiK propozycja zmiany art. 32 ust. 4 uokik zakłada, że otrzymałby on brzmienie: „W przypadku stwierdzenia, że przepisy ustawy lub inne przepisy z zakresu ochrony konkurencji i konsumentów mogą budzić poważne wątpliwości, Prezes Urzędu może wydać i ogłosić wyjaśnienia i interpretacje mające istotne znaczenie dla stosowania przepisów w sprawach objętych zakresem działania Prezesa Urzędu".

Konrad Kohutek*

Australijskie prawo konkurencji – zagadnienia wybrane

Spis treści

I. Uwagi wprowadzające
II. Cele ustawy, pojmowanie konkurencji oraz podmiotowy zakres zastosowania
III. Porozumienia antykonkurencyjne
IV. Praktyki unilateralne
V. Fuzje i przejęcia
VI. Uwagi podsumowujące i refleksje końcowe

Streszczenie

W artykule przedstawiono wybrane zagadnienia prawa konkurencji obowiązującego w Australii. Publikacja opiera się zarówno na przepisach australijskiej ustawy z 2010 r. „o konkurencji i konsumentach", jak i na tamtejszym orzecznictwie. Koncertuje się przede wszystkim na regułach materialno-prawnych (jak zwłaszcza: zakres zastosowania tej ustawy, pojmowanie konkurencji, definicja porozumień antykonkurencyjnych, a także ocena kiedy przedsiębiorca („korporacja") dysponujący znaczącą siłą rynkową w sposób niezgodny z prawem siłę tą wykorzystuje). Opracowanie zawiera również uwagi porównawcze prawa australijskiego do unormowań polskiego lub unijnego porządku antymonopolowego. W końcowej części poczyniono kilka generalnych refleksji na temat niektórych koncepcji australijskiego prawa konkurencji w tym techniki legislacyjnej.

Słowa kluczowe: korporacja, standard istotnego ograniczania konkurencji; autoryzacja; umowy porozumienia i uzgodnienia; nadużycie siły rynkowej; zmuszanie „trzecio-liniowe"; nieformalne zgoda na koncentrację.

I. Uwagi wprowadzające

Przedmiotem niniejszego opracowania[1] jest zaprezentowanie zarysu przepisów prawa konkurencji obowiązujących w Australii. Z racji dużej objętości samego tekstu australijskiej ustawy antymonopolowej (zob. niżej), a także mając na względzie charakter i cel tego artykułu, ukazane zostaną w nim tylko wybrane (głównie materialno-prawne) zagadnienia (praktyki) objęte regulacjami tego porządku prawnego. Jednocześnie artykuł ten nie będzie ograniczać się tylko do przedstawienia treści samych przepisów, obejmując również stosunkowo liczne przykłady z orzecznictwa.

* Doktor habilitowany nauk prawnych. Adiunkt na Wydziale Prawa i Administracji Krakowskiej Akademii im. A. Frycza-Modrzewskiego; e-mail: kohutek@gmx.net.

[1] Autor składa serdeczne podziękowanie Davidowi Howarthowi (Adiunkt – Wykładowca na Wydziale Prawa Uniwersytetu w Sydney) za wartościowe wskazówki i konsultacje pomocne przy opracowaniu niniejszego artykułu [*The author would like to thank David Howarth (Adjunct Lecturer, University of Sydney Law School) for valuable guidance and consultations which were helpful in writing this article*].

Podstawowym aktem prawa antymonopolowego w Australii jest **Ustawa o Konkurencji i Konsumentach (*Competition and Consumer Act*) z 2010 r**. (dalej: CCA). Wskazana nazwa tej ustawy obowiązuje od 1 stycznia 2011 r.; przed tą datą obowiązywała (od 1 października 1974 r.) Ustawa o Praktykach Handlowych (*Trade Practices Act*). Nowela z 2010 r. wprowadziła zmiany w szczególności w zakresie przepisów dotyczących australijskiego prawa konsumentów (*Australian Consumer Law*), podczas gdy przepisy antymonopolowe, na których skupia się niniejszy artykuł, pozostały w większości bez zmian od 1974 r. Z tego też względu zwraca się uwagę, że obecnie – tj. po ponad 35 latach obowiązywania – „Australia może zasadnie postrzegać swoje prawo konkurencji jako dojrzałe”[2].

Australijska ustawa o konkurencji i konsumentach jest bardzo rozbudowanym aktem prawnym. Wprawdzie liczy niespełna 120 artykułów („sekcji”) –pod tym względem mniej niż ustawa polska[3] – to jednak jej objętość (treść) jest prawie siedmiokrotnie większa od tej drugiej; wiele numerycznie oznaczonych przepisów CCA zostało podzielonych na dodatkowe jednostki (litery)[4], zazwyczaj będące następstwem nowelizacji.

Organem odpowiedzialnym za egzekwowanie przestrzegania australijskich reguł antymonopolu jest Australijska Komisja ds. Konsumentów i Konkurencji (*Australian Competition and Consumer Commission*; dalej: **ACCC**). W kraju tym funkcjonuje także specjalny sąd rozpatrujący sprawy z zakresu antymonopolu, tj. Australijski Trybunał ds. Konkurencji.

II. Cele ustawy, pojmowanie konkurencji oraz podmiotowy zakres zastosowania

Zgodnie z art. 2 CCA „celem tej ustawy jest zwiększanie dobrobytu Australijczyków poprzez wspieranie konkurencji i uczciwego handlu, a także zapewnienie ochrony konsumentów”[5]. Ze wskazanej aksjologii w zasadzie wprost można dedukować opowiedzenie się za podejściem „prokonsumenckim” australijskiego antymonopolu, tj. bazującym na koncepcji dobrobytu konsumenta (*consumer welfare*). Znajduje to zarazem potwierdzenie w sposobie postrzegania samej konkurencji.

Podobnie jak w przypadku wielu przepisów antymonopolowych innych państw, także prawo australijskie nie definiuje pojęcia konkurencji[6], mimo że liczne jego unormowania wprost odwołują się do tego pojęcia[7]. Jego dookreślenie pozostawione zostało orzecznictwu. Konkurencja postrzegana jest w nim jako „konkurencyjny proces prowadzący do efektywności ekonomicznej, który sprzyja interesom konsumentów”[8] albo jako „długo-terminowe zjawisko – proces, którego ostateczne korzyści nie zawsze są natychmiast postrzegalne”[9]; uznano w nim, iż dla ustalenia czy

[2] *Australia can legitimately claim to have a mature competition law*; S.G. Corones, *Competition Law in Australia*, Fifth Edition, Sydney 2010, s. v.

[3] Ustawa z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. Nr 50, poz. 331 z późn. zm.); (dalej: uokik).

[4] Jak np. art. 44 obejmujący (m.in.) przepisy art. 44A, 44AA, 44AE, itd. – aż do „końca alfabetu”, tj. do art. 44ZZ.

[5] *The object of this Act is to enhance the welfare of Australians through the promotion of competition and fair trading and provision for consumer protection*.

[6] Jakkolwiek w rozbudowanym słowniczku ustawowym pojawia się sformułowanie, zgodnie z którym „konkurencja obejmuje także konkurencję ze strony importowanych towarów i usług świadczonych przez osoby, które nie zamieszkują w Australii lub nie prowadzą w niej działalności gospodarczej (*competition includes competition from imported goods or from services rendered by persons not resident or not carrying on business in Australia*); art. 4 CCA. Takiemu sformułowaniu trudno wszak przypisywać status definicji konkurencji. W istocie bowiem pojęcia tego nie definiuje, przesądzając jedynie, iż obejmuje ona także konkurencję (w tym presję konkurencyjną) ze strony „nieaustralijskich przedsiębiorców”.

[7] Jak np. art. 45 CCA (ogólne przepisy dotyczące porozumień antykonkurencyjnych), art. 47 CCA (transakcje wyłączne), art. 50 CCA (koncentracja przedsiębiorców), które przewidują „standard istotnego ograniczenia konkurencji” (*substantial lessening of competition standard*).

[8] Queensland Wire Industries Pty Ltd v. Broken Hill Co Ltd (1989) 167 CLR 177, at 191.

[9] Re Quantas Airways Ltd (2004) ATPR 42-027, at 421.

praktyka (np. porozumienie) istotnie narusza konkurencję, należy skupić się nie tyle na pozycji określonego konkurenta, ile na aktualnej oraz potencjalnej sytuacji na danym rynku lub rynkach[10].

Sądy australijskie opowiadają się więc przede wszystkim za bardziej ekonomicznym (skutkowym) pojmowaniem konkurencji, nie utożsamiając jej z samą rywalizacją lub pozycją konkurencyjną poszczególnego przedsiębiorcy. Celem australijskiej ustawy antymonopolowej jest bowiem ochrona procesu konkurowania, a nie indywidualnych konkurentów lub drobnych przedsiębiorców[11]. W literaturze wprost zwraca się uwagę, iż standard istotnego ograniczenia konkurencji „nie jest testem strukturalnym" (*is not a structural test*), jakkolwiek sama struktura rynku stanowi także jeden z relewantnych czynników[12].

Australijska ustawa o konkurencji i konsumentach ma szeroki podmiotowy zakres zastosowania. Zgodnie z art. 4 CCA jej przepisy stosuje się do „**korporacji**" (*corporation*). Z orzecznictwa wynika, iż status takiego podmiotu przypisywać należy temu, którego aktualna działalność polega na działalności gospodarczej – „handlu" (*trading*), czyli oferowaniu za wynagrodzeniem towarów lub usług[13]. Przytoczone podejście pozwalało na zastosowanie tej ustawy do działalności np. Stowarzyszenia Rodeo Biloela (na tej podstawie, iż organizowało ono rozrywkę w zamian za wynagrodzenie[14]) lub Czerwonego Krzyża (na tej podstawie, iż uzyskiwał on znaczny dochód z prowadzenia sklepu oraz kursów biegowych[15]). Sama ustawa przesądza, że znajduje ona zastosowanie także do lokalnych jednostek rządowych (*local government body*), jakkolwiek tylko w zakresie w jakim prowadzą one działalność gospodarczą – „biznes" (*business*); art. 2B CCA.

III. Porozumienia antykonkurencyjne

Przepisy dotyczące porozumień odznaczają się relatywnie sporą ilością zakazów *per se* (jakkolwiek podlegając – przynajmniej formalnie – możliwości autoryzacji przez ACCC; zob. niżej). Generalnie do tej kategorii porozumień zalicza się porozumienia cenowe (*price fixing* – zdefiniowane w art. 44ZZRD(2)), porozumienia ograniczające produkcję (zdefiniowane w art. 44ZZRD(3a)) oraz porozumienia przewidujące podział klientów, dostawców lub terytoriów (zdefiniowane w art. 44ZZRD(3b))[16]. Podleganie przez powyższe porozumienia – a zwłaszcza ustalanie cen – reżimowi zakazu *per se* (*per se nature of the cartel offences*) oznacza, że praktyki te są zakazane niezależnie od ich skutku, czyli także kiedy „nie ograniczają konkurencji" (*does not lessen competition*)[17]. Jak to wskazano w orzecznictwie, „bez względu na ekonomiczne uzasadnienie, jakie można przypisać określonej praktyce ustalania cen (*price-fixing agreements*), 'prawo nie zezwala na badanie ich zasadności' (*the law does not permit to inquiry into their reasonableness*). Są one zakazane

[10] ASX Operations Pty Ltd i inni v .Pont Data Australia Pty Ltd (No 2) (1991) 27 FCR 460, at 478.

[11] Zob. np. Baxter Healthcare Pty Ltd. v. ACCC (2005) ATPR 42-066, at 548; Melway Publishing Pty Ltd v. Robert Hicks Pty (2001) CLR 1 at 13; Queensland Wire Industries Pty Ltd v. Broken Hill Co Ltd (1989) 167 CLR 177, at 191. Jakkolwiek w oparciu o treść art. 46 (1a) CCA można mieć wątpliwości co do tego, że australijska ustawa antymonopolowa chronić ma jedynie proces konkurowania, a nie indywidualnych konkurentów; wskazany przepis za przejaw nadużycia siły rynkowej wymienia „eliminację lub istotne zaszkodzenie konkurentowi korporacji" (*eliminating or substantially damaging a competitor of the corporation*); zob. też pkt 4.

[12] S.G. Corones, *Competition Law*…, s. 569.

[13] Re Ku-ring-gai v. Co-operative Building Society (No 12) Ltd (1978) 36 FLR 134, at 138–139.

[14] McCarthy v Australian Rough Riders Association (1988) ATPR 40-836.

[15] E v. Australian Red Cross Society (1991) 27 FCR 310, at 343–344.

[16] S.G. Corones, *Competition Law*…, s. 287, 298, 299.

[17] Ibidem, s. 294.

z uwagi na ich aktualne lub potencjalne zagrożenie dla 'centralnego układu nerwowego gospodarki' (*central nervous system of the economy*)"[18]; naruszenie tych zakazów zagrożone zostało karą[19].

Ustawa australijska zakazuje **„umów, porozumień i uzgodnień"** (*contracts, arrangements and understandings*), których celem (*purpose*) skutkiem (*effect*) lub prawdopodobnym skutkiem (*likely effect*) jest istotne ograniczenie konkurencji (art. 45 (2) CCA). Nie definiuje ona pojęć określających praktykę kolektywną. W orzecznictwie wskazano, iż pod pojęciem „umowy, porozumienia i uzgodnienia" rozumieć należy „spektrum dobrowolnych kontaktów" (*spectrum of consensual dealings*)[20]. Wprawdzie ta „orzecznicza definicja" w istocie niewiele wyjaśnia, to jednak wynika z niej, iż praktyki określone w ww. przepisie (antykonkurencyjne kooperacje) należy postrzegać szeroko (podobnie jak na gruncie prawa polskiego czy unijnego w zakresie wykładni „porozumienia"). W szczególności „porozumienie oraz uzgodnienie" w znaczeniu art. 45 (2) CCA odnosić należy do tych form kooperacji (kontaktów między przedsiębiorcami), które są mniej formalne, nie stanowiąc umowy (kontraktu)[21]; zaznacza się, iż „uzgodnienie" (*understanding*) powinno obejmować „zetkniecie się dwóch lub większej ilości woli"[22].

Orzecznictwo dopuszcza także bazowanie na pośrednich dowodach w celu wykazania zawarcia porozumienia w znaczeniu przepisów CCA; nie zawsze konieczne jest przedłożenie bezpośredniego dowodu spotkania stron bądź też wymiany informacji pomiędzy nimi[23]. W szczególności „pośrednia komunikacja" pomiędzy stronami – prowadząca do wystąpienia „jedności celu" (*community of purpose*[24]) – może mieć miejsce także dzięki działaniom podmiotu trzeciego, które prowadzić będą ku temu, iż każdy członek uzgodnienia realizować będzie ten sam cel. Przypadek taki odnosi się (m.in.) do tzw. porozumień *hub and spoke* – jak miało to miejsce w sprawie *News Ltd v Australian Rugby*. W sprawie tej sąd niższej instancji uznał, że doszło do zawarcia 20 osobnych porozumień wertykalnych pomiędzy ligą rugby a każdym z jej klubów; stanowisko to nie zostało wszak zaaprobowane przez sąd wyższej instancji, który z okoliczności danej sprawy wywiódł istnienie wspólnej zgody (porozumienia) między klubami (jedną z tych okoliczności było działanie tych klubów za pośrednictwem dwóch osób Mr Arthurson oraz Mr Quayle – działających jako „hub"[25]).

Na uwagę zasługuje rozbudowane określenie każdego z rodzajów porozumień. Tytułem przykładu, przez pojęcie porozumienia cenowego art. 44ZZRD(2) CCA rozumie postanowienie (*provision*) „mające bezpośredni lub pośredni cel lub skutek polegający na ustalaniu, kontrolowaniu lub utrzymywaniu ceny albo zapewnieniu ustalenia, kontroli lub utrzymania ceny, dopłaty, rabatu, kredytu w odniesieniu do dostarczanego towaru lub usługi albo towaru lub usługi, które prawdopodobnie zostaną dostarczone przez jedną lub wszystkie ze stron umowy porozumienia lub uzgodnienia albo towaru lub usługi, które prawdopodobnie zostaną nabyte przez jedną lub wszystkie ze stron umowy, porozumienia lub uzgodnienia (…)". O ile precyzja i jednoznaczność (czasem wymagająca szczegółowości unormowań) jest wskazana (gdyż z reguły zwiększa

[18] ACCC v. CC (NSW) Pty Ltd (1999) 92 FCR 375 at 182.

[19] Jak dotychczas najwyższa kara nałożona przez ACCC za udział w kartelu wyniosła 36 milionów dolarów australijskich; zob. ACCC v. Visy Industries Holdings Pty Limited (No 3) (2007) ATPR 42-185. Należy zaznaczyć, iż w prawie australijskim ACCC nie jest legitymowany do nakładania kar; byłoby to sprzeczne z konstytucją tego kraju, która uprawnienie takie przyznaje wyłącznie sądom.

[20] ACCC v. Leahy Petroleum Pty Ltd (2007) 160 FCR 321 at 24.

[21] ACCC v. Leahy Petroleum Pty Ltd (2004) 141 FCR 183, at 54.

[22] *Meeting of two or more minds*; Top Performance Motors Pty Ltd v Ira Berk (Qld) Pty Ltd (1975) 24 FLR 286, at 291.

[23] TPC v David Jones (Australia) Pty Ltd (1986) 13 FCR 446.

[24] Ibidem.

[25] News Ltd v Australian Rugby Football League Ltd (1996) 58 FCR 447 at 574–575.

pewność prawną), o tyle w danym wypadku można mieć wątpliwości co do zasadności i rzeczywistej (tj. zwłaszcza praktycznej) potrzeby tak kazuistycznej regulacji (zob. też pkt 6).

Jak już wyżej wspomniano, mimo stosunkowo licznych formalnych zakazów *per se*, większość z objętych nimi porozumień, podlega **możliwości autoryzacji** (*authorisation*)[26] przez ACCC lub Trybunał (w trybie art. 88–93 CCA; zob. też art. 4 CCA *in principio*); możliwość takiej autoryzacji w istocie więc oznacza, że dane zachowanie nie powinno być traktowane jako zakazane *per se*[27]. Autoryzacja jest udzielana, jeżeli dane porozumienie – pomimo tego, że istotnie ogranicza konkurencję – przynosi „społeczeństwu" (*public*) korzyści, które przeważają (*outweigh*) nad szkodami dla społeczeństwa wynikającymi z ograniczenia konkurencji. Analiza ta bywa określana jako „test korzyści netto" (*net benefit test*)[28].

IV. Praktyki unilateralne

1. Podstawowym materialno-prawnym przepisem reglamentującym unilateralne zachowania przedsiębiorstw o znaczącej sile rynkowej[29] jest art. 46 CCA. Jak to *expressis verbis* określa jego tytuł, odnosi się on do praktyk mogących stanowić **„nadużycie siły rynkowej"** (*misuse of market power*).

Ustawa australijska nie definiuje **pojęcia znaczącej siły rynkowej**. W orzecznictwie zostało ono określone jako „zdolność przedsiębiorcy do podnoszenia cen powyżej poziomu kosztów dostawy bez utraty klientów na rzecz konkurentów w odpowiednim czasie, przy rozumieniu 'kosztów dostawy' (*supply cost*) jako minimalnego kosztu jaki efektywny przedsiębiorca poniósłby przy produkcji danego towaru"[30]. W cytowanej definicji zwraca się zarazem uwagę na przesłankę „odpowiedniego czasu" (*due time*), z jakiej wywodzi się wniosek, iż siły rynkowej nie należy oceniać na podstawie krótkoterminowego wpływu na ceny, lecz przede wszystkim perspektywy długoterminowej[31].

Zasadniczo unormowania australijskiej ustawy antymonopolowej skupiają się na unilateralnych praktykach wykluczających, jakkolwiek art. 46 (1) CCA formalnie można odnosić także do stosowania cen „istotnie zawyżonych" (*excessively high*), czyli praktyki eksploatacyjnej[32]. Zwraca się wszakże uwagę, iż przepis ten nie dotyczy tych przypadków stosowania cen (nawet istotnie) zawyżonych, które prowadzą do „przejęcia nadwyżki" (*extract surplus*) niezależnie od wpływu praktyki na konkurentów[33].

W odniesieniu do praktyk wykluczających, także na gruncie prawa australijskiego kluczowy pozostaje problem – w zasadzie o wymiarze globalnym (uniwersalnym[34]) – tj. wskazania właściwego, a zarazem klarownego testu służącego odróżnieniu „konkurencji merytorycznej" (*competition on the merits*) – w którą może angażować się także przedsiębiorca dominujący – a „wykluczającym"

[26] Autoryzacji nie podlegają np. zmowy przetargowe (co oczywiście nie może budzić wątpliwości), ale także np. praktyki tzw. *third line forcing* (zob. niżej).

[27] Tak wszakże są określane w doktrynie prawa australijskiego; zob. przypis nr 15.

[28] S.G. Corones, *Competition Law*…, s. 200.

[29] Tj. podmiotów o pozycji dominującej na rynku w prawie polskim lub unijnym.

[30] Queensland Wire Industries Pty Ltd v. Broken Hill Co Ltd (1989) 167 CLR 177, at 188.

[31] S.G. Corones, *Competition Law*…, s. 135.

[32] Zob. np. Pont Data Australia Pty Ltd v. ASX Operations Pty Ltd (1990) 21 FCR 385.

[33] S.G. Corones, *Competition Law*…, s. 464.

[34] Zob. też K. Kohutek, *Praktyki wykluczające przedsiębiorstw dominujących, Prawidłowość i stosowalność reguł prawa konkurencji*, Warszawa 2012, s. 436, 437.

(*exclusionary*) unilateralnym zachowaniem biznesowym tego podmiotu[35]. Potwierdza to także sformułowanie użyte w jednej z ważniejszych australijskich spraw dotyczących nadużywania siły rynkowej, zgodnie z którym art. 46 CCA wymaga od sądu, aby ten „odróżnił korzystne od szkodliwych praktyk konkurencyjnych"[36].

2. Konstrukcyjnie art. 46 CCA jest podobny do rozwiązań obowiązujących w prawie polskim i unijnym. Konieczne jest nie tylko wykazanie posiadania przez przedsiębiorcę znaczącej siły rynkowej, ale także tego, iż dopuścił się on określonej praktyki antykonkurencyjnej, tj. – posługując się terminologią ww. przepisu – „**wykorzystał tę siłę**"[37]. Dodatkowo przepis ten wyraźnie wymaga wykazania trzeciej przesłanki, tj. określonego (antykonkurencyjnego) celu zachowania dominanta[38] (czego nie przewiduje już ani treść art. 9 uokik., ani art. 102 TFUE). Podobieństwo do rozwiązań przewidzianych w prawie polskim lub unijnym przejawia się także w otwartym (*open-ended*[39]) – jakkolwiek znacznie bardziej rozbudowanym – katalogu praktyk mogących stanowić nadużycie znaczącej siły rynkowej. Tytułem przykładu (w początkowej części art. 46 CCA) wymienione zostały takie praktyki, jak: eliminacja lub istotne zaszkodzenie konkurentowi, zapobieganie wejścia innemu przedsiębiorcy na dany lub jakikolwiek inny rynek, uniemożliwianie lub utrudnianie innemu przedsiębiorcy angażowania się w zachowania konkurencyjne na danym lub jakimkolwiek innym rynku. Wskazane przykłady – mimo że w założeniu mają uszczegółowiać zakazu nadużywania znaczącej siły rynkowej – odznaczają się sporym stopniem ogólności[40]. Nie oznacza to, iż w ustawie australijskiej brakuje przykładów praktyk unilateralnych, które już bardziej konkretnie precyzują określony typ (rodzaj) zachowania rynkowego. Przykładem jest choćby stosowanie cen zaniżonych (tj. cen poniżej relewantnego poziomu kosztów korporacji) przez określony czas; warto dodać, iż w prawie australijskim – podobnie jak w prawie UE oraz inaczej niż w prawie USA[41] – nie jest wymagane spełnienie przesłanki możliwości (prawdopodobieństwa) odzyskania strat (co zarazem wprost określone zostało w przepisie[42]).

W ustawie o konkurencji i konsumentach określono także sposób interpretacji pojęcia „wykorzystywania siły rynkowej". Artykuł 46 (6A) CCA stanowi, iż sąd może wziąć pod uwagę: (1) czy „znaczący stopień siły na rynku" (*substantial degree of power in the market*) „istotnie/faktycznie ułatwił" (*materially facilitated*) korporacji podjęcia danego zachowania; (2) czy korporacja podjęła dane zachowanie „w oparciu" (*in reliance*) o znaczący stopień siły rynkowej[43]; (3) czy korporacja prawdopodobnie podjęłaby się danego zachowania, jeżeli nie posiadałaby znaczącego stopnia siły rynkowej, oraz (4) czy „zachowanie jest w inny sposób powiązane" (*the conduct is otherwise*

[35] S.G. Corones, *Competition Law*…, s. 427.

[36] *Distinguish beneficial from deleterious competitive practices*; Boral Besser Masonry Limited (obecnie Boral Masonry Ltd) v. ACCC (2003) 215 CLR 374 at 429.

[37] Zgodnie z art. 46 (1) CCA., przedsiębiorca posiadający znaczny stopień siły na rynku nie może wykorzystywać tej siły na tym ani innym rynku w celu (…) [*A corporation that has a substantial degree of power in a market shall not* ***take advantage of that power*** *in that or any other market for the purpose of* (…)].

[38] Wykorzystanie siły rynkowej polegające na określonych w art. 46 CCA zachowaniach ograniczających konkurencję (lub choćby samą rywalizację) musi zostać podjęte w danym celu (*for the purpose of*); art. 46 (1) zd.1 *in fine* CCA.

[39] S.G. Corones, *Competition Law* …, s. 429.

[40] Z tego punktu widzenia przejawiając pewne podobieństwa do art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik.

[41] Jak to ma miejsce w prawie amerykańskim, zob. *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209 (1993).

[42] Zob. art. 46 (1AAA), zgodnie z którym: *If a corporation supplies goods or services for a sustained period at a price that is less than the relevant cost to the corporation of supplying the goods or services, the corporation may contravene subsection (1) even* ***if the corporation cannot, and might not ever be able to, recoup losses incurred by supplying the goods or services***.

[43] Jakkolwiek trudno dostrzec istotniejszą różnicę między pierwszą a drugą „dyrektywą interpretacyjną" pojęcia wykorzystywania znaczącej siły rynkowej. Z resztą także i czwarta z nich – z racji swego najbardziej generalnego ujęcia – może w znikomym stopniu ułatwiać wykładnię wskazanego pojęcia.

related) ze znaczącym stopniem siły rynkowej korporacji. Orzecznictwo – opierając się na treści art. 46 (6A) CCA – dość często bazuje na trzeciej ze wspomnianych dyrektyw inkorporującej (znany na gruncie prawa amerykańskiego[44], ale także i unijnego) „test *but for*", który wymaga odpowiedzi na pytanie czy dane zachowanie dominanta byłoby możliwe także na rynku konkurencyjnym (niezdominowanym)[45].

3. Na uwagę zasługuje rozwiązanie odnoszące się do tzw. zmuszania podmiotu trzeciego, czy też – tłumacząc dosłownie – **„zmuszanie trzecio-liniowe" (*third-line forcing*)**, stanowiące szczególny rodzaj transakcji wyłącznej. Praktyka ta polega na zobligowaniu (zmuszaniu) nabywcy do zaopatrywania się w określony produkt u podmiotu trzeciego (będącego zarazem beneficjentem danej praktyki[46]). Omawiane zachowanie jest podobne do znanej na gruncie prawa polskiego i unijnego sprzedaży wiązanej (*tying*), z tą jednak różnicą, iż w tym drugim wypadku produkt wiążący i produkt wiązany (zazwyczaj) nabywane są od tego samego przedsiębiorcy; jest to zatem przypadek tzw. zmuszania drugo-liniowego (*second-line forcing*). Na gruncie prawa australijskiego *third-line forcing* poddane jest zakazowi *per se*[47], co wynika z art. 47 (1) CCA. Przepis ten stanowi, iż korporacja nie może stosować praktyki sprzedaży wyłącznej (*exclusive dealing*), tj. warunkowania dostaw towarów lub świadczenia usług lub zaoferowania rabatu od tego, iż nabywca (świadczeniobiorca) nie będzie nabywał konkurencyjnych towarów (lub usług), przy czym zgodnie z art. 47 (10) CCA zakaz ów dotyczy tylko tych przypadków *exclusive dealing*, które mają na celu lub prawdopodobnie skutkują istotnym ograniczeniem konkurencji. Jednocześnie zawarte w art. 47 (10) CCA zastrzeżenie nie dotyczy praktyki polegającej na *third-line forcing*. To restrykcyjne rozwiązanie jest specyficzne, ponieważ **ma ono zastosowanie do wszystkich przedsiębiorców/korporacji** (nie ogranicza się zatem do tych dysponujących znaczącą siła rynkową). W literaturze wskazuje się na brak ekonomicznego uzasadnienia dla zakazu *per se* w odniesieniu do tej praktyki (tym bardziej, że sprzedaż wiązana (*secondary-line forcing*) poddana została testowi konkurencji (*competition test*))[48]. Przykładowo, w przypadku franszyzy (zatem systemu sprzedaży, który zazwyczaj sprzyja rozwojowi konkurencji) nierzadko bywa tak, iż franczyzodawca wymaga od franczyzobiorcy, aby ten drugi zaopatrywał się we wskazane towary u określonego (wskazanego przez franczyzodawcę) przedsiębiorcy (osoby trzeciej).

V. Fuzje i przejęcia

Australijski reżim prawny w zakresie koncentracji przedsiębiorców (*Merger & Acquisitions*) odznacza się pewnymi podobieństwami do rozwiązań polskich i unijnych – jakkolwiek przede wszystkim w kwestiach materialno-prawnych. W szczególności od 1992 r. obowiązuje **test znaczącego ograniczenia konkurencji** (*substantial lessening of competition test*) jako podstawowe kryterium oceny koncentracji (do tego czasu obowiązywał test dominacji). Prawo to nie zawiera definicji legalnej koncentracji, przewidując generalny zakaz nabywania (przejmowania) przez

[44] Zob. np. A. Douglas Melamed, *Exclusive Dealing Agreements and Other Exclusionary Conduct--Are There Unifying Principles?*, „Antitrust Law Journal" 2006, 73, s. 375–389; J.E. Lopatka, W. Page, *Devising a Microsoft Remedy that Serves Consumers*, „Georgia Mason Law Review" 2001, 9, s. 691–700.

[45] Zob. np. Queensland Wire Industries Pty Ltd v. Broken Hill Pty Co Ltd (1989) 167 CLR 177, at 202; Melway Publishing Pty Ltd v. Robert Hicks Pty (2001) CLR 1 at 23–24.

[46] Zob. art. 47 (6) CCA, zgodnie z którym korporacja stosuje praktykę *exclusive dealing* jeżeli warunkuje dostawę towarów (usług), oferowania rabatu od tego, iż nabywca będzie się zaopatrywał od innego określonego przedsiębiorcy, który nie jest związany z daną korporacją.

[47] S.G. Corones, *Competition Law*…, s. 569.

[48] Zob. np. R. McEwin, *Third line forcing in Australia*, „Australian Business Law Review" 1994, 22, s. 22.

korporację (jak i osobę fizyczną) udziałów (*shares*) lub aktywów (*assets*) w innej korporacji lub u innej osoby, jeżeli nabycie to miałoby skutek lub prawdopodobnie mogłoby wywrzeć skutek w postaci istotnego ograniczenia konkurencji na rynku (art. 50 (1) CCA). Wśród innych podobieństw (zwłaszcza do prawa UE) wymienić można kierowanie się współczynnikiem HHI dla wstępnej oceny koncentracji[49] oraz uwzględnienie „obrony" przedsiębiorców opartej zarówno na argumentacji upadającej firmy (*failing firm counterfactual*)[50], jak i na wzroście wydajności (*efficiencies*) powodowanej koncentracją[51].

Na gruncie australijskiej ustawy **brak jest formalnego obowiązku uprzedniej notyfikacji organowi antymonopolowemu** (względnie innemu organowi publicznemu) zamiaru przeprowadzenia koncentracji (względnie faktu jej dokonania[52]). W przypadku, gdy istnieje ryzyko, że planowana koncentracja może ograniczyć konkurencję, wówczas strony zazwyczaj uprzednio zgłaszają zamiar jej dokonania ACCC[53]. Istnieją zarazem trzy tryby, w jakich organ publiczny dokonuje oceny koncentracji: nieformalna zgoda na fuzję (*informal merger clearance*)[54], formalna zgoda na fuzję (*formal merger clearance*) – dokonywane przez ACCC oraz autoryzacja fuzji (*merger authorisation*) – dokonywana przez Australijski Trybunał ds. Konkurencji (*Australian Competition Tribunal*)[55].

VI. Uwagi podsumowujące i refleksje końcowe

1. Na podstawie opracowania ogólnie prezentującego rozwiązania danego porządku prawnego trudno by dokonywać szczegółowych i daleko idących konkluzji oraz ewaluacji systemowych. Można wszak pokusić się o pewne generalne spostrzeżenia, jakie nasuwają się w odniesieniu do prawa konkurencji w Australii (także w kontekście jego porównania do unormowań krajowych i unijnych).

W pierwszej kolejności uwagę zwraca sama **metoda regulacji**. Australijska ustawa o konkurencji i konsumentach jest **bardzo obszerna, odznaczając się daleko idącym stopniem szczegółowości**. Tytułem przykładu można powołać enumeratywne wyszczególnienie rodzajów działalności, które nie stanowią działalności gospodarczej/biznesu (art. 2C CCA), rozbudowaną definicję legalną „konsumenta"[56] (art. 4B CCA) czy choćby obszernie ujęte rodzaje porozumień antykonkurencyjnych (art. 44ZZ CCA oraz pkt 3). Szczegółowość regulacji prawnej ma (a z pewnością może mieć) swoje zalety – w szczególności jeśli ogranicza dowolność interpretacyjną (zwłaszcza po stronie organów publicznych), sprzyjając pewności prawnej. W dużej mierze dotyczy to prawa konkurencji. Nierzadko przecież na gruncie (zwłaszcza materialnych) przepisów – głównie prawa unijnego, ale także polskiego[57] podnoszone są uwagi o nieprecyzyjności unormowań lub w ogóle

[49] W razie gdy wysokość HHI nie przekracza 2000 lub przekracza wprawdzie tę wielkość, lecz delta jest niższa niż 100, wówczas mało prawdopodobnym jest, aby ACCC miał zastrzeżenia co do danej koncentracji; ACCC Merger Guidelines (November 2008) [3.23].

[50] Zob. np. P & M Smallgoods/Hans Contitnental Smallgoods (13 March 2009) at [38] oraz ACCC Merger Guidelines (November 2008) [3.23].

[51] Na co pozwala uwzględnienie „dynamicznych uwarunkowań" fuzji określonych w art. 50 (3) g CCA.

[52] Jak np. w Niemczech, zob. T. Skoczny, [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2009, s. 761.

[53] S.G. Corones, *Competition Law*…, s. 407.

[54] Mimo braku ustawowego obowiązku, w praktyce strony – tym bardziej w przypadku gdy mają wątpliwości co do możliwości ograniczenia konkurencji w wyniku koncentracji – notyfikują jej zamiar ACCC. W większości przypadków fuzje badane są przez ów organ w ramach nieformalnej procedury.

[55] S.G. Corones, *Competition Law*…, s. 407.

[56] Która „ilościowo" odpowiada długości prawie 2/3 całego „słowniczka" zawartego w art. 4 polskiej uokik. Przepis ten zawiera zaś definicję aż 22 pojęć.

[57] Które jest przecież „bardziej pozytywnie zdefiniowane" niż prawo konkurencji UE. W prawie polskim ustawa definiuje pojęcia, które na gruncie prawa UE nie zostały sprecyzowane w przepisach prawa powszechnie wiążącego (będąc (do)określanym w orzecznictwie lub tzw. *soft law*); dotyczy to zarazem pojęć kluczowych (jak: np. „porozumienie", „rynek właściwy" czy „pozycja dominująca").

o braku regulacji ustawowej w odniesieniu do danej kwestii (instytucji) antymonopolowej i tym samym potrzebie albo interwencji ustawowej lub dokonania stosownej interpretacji orzeczniczej. Z tego punktu widzenia prawo australijskie mogłoby być postrzegane jako przewidujące godne aprobaty oraz inspirujące rozwiązania konstrukcyjne.

Patrząc jednak z innej perspektywy, można mieć wątpliwości odnośnie do takiego modelu legislacyjnego (zwłaszcza w relacji do prawa antymonopolowego). Prawo to przecież jest mocno (niejako „naturalnie") powiązane ze zjawiskami rynkowymi oraz ekonomią i tym samym wypracowanymi w nauce tej teoriami i pojęciami, które zazwyczaj są nieostre i wieloznaczne; ta immanentna cecha antymonopolu niejako ze swej istoty może utrudniać wprowadzanie na jego grunt precyzyjnych i jednoznacznych konstrukcji. Ponadto nadmierna kazuistyka regulacji (w tym posługiwanie się „zamkniętymi"/enumeratywnymi wyliczeniami) rodzi ryzyko obchodzenia danego przepisu poprzez podjęcie zachowań rynkowych nieodpowiadających konkretnej ustawowej „formie". Należy wreszcie dodać, iż prawodawca antymonopolowy nawet przez bardzo obszerne ustawy nie będzie w stanie niejako *ex ante* w sposób kompleksowy i pozbawiony luk uregulować wszelkich zachowań podlegających danemu reżimowi, unikając potrzeby wypełnienia tego rodzaju „luk" przez orzecznictwo (odnosi się to także do prawa konkurencji w Australii[58]).

2. Aksjologia australijskiego prawa antymonopolowego przejawia cechy odpowiadające skutkowemu (bardziej ekonomicznemu) podejściu w zakresie oceny prawnej praktyk przedsiębiorców. Jednocześnie w zakresie niektórych unormowań szczególnych jej rozwiązania mogą budzić zastrzeżenia w kontekście ich „zgodności" z ekonomiczną interpretacją praktyk przedsiębiorców oraz skutków, jakie wywierają na konsumentów i efektywność rynkową. Wątpliwości takie mogą zwłaszcza dotyczyć zasadności zakazu *per se* wobec *third line forcing*. Ponadto sama ustawa australijska za przejaw nadużycia siły rynkowej przewiduje praktykę mającą na celu eliminację lub istotne zaszkodzenie konkurentowi (co jak wiadomo – samo w sobie – wcale nie musi oznaczać szkody dla właściwie pojmowanej konkurencji).

3. O ile niektóre materialno-prawne rozwiązania prawa australijskiego wykazują (nawet znaczące) podobieństwa do rozwiązań polskich czy unijnych, o tyle już w zakresie procedury występują (nawet znaczące) różnice. Odnosi się to np. do instytucji porozumień ograniczających konkurencję (pod względem przedmiotowym/definicyjnym bardzo zbliżonych do koncepcji porozumienia/uzgodnionej praktyki znanych w prawie UE oraz polskim) czy też testu korzyści netto (który tak koncepcyjnie, jak i analitycznie zbliżony jest do reguły rozsądku (testu balansowania)) przewidzianych w art. 101 ust. TFUE oraz art. 8 ust. 1 uokik. W prawie australijskim wszakże test ów przeprowadza ACCC – w ramach autoryzacji[59] –nie zaś sami przedsiębiorcy. Doniosła różnica proceduralna obowiązuje także w zakresie kontroli fuzji i przejęć, co do których prawo to nie przewiduje obowiązkowej kontroli *ex ante* przez organ publiczny (niezależnie do wielkości obrotów łączących się przedsiębiorców).

[58] Mimo obszernej ustawy sądy australijskie i tak stosunkowo często stawały przed potrzebą interpretacji – w tym „definiowania" różnych pojęć (nieprecyzowanych w ustawie).

[59] Procedura autoryzacji przejawia podobieństwa do trybu indywidualnego zwolnienia spod zakazu z (obecnego) art. 101 ust. 1 TFUE, którego to zwolnienia – do 1 maja 2004 r. – dokonywała Komisja Europejska; zob. też K. Kohutek, *Stosowanie art. 81 TWE po reformie wspólnotowego prawa konkurencji (ze szczególnym uwzględnieniem sytuacji przedsiębiorstw)*, „Europejski Przegląd Sądowy" 2006, nr 3, s. 27–29.

Anna Laszczyk*

Kolektywna pozycja dominująca na rynkach telekomunikacyjnych na przykładzie decyzji hiszpańskich organów ochrony konkurencji

Spis treści

I. Zagadnienia wstępne
II. Sytuacja rynkowa hiszpańskiego sektora telekomunikacyjnego
III. Decyzja baskijskiego organu ochrony konkurencji
IV. Decyzja hiszpańskiego organu ochrony konkurencji
V. Podsumowanie

Streszczenie

Niniejszy artykuł stanowi omówienie dwóch decyzji organów ochrony konkurencji – hiszpańskiego i baskijskiego, które dotyczą naruszenia kolektywnej pozycji dominującej na rynkach telekomunikacyjnych. Artykuł przybliża przede wszystkim argumentację zastosowaną przez organ w celu stwierdzenia istnienia kolektywnej dominacji. Opisywane decyzje zasługują na szczególną uwagę wobec wszczętego niedawno przez UOKiK postępowania w sprawie potencjalnego nadużywania kolektywnej pozycji dominującej przez trzech operatorów telefonii ruchomej.

Słowa kluczowe: kolektywna pozycja dominująca; milcząca koordynacja; sektor telekomunikacyjny.

I. Zagadnienia wstępne

Zagadnienie kolektywnej pozycji dominującej i konkurencji na rynkach oligopolistycznych było przedmiotem licznych rozważań akademickich, które najczęściej pozostawały jednak teoretycznym dyskursem ze względu na brak relewantnych przykładów orzeczniczych[1]. Mając to na uwadze, szczególnie ciekawe wydają się decyzje hiszpańskiego i baskijskiego organu ochrony konkurencji stwierdzające nadużycie kolektywnej pozycji dominującej na rynkach telekomunikacyjnych. Rynki te wydają się być szczególnie podatne na tego typu zjawiska, gdyż ich deregulacja dała podstawy oligopolistycznej strukturze rynku. Tezę tę zdaje się wzmacniać okoliczność, że pojęcie odpowiadające kolektywnej dominacji występuje również na gruncie prawa telekomunikacyjnego jako kolektywna pozycja znacząca. W literaturze podkreśla się, że rynki telekomunikacyjne z samej swojej istoty spełniają wiele przesłanek niezbędnych dla zaistnienia milczącej koordynacji:

* Junior Associate w zespole prawa konkurencji w kancelarii Linklaters C. Wiśniewski i Wspólnicy sp. k., doktorantka na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego, e-mail: anialaszczyk@gmail.com.

[1] Porównaj np. P. Masey, M. McDowell, *Joint dominance and tacit collusion: some implications for competition and regulatory policy*, „European Competition Journal" 2010, nr 2; F. Mezzanotte, *Using abuse of collective dominance in article 102 TFEU to fight tacit collusion: the problem of proof and interferential error*, „World Competition" 2010, nr 1; G. Monti, *The scope of collective dominance uder article 82 EC*, „Common Market Law Review" 2001, nr 38; P. Wieczorek, *Prawne i ekonomiczne aspekty kolektywnej dominacji*, „Przegląd Prawa Handlowego" 2011, nr 7.

każdy z krajów europejskich posiada od ok. 4 do 6 operatorów sieci ruchomych, oferowane produkty są homogeniczne, ze względu na cenową strukturę rynku konkurujące ze sobą podmioty są niemalże natychmiast wrażliwe na zmiany cen, koszty produkcji są podobne, rynek cechuje długoterminowa relacja między nabywcą a dostawcą, rynek jest stosunkowo ustabilizowany, a podmioty usatysfakcjonowane swoimi udziałami w rynku[2].

Poniżej przedstawione zostaną dwie decyzje hiszpańskich organów[3]. Analiza poprzedzona zostanie krótkim opisem sytuacji rynkowej hiszpańskiego sektora telekomunikacyjnego.

II. Sytuacja rynkowa hiszpańskiego sektora telekomunikacyjnego

Spółki *Telefónica de España S.A.U.* (TESAU) oraz *Telefónica Móviles de España S.A.U.* (TME), działające na rynku hiszpańskim, należą do Grupy *Telefónica* – jednej z największych spółek telekomunikacyjnych, obecnej w 25 krajach świata. TESAU świadczy usługi telefonii stacjonarnej, natomiast TME świadczy usługi telefonii ruchomej. TME zaczęło świadczyć swojego usługi na rynku hiszpańskim w lipcu 1995 r., natomiast w październiku działalność taką rozpoczął tam *Vodafone España S.A.U* (Vodafone). W 1998 r. na rynek weszła spółka *France Telecom España S.A.* (Orange). W roku 2006, *Xferia Mobiles S.A.* (obecnie Yoigo) zaczęła świadczyć usługi telefonii ruchomej. W 2010 r. oprócz ww. czterech operatorów, na rynku działało jeszcze wielu operatorów wirtualnych – OMV. Euskaltel jest przedsiębiorcą działającym na terenie Kraju Basków, świadczącym usługi telefonii stacjonarnej, ruchomej, dostępu do Internetu i telewizji multimedialnej.

Organ nadzoru telekomunikacyjnego (*Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*, CMT) 2 lutego 2006 r. wydał decyzję w sprawie definicji rynku dostępu i rozpoczynania połączeń w sieciach telefonii ruchomej, w sprawie analizy tego rynku oraz wyznaczenia operatorów posiadających znaczącą siłę rynkową i w sprawie propozycji nałożenia obowiązków (Decyzja CMT)[4]. W Decyzji CMT stwierdzono, że TME, Vodafone, Orange (Trzej Operatorzy) posiadają na rynku dostępu i rozpoczynania połączeń kolektywną znaczącą pozycję rynkową. W uzasadnieniu CMT wskazało na: niewielką liczbę graczy rynkowych, duży stopień koncentracji rynku, wysokie bariery wejścia na rynek (w szczególności bariery prawne w zakresie dostępu do częstotliwości używanych w sieciach ruchomych, co implikuje, że stanowią one urządzenia kluczowe). CMT wskazało również na motywację operatorów do ujednolicenia swoich działań rynkowych i utrzymania status quo oraz na łatwość wykrycia ewentualnego odejścia od ustalonej strategii, jak i istnienie mechanizmów sankcjonujących. Decyzja regulatora była przywoływana przez organ zarówno baskijski, jak i hiszpański na poparcie wniosków dotyczących charakterystyki rynku.

III. Decyzja baskijskiego organu ochrony konkurencji

Baskijski organ ochrony konkurencji (*Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia*, TVDC) 11 lutego 2010 r. wydał decyzję stwierdzającą, że spółki z Grupy *Telefónica* (tj. TESAU w zakresie połączeń telekomunikacyjnych w sieci stacjonarnej, jak i TME w zakresie połączeń

[2] P.S. Ryan, *European competition law, joint dominance and the wireless oligopoly problem*, „Columbia Journal of European Law" 2005, nr 11.

[3] Zgodnie z art. 12 i 13 hiszpańskiej ustawy o ochronie konkurencji 15/2007 z 3 lipca 2007 r., organami właściwymi do stosowania ustawy są hiszpański organ ochrony konkurencji – *Comisión Nacional de la Competencia (CNC) wykonujący swoje funkcje na terytorium całego kraju, jak również organy wspólnot autonomicznych (hiszp. Comunidad Autónoma) wykonujące swoje funkcje na terytorium tychże wspól*not.

[4] Decyzja TVDC z 11.02.2010 r. nr 12/2009 Telefónica, dostępne na: http://www.ogasun.ejgv.euskadi.net/r51-14000/es/contenidos/informacion/resoluciones/es_resoluci/adjuntos/RESOLUCION%20NO%20CONFIDENCIAL%20TELEFONICA.pdf.

telekomunikacyjnych w sieci ruchomej) nadużywały pozycji dominującej (odpowiednio indywidualnej i kolektywnej) przez stosowanie cen wyższych za połączenia telefoniczne skierowane do abonentów sieci Euskaltel, aniżeli za połączenia kierowane do sieci innych operatorów[5].

Organ oceniając posiadanie kolektywnej pozycji dominującej przez TME, Orange oraz Vodafone na rynku detalicznym telefonii ruchomej, stwierdził, że spółki te działają w wąskim oligopolu i że w analizowanym przypadku spełnione zostały trzy warunki wymagane dla stwierdzenia kolektywnej dominacji, tj. przejrzystość rynku, istnienie mechanizmów sankcjonujących oraz brak presji konkurencyjnej – w tym również brak przeciwważącej siły nabywczej. Dokonując analizy, TVDC wziął pod uwagę takie kryteria, jak: bardzo wysoki poziom skoncentrowania rynku; przejrzystość rynku; brak zewnętrznej presji konkurencyjnej; istnienie mechanizmów sankcjonujących; okoliczność, że operatorzy byli zobligowani regulacją sektorową do informowania z 30-dniowym wyprzedzeniem o planowanych zmianach cen taryf i fakt, że informacje takie zamieszczane były również w Internecie. W ocenie TVDC, na rynku istniały znaczne prawne, strategiczne i ekonomiczne bariery wejścia na rynek. W okresie właściwym dla naruszenia żaden z alternatywnych operatorów nie mógł stanowić konkurencji dla TME, Vodafone i Orange ze względu konieczność korzystania z usług Trzech Operatorów na rynkach wyższego rzędu. Dodatkowo działania takie, jak długoterminowe umowy z abonentami czy też dyskryminacja między połączeniami *on-net* i *off-net* utrudniały wejście i rozwój na rynku. W opinii TVDC symultaniczne wydłużenie okresów obowiązywania umów abonenckich stanowiło dowód występowania zachowań paralelnych na rynku. Z analizy CMT wynikało również, że warunki umowne stosowane przez TME i Vodafone operatorów były niemalże identyczne, zawierały nawet taką samą karę umowną. W okresie wejścia na rynek Yoigo i Euskaltel, TME ustaliły trzy okresy obowiązywania umów – 12, 18 i 24 miesiące. W kolejnych miesiącach Vodafone i Orange również ustaliły maksymalne okresy obowiązywania umów na 24 miesiące. TVDC zwróciło również uwagę na: identyczność taryf roamingowych Trzech Operatorów, które w roku 2007 zostały zrównane z maksymalną dopuszczalną wartością określoną Rozporządzeniem 717/2007; stosowanie dyskryminacyjnych cen połączeń *on-net* i *off--net* – w okresie naruszenia operatorzy zwiększyli zróżnicowane cen za połączenia wykonywane w ramach sieci i wykonywane do innych operatorów. TVDC zaobserwowało również, że ceny stosowane przez TME i Vodafone były jednymi z najwyższych stosowanych przez operatorów telekomunikacyjnych UE, a podobieństwo istniejące między taryfami obu operatorów było jednym z najwyższych spośród innych par głównych operatorów innych krajów UE. W konsekwencji wszystkie wymienione uprzednio okoliczności stanowiły, zdaniem TVDC, dowody na istnienie kolektywnej dominacji na rynkach detalicznych telefonii ruchomej.

Na tak wyznaczonym rynku organ stwierdził, że przedsiębiorcy dopuścili się nadużycia polegającego na stosowaniu dyskryminacyjnych cen za połączenia do sieci Euskaltel. TESAU/TME negowały antykonkurencyjny charakter praktyki, wskazując na brak strategii mającej na celu wykluczenie konkurenta, niewielki wpływ na koszty ponoszone przez abonentów spółki i ich decyzje o wykonywaniu połączeń do Euskaltel. TESAU/TME podkreślały również, że takie działanie było obiektywnie uzasadnione ze względu na praktykę Euskaltel, polegającą na ustaleniu bardzo wysokich stawek za zakańczanie połączeń. Zdaniem TESAU/TME przyjęta przez nie praktyka było

[5] Decyzja CNC z 19.12.2012 r. nr S/048/10, dostępne na: http://www.cncompetencia.es/Inicio/Expedientes/tabid/116/Default.aspx?sTipoBusqueda=3&PrPag=1&PagSel=2&Numero=S%2f0248%2f10&Ambito=Conductas.

racjonalna ekonomicznie. TVDC stwierdził, że opisywane zachowanie było w stanie utrudnić wejście na rynek i rozwój Euskaltel na rynku telefonii ruchomej. Przyczyniało się do tego: stosowanie dyskryminacyjnych taryf, które zniechęcało abonentów TESAU/TME do wykonywania połączeń do abonentów sieci Euskaltel, a w konsekwencji zmniejszenie liczby połączeń wykonywanych do sieci Euskaltel redukujące przychody spółki z opłat za zakańczanie połączeń oraz niechęć wobec wykonywania połączeń do sieci Euskaltel. Te okoliczności zmniejszały atrakcyjność sieci dla użytkowników sieci ruchomych, a w szczególności dla abonentów samej sieci Euskaltel. Dodatkowo, liczne publikacje w mediach związane z podwyżką cen za połączenia z sieci TESAU/TME do Euskaltel tworzyły wizerunek tej ostatniej jako sieci drogiej, który to wizerunek mógł wpływać negatywnie nie tylko na liczbę wykonywanych połączeń, lecz także na decyzję o zmianie sieci. TVDC analizując dane rynkowe z 2007 i 2008 r., stwierdził, że Euskaltel odczuł pogorszenie swojej sytuacji konkurencyjnej, którego przyczyną mogła być w mniejszym bądź większym stopniu praktyka stosowana przez TESAU i TME.

TVDC stwierdził, że praktyka nie mogła być obiektywnie uzasadniona asymetrią opłat za zakańczanie połączeń, jaka istniała między TESAU/TME a Euskaltel ze względu na fakt, że inne nadużycie nie może stanowić uzasadnienia dla zaangażowania się w praktykę niedozwoloną; ponadto stawki za zakańczanie połączeń stosowane przez Euskaltel miały marginalny wpływ na sytuację ekonomiczną TESAU/TME. TVDC zauważył również, że TESAU/TME nigdy nie dyskryminowało Orange wobec Vodafone, pomimo faktu, że stawki Orange za zakańczanie połączeń były znacząco wyższe, aniżeli te stosowane przez Vodafone. TVDC stwierdził, że relacja stosowanych przez TESAU/TME cen do kosztów ponoszonych za zakańczanie połączeń była dyskryminacyjna wobec Euskaltel, a asymetria stawek za zakańczanie połączeń również nie stanowi obiektywnego uzasadnienia. Mając na uwadze powyższą argumentację, organ uznał, że zachowanie TESAU/TME stanowiło nadużycie pozycji dominującej.

IV. Decyzja hiszpańskiego organu ochrony konkurencji

W decyzji z 19 grudnia 2012 r. CNC stwierdził, że Trzej Operatorzy nadużywali pozycji dominującej na rynku zakańczania SMS (na którym to rynku każdy z operatorów posiadał indywidualną pozycję dominującą), przez stosowanie zawyżonych stawek za zakańczanie SMS, które to opłaty umożliwiały tym przedsiębiorcom stosowanie zawyżonych cen za usługi detaliczne[6]. Organ zidentyfikował również, że Trzej Operatorzy posiadali kolektywną pozycję dominującą na rynku dostępu i rozpoczynania SMS, jednakże nie stwierdził by zachowanie przedsiębiorców, polegające na generowaniu wysokich kosztów dostępu, stanowiło odrębne nadużycie pozycji dominującej od tego, którego Trzej Operatorzy dopuścili się na rynkach zakańczania. Praktyka taka przyczyniała się do utrzymywania zawyżonych cen za usługi detaliczne, była podejmowana przez tych samych przedsiębiorców i miała służyć tym samym celom.

Jednostka prowadząca postępowanie (*Dirección de investigación*, DI) zidentyfikowała następujące cechy rynku telefonii ruchomej, wskazujące na to, że przyjmuje on strukturę oligopolistyczną: utrzymywanie wysokich barier wejścia na rynek, homogeniczny charakter produktów telefonii ruchomej, wysoki stopień skoncentrowania rynku i stabilność udziałów rynkowych Trzech

[6] Decyzja CNC z 19.12.2012 r. nr S/048/10, dostępne na: http://www.cncompetencia.es/Inicio/Expedientes/tabid/116/Default.aspx?sTipoBusqueda=3&PrPag=1&PagSel=2&Numero=S%2f0248%2f10&Ambito=Conductas.

Operatorów, podobny stopień wertykalnej integracji, homogeniczność zachowań rynkowych polegająca na subsydiowaniu skrośnym zachodzącymi między świadczeniem poszczególnych usług telekomunikacyjnych. Jednolitość zachowań polegała na tym, że TME, Vodafone, Orange różnicowały ceny dla usług *on-net* i *off-net*. Trzej Operatorzy nie obniżali cen usług SMS, pomimo że na rynkach hurtowych, jak również detalicznych ekonomia skali, z jakiej korzystali (wynikająca ze zwiększenia poziomu świadczenia usług oraz obniżki kosztów), mogła spowodować ich obniżkę. Zauważono również, że ceny usług SMS ewoluowały w sposób mniej dynamiczny, w szczególności jeżeli porówna się je ze zmianami cen połączeń telefonicznych. DI uznała również relewantne rynki za wysoce transparentne. W odniesieniu do rynków hurtowych owa przejrzystość wynikała z konieczności świadczenia usług przyłączeniowych. W odniesieniu do rynków detalicznych przejrzystość wynikała z obowiązków nakładanych przez regulacje sektorowe, wymagające dostępności i transparentności informacji na temat cen usług. W dalszej kolejności DI wskazała na słabą rynkową pozycję siły nabywczej, a także dojrzałość rynku, m.in. w odniesieniu do penetracji rynku w zakresie dostępu do linii telefonicznych. Mając na uwadze te cechy, DI stwierdziła, że spełnione zostały kryteria dla stwierdzenia, że operatorzy posiadają pozycję dominującą na rynku detalicznym oraz hurtowym rozpoczynania SMS. DI stwierdzając powyższe, posiłkowała się argumentacją zamieszczoną w Decyzji CMT, która nie została zmieniona do dnia wydania decyzji przez CNC, a dodatkowo była potwierdzona orzeczeniem hiszpańskiego sądu wyższego *Audiencia Nacional* z 12 stycznia 2009 r.[7]

Trzej Operatorzy podnosili argumenty, że DI nie dopełniła standardów stwierdzenia istnienia kolektywnej pozycji dominującej wyznaczonych w doktrynie. W szczególności, zdaniem przedsiębiorców, DI nie udowodniła istnienia koordynacji między operatorami – brak było bowiem ujednolicenia działań rynkowych operatorów na rynkach hurtowych rozpoczynania i istniała presja konkurencyjna w celu nawiązania relacji handlowych z OMV. Dodatkowo, w opinii Trzech Operatorów, Decyzja CMT nie powinna mieć zastosowania do przeprowadzanej analizy, ponieważ nie uwzględniała ona aktualnej sytuacji rynkowej.

CNC analizując istnienie kolektywnej pozycji dominującej, stwierdziła, że jednym z niezbędnych elementów jest by TME, Orange i Vodafone posiadali łączną motywację, tj. interes w dostosowaniu i zrównaniu swojego zachowania. Przeprowadzając swoją analizę, CNC zwróciła uwagę, że bariery wejścia na rynek były nie do pokonania w analizowanym okresie. W celu rozwinięcia i obsługi własnej sieci ruchomej należało dysponować własną częstotliwością. Jest faktem, że w analizowanym okresie na rynek wszedł inny operator – Yoigo, niemniej jednak nie dysponował on siecią całkowicie rozwiniętą i potrzebował świadczenia określonych usług od Trzech Operatorów. Zdaniem CMT, bariery wejścia na rynek wzmacniane były dojrzałością rynku, wynikającą z wysokiej penetracji linii telefonicznych i częstotliwości. W takich warunkach było mało prawdopodobne by rozwijały się nowe sieci i by wzrastała liczba oferentów na rynku dostępu i rozpoczynania. CNC stoi również na stanowisku, że operatorzy dysponujący własną częstotliwością posiadają urządzenie kluczowe dla operatorów chcących świadczyć usługi na rynku niższego szczebla, co sprawia, że elastyczność popytowa jest zredukowana. Potwierdzają to twierdzenia Orange, że popyt OMV na usługi rynku rozpoczynania SMS jest sztywny. Obraz ten dopełnia okoliczność wysokich kosztów zmiany podmiotu mającego świadczyć tego typu usługi. Wszystkie powyższe

[7] Wyr. *Audiencia Nacional* z 12.01.2009 r. w sprawie nr 307/2006.

okoliczności wskazują, że TME, Orange i Vodafone dysponowali we wskazanym okresie znaczną siłą rynkową i byli w stanie ją wykorzystywać.

Zdaniem CNC, zgodnie z doktryną kolektywnej dominacji, na analizowanym rynku korzyści osiągane przez TME, Orange i Vodafone w krótkim okresie, będące efektem zachowań konkurencyjnych, nie przewyższały korzyści w długim okresie, płynących z dostosowania swoich zachowań w zakresie ofert skierowanych do OMV. Dowodem na tę okoliczność był fakt, że operatorzy nie kierowali takich ofert tak długo, jak nie zostali zobowiązani do tego przez CMT. W opinii CNC, Trzej Operatorzy mają, albo przynajmniej mieli w okresie objętym analizą, znaczące motywacje do tego by stosować wysokie ceny za usługi rozpoczynania SMS. Przez takie działania zwiększały one bowiem swoje zyski, jak również prowokowały wzrost kosztów konkurentów świadczących usługi na rynku detalicznym, wymagające usług hurtowych.

W zakresie przejrzystości rynku CNC wskazała na okoliczność, że każdy z operatorów działał jako *host* dla każdego z OMV. Wobec czego, w sytuacji, w której jeden z operatorów podejmował walkę cenową o któregoś z OMV i przyciągał go swoją ofertą, było to łatwe do wykrycia dla innych operatorów. W konsekwencji zmiana kontrahenta demaskowała strategię przyjętą przez operatora. W takiej sytuacji nie było konieczne, by operatorzy znali szczegóły oferty konkurenta, by dostosować swoje zachowanie. Dodatkowo, w sytuacji, w której OMV negocjowali z Trzema Operatorami mogły zachodzić mechanizmy *hub and spoke*. TME, Orange i Vodafone podkreślały, że OMV, by wynegocjować lepsze warunki, prowadzą rozmowy ze wszystkimi trzema operatorami. Polityka cenowa OMV mogła również wskazywać na ewentualne odejście operatora od wspólnej strategii. Agresywne praktyki cenowe OMV oznaczały, że otrzymał on korzystną ofertę otrzymywania usług rynku wyższego szczebla. Po tak przeprowadzonej analizie, CNC podzieliło konkluzje DI w zakresie posiadania przez Trzech Operatorów kolektywnej pozycji dominującej.

V. Podsumowanie

Doświadczenia hiszpańskich organów ochrony konkurencji w zakresie stwierdzania kolektywnej pozycji dominującej na rynkach telekomunikacyjnych wydają się nadzwyczaj bogate. Szczególnie rozstrzygnięcie baskijskiego organu ochrony konkurencji wydaje się być interesujące wobec postępowanie wszczętego przez UOKiK w sprawie potencjalnego nadużycia kolektywnej pozycji dominującej przez trzech głównych operatorów telefonii ruchomej, które to nadużycie, podobnie jak w decyzji baskijskiej, miałoby polegać na dyskryminacyjnym różnicowaniu cen[8]. Należy również zauważyć historia kolektywnej dominacji na hiszpańskim rynku telefonii ruchomej nie wydaje się być jednak skończona. W styczniu 2012 r., CNC wszczęła postępowanie w sprawie potencjalnego nadużycia pozycji dominującej (prawdopodobnie kolektywnej) przez Telefónica, Vodafone i Orange polegającego na zawężaniu marży i narzucaniu nieuczciwych cen zarówno na rynku dostępu i rozpoczynania połączeń ruchomych w stosunku do OMV, jak i na rynku usług detalicznych szczególnie w odniesieniu do klientów biznesowych[9].

[8] Komunikat prasowy UOKiK o wszczęciu postępowania antymonopolowego przeciwko Polkomtelowi, Polskiej Telefonii Cyfrowej oraz Polskiej Telefonii Komórkowej Centertel, 18.03.2013 r., dostępne na: http://www.uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=10304.

[9] Komunikat prasowy o wszczęciu postępowania wyjaśniającego przez Comisión Nacional de la Competencia w sprawie Telefónica Móviles, Vodafone i Orange, 04.01.2012 r., dostępne na: http://www.cncompetencia.es/Inicio/Noticias/tabid/105/Default.aspx?Contentid=442561&Pag=5.

Nemo iudex in sua causa, Komisjo?

Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE
z 6 listopada 2012 r.
w sprawie C-199/11
Wspólnota Europejska przeciwko Otis NV i inni

I. Okoliczności powstania sporu

Decyzją Komisji z 21 lutego 2007 r. zakończyło się trwające od 2004 r. postępowanie w sprawie istnienia kartelu pomiędzy czterema głównymi producentami wind oraz schodów ruchomych, tj. Otis, Kone, Schindler i ThyssenKrupp[1]. W wydanej decyzji Komisja stwierdziła, że ww. przedsiębiorstwa naruszyły art. 81 TWE (obecnie art. 101 TFUE), dzieląc między siebie przetargi i zamówienia w celu podziału rynku i ustalania cen, uzgadniając w pewnych wypadkach mechanizm kompensacji, wymieniając informacje na temat ilości sprzedaży i na temat cen, a także uczestnicząc w regularnych spotkaniach i nawiązując inne kontakty, które zmierzały do określenia wskazanych ograniczeń i do ich wprowadzenia w życie. W wydanej decyzji Komisja nałożyła grzywny, których łączny wymiar przekroczył EUR 992 000[2].

Ponieważ Unia Europejska udzieliła wskazanym w decyzji spółkom zamówień na instalację, renowację i obsługę wind i schodów ruchomych w budynkach instytucji europejskich mających swe siedziby w Belgii i Luksemburgu, powództwem z dnia 20 czerwca 2008 r. Unia Europejska (wtedy jeszcze Wspólnota Europejska) reprezentowana przez Komisję wniosła do sądu krajowego o zapłatę na jej rzecz kwoty w wysokości EUR 7.061,688 (ponadto zażądano odsetek i kosztów postępowania) tytułem szkody poniesionej wskutek praktyk antykonkurencyjnych stwierdzonych w decyzji z dnia 21 lutego 2007 r.

Wobec powstałego sporu, pozwane spółki po pierwsze zakwestionowały zdolność Komisji do reprezentowania Unii Europejskiej wobec – jak stwierdziły pozwane – braku wyraźnego pełnomocnictwa udzielonego przez inne instytucje europejskie, które miały być rzekomymi poszkodowanymi w sprawie. Po drugie, pozwane podniosły naruszenie zasady niezawisłości sądu oraz zasady równości broni, ze względu na fakt, iż – ich zdaniem – Komisja miała znajdować się w uprzywilejowanej pozycji wobec toczącego się uprzednio postępowania. Nadto, biorąc pod uwagę brzmienie art. 16 rozporządzenia nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 traktatu[3] (dalej jako rozporządzenie 1/2003), ponieważ

[1] Decyzja Komisji z 20.02.2007 r. dotycząca postępowania na mocy art. 81 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (TWE) sprawa COMP/E-1/38.823. Nadmienić należy, że adresaci decyzji dopuścili się czterech osobnych, lecz powiązanych ze sobą, pojedynczych, ciągłych naruszeń przepisów art. 81 Traktatu na terytorium Belgii, Luksemburga, Niderlandów i Niemiec, dotyczących wind i schodów ruchomych. Każde z czterech naruszeń obejmowało całe terytorium jednego z powyższych państw członkowskich.

[2] Szereg spółek wniosło w następstwie wydanej decyzji skargi o stwierdzenie jej nieważności; zob. wyroki w sprawach T138/07 *Schindler Holding i in. przeciwko Komisji* (dotychczas nieopublikowany w Zbiorze), w sprawach połączonych T141/07, T142/07, T145/07 i T146/07 *General Technic-Otis przeciwko Komisji* (dotychczas nieopublikowany w Zbiorze), w sprawach połączonych T144/07, od T147/07 do T150/07 i T154/07 *ThyssenKrupp Liften Ascenseurs przeciwko Komisji* (dotychczas nieopublikowany w Zbiorze) oraz T151/07 *Kone* i in. przeciwko Komisji.

[3] Rozporządzenie Rady (WE) nr 1/2003 z 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu (Tekst mający znaczenie dla EOG), Dz.U. L 1 z 4.1.2003, s. 1–25.

decyzja Komisji z dnia 21 lutego 2007 r. jest dla sądu krajowego wiążąca, niezachowana została również zasada *nemo iudex in sua causa*[4].

II. Pytania prejudycjalne belgijskiego sądu

W związku z podniesionymi zarzutami belgijski rechtbank van koophandel te Brussel (dalej: sąd odsyłający) postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: Trybunał) z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

1. a) Artykuł 282 TWE (obecnie art. 335 TFUE) stanowi, że Unia jest reprezentowana przez Komisję; art. 335 TFUE z jednej strony oraz art. 103 i 104 rozporządzenia finansowego[5] z drugiej – stanowią, iż Unia jest reprezentowana przez każdą z instytucji w sprawach administracyjnych związanych z funkcjonowaniem każdej z nich z takim ewentualnym skutkiem, że instytucje – wyłącznie lub nie – mogą stawać przed sądem; nie ulega wątpliwości, że zapłata zawyżonych cen na rzecz podmiotu wykonującego zamówienie będąca konsekwencją utworzenia kartelu jest objęta zakresem pojęcia „oszustwa"; w prawie belgijskim stosuje się zasadę *lex specialis generalibus derogat*; czy jeżeli ta zasada prawa znajduje również zastosowanie w prawie Unii, podjęcie inicjatywy w celu wniesienia skarg nie należało do poszczególnych instytucji (z wyjątkiem przypadków, w których Komisja sama występowała w roli podmiotu udzielającego zamówienia)?
   b) (pytanie pomocnicze) Czy Komisja nie powinna była przynajmniej dysponować pełnomocnictwem udzielonym jej przez inne instytucje w celu reprezentowania ich interesów przed sądem?
2. a) Artykuł 47 Karty praw podstawowych (dalej: Karta) i art. 6 ust. 1 europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, podpisanej w Rzymie w 4 listopada 1950 r. (dalej: EKPCz) gwarantują każdej osobie prawo do rzetelnego procesu, z czym wiąże się zasada, że nikt nie może być sędzią we własnej sprawie. Czy z zasadą tą jest zgodna sytuacja, w której Komisja najpierw występuje jako organ ochrony konkurencji i nakłada grzywnę za zarzucane zachowanie, czyli utworzenie kartelu, które stanowi naruszenie art. 81 WE (obecnie art. 101 TFUE), i uprzednio sama prowadziła dochodzenie w ramach tego postępowania, a następnie przygotowuje postępowanie w sprawie odszkodowania przed sądem krajowym i podejmuje decyzję w sprawie wniesienia skargi, przy czym ten sam członek Komisji jest odpowiedzialny za obydwie kwestie, które są ze sobą związane, a dodatkowo sąd krajowy, do którego się zwrócono, nie może zmienić decyzji o nałożeniu grzywny?
   b) (pytanie pomocnicze) W razie udzielenia odpowiedzi przeczącej na pytanie 2a, czyli stwierdzenia niezgodności, w jaki sposób poszkodowany (Komisja lub instytucje lub Unia) może

[4] Zgodnie z art. 16 rozporządzenia 1/2003 1. Jeżeli krajowe sądy orzekają w sprawie porozumień, decyzji lub praktyk na mocy art. 81 lub 82 Traktatu, które są już przedmiotem decyzji Komisji, nie mogą wydawać decyzji sprzecznych z decyzją wydaną przez Komisję. Sądy muszą również unikać wydawania decyzji pozostających w sprzeczności z decyzją rozważaną przez Komisję w trakcie postępowania, które Komisja wszczęła. W tym celu sąd krajowy może rozważyć, czy konieczne jest zawieszenie toczącego się postępowania. Obowiązek ten pozostaje bez uszczerbku dla praw i obowiązków wynikających z art. 234 Traktatu. 2. Jeżeli organy ochrony konkurencji państw członkowskich orzekają w sprawie porozumień, decyzji lub praktyk na mocy art. 81 lub 82 Traktatu, które już są przedmiotem decyzji Komisji, nie mogą wydawać decyzji sprzecznych z decyzją przyjętą przez Komisję.

5 Rozporządzenie Rady (WE, Euratom) nr 1995/2006 z 13 grudnia 2006 r. zmieniające rozporządzenie (WE, Euratom) nr 1605/2002 w sprawie rozporządzenia finansowego mającego zastosowanie do budżetu ogólnego Wspólnot Europejskich, Dz.U. L 390 z 30.12.2006, s. 1–26.

w przypadku czynu bezprawnego (utworzenia kartelu) na podstawie prawa Unii dochodzić odszkodowania, które również stanowi prawo podstawowe?”[6].

III. Rozstrzygnięcie Trybunału

W wyroku z 6 listopada 2012 r. Trybunał Sprawiedliwości odniósł się do postawionych przez sąd odsyłający pytań prejudycjalnych powstałych w związku z powództwem wniesionym przez Komisję do sądu krajowego. Wydanie wyroku poprzedziła opinia Rzecznika Generalnego Pedra Cruza Villalóna przedstawiona w dniu 26 czerwca 2012 r.[7].

Analizując ramy prawne, Trybunał oparł się przede wszystkim na regulacji traktatów, w szczególności zaś na art. 282 TWE, art. 339 TFUE oraz art. 47 TUE. Za zasadne uznano również odniesienie się do przepisów prawa pochodnego, tj. rozporządzenia 1/2003, a także rozporządzenia Rady (WE, Euratom) nr 1995/2006 z dnia 13 grudnia 2006 r. zmieniającego rozporządzenie (WE, Euratom) nr 1605/2002 w sprawie rozporządzenia finansowego mającego zastosowanie do budżetu ogólnego Wspólnot Europejskich (dalej: rozporządzenie finansowe), a także przepisach prawa krajowego, tj. belgijskiego kodeksu postępowania cywilnego oraz belgijskiego kodeksu cywilnego.

IV. Legitymacja Komisji do reprezentowania Unii Europejskiej przed sądem krajowym

Zagadnienie, wokół którego skoncentrowało się pierwsze z postawionych pytań, dotyczyło dokonania prawidłowej wykładni przepisów traktatowych, tj. art. 282 TWE oraz art. 335 TFUE. Kluczowym zatem stało się udzielenie odpowiedzi, czy wykładni ww. przepisów należy dokonywać w ten sposób, że Komisja uprawniona jest do reprezentowania Unii przed sądem krajowym w ramach wytoczonego powództwa cywilnego o naprawienie szkody wyrządzonej Unii wskutek naruszenia art. 81 TWE (art. 101 TFUE) i mogących mieć wpływ na niektóre zamówienia publiczne udzielone przez instytucje unijne, bez posiadania pełnomocnictwa udzielonego przez te instytucje[8].

Ponieważ powództwo wytoczone zostało przed wejściem w życie TFUE, konieczne okazało się zbadanie, czy przepisy TWE upoważniały Komisję do reprezentowania Wspólnoty w ramach wytoczonego powództwa, poprzednio bowiem reprezentacja Wspólnoty przed sądami krajowymi uregulowana była w art. 282 TWE. Artykuł ten stanowił, iż w każdym z państw członkowskich Wspólnota posiadała zdolność prawną i zdolność do czynności prawnych o najszerszym zakresie przyznanym przez ustawodawstwa krajowe osobom prawnym; może ona zwłaszcza nabywać lub zbywać mienie ruchome i nieruchome oraz stawać przed sądem, gdzie reprezentowana była przez Komisję[9].

[6] Zob. pkt 26 wyr. Trybunału Sprawiedliwości (wielka izba) z 6.11.2012 r. w sprawie C-199/11 (Dz.U. C 9 z 12.1.2013, s. 14–14).

[7] Opinia Rzecznika Generalnego Pedra Cruza Villalóna przedstawiona 26.06.2012 r. w sprawie C-199/11 *Unia Europejska reprezentowana przez Komisję przeciwko Otis NV, General Technic-Otis Sàrl (GTO), Kone Belgium NV, Kone Luxembourg Sàrl, Schindler NV, Schindler Sàrl, ThyssenKrupp Liften Ascenseurs NV, ThyssenKrupp Ascenseurs Luxembourg Sàrl*.

[8] Zob. pkt 27 wyr.

[9] Tak art. 282 TWE; por. też art. 335 TFUE, który stanowi, że „w każdym z (jeżeli jest to wierny cytat dokumentu mogą pozostać wielkie litery) Państw Członkowskich Unia posiada zdolność prawną i zdolność do czynności prawnych o najszerszym zakresie przyznanym przez ustawodawstwa krajowe osobom prawnym; może ona zwłaszcza nabywać lub zbywać mienie ruchome i nieruchome oraz stawać przed sądem. W tym zakresie jest ona reprezentowana przez Komisję. Unia jest jednak reprezentowana przez każdą z instytucji, z tytułu ich autonomii administracyjnej, w sprawach związanych z funkcjonowaniem każdej z nich”.

Strona pozwana stanęła w opozycji do zastosowania w przedmiotowym postępowaniu art. 282 TWE, wskazując, że norma ta ma charakter ogólny i podlega wyjątkom, o których mowa w art. 274 oraz 279 TWE. Zgodnie z argumentacją przedstawioną przez pozwane, przepisy traktatowe, o których mowa powyżej, zostały wdrożone przez rozporządzenie finansowe, którego art. 59 oraz 60 przyznają każdej instytucji Unii prawo wykonywania odpowiadającej jej części budżetu[10]. Ponadto, z regulacji przewidzianej w rozporządzeniu finansowym wynika, że wytoczenie powództwa o naprawienie szkody należy do każdej z instytucji (gdyż większość zamówień została udzielona w ich imieniu i na ich rzecz), o ile te uważają się za poszkodowane wskutek danego naruszenia[11].

Rozstrzygając powyższe zagadnienie, Trybunał wskazał na brak przepisów przejściowych dotyczących reprezentacji Unii w postępowaniach wszczętych przed sądami państw członkowskich, co opowiada się za stosowaniem art. 282 TWE w sporach zawisłych przed wejściem w życie nowego traktatu[12]. Ponadto, postanowienia rozporządzenia finansowego, na które powołała się strona pozwana stanowią – zdaniem Trybunału – jedynie zasady udzielania i wykonywania zamówień publicznych, nie zaś reguły reprezentacji Unii przed sądami państw członkowskich[13]. Tym samym przyjąć należało, że w dniu wytoczenia powództwa uprawnienie do reprezentacji Komisji przysługiwało.

Odpowiadając na pierwsze z postawionych pytań prejudycjalnych Trybunał stwierdził zatem, że wykładni prawa unijnego należy dokonywać w ten sposób, iż w okolicznościach, takich jak okoliczności sporu w postępowaniu głównym nie stoi na przeszkodzie, aby Komisja Europejska reprezentowała Unię Europejską przed sądem krajowym, do którego wniesione zostało powództwo cywilne o naprawienie szkody wyrządzonej Unii wskutek porozumienia lub uzgodnionej praktyki zakazanych na mocy art. 81 TWE (art. 101 TFUE) i mogących mieć wpływ na niektóre zamówienia publiczne udzielone przez różne instytucje i organy Unii, bez konieczności posiadania przez Komisję pełnomocnictwa udzielonego przez inne zainteresowane instytucje lub organy[14].

V. Komisja – sędzia w swojej sprawie?

Druga z kwestii, którą musiał rozstrzygnąć Trybunał, dotyczyła ustalenia czy art. 47 Karty[15] stoi w opozycji do sytuacji, w której to Komisja występuje do sądu krajowego z powództwem o naprawienie szkody wywołanej antykonkurencyjną praktyką w imieniu samej Unii przy wcześniejszym

[10] Zob. pkt 27 opinii Rzecznika, w którym stwierdzono m.in., że art. 274 TWE i 279 TWE, jak również postanowienia rozporządzenia nr 1605/2002 ustanawiają uprawnienia poszczególnych instytucji do wykonania odpowiadających im części budżetu. Wśród tych uprawnień pojawia się prawo do przyjęcia „wszelkich niezbędnych środków, w tym unieważnienia zamówienia". Natomiast art. 282 WE odnosi się wyłącznie do zdolności prawnej i zdolności do czynności prawnych Wspólnoty oraz do uprawnienia Komisji do jej reprezentacji.

[11] Zob. pkt 31 wyr.

[12] Jak czytamy w opinii Rzecznika ani art. 282 WE, ani też art. 335 TFUE nie są normami procesowymi, lecz normami materialnymi dotyczącymi wewnętrznej organizacji Unii. Za pośrednictwem tych przepisów Unia określa, która instytucja ją reprezentuje *ad extra*, włączając w to reprezentację w postępowaniach prowadzonych przed sądami krajowymi. Ponadto traktat z Lizbony nie zawiera żadnego przepisu określającego obowiązywanie w czasie art. 335 TFUE. Przy braku takich przepisów wyżej przywołany przepis wywiera jedynie skutki *pro futuro*. Co za tym idzie, należy odrzucić jakikolwiek skutek retroaktywny, tak że nie ma on wpływu na wcześniej ukształtowane stosunki prawne, w tym na stosunki sądowo-procesowe, zob. pkt 20 opinii.

[13] Pkt 33 wyr.

[14] Zob. pkt 36 wyr.

[15] Art. 47 Karty stanowi, iż „Każdy, kogo prawa i wolności zagwarantowane przez prawo Unii zostały naruszone, ma prawo do skutecznego środka prawnego przed sądem, zgodnie z warunkami przewidzianymi w niniejszym artykule.

Każdy ma prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia jego sprawy w rozsądnym terminie przez niezawisły i bezstronny sąd ustanowiony uprzednio na mocy ustawy. Każdy ma możliwość uzyskania porady prawnej, skorzystania z pomocy obrońcy i przedstawiciela.

Pomoc prawna jest udzielana osobom, które nie posiadają wystarczających środków, w zakresie w jakim jest ona konieczna dla zapewnienia skutecznego dostępu do wymiaru sprawiedliwości".

stwierdzeniu naruszenia art. 81 TWE (art. 101 TFUE) i wydaniu przez Komisję odpowiedniej decyzji. Wątpliwości takie powstały zdaniem sądu odsyłającego w związku z obawą naruszenia prawa do rzetelnego procesu (którego gwarantami są nie tylko Karta, lecz także EKPCz[16]) ze względu na okoliczność, iż na mocy art. 16 ust. 1 rozporządzenia 1/2003 decyzja Komisji dotycząca postępowania na podstawie art. 81 TWE (art. 101 TFUE) jest dla sądu krajowego wiążąca[17]. Stwierdzenie naruszenia zostałoby zatem narzucone temu sądowi decyzją wydaną wcześniej przez jedną ze stron sporu. To z kolei uniemożliwiłoby sądowi krajowemu niezwisłe zbadanie okoliczności powodujących powstanie roszczenia o naprawienie wyrządzonej szkody[18]. Ponadto, sąd odsyłający powziął wątpliwość, czy taka sytuacja procesowa nie stanowi naruszenia zasady *nemo iudex in sua causa*.

Odnosząc się do ww. zagadnień, w pierwszej kolejności Trybunał wskazał na ważność, jaką daje uprawnienie występowania do sądu z powoływaniem się na naruszenia art. 81 TWE (art. 101 TFUE), w szczególności w kontekście możliwości żądania naprawienia szkody spowodowanej przez antykonkurencyjne zachowanie[19]. Skoro zatem każda osoba uprawniona jest do wystąpienia z żądaniem naprawnienia wyrządzonej szkody, legitymację taką posiada również Unia, jednakowoż wykonywanie uprawnień winno odbywać się z poszanowaniem praw strony przeciwnej, zagwarantowanych w szczególności przez Kartę mającą zastosowanie zarówno do instytucji, organów i jednostek organizacyjnych Unii, jak i do państw członkowskich wyłącznie w zakresie, w jakim stosują one prawo Unii[20].

Trybunał podkreślił również znaczenie art. 47 Karty, który zapewnia w prawie Unii ochronę przyznaną na mocy art. 6 ust 1 EKPCz, na którą składają się w szczególności prawo do obrony, prawo dostępu do sądu oraz prawo do uzyskania porady prawnej, skorzystania z pomocy obrońcy i przedstawiciela, zaznaczył jednak, że aby sad mógł zgodnie z art. 47 Karty rozstrzygnąć w sprawie sporu dotyczącego praw i obowiązków wynikających z prawa unijnego, musi być uprawniony do zbadania wszystkich kwestii prawnych i faktycznych istotnych dla rozstrzyganego sporu[21].

Wskazując na wyrok w sprawie *Masterfoods i HB*[22] Trybunał podkreślił, że zgodnie z art.16 rozporządzenia 1/2003, jeżeli sądy krajowe orzekają w sprawie porozumień, decyzji lub praktyk w szczególności na mocy art. 81 TWE (art.101 TFUE), co do których została już wydana przez Komisję odpowiednia decyzja, nie mogą one wydawać rozstrzygnięć sprzecznych z tą decyzją. Ta sama zasada obowiązuje również w przypadku powództw wniesionych do sądów krajowych

16 Zob. art. 6 EKPCz.

17 W tym względzie na uwagę zasługuje opinia Rzecznika, który odnosząc się do drugiego z postawionych pytań prejudycjalnych, stwierdził, że to nie Komisja występuje z pozwem z tytułu odpowiedzialności do belgijskiego sądu, lecz czyni to Wspólnota, a obecnie Unia. Nie ma tu zatem do czynienia z przypadkiem, w którym Komisja wydaje decyzję, a następnie sama występuje z powództwem odszkodowawczym przeciwko osobie prywatnej, żądając naprawienia poniesionych szkód, a wręcz przeciwnie. Unia (nie zaś Komisja) nie przystępuje do postępowania przed sądem krajowym jako instytucja wykonująca władzę publiczną i zobowiązana do zapewnienia konkurencji na rynku wewnętrznym, lecz jako klient czy też konsument w stosunku do przedsiębiorstw, które najprawdopodobniej są odpowiedzialne za wyrządzenie bezprawnych szkód. Bez wątpienia Unia wykonuje swoją politykę konkurencji za pośrednictwem decyzji wdanych w oparciu o traktat. Tymczasem mamy tutaj do czynienia z powództwem cywilnym, które nie stanowi części tej polityki, lecz drogę naprawienia szkody majątkowej mającą na celu przywrócenie określonego stanu prawnego w wymiarze prywatnym. Zob. pkt 40 i 42 opinii.

18 Pkt 38 wyr.

19 Jak wskazał Trybunał, przywołując wyrok w sprawie Courage i Crehan (wyr. ETS z 20.09.2001 r. w sprawie C-453/99) takie uprawnienie umacnia bowiem funkcjonowanie unijnych przepisów dotyczących konkurencji i zniechęca do – często ukrytych – porozumień i praktyk mogących ograniczyć lub zakłócić konkurencję. Z tego punktu widzenia skargi o odszkodowanie przed sądami krajowymi mogą przyczynić się w znaczący sposób do utrzymania skutecznej konkurencji w Unii. Zob. pkt 42 wyr.

20 Pkt 45 wyr.

21 Pkt 46 wyr.

22 Wyr. ETS z 14.09.2000 r. (sprawa C-344/98).

z tytułu naprawienia szkody poniesionej wskutek porozumienia lub praktyki, których niezgodność z art. 81 TWE (art.101 TFUE) stwierdzona została decyzją tej instytucji[23]. Zasadę tę należy traktować zatem jako szczególny wyraz kompetencji w ramach Unii pomiędzy sądami krajowymi z jednej strony a Komisją i Unią z drugiej, jednak jej istnienie w żadnym stopniu nie wpływa na pozbawienie prawa do sądu pozwanych spółek[24].

Jak zauważył Trybunał, unijne prawo przewiduje system kontroli sądowej decyzji Komisji dotyczących postępowań na mocy art. 81 TWE (art. 101 TFUE)[25], który zapewnia wszystkie gwarancje wymagane przez art. 47 Karty. Decyzja Komisji może zatem zostać poddana kontroli pod względem legalności dokonywanej przez sądy Unii na podstawie art. 263 TFUE, który w ust. 1 zd. 1 stanowi, iż Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej kontroluje legalność aktów ustawodawczych, aktów Rady, Komisji i Europejskiego Banku Centralnego, innych niż zalecenia i opinie, oraz aktów Parlamentu Europejskiego i Rady Europejskiej zmierzających do wywarcia skutków prawnych wobec podmiotów trzecich[26]. Wnosząc skargę o stwierdzenie nieważności decyzji z dnia 21 lutego 2007 r., pozwane zainicjowały zatem kontrolę legalności tejże decyzji.

W odniesieniu do zarzutów strony pozwanej odnośnie kontroli legalności, zwłaszcza w szczególności ze względu na zakres uznania, które te sądy przyznają Komisji w kwestiach ekonomicznych Trybunał podkreślił, że chociaż w dziedzinach, w których zachodzi potrzeba dokonania złożonych ocen ekonomicznych, Komisja dysponuje pewnym zakresem uznania w sprawach gospodarczych, nie oznacza to, iż sąd Unii powinien powstrzymać się od kontroli dokonanej przez Komisję interpretacji danych o charakterze ekonomicznym.

Unijny sąd powinien w szczególności nie tylko zbadać materialną dokładność przytoczonych dowodów, ich wiarygodność i spójność, ale także sprawdzić, czy te dowody stanowią zbiór istotnych danych, które należy wziąć pod uwagę w celu oceny złożonej sytuacji, i czy mogą one stanowić poparcie dla wniosków wyciągniętych na ich podstawie[27].

Po drugie, jak zauważył Trybunał, do unijnego sądu należy też przeprowadzenie kontroli legalności, której dokonuje się na podstawie przeprowadzonych dowodów przedstawionych przez stronę przeciwną. W trakcie tej kontroli sąd nie może opierać się na zakresie uznania, którym dysponuje Komisja ani w odniesieniu do wyboru elementów podlegających ocenie w procesie stosowania kryteriów wymienionych w Wytycznych Komisji w sprawie metody ustalania grzywien nakładanych na mocy art. 23 ust. 2 lit. a) rozporządzenia 1/2003[28], ani w odniesieniu do oceny tych elementów[29].

[23] Pkt 50–51 omawianego wyr.

[24] Pkt 54-54 wyr.

[25] Jak podkreślił Rzecznik, monopol w zakresie kontroli ważności tych aktów (decyzji – przyp. własny), który przysługuje wyłącznie sądom Unii, byłby zagrożony, jeżeli sąd krajowy mógłby kwestionować w toku sprawy o odszkodowanie ustalenie istnienia czynu niedozwolonego stwierdzonego wcześniej w decyzji Komisji. W takich przypadkach porządek prawny Unii uprawnia sąd krajowy do wystąpienia z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym do Trybunału Sprawiedliwości w zakresie ważności takiego aktu, zachowując w ten sposób jednocześnie niezależność organu krajowego oraz jednolity i spójny charakter systemu źródeł prawa w Unii. Tak: pkt 49 opinii.

[26] Zob. art. 263 TFUE.

[27] Zdaniem Trybunału, unijne sądy winne *ex officio* zbadać, czy Komisja uzasadniła swoją decyzję, a w szczególności, czy wyjaśniła wagę i ocenę aspektów, które wzięła pod uwagę; pkt 58–60 wyr.

[28] Wytyczne w sprawie metody ustalania grzywien nakładanych na mocy art. 23 ust. 2 lit. a) rozporządzenia 1/2003 (z zastosowaniem dla Europejskiego Obszaru Gospodarczego) (Tekst mający znaczenie dla EOG), *Dziennik Urzędowy C 210, 01/09/2006 P. 0002-0005.*

[29] Pkt 61 wyr.

Po trzecie, jak stwierdził Trybunał, kontrolę legalności dopełnia zgodnie z art. 261 TFUE[30] nieograniczone prawo orzekania, nadane unijnym sądom na podstawie art. 17 rozporządzenia Rady nr 17 z dnia 6 lutego 1962 r.[31] i utrzymane w mocy przez art. 31 rozporządzenia 1/2003. Prawo to, poza zwykłą kontrolą zgodności sankcji z prawem, upoważnia sąd do zastąpienia oceny Komisji własną oceną i w konsekwencji uchylenia, zmniejszenia lub podwyższenia nałożonej grzywny[32].

Konkludując, Trybunał uznał, że kontrola przewidziana traktatami oznacza, że jest ona sprawowana przez sąd zarówno pod względem faktycznym, jak i prawnym, a także że ma prawo do oceny dowodów, stwierdzenia nieważności zaskarżonej decyzji i do zmiany wysokości grzywien. Dlatego też, kontrola legalności przewidziana w art. 263 TFUE, dopełniona nieograniczonym prawem orzekania o wysokości grzywny przewidzianym w art. 31 rozporządzenia 1/2003, zgodna jest z wymogami zasady skutecznej ochrony sądowej przewidzianej w art. 47 Karty[33].

Jak wskazał Trybunał, powództwo cywilne o naprawienie szkody, takie jak powództwo w postępowaniu głównym, wymaga – jak wynika z postanowienia odsyłającego – nie tylko stwierdzenia wystąpienia zdarzenia powodującego szkodę, lecz także istnienia szkody i bezpośredniego związku pomiędzy tą szkodą i zdarzeniem powodującym szkodę. Choć spoczywający na sądzie krajowym obowiązek niewydawania orzeczeń sprzecznych z decyzją Komisji stwierdzającą naruszenie art. 101 TFUE wymaga, aby uznał on istnienie niedozwolonego porozumienia lub niedozwolonej praktyki, należy jednak wyjaśnić, że istnienie szkody i bezpośredniego związku przyczynowego pomiędzy szkodą i porozumieniem lub praktyką, których dotyczy spór, w dalszym ciągu podlega ocenie sądu krajowego[34].

Dlatego też nawet, jeśli Komisja zobowiązana była w decyzji do ustalenia dokładnych skutków naruszenia, to do sądu krajowego należy określenie w sposób indywidualny szkody wyrządzonej każdej z osób, które wnoszą o powództwo o jej naprawienie. Tym samym za nietrafiony uznać należało zarzut, jakoby działanie Komisji było naruszeniem zasady *nemo iudex in sua causa*.

VI. Zasada równości broni

W orbicie zastrzeżeń sądu odwołującego znalazło się również potencjalne naruszenie zasady równości broni, a to ze względu na okoliczność, iż Komisja sama prowadziła dochodzenie w sprawie spornego naruszenia. Jak stwierdziły pozwane spółki, z tytułu prowadzonego wcześniej postępowania Komisja znajdowała się w uprzywilejowanej sytuacji, gromadząc dowody i informacje (w tym tajne), a także przechowując je[35]. O ile zatem Komisja miała dostęp do wszelkich informacji, o tyle nie można tego samego stwierdzić w stosunku do strony przeciwnej sporu, gdyż z założenia wgląd do informacji tajnych, stanowiących chronione tajemnice handlowe, był

[30] Zgodnie z art. 261 TFUE, rozporządzenia uchwalone wspólnie przez Parlament Europejski i Radę, i przez Radę, na mocy postanowień Traktatów, mogą przyznać Trybunałowi Sprawiedliwości Unii Europejskiej nieograniczone prawo orzekania w odniesieniu do kar przewidzianych w tych rozporządzeniach.

[31] Rozporządzenie Rady EWG nr 17 pierwsze rozporządzenie wprowadzające w życie art. 85 i 86 Traktatu, Dz. U. 13 z 21.2.1962, s. 204–211.

[32] Pkt 62 wyr.

[33] Pkt 63 wyr.; podobnie Trybunał odrzucił zastrzeżenia pozwanych dotyczące powierzenia mu kontroli sądowej ze względu na fakt, iż jest on unijną instytucją.

[34] Pkt 65 wyr.

[35] Stawiając ten zarzut, pozwane powołały się na wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (ETPC) z 24.04.2003 r. w sprawie *Yvon przeciwko Francji* (nr skargi 44962/98), w którym ETPC uznał za sprzeczny z art. 6 EKPC udział pełnomocnika rządu francuskiego w toku sądowego postępowania odwoławczego w przedmiocie ustalenia wysokości odszkodowania z tytułu wywłaszczenia. W przywołanej sprawie ETPC w szczególności wziął pod uwagę to, że stanowisko wyrażone przez pełnomocnika rządu wpływało na argumentację użytą w uzasadnieniu sądu. Zob. pkt 64–67 opinii.

ograniczony[36]. W odpowiedzi na ten zarzut Komisja stwierdziła jednak, iż oparła swoje powództwo jedynie na informacjach zawartych w publicznie dostępnej wersji decyzji z dnia 21 lutego 2007 r.[37]

Rozstrzygając powyższą kwestię, w pierwszej kolejności Trybunał podkreślił, iż zasada równości broni wiąże się z obowiązkiem przyznania każdej ze stron rozsądnej możliwości przedstawienia swojej sprawy, w tym również swoich dowodów, w warunkach niestawiających jej w wyraźnie mniej korzystnej sytuacji w stosunku do strony przeciwnej. Powołując się na opinię Rzecznika Generalnego, Trybunał wskazał, iż równość broni ma na celu zachowanie równowagi między stronami postępowania, gwarantując, by każda ze stron procesu mogła ocenić i zakwestionować każdy dokument przedstawiony sądowi. Szkoda, jaka miałaby powstać wskutek niezachowania tej równowagi, musi być co do zasady wykazana przez tego, kto ją poniósł[38]. Z postanowienia odsyłającego – jak stwierdził Trybunał – nie wynika, aby zostały przedstawione sądowi krajowemu informacje, do których w postępowaniu głównym odnosiły się pozwane, zwłaszcza w kontekście wyjaśnień Komisji dotyczących użytych przez nią dowodów i informacji. Powyższe, zdaniem Trybunału, wyklucza naruszenie zasady równości broni[39]. Za podobnie nietrafioną uznał Trybunał argumentację pozwanych w postępowaniu przed sądem krajowym, w myśl której równowaga pomiędzy stronami została naruszona ze względu na fakt, iż Komisja sama prowadziła dochodzenie w sprawie naruszenia art. 81 TWE (art. 101 TFUE), aby zażądać następnie naprawienia szkody poniesionej z powodu tego naruszenia, gdyż stoi to w sprzeczności z zawartym w art. 28 ust. 1 rozporządzenia nr 1/2003 zakazem wykorzystywania informacji zebranych w ramach dochodzenia dla innych celów[40].

Odpowiadając zatem na drugie z postawionych pytań, Trybunał stwierdził, iż art. 47 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej nie stoi na przeszkodzie temu, aby Komisja Europejska występowała w imieniu Unii Europejskiej do sądu krajowego z powództwem o naprawienie szkody poniesionej przez Unię wskutek porozumienia lub praktyki, których niezgodność z art. 81 WE lub art. 101 TFUE została stwierdzona decyzją tej instytucji.

VII. Podsumowanie

Odpowiadając na pytania belgijskiego sądu krajowego Trybunał rozstrzygnął kilka istotnych kwestii. Po pierwsze, zauważyć należy, iż Trybunał uznał legitymację Komisji do występowania w imieniu pozostałych instytucji Unii Europejskiej i to w sytuacji braku przepisów intertemporalnych (a więc uznając, że art. 282 TWE znajdował zastosowanie do postępowań toczących się przed sądami krajowymi w dniu 1 grudnia 2009 r.), a także bez konieczności posiadania odpowiedniego pełnomocnictwa.

Po drugie, wyrok Trybunału wyznaczył wyraźną linię demarkacyjną pomiędzy kompetencjami Komisji działającej na płaszczyźnie instytucjonalnej, to jest jako organ ochrony konkurencji

[36] Pkt 68–69 wyr.

[37] Jak czytamy w opinii Rzecznika, Komisja podniosła, iż służby prawne, którym powierzono zadanie obrony interesów Unii w postępowaniu przed sądem krajowym, nie kontaktowały się w żaden sposób z członkami służb prawnych odpowiedzialnymi za postępowania w dziedzinie konkurencji, a nadto, że w żaden sposób nie wykorzystała jakichkolwiek poufnych informacji ani w pozwie, ani też w żadnym innym dokumencie przedstawionym w postępowaniu cywilnym; *vide* pkt 36 i 69 opinii.

[38] Tak pkt 58 opinii Rzecznika Generalnego.

[39] Pkt 73 wyr.

[40] Pkt 74 wyr.

wydający decyzję w sprawach naruszeń konkurencji, a funkcją „pełnomocnika" Unii w sprawach dochodzenia przez nią odszkodowania z tytułu poniesionej szkody powstałej wskutek antykonkurencyjnych praktyk.

Co istotne, Trybunał wskazał również, iż fakt rozstrzygania przez Komisję w kwestii naruszeń art. 101 TFUE i późniejsze występowanie z powództwem do sądu krajowego w związku z wyrządzoną szkodą nie stanowi naruszenia zasady równości broni, gdyż na straży równowagi między stronami stoi art. 28 rozporządzenia 1/2003, niepozwalający na wykorzystywanie informacji do celów innych, aniżeli zostały zebrane. Otwartą pozostaje jednakże kwestia funkcjonowania tego postanowienia w praktyce, choć wydaje się, że udowodnienie przez stronę przeciwną braku *chinese wall*[41] w Komisji może być niemożliwe.

Ilona Szwedziak-Bork
Absolwentka WPiA UKSW.
Aplikantka adwokacka w jednej z warszawskich kancelarii
E-mail: ilona.szwedziak@gmail.com

[41] "'Chinese wall' is an internal 'wall' between two departments of a bank or other financial institution which is meant to ensure that conflicts of interest do not arise and in particular that price sensitive information does not move between different departments"; więcej na: www.finance-glossary.com.

Kontrola koncentracji – odpowiedzialność państwa za działania urzędników organu ochrony konkurencji.

Wyrok *Landgericht* Köln (Republika Federalna Niemiec) z 26 lutego 2013 r. (Az. 5 O 86/12)

1. **Sąd rejonowy w Kolonii po raz pierwszy potwierdził, iż Republika Federalna Niemiec może, co do zasady, ponosić odpowiedzialność za decyzje urzędników Federalnego Urzędu Kartelowego wydane z naruszeniem tzw. *Amtspflicht* w sprawach z zakresu kontroli koncentracji.**
2. **W omawianej sprawie powództwo GN Store Nord A/S zostało oddalone ze względu na brak winy urzędników Federalnego Urzędu Kartelowego, w szczególności w postaci niedbalstwa i niedochowania należytej staranności.**

Orzeczenie Sądu Rejonowego w Kolonii (*Landgericht* Köln, dalej: LG Köln) zapadło w sprawie związanej z wydaniem 11 kwietnia 2007 r. przez Federalny Urząd Kartelowy (*Bundeskartellamt*, dalej: BKartA) decyzji zakazującej GN Store Nord A/S (dalej: GN Store Nord), duńskiemu producentowi aparatów słuchowych i audiologicznego sprzętu diagnostycznego, zbycia na rzecz szwajcarskiej spółki Phonak AG (dalej: Phonak) spółki zależnej GN ReSound A/S odpowiedzialnej za produkcję aparatów słuchowych. W konsekwencji ww. decyzji 15 sierpnia 2008 r. Phonak wypowiedziała umowę nabycia akcji. Odwołanie Phonak oraz GN Store Nord zostało odrzucone przez Sąd Okręgowy w Düsseldorfie (*Oberlandesgericht Düsseldorf*, dalej: OLG Düsseldorf) 26 listopada 2008 r. W postanowieniu z 20 kwietnia 2010 r. Federalny Trybunał Sprawiedliwości (*Bundesgerichtshof*, dalej: BGH) uznał decyzję BKartA za sprzeczną z prawem.

GN Store Nord wystąpiła do LG Köln z powództwem, żądając od Republiki Federalnej Niemiec wypłaty odszkodowania za szkody powstałe w wyniku wydanej przez BKartA decyzji zakazującej koncentracji, tj. utraconych korzyści ze sprzedaży po uwzględnieniu wartości części GN Store Nord zajmującej się produkcją aparatów słuchowych, która pozostała jej własnością. Wartość przedmiotu sporu wyniosła około 1,1 miliarda euro.

GN Store Nord zarzuciła urzędnikom (*Beamte*) BKartA naruszenie tzw. *Amtspflicht*, tj. obowiązku dokładnego zbadania sprawy oraz starannego rozpatrzenia żądania wnioskodawcy, powołując się na § 839 ust. 1 niemieckiego kodeksu cywilnego z 18 sierpnia 1896 r. (*Bürgerliches Gesetzbuch*, dalej: BGB) oraz art. 34 niemieckiej konstytucji z 23 maja 1949 r. (*Grundgesetz*) ustanawiające odpowiedzialność odszkodowawczą Republiki Federalnej Niemiec za zawinioną w sposób umyślny lub poprzez niedbalstwo szkodę wyrządzoną osobie trzeciej poprzez działania władcze urzędnika z naruszeniem ciążącego na nim ww. obowiązku ustawowego.

Republika Federalna Niemiec wniosła o oddalenie powództwa w związku z nieudowodnieniem przez GN Store Nord winy po stronie urzędników BKartA.

Orzeczenie wydane przez LG Köln jest pierwszym, w którym niemiecki sąd potwierdził, iż Republika Federalna Niemiec może, co do zasady, ponosić odpowiedzialność za władcze

działania urzędników BKartA w sprawach z zakresu kontroli koncentracji. W omawianej sprawie LG Köln oddalił jednak powództwo GN Store Nord, uznając, że naruszenie przez urzędników BKartA ciążącego na nich *Amtspllficht* nie było zawinione, w szczególności poprzez niedbalstwo i niedochowanie należytej staranności przy wydaniu decyzji.

Możliwość poniesienia odpowiedzialności przez Republikę Federalną Niemiec LG Köln wywiódł z dwóch przesłanek, tj. (1) naruszenia przez urzędników BKartA ciążącego na nich *Amtspflicht*, gdyż wydana decyzja została uznana przez BGH za sprzeczną z prawem oraz (2) potraktowania GN Store Nord za osobę trzecią (*Dritte*) w rozumieniu §839 ust. 1 BGB, co wynika z art. 54 ust. 2 pkt 4 niemieckiej ustawy przeciwko ograniczeniom konkurencji z 27 lipca 1957 r. (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, dalej: GWB), w świetle którego zbywca akcji jest stroną postępowania antymonopolowego z zakresu kontroli koncentracji, co przesądziło, że na urzędnikach BKartA ciążył *Amtspflicht* również wobec GN Store Nord.

Pomimo niedochowania przez urzędników BKartA ich ustawowych obowiązków powództwo zostało oddalone, gdyż LG Köln (1) nie stwierdził, iż naruszenie było zawinione i nastąpiło w wyniku niedbalstwa i niedochowania staranności oraz (2) w omawianej sprawie urzędnicy BKartA przestali ponosić odpowiedzialność w związku z obowiązywaniem tzw. *Kollegialgerichts-Richtlinie* po potwierdzającym decyzję wyroku OLG Düsseldorf.

LG Köln podkreślił, iż GN Store Nord nie udowodniła winy urzędników BKartA. Według LG Köln nie istnieje domniemanie, iż wydanie decyzji uznanej za sprzeczną z prawem oznacza pominięcie przez urzędników wymaganego poziomu staranności. LG Köln uznał, iż § 839 ust. 1 BGB przewiduje istnienie obiektywnego poziomu staranności, którego dochowanie jest niezbędne przy wykonywaniu powierzonych urzędnikom zadań i do którego zapewnienia są oni zobowiązani. Interpretując prawo i podejmując się jego stosowania, urzędnicy powinni korzystać z narzędzi i środków, które pozwolą im podejmować rozsądne decyzje i dokonać oceny prawnej. Co więcej, LG Köln podkreślił, iż nie każdy błąd co do prawa może być podstawą do sformułowania zarzutu winy. W szczególności nie zawinią urzędnicy, którzy podejmą błędną decyzję po przeprowadzeniu dokładnej analizy pozwalającej zająć im podparte rozsądnymi argumentami stanowisko, dotyczące zagadnień nowych i wymagających jeszcze rozstrzygnięcia wątpliwości interpretacyjnych.

LG Köln uznał, iż urzędnikom BKartA nie można przypisać niedbalstwa i oczywistego naruszenia obowiązku dochowania staranności. GN Store Nord nie uzasadniła, dlaczego jej zdaniem urzędnicy BKartA niewystarczająco udowodnili swoje ustalenia faktyczne. LG Köln przypomniał również, iż według BGH dokonali oni prawidłowej oceny rynku właściwego oraz ustaleń faktycznych, które następnie przyjął BGH. LG Köln zauważył także, że analizowane w decyzji pojęcia istotnej konkurencji (*wesentlicher Wettbewerb*) oraz wyróżniającej pozycji rynkowej (überragende *Marktstellung*) nie są wprawdzie pojęciami nowymi, lecz nie mogą, wbrew twierdzeniom GN Store Nord, zostać uznane za „wyjaśnione w orzecznictwie BGH" (*höchstichterlich geklärt*). Co więcej, pomimo iż SPI badał już analizowaną w decyzji BKartA kwestię kolektywnej pozycji dominującej, BGH odniósł się do wskazanych przez SPI przesłanek jej wystąpienia dopiero w 2008 r., tj. po wydaniu decyzji w sprawie.

LG Köln zauważył, iż urzędnicy BKartA oparli swoje twierdzenia na rozważaniach ekonomicznych oraz ustaleniach faktycznych dokonanych w trakcie postępowania. Według LG Köln są to okoliczności z natury rzeczy podlegające pewnej swobodzie oceny i mogą różne gremia

decyzyjne prowadzić do różnych rozstrzygnięć. W związku z tym ocena różnych okoliczności może zostać uznana za niewłaściwą co najwyżej w przypadku oczywistego błędu (*evidente Irrtum*), który w omawianej sprawie nie został udowodniony przez GN Store Nord oraz nie został wskazany przez BGH w wyroku kwestionującym decyzję BKartA.

LG Köln oddalił również powództwo ze względu na *Kollegialgerichts-Richtlinie*, które zakładają, iż urzędnikowi nie można przypisać winy, gdy sąd złożony z kilku sędziów uzna jego decyzję za zgodną z prawem, co uczynił OLG Düsseldorf, odrzucając odwołanie Phonak i GN Store Nord. Zarazem LG Köln nie uwzględnił argumentów GN Store Nord wskazujących na zastosowanie wyłączeń stosowania wskazanej zasady.

Wyrok jest nieprawomocny.

Wojciech Podlasin
prawnik w kancelarii Linklaters w Warszawie

Anna Piszcz*

Przegląd zmian w polskim prawie antymonopolowym w roku 2012

Spis treści

I. Uwagi wprowadzające
II. Zmiany w kpc
III. *Soft law* Prezesa UOKiK

Streszczenie

Niniejszy artykuł stanowi kontynuację przeglądów zmian w polskim prawie antymonopolowym dotyczących lat 2010 i 2011, publikowanych w ubiegłorocznym numerze kwartalnika iKAR. Autorka poddaje w nim analizie zmiany wprowadzone w roku 2012 do regulacji prawnej dotyczącej sądowego postępowania antymonopolowego. Ponadto artykuł sygnalizuje pewne nowości w wyjaśnieniach Prezesa UOKiK, niemające charakteru prawnie wiążącego.

Słowa kluczowe: sądowe postępowanie antymonopolowe; prekluzja dowodowa; amici curiae; wyjaśnienia Prezesa UOKiK.

I. Uwagi wprowadzające

Rok 2012 należał do okresów, w których prawo antymonopolowe pozostawało stabilne. Ustawa z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej: uokik)[1] po jej ostatniej zmianie, która weszła w życie z dniem 17 maja 2011 r.[2], w roku 2012 nie podlegała dalszym zmianom. Również rozporządzenia wykonawcze do uokik nie były nowelizowane w roku 2012. Ma to związek z pracami Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (UOKiK) nad obszerną – choć nie wyczerpującą – nowelizacją uokik (obejmującymi również projekt rozporządzenia wykonawczego do uokik, dotyczącego sposobu obliczania obrotu przedsiębiorców). Rezultatem prac jest sporządzony 15 maja 2012 r. przez Prezesa UOKiK projekt założeń projektu ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów[3], przyjęty przez Radę Ministrów 20 listopada 2012 r., a także projekt ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz o zmianie innych ustaw (dalej: projekt ustawy nowelizującej uokik), datowany na 21 listopada 2012 r., a opublikowany 18 grudnia 2012 r. wraz z projektem rozporządzenia wykonawczego

* Adiunkt w Katedrze Prawa Gospodarczego Publicznego Wydziału Prawa Uniwersytetu w Białymstoku; radca prawny; e-mail: piszcz@uwb.edu.pl.

1 Dz.U. Nr 50, poz. 331, z późn. zm.

2 Zmiana ta została wprowadzona ustawą z 20.01.2011 r. o odpowiedzialności majątkowej funkcjonariuszy publicznych za rażące naruszenie prawa (Dz.U. Nr 34, poz. 173). Szerzej o tej zmianie zob. A. Piszcz, *Przegląd zmian w polskim prawie antymonopolowym w latach 2010–2011 (cz. II)*, iKAR 2012, nr 2(1), s. 91–93.

3 W międzyczasie projekt był zmieniany (16.07.2012 r. oraz 19.10.2012 r.). Projekt opublikowano w Biuletynie Informacji Publicznej Rządowego Centrum Legislacji, nr dokumentu 43452.

oraz uzasadnień obu aktów w Biuletynie Informacji Publicznej Rządowego Centrum Legislacji[4]. Projekty zostały szeroko skomentowane zarówno w procesie konsultacji społecznych przez ich uczestników, jak i na łamach „internetowego Kwartalnika Antymonopolowego i Regulacyjnego". Prace dotyczące projektów, o których mowa, są kontynuowane w 2013 r.

Z racji powyższego, w niniejszym przeglądzie zmian w prawie skupię się na zmianach w regulacji prawnej sądowego postępowania antymonopolowego. Odniosę się również do nowości w wyjaśnieniach Prezesa UOKiK, aczkolwiek podkreślenia wymaga, że wyjaśnienia te nie mają charakteru prawnie wiążącego.

II. Zmiany w kpc

Ustawą z 16 września 2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw[5] (dalej: ustawa nowelizująca kpc) dokonano szeroko zakrojonej nowelizacji ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego[6] (dalej: kpc). Ustawa nowelizująca kpc weszła w życie 3 maja 2012 r. Zmiany dotyczyły również regulacji prawnej sądowego postępowania antymonopolowego.

Przed 3 maja 2012 r. w części pierwszej („Postępowanie rozpoznawcze") księdze pierwszej („Proces") tytule VII („Postępowania odrębne") kpc, dział IVa, dodany w 1989 r., dotyczył postępowania w sprawach gospodarczych. Od 13 kwietnia 1990 r. dzielił się on na dwa rozdziały, jeden zawierający przepisy ogólne i drugi, dotyczący początkowo postępowania w sprawach z zakresu przeciwdziałania praktykom monopolistycznym, a od 5 grudnia 1997 r. – również postępowania w sprawach z zakresu regulacji energetyki. W 2000 r. w dziale IVa dodano rozdział trzeci, dotyczący postępowania w sprawach o uznanie postanowień wzorca umowy za niedozwolone. Z dniem 1 kwietnia 2001 r. rozdział drugi w dziale IVa został zatytułowany jako „Postępowanie w sprawach z zakresu ochrony konkurencji", a ponadto dodano kolejne rozdziały: czwarty, dotyczący postępowania w sprawach z zakresu regulacji energetyki; piąty, dotyczący postępowania w sprawach z zakresu regulacji telekomunikacji[7] i szósty, dotyczący postępowania w sprawach z zakresu regulacji transportu kolejowego. Wydzielenie w dziale IVa przepisów ogólnych spowodowało, że przepisy te miały walor postanowień wspólnych dla wszystkich przepisów zawartych w rozdziałach od drugiego do szóstego[8].

Art. 1 pkt 46 ustawy nowelizującej kpc uchylił z dniem 3 maja 2012 r. rozdział pierwszy w dziale IVa. Jednocześnie dział IVa zatytułowano jako „Postępowanie w sprawach z zakresu ochrony konkurencji" (pkt 45) i uchylono oznaczenie „Rozdział 2" oraz tytuł tego rozdziału (pkt 47). Dotychczasowy rozdział 3 oznaczono jako dział IVb (pkt 49), rozdział 4 – jako dział IVc, rozdział 5 – jako dział IVd, a rozdział 6 – jako dział IVe (pkt 52). Dodać należy, że Rada Ministrów jako projektodawca ustawy nowelizującej kpc w pierwszej wersji jej projektu zademonstrowała plany o wiele dalej idące, gdyż chciała przekazać sprawy z odwołania od decyzji organów regulacyjnych do kompetencji sądów administracyjnych, pozostawiając we właściwości Sądu Okręgowego

[4] Numer z Wykazu Prac Legislacyjnych Rady Ministrów UD60.

[5] Dz.U. Nr 233, poz. 1381.

[6] Dz.U. Nr 43, poz. 296, z późn. zm.

[7] Od 24.08.2003 r. również poczty.

[8] „W sprawach antymonopolowych w zakresie postępowania przed Sądem Ochrony Konkurencji i Konsumentów zastosowanie mają przede wszystkim art. 479^{28}–479^{35} k.p.c., w kwestiach nieuregulowanych natomiast art. 479^{1}–479^{27} k.p.c."; tak M. Szydło, Ł. Błaszczak, *Sprawa antymonopolowa jako przykład sprawy administracyjnej oraz sprawy gospodarczej*, „Przegląd Sądowy" 2005, nr 7–8, s. 145.

w Warszawie – sądu ochrony konkurencji i konsumentów (dalej: SOKiK) jedynie sprawy z zakresu ochrony konkurencji (przy czym przepisy regulujące postępowanie w tych sprawach miałyby być przeniesione do uokik) oraz sprawy o uznanie postanowień wzorca umowy za niedozwolone[9]. Nie doszło jednak do realizacji tych zamierzeń[10].

Wprowadzone zmiany oznaczają, że szereg rozwiązań szczególnych (w porównaniu do obowiązujących w „zwykłych" sprawach cywilnych) wynikających z przepisów ogólnych o postępowaniu w sprawach gospodarczych nie znajdzie już zastosowania w sprawach z zakresu ochrony konkurencji i innych rozpoznawanych przez SOKiK. Istotne w tym kontekście są jednak przepisy przejściowe ustawy nowelizującej kpc. Zgodnie z jej art. 9 ust. 7, w sprawach z zakresu ochrony konkurencji, regulacji energetyki, regulacji telekomunikacji i poczty oraz regulacji transportu kolejowego przepisy art. 479^{1}–479^{2}, art. 479^{4}, art. 479^{6} i art. 479^{6a}, art. 479^{8}, art. 479^{9}–479^{14b}, art. 479^{16}–479^{19a} oraz art. 479^{22} kpc stosuje się nadal, jeżeli decyzja prezesa właściwego urzędu (Prezesa UOKiK, Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki, Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej, Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego) wydana została przed dniem wejścia w życie ustawy nowelizującej kpc. Zatem w sprawach rozpoznawanych począwszy od 3 maja 2012 r. zarówno sąd, organ administracji, jak i powód powinni mieć świadomość tego, że sprawy rozpoznawane przez sąd dzielą się na dwie grupy: rozpoznawane na starych (szczególnych) zasadach i rozpoznawane na nowych (zwykłych) zasadach, przy czym o zaliczeniu sprawy do danej grupy decyduje data wskazana w decyzji administracyjnej jako data wydania decyzji. W praktyce rozpoznanie sprawy przed SOKiK trwa nawet powyżej dwóch lat, zatem należy spodziewać się, że po upływie roku 2013 czy 2014 mogą zdarzać się przypadki, w których SOKiK będzie w dalszym ciągu procedował w oparciu o stare zasady.

Jakie rozwiązania nie znajdą zastosowania w przypadku postępowania przed SOKiK w sprawach z zakresu ochrony konkurencji rozpoznawanych na nowych zasadach i czym będą zastąpione? Przede wszystkim, w postępowaniu w tych sprawach nie będzie obowiązywała kodeksowa prekluzja dowodowa (art. 479^{12} § 1 lub art. 479^{14} § 1–2 kpc). Dla powoda wnoszącego do SOKiK odwołanie od decyzji wydanej w sprawie antymonopolowej zasada prekluzji dowodowej oznaczała, że powód był obowiązany podać w odwołaniu wszystkie twierdzenia oraz dowody na ich poparcie pod rygorem utraty prawa powoływania ich w toku postępowania, chyba że wykazał, że ich powołanie w odwołaniu nie było możliwe albo że potrzeba powołania wynikła później. W tym przypadku dalsze twierdzenia i dowody na ich poparcie musiały być powołane w terminie dwutygodniowym od dnia, w którym powołanie ich stało się możliwe lub wynikła potrzeba ich powołania. Z tego powodu w praktyce SOKiK niejednokrotnie oddalał wnioski dowodowe zgłoszone po wniesieniu odwołania (np. dopiero na rozprawie[11]) jako spóźnione, jeżeli powód nie wykazał, że powołanie dowodu w odwołaniu nie było możliwe albo że potrzeba jego powołania wynikła później. Z kolei Prezes UOKiK zobowiązany był do podania w odpowiedzi na odwołanie, wszystkich twierdzeń, zarzutów oraz dowodów na ich poparcie pod rygorem utraty prawa powoływania ich w toku postępowania, chyba że wykazał analogiczne przesłanki[12]. W tym przypadku dalsze twierdzenia

[9] Sejm RP VI kadencji, *Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw*, druk nr 4332, dostępne na: http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/0/46931DF8C9071DE8C12578B1003FF809/$file/4332.pdf (dostęp 7.03.2013 r.), s. 53.

[10] Zob. też T. Szanciło, *Właściwość sądu gospodarczego po zmianach kodeksu postępowania cywilnego*, „Radca Prawny" 2012, nr 123 (marzec), s. 5D–6D.

[11] Zob. np. wyr. SOKiK z 1.03.2011 r., XVII AmA 87/09, niepubl.

[12] Zob. też Ł. Błaszczak, [w:] T. Skoczny, A. Jurkowska, D. Miąsik (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2009, s. 1810.

i dowody na ich poparcie musiały być powołane w terminie dwutygodniowym od dnia, w którym powołanie ich stało się możliwe lub powstała potrzeba ich powołania.

Procedowanie SOKiK na nowych zasadach jest wolne od kodeksowej prekluzji dowodowej. Warto zaznaczyć, że w toku uzgodnień dotyczących projektu ustawy nowelizującej kpc Prezes UOKiK wnosił o pozostawienie dotychczasowej zasady prekluzji dowodowej odnośnie do spraw z zakresu ochrony konkurencji i konsumentów, powołując się na odmienność spraw z zakresu ochrony konkurencji i konsumentów powodowaną stojącą za tymi sprawami istotną potrzebą ochrony interesu publicznego. Projektodawca (a za nim ustawodawca) uznał jednak, że nowa regulacja, dzięki jej rygoryzmowi i elastyczności, będzie w stanie zapewnić sprawny tok postępowania także w tej grupie spraw[13]. Odmienność tej grupy spraw uznano natomiast za argument przemawiający za tym, by w odniesieniu do nich dążyć do ich stopniowego usuwania z ram postępowania cywilnego.

W postępowaniu prowadzonym przez SOKiK na nowych zasadach decydujące znaczenie w zakresie gromadzenia materiału dowodowego i jego selekcji z uwagi na czas jego dostarczenia sądowi mają art. 217 i art. 207 kpc. Art. 217 § 1 kpc stanowi, że strona może aż do zamknięcia rozprawy przytaczać okoliczności faktyczne i dowody na uzasadnienie swoich wniosków lub dla odparcia wniosków i twierdzeń strony przeciwnej. Z kolei § 2 nakazuje sądowi pomijać spóźnione twierdzenia i dowody, chyba że strona uprawdopodobni, że nie zgłosiła ich we właściwym czasie bez swojej winy lub że uwzględnienie spóźnionych twierdzeń i dowodów nie spowoduje zwłoki w rozpoznaniu sprawy albo że występują inne wyjątkowe okoliczności. W uzasadnieniu projektu ustawy nowelizującej kpc podkreślono, że nie jest to system prekluzji, gdyż wykluczenie spóźnionych przytoczeń nie następuje z mocy prawa, lecz na mocy decyzji sądu i od oceny sądu zależeć będzie czy strona powołała twierdzenia lub dowód we właściwym czasie, czy też uczyniła to zbyt późno. Ustalenie zasad dostarczenia sądowi materiału dowodowego przez podmiot wnoszący do SOKiK odwołanie od decyzji Prezesa UOKiK staje się jednak trudniejsze, gdy zestawimy art. 217 § 1–2 kpc z art. 207 kpc. Z art. 207 § 3 kpc wynika, że: „Przewodniczący może także przed pierwszym posiedzeniem wyznaczonym na rozprawę zobowiązać strony do złożenia dalszych pism przygotowawczych, oznaczając porządek składania pism, termin, w którym należy je złożyć, i okoliczności, które mają być wyjaśnione. W toku sprawy złożenie pism przygotowawczych następuje tylko wtedy, gdy sąd tak postanowi, chyba że pismo obejmuje wyłącznie wniosek o przeprowadzenie dowodu. Sąd może wydać postanowienie na posiedzeniu niejawnym". W tego rodzaju wypadkach przewodniczący lub sąd mogą wysłuchać strony na posiedzeniu niejawnym (§ 4). Pismo przygotowawcze złożone z naruszeniem § 3, podobnie jak spóźniona odpowiedź na pozew, podlega zwrotowi (§ 7)[14]. Z kolei § 6 stanowi, że sąd pomija spóźnione twierdzenia i dowody, chyba że strona uprawdopodobni, że nie zgłosiła ich w pozwie, odpowiedzi na pozew lub dalszym piśmie przygotowawczym bez swojej winy lub że uwzględnienie spóźnionych twierdzeń i dowodów nie spowoduje zwłoki w rozpoznaniu sprawy albo że występują inne wyjątkowe okoliczności. Jest to rozwiązanie w pewnym stopniu podobne do uchylonych art. 479^{12} § 1 i art. 479^{14}

[13] Sejm RP VI kadencji, *Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie*…, s. 53–54.

[14] W uzasadnieniu projektu ustawy nowelizującej kpc stwierdzono jednak, że zwrot odpowiedzi na pozew lub pisma przygotowawczego nie wyklucza prezentowania twierdzeń i dowodów przez stronę na rozprawie z zachowaniem reguł wynikających z art. 217 kpc. Zatem strona może je prezentować aż do zamknięcia rozprawy, ale sąd pominie spóźnione twierdzenia i dowody za zasadach określonych w art. 217 § 2 kpc. Zob. Sejm RP VI kadencji, *Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie*…, s. 16.

§ 2 kpc, jednakże katalog przesłanek uwolnienia się od skutków opóźnienia jest obecnie szerszy, a przy tym nie jest konieczne wykazanie zaistnienia danej przesłanki, lecz wystarczy jego uprawdopodobnienie. Zgodnie z art. 207 § 5 kpc, zarządzając doręczenie pozwu, odpowiedzi na pozew lub złożenie dalszych pism przygotowawczych, przewodniczący albo sąd, jeżeli postanowił o złożeniu pism przygotowawczych w toku sprawy, pouczają strony o treści art. 207 § 6 kpc. Ponadto art. 210 § 2^1 kpc przewiduje obowiązek pouczenia przez sąd strony występującej w sprawie bez adwokata, radcy prawnego, rzecznika patentowego lub radcy Prokuratorii Generalnej Skarbu Państwa o treści m.in. art. 207 i 217 kpc.

Restrykcyjna wykładnia powyższych przepisów może prowadzić do wniosku, że w istocie dla przedsiębiorców niewiele się zmieniło w kwestii dostarczania SOKiK materiału dowodowego. Przedsiębiorca w dalszym ciągu musi podać w odwołaniu wszystkie twierdzenia oraz dowody (choć brak jest przepisu, który stwierdzałby to wprost jak art. 479^{12} § 1 kpc), gdyż nie ma żadnej gwarancji, że przewodniczący zobowiąże strony do złożenia dalszych pism przygotowawczych. Jeśli przewodniczący nie skorzysta z tego uprawnienia, przedsiębiorca po otrzymaniu odpowiedzi na odwołanie będzie mógł jedynie złożyć pismo obejmujące wyłącznie wnioski o przeprowadzenie dowodów, a i to z niewiadomym rezultatem ze względu na brzmienie art. 217 § 2 kpc. To do tych pism (jeśli zostaną złożone) oraz odwołania i odpowiedzi na odwołanie w praktyce może ograniczyć się wymiana pism w sprawie[15]. Wydaje się zatem, że nowe rozwiązania *de facto* są „sędziowską prekluzją dowodową", różniącą się od uprzedniej prekluzji kodeksowej tym, że jest ona rozciągnięta również na strony, które nie są przedsiębiorcami[16].

W literaturze pojawiają się rozbieżne interpretacje nowych przepisów. Z jednej strony dawane jest pierwszeństwo art. 207 kpc przed art. 217 kpc[17]. Z drugiej zaś – wyrażono pogląd, że reguły pomijania spóźnionych twierdzeń i dowodów nie powinny obowiązywać w stosunku do sytuacji, w której strona nie powołała pewnych twierdzeń w pozwie (czyli w odwołaniu od decyzji w sprawach przed SOKiK), bo skoro w postępowaniu w pierwszej instancji nie obowiązuje przymus adwokacko-radcowski, powód nie musi dysponować wiedzą o treści art. 207 i 217 kpc, dopóki nie zostanie o niej pouczony[18]. Co ciekawe, w uzasadnieniu projektu ustawy nowelizującej kpc podkreślono, że profesjonalizmu w dziedzinie, którą zajmuje się strona postępowania, w tym także w dziedzinie działalności gospodarczej, nie należy transponować w sferę postępowania cywilnego, gdyż w tym ostatnim wypadku chodzi jednak o profesjonalizm w zakresie wiedzy prawniczej i jej praktycznego stosowania[19]. Restrykcyjna wykładnia art. 207 i art. 217 kpc nie wpisywałaby w ten ton rządowego projektodawcy. Pozostaje oczekiwać na wykładnię sądową nowych przepisów.

Z uchyleniem innego przepisu – art. 479^4 kpc – jest natomiast związane zwiększenie nacisku na tzw. informacyjne wysłuchanie stron, które w sprawach gospodarczych miało bardzo ograniczone znaczenie, zwłaszcza że wyłączone było zastosowanie w tych sprawach art. 212 zd. 2–3 kpc[20]. Obecnie również w sprawach przed SOKiK (rozpoznawanych na nowych zasadach) ma

[15] „(…) całe postępowanie sprowadzi się li tylko do pozwu i odpowiedzi na pozew (…)"; P. Kosiński, *Prekluzja dla wszystkich*, „Radca Prawny" 2012, nr 124 (kwiecień), s. 29.

[16] Por. A. Piszcz, *Still-unpopular Sanctions: The Private Antitrust Enforcement Developments in Poland after the 2008 White Paper*, YARS 2012, nr 5(7), s. 72.

[17] Tak J. Mucha, *Ciężar wspierania postępowania i granice dyskrecjonalnej władzy sędziego w świetle znowelizowanych przepisów Kodeksu postępowania cywilnego*, „Radca Prawny" 2012, nr 126 (czerwiec), s. 3D.

[18] P. Telenga, *Komentarz do art. 217 Kodeksu postępowania cywilnego*, LEX 2012.

[19] Sejm RP VI kadencji, *Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie*…, s. 7.

[20] Zob. też T. Szanciło, *Pozycja procesowa przedsiębiorcy po zmianach Kodeksu postępowania cywilnego*, „Radca Prawny" 2012, nr 125 (maj), s. 14D.

zastosowanie w całości znowelizowany art. 212 kpc, który w § 1 stanowi, że: „Sąd na rozprawie przez zadawanie pytań stronom dąży do tego, aby strony przytoczyły lub uzupełniły twierdzenia lub dowody na ich poparcie oraz udzieliły wyjaśnień koniecznych dla zgodnego z prawdą ustalenia podstawy faktycznej dochodzonych przez nie praw lub roszczeń. W ten sam sposób sąd dąży do wyjaśnienia istotnych okoliczności sprawy, które są sporne". Ponadto w razie uzasadnionej potrzeby przewodniczący może udzielić stronom niezbędnych pouczeń, a stosownie do okoliczności zwraca uwagę na celowość ustanowienia pełnomocnika procesowego (§ 2).

Kolejny istotny uchylony przepis to art. 479^{10} kpc, zgodnie z którym sąd na wniosek strony zarządzał odbycie posiedzenia lub jego części przy drzwiach zamkniętych także wtedy, gdy mogły być ujawnione okoliczności stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Szczęśliwie dla przedsiębiorców, ustawodawca nie zrezygnował jednak z powyższego rozwiązania, lecz przeniósł treść uchylonego przepisu do art. 153 kpc, umieszczając ją w dodanym § 1^1.

Zrezygnowano natomiast z rozwiązania zawartego w art. 479^9 § 1 kpc, w świetle którego w toku sprawy strona reprezentowana przez adwokata, radcę prawnego, rzecznika patentowego lub Prokuratorię Generalną Skarbu Państwa była obowiązana doręczać odpisy pism procesowych (z wyjątkiem wymienionych w § 2) z załącznikami bezpośrednio stronie przeciwnej niezależnie od tego czy strona przeciwna była reprezentowana przez profesjonalnego pełnomocnika, czy też nie. Po zmianie obowiązek bezpośredniego doręczania pism stronie przeciwnej powstaje jedynie w tych sprawach przed SOKiK, które są objęte zakresem art. 132 § 1 kpc. Bezpośrednio doręczają więc pisma profesjonalni pełnomocnicy stron sobie nawzajem. Strona niemająca takiego pełnomocnika otrzymuje pisma innej strony za pośrednictwem sądu.

Zrezygnowano również z instrukcyjnego terminu wydania wyroku, ustalonego w art. 479^{16} kpc jako maksymalnie trzy miesiące od daty złożenia pozwu. W sprawach przed SOKiK w praktyce w terminie trzech miesięcy od daty doręczenia odwołania w sposób wskazany w art. 479^{28} § 2 kpc (czyli Prezesowi UOKiK, który przekazuje odwołanie do SOKiK) nie tylko nie zapadał wyrok. Czasami termin ten nie był wystarczający nawet na przekazanie przez Prezesa UOKiK do SOKiK odwołania wraz z aktami sprawy na podstawie art. 81 ust. 2 uokik.

Uchylony został również art. 479^{6a} kpc dotyczący podmiotów uprawnionych do przedstawiania sądowi istotnego dla sprawy poglądu (tzw. przyjaciele sądu; *amici curiae*). Treść uchylonego artykułu została przeniesiona do dodanego art. 479^{29a} kpc. Jego § 1 otrzymał następujące brzmienie: „Jeżeli przepisy odrębne przyznają określonym podmiotom, które nie uczestniczą w sprawie, uprawnienie do przedstawiania sądowi istotnego dla sprawy poglądu, do podmiotów tych stosuje się odpowiednio art. 63. Jednak na wniosek podmiotu uprawnionego sąd może zezwolić, aby pogląd został przedstawiony także ustnie na rozprawie". Na wniosek podmiotu uprawnionego sąd udostępnia akta sprawy w zakresie niezbędnym do przedstawienia poglądu (§ 2). Nowa lokalizacja przepisu, o którym mowa, nie jest jednak prawidłowa. Zakres działania „przyjaciół sądu" ograniczono bowiem do przedstawiania ich poglądów w sprawach pomiędzy przedsiębiorcą a Prezesem UOKiK rozpoznawanych przez SOKiK. Natomiast przed wskazaną zmianą, art. 479^{6a} kpc stanowił ogólną podstawę działania tych podmiotów m.in. w sporach pomiędzy przedsiębiorcami o roszczenia wynikające z prowadzonej działalności gospodarczej. Zatem hipotetycznie (gdyby tak stanowiły przepisy odrębne[21]), takim „przyjacielem sądu" mógłby być organ antymonopolowy

[21] I to również wymaga uzupełnienia.

w sprawie z zakresu tzw. prywatnego egzekwowania prawa antymonopolowego (*private antitrust enforcement*)[22]. Wobec powyższego, słusznie w projektowanym art. 2 pkt 4 ustawy nowelizującej uokik postuluje się, by obecnie obowiązujący art. 479^{29a} kpc uchylić, a jego treść przenieść (z niezbędnymi modyfikacjami) do art. 63 kpc jako jego § 2 i 3.

Wśród omawianych zmian kpc zabrakło natomiast zmiany art. 479^{29} kpc w zakresie jego § 2, zgodnie z którym w postępowaniu przed sądem ochrony konkurencji i konsumentów mogą brać udział, jako uczestnicy, podmioty dopuszczone do udziału w postępowaniu przed Prezesem UOKiK jako podmioty zainteresowane. Kategorię podmiotów zainteresowanych dopuszczanych do udziału w postępowaniu przed Prezesem UOKiK przewidziano w art. 87 uokik z 2000 r.[23] Rozwiązania tego nie przeniesiono jednak do uokik, która zastąpiła swą poprzedniczkę z 2000 r. Zatem art. 479^{29} § 2 kpc jest obecnie przepisem martwym. Jego uchylenie zostało zaproponowane dopiero w projekcie ustawy nowelizującej uokik (w jej art. 2 pkt 3).

III. *Soft law* Prezesa UOKiK

W świetle art. 32 ust. 4 uokik, w wydawanym przez Prezesa UOKiK Dzienniku Urzędowym Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów zamieszcza się m.in. wyjaśnienia mające istotne znaczenie dla stosowania przepisów w sprawach objętych zakresem działania Prezesa UOKiK[24]. W roku 2012 Prezes UOKiK opublikował dwa tego rodzaju dokumenty sporządzone w lipcu 2012 r., oba w pierwszym i jedynym w tym roku numerze Dziennika Urzędowego z 1 sierpnia 2012 r. Pod pozycją 1 ogłoszono „Wyjaśnienia dotyczące oceny przez Prezesa UOKiK zgłaszanych koncentracji", natomiast pod pozycją 2 – „Wyjaśnienia w sprawie wydawania decyzji zobowiązującej w sprawach praktyk ograniczających konkurencję oraz praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów".

„Wyjaśnienia dotyczące oceny przez Prezesa UOKiK zgłaszanych koncentracji" stanowią obszerny dokument, zajmujący w Dzienniku Urzędowym ponad 42 strony. Stanowią uzupełnienie opublikowanych w roku 2011 „Wyjaśnień w sprawie kryteriów i procedury zgłaszania zamiaru koncentracji Prezesowi UOKiK"[25]. Dokument z 2012 r. dzieli się na dwie części, z których pierwsza dotyczy rynku właściwego, a druga – wpływu koncentracji na konkurencję. W świetle art. 18–20 uokik, wydanie przez Prezesa UOKiK decyzji udzielającej bezwarunkowej zgody na dokonanie koncentracji albo decyzji udzielającej zgody warunkowej bądź decyzji zakazującej dokonania koncentracji zależy bowiem od tego czy w wyniku koncentracji konkurencja na rynku nie zostanie, czy też zostanie istotnie ograniczona. W pierwszej części Wyjaśnień Prezes UOKiK objaśnia pojęcia, takie jak rynek produktowy, substytucyjność popytowa, substytucyjność podażowa, asymetryczność substytucji, a także rynek geograficzny. W drugiej części Wyjaśnień Prezes UOKiK porusza zagadnienia dotyczące wpływu horyzontalnego oraz wpływu wertykalnego koncentracji na konkurencję (zarówno efektów nieskoordynowanych, jak i skoordynowanych), efektów konglomeratowych oraz umownych ograniczeń konkurencji towarzyszących koncentracji.

[22] Zob. też M. Krasnodębska-Tomkiel, *Wspólnotowe prawo konkurencji. Skutki dla Polski*, Wydawnictwo UOKiK, Warszawa 2006, s. 187–188, 292–293.

[23] Ustawa z 15.12.2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn. Dz.U. z 2005 r. Nr 244, poz. 2080, z późn. zm.).

[24] Co ciekawe, w art. 1 pkt 18 lit. a projektu ustawy nowelizującej uokik proponuje się, by uchylić podstawy prawne wydawania Dziennika Urzędowego. Zgodnie z projektowanym art. 1 pkt 18 lit. a projektu ustawy nowelizującej uokik (dotyczącym art. 32 ust. 4 uokik) Prezes UOKiK miałby mieć prawo do wydawania i ogłaszania wyjaśnień i interpretacji mających istotne znaczenie dla stosowania przepisów w sprawach objętych zakresem jego działania (w przypadku stwierdzenia, że przepisy uokik lub inne przepisy z zakresu ochrony konkurencji i konsumentów mogą budzić poważne wątpliwości). Jednakże brak jest wskazania, w jakich publikatorach i w jakiej formie następowałoby ogłoszenie wydanych wyjaśnień.

[25] Dz. Urz. UOKiK z 2011 r. Nr 1, poz. 1.

Ponieważ Wyjaśnienia nie należą do źródeł prawa powszechnie obowiązującego, a jedynie stanowią podsumowanie dotychczasowej praktyki orzeczniczej Prezesa UOKiK z zakresu materialnej oceny zgłaszanych koncentracji, Prezes UOKiK zastrzegł w ich wprowadzającej części, że „fakt opublikowania Wyjaśnień należy interpretować w ten sposób, iż w odniesieniu do zawisłych spraw Prezes Urzędu uwzględnia je, o ile w konkretnej sprawie nie wystąpią nowe okoliczności wpływające na konieczność ich uwzględnienia w przeprowadzanej analizie".

„Wyjaśnienia w sprawie wydawania decyzji zobowiązującej w sprawach praktyk ograniczających konkurencję oraz praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów" stanowią dokument znacznie bardziej zwięzły (5,5 strony w Dzienniku Urzędowym). Dotyczy on dość rzadko wydawanych przez Prezesa UOKiK decyzji, o których mowa w art. 12 uokik, oraz częściej spotykanych w praktyce decyzji, o których mowa w art. 28 uokik. Dokument omawia przesłanki wydania decyzji zobowiązującej na podstawie art. 12 bądź art. 28 uokik (uprawdopodobnienie stosowania praktyk, zobowiązanie przedsiębiorcy do podjęcia lub zaniechania określonych działań zmierzających do zapobieżenia naruszeniom), wydawanie decyzji zobowiązujących w odniesieniu do porozumień ograniczających konkurencję, treść zobowiązań przedsiębiorcy, elementy decyzji zobowiązującej, a także niewykonanie decyzji zobowiązującej. Choć Wyjaśnienia te są dalekie od doskonałości[26], Prezes UOKiK nie uwzględnił zastrzeżeń do ich projektowanej treści, zgłoszonych w toku konsultacji społecznych. Z perspektywy przedsiębiorców bardzo istotny jest fakt, że Wyjaśnienia, choć nie posiadają charakteru prawnie wiążącego, gwarantują przedsiębiorcom pewien zakres pewności prawnej wynikający z faktu, że Prezes UOKiK zobowiązał się, że „będzie stosował zasady postępowania wskazane w niniejszym dokumencie"[27] (Wyjaśnieniach).

[26] Szerzej A. Piszcz, *Uwagi do wyjaśnień w sprawie wydawania decyzji zobowiązującej w sprawach praktyk ograniczających konkurencję oraz praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów*, iKAR 2012, nr 4(1), s. 21–28.

[27] Zob. s. 44 w Dz. Urz. UOKiK z 2012 r. Nr 1.

Tabele orzeczeń Sądu Apelacyjnego wydanych w okresie od 27.09.2012 do 31.03.2013 r.

A. Orzeczenia w sprawach z zakresu ochrony konkurencji (sygn. akt VI ACa)

Lp	Sygnatura. Data. Powód. Decyzja Prezesa UOKIK	Sentencja i uzasadnienie wyroku SOKiK	Sentencja i uzasadnienie wyroku SA
1.	528/12 2012.09.27 Spółdzielnia Mieszkaniowa w L. p. Prezesowi UOKIK Decyzja z 29.06.2011 **Nadużywanie pozycji dominującej na lokalnym rynku udostępniania nieruchomości** będących w zasobach mieszkaniowych Spółdzielni, zlokalizowanych w L., w celu świadczenia usług telekomunikacyjnych, poprzez żądanie opłaty 1 mln zł za udostępnienie zasobów mieszkaniowych i terenu Spółdzielni na potrzeby budowy sieci światłowodowej służącej dostarczaniu usług telekomunikacyjnych	**SOKIK oddalił odwołanie** Dla zastosowania tego przepisu „wystarczy" stwierdzenie ustanowienia takich barier wejścia na rynek, iż warunki powstania lub rozwoju skutecznej konkurencji będą wyeliminowane lub istotnie ograniczone. Przy czym działanie to nie musi być celowe, a jego ocena nie zależny ani od intencji przedsiębiorcy dominującego, ani od tego, czy miał on świadomość naruszenia. Nie jest też istotne, czy na rynku właściwym rzeczywiście ujawniły się niekorzystne dla konkurencji skutki zakazanej praktyki. Wystarczająca jest groźba wystąpienia takich skutków, jeśli ich wystąpienie jest wysoce prawdopodobne.	**SA oddalił apelację** Bez znaczenia pozostaje także fakt, iż (...) S.A. posiada na przedmiotowych terenach zbudowaną kanalizację teletechniczną oraz sieć kablową wewnątrzbudynkową oraz, że na rynku usług internetowych w L. działa wielu operatorów Internetu przewodowego. Zaskarżona decyzja uznaje bowiem, że ustalona przez Prezesa UOKiK praktyka Spółdzielni przeciwdziała ukształtowaniu się warunków do rozwoju, a nie powstania, konkurencji na rynku właściwym. Nie jest istotne, że W. S. nie wystąpił do powódki z wnioskiem o zawarcie umowy na korzystanie z nieruchomości Spółdzielni, skoro dopuściła się ona niedozwolonej praktyki na etapie poprzedzającym wystąpienie z takim wnioskiem przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego. Jak trafnie też wywiódł pozwany w uzasadnieniu zaskarżonej decyzji, dla stwierdzenia stosowania praktyki, o której mowa w art. 9 u.o.k.k. nie ma znaczenia jej cel i skutek, skoro przepis ten nie odwołuje się do tych pojęć. Działania Spółdzielni naruszały nie tylko indywidualny interes konkretnego przedsiębiorcy lecz także interes publiczny w rozumieniu art. 1 ust. 1 u.o.k.k., gdyż godziły w mechanizm konkurencji i wywierały skutki na rynek świadczenia usług telekomunikacyjnych oraz na konsumentów.

* Dr hab. nauk prawnych; członek Rady Nadzorczej Jeronimo Martins i doradca zarządu spółki Eurocash S.A.

2.	677/12 2012.12.19 I. W. Decyzja z 31.12.2008 **porozumienie ograniczające konkurencję** na **rynku krajowym sprzedaży hurtowej farb, lakierów i wyrobów pomocniczych,** polegającego na bezpośrednim ustalaniu cen sprzedaży towarów poprzez ustalanie pomiędzy Zakładami (...) S.A. w C. oraz (…) przedsiębiorcami (partnerami)	**SOKIK oddalił odwołanie** Odnosząc się do uczestnictwa w w/w niedozwolonym porozumieniu powoda I. W. SO wskazał, iż trwało ono od 2.04.2003 r. tj. od zawarcia umowy z Zakładami (...) S.A. do dnia jej wypowiedzenia w dniu 10.04.2006 r. Sąd, powołując się na orzecznictwo TS /z dnia 07.01.2004 r. C-204/00 P/, tylko jasny i konkretny przekaz odnośnie zaprzestania udziału w porozumieniu mógł świadczyć o zaniechaniu stosowania praktyki zniekształcającej konkurencję i nawet współudział bierny w naruszeniu mógł być podstawą uznania odpowiedzialności przedsiębiorcy także gdy nie stosował on w praktyce zapadłych uzgodnień, które miały cel niezgodny z zasadami konkurencji, chyba że zdystansowałby się on publicznie od uzgodnień zapadłych w ramach kartelu.	**SA uchylił decyzję Prezesa UOKIK w części dotyczącej powoda** SA nie podzielił wykładni art. 93 u.o.k.k. dokonanej przez Sad I instancji. W doktrynie za przeważający należy uznać pogląd, który SA w pełni podziela, że zaprzestanie stosowania praktyki (nar. art. 6 u.o.k.k.) ma miejsce wtedy, gdy strony faktycznie zaprzestały realizacji porozumienia Przyjąć należy, iż w przypadku, gdy praktyka ma postać umowy wówczas termin przedawnienia obliczać należy od końca roku, w którym zaprzestano stosowania takiej umowy. Już bowiem z samego sformułowania „zaprzestano stosowania" wynika, że chodzi w tym wypadku o zaprzestanie działania a więc faktycznego wykonywania porozumienia a nie o formalne istnienie porozumienia mimo braku działania. Za taką interpretacją opowiedział się także SN (wyrok z 2 lipca 2009 r. III SK 10/09). Zauważyć należy, że w praktyce, w przypadku umów, które jedynie określają zasady współpracy tak jak w przypadku umowy łączącej powoda z Zakładami (...) S.A. w C. często dochodzi do zaniechania współpracy bez formalnego wypowiedzenia umowy. W ocenie SA zaprzestanie jakiejkolwiek współpracy gospodarczej pomiędzy stronami porozumienia w sposób wystarczający konkretyzuje wolę stron. Dlatego nieusprawiedliwionym jest stanowisko SO, że jedynie oświadczenie woli o wypowiedzeniu umowy można zakwalifikować jako jasny i konkretny przekaz, także dlatego, że w przypadku porozumień niesformalizowanych tak pojmowany jasny i konkretny przekaz nigdy by nie nastąpił.

3.	967/12 2012.12.13 (...) Sp. z o.o. w Ł. Decyzja z 07.12.2009 **Nadużywanie pozycji dominującej na lokalnym rynku zarządzania przystankami autobusowymi znajdującymi się (…) w granicach administracyjnych Ł.**, poprzez bezpośrednie narzucanie nieuczciwych opłat w zakresie partycypacji w kosztach utrzymania na przystankach autobusowych porządku i czystości, przewoźnikom wykonującym publiczny przewóz osób.	**SOKIK oddalił odwołanie** W ocenie SO odwołujący narzucał treść zawieranej umowy o partycypacji, na podstawie której przewoźnik zobligowany był do uregulowania kosztów powiększonych o kwotę kosztów utrzymania i naprawy elementów wyposażenia przystanków, do nałożenia której nie było podstaw prawnych. Stąd w ocenie SO zachowanie odwołującego słusznie Prezes UOKiK zakwalifikował jako nadużywanie pozycji dominującej, bowiem szczególnym jej przypadkiem jest bezpośrednie narzucanie nieuczciwych cen.	**SA oddalił apelację** Trafne jest stanowisko SO, iż opłata za partycypację w kosztach utrzymania przystanków, zawierająca koszty niezwiązane z uprzątnięciem i pozbyciem się błota, śniegu, lodu i innych zanieczyszczeń, była opłatą niezgodną z prawem tj. z art. 22 ust. 1a ustawy z dnia 6 września 2001 r. o transporcie drogowym gdyż de facto była nałożoną na przewoźników opłatą za korzystanie z tych przystanków. Tym samym mamy do czynienia z nieuczciwą ceną w rozumieniu art. 9 ust. 2 pkt 1 ww. ustawy w zw. z jej art. 4 pkt 8. Stąd Prezes UOKiK miał podstawy do uznania, iż (...) wykorzystuje pozycję dominującą na opisanym w decyzji rynku, poprzez bezpośrednie narzucanie nieuczciwych opłat za korzystanie z przystanków w zakresie partycypacji w kosztach utrzymania na przystankach porządku i czystości i słusznie nakazał zaniechania jej stosowania.

B. Orzeczenia w sprawach z zakresu zbiorowych interesów konsumentów (sygn. akt VI ACa)

Lp	Sygnatura. Data. Powód.	Sentencja i uzasadnienie wyroku SOKiK	Sentencja i uzasadnienie wyroku SA
1.	467/12 2012.10.03 (...) w P. przeciwko (...) Sp. z o.o. w K.	**SOKIK oddalił powództwo** W ocenie Sądu Okręgowego zgłoszony przez pozwanego wniosek o odrzucenie pozwu był bezpodstawny. Sprawa wytoczona przez organizację społeczną działającą na rzecz konsumentów, dotyczy uznania postanowień wzorca umowy za niedozwolone. Podstawą prawna wytoczenia powództwa jest art. 385^1 i następne k.c. Sprawa z odwołania (...) sp. z o.o. w K. od decyzji Prezesa UOKIK jest sprawą z zakresu ochrony konsumentów i jej podstawę prawną stanowią przepisy uokik. Brak tożsamości stron i podstawy prawnej obu powództw wyklucza, zdaniem SO możliwość odrzucenia pozwu na podstawie art. 199 § 1 pkt 2 k.p.c.	**SA oddalił powództwo** Zdaniem Sądu II instancji legitymacji procesowej w rozumieniu art. 479(38) § 1 kpc nie można, rozpatrywać oddzielnie od legitymacji materialnej, wynikającej z treści art. 385(1) § 1 kc i nast., dotyczących klauzul niedozwolonych. Wprawdzie spór o stwierdzenie abuzywności klauzuli ma charakter powództwa o ukształtowanie, nie jest to jednak powództwo o ustalenie, brak więc jest podstaw do badania interesu prawnego w rozumieniu art. 189 kpc. Brak jest podstaw do przyjęcia, że istnieje zasługujący na ochronę, interes konsumentów w niniejszym postępowaniu, zakładającym abstrakcyjną, ponowną kontrolę tegoż samego wzorca.
2.	544/12 2012.10.19 (...) SA z siedzibą we Francji O. w Polsce z s.w W.	**SOKIK zważył co następuje** Wprowadzenie odległego terminu umożliwia skorzystanie z instytucji bankowego tytułu egzekucyjnego (BTE) w sytuacji spornej, bo takimi z reguły są sprawy, w których następuje przerwanie albo zawieszenie biegu przedawnienia. Jednocześnie zgodnie z art. 6 ustawy o elektronicznych instrumentach płatniczych, roszczenia z tytułu umowy o elektroniczny instrument płatniczy przedawniają się z upływem 2 lat. Bank umożliwił sobie prawo skorzystanie z przywileju do wystawiania BTE w sytuacjach, gdy bank nie korzysta już z ochrony prawnej swoich roszczeń, ale liczy na ich realizację jedynie ze względu na brak wiedzy i brak doświadczenia klientów. Należy zauważyć, że dla konsumentów droga sądowa została odroczoną w czasie, albo może zostać przez nich zaniechana z powodu niewiedzy.	**SA oddalił apelację** Postanowienie umowne dotyczące możliwości wystawienia przez bank (BTE) w stosunku do roszczeń banku wynikających z udzielonego kredytu lub limitu po upływie terminu przedawnienia tych roszczeń rażąco narusza interesy konsumentów, gdyż bezzasadnie uprzywilejowuje bank umożliwiając mu wystawienie BTE w sytuacjach, gdy bank już nie korzysta z ochrony prawnej swoich roszczeń, a liczy na ich realizację ze względu na brak wiedzy i doświadczenia konsumentów.

3.	561/12 2012.10.17 (...) w P. przeciwko (...) Sp. z o.o. w W.	**SOKIK zważył co następuje** Uznał za niedozwolone i zakazał wykorzystywania w obrocie z konsumentami (...) sp. z o.o. w W. postanowienia wzorca umowy o treści: „Wszelkie ewentualne spory lub roszczenia ponoszone przez uczestników w związku z Akcją rozstrzygane będą przez sąd powszechny właściwy ze względu na siedzibę Organizatora”.	**SA oddalił apelację** Strony mogą również ograniczyć umową pisemną prawo wyboru powoda pomiędzy kilku sądami właściwymi dla takich sporów. Strony nie mogą jednak zmieniać właściwości wyłącznej (§ 2). W wyniku takiego zapisu umownego, pozwany wyłącza więc właściwość miejscową przewidzianą w przepisach regulujących procedurę cywilną. Zatem nie może ulegać wątpliwości, że klauzula ta kształtuje prawa i obowiązki konsumentów w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, rażąco naruszając ich interesy.
4.	549/12 2012.10.24 (...) z siedzibą w P. przeciwko (...) SKOK z siedzibą w P.	**SOKIK zważył co następuje** Uznając, że nie jest możliwe stwierdzenie zakresu praw i obowiązków stron w obszarze umownym, którego elementem jest „Tabela Prowizji i Opłat” oraz przyjmując – wobec niezakwestionowania przez powoda – że stanowi ona ekwiwalent poniesionych przez pozwanego uzasadnionych kosztów powstałych wskutek niedochowania przez konsumenta warunków umowy z pozwanym, SO oddalił powództwo na podstawie art. 385(1) k.c.	**SA oddalił apelację** Dołączona do pozwu „Tabela Prowizji i Opłat” stosowana przez stronę pozwaną nie może być oceniana w aspekcie przesłanek określonych we wskazanych wyżej przepisach z uwagi na nieprzedstawienie przez powoda wzorca umowy zawierającego postanowienia określające prawa i obowiązki stron. Zastrzeżenie przez (...) w „Tabeli opłat i prowizji” zakwestionowanej opłaty za powiadomienie poręczyciela, znajdowało uzasadnienie w postanowieniach ustawy prawo bankowe jak i ustawy o kredycie konsumenckim zarówno z dnia 20 lipca 2001 r. jak i z dnia 12 maja 2011 r. oraz, że jej wysokość została przez stronę pozwaną w sposób przekonujący uzasadniona, czego powód nie zakwestionował.

5.	610/12 2012.10.25 E. G. przeciwko (...) Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. w W.	**SOKIK uwzględnił powództwo** Zdaniem SOKiK treść zaskarżonej klauzuli umownej wskazuje, że w zasadzie w każdym przypadku skierowania przesyłki pod adres podany przez klienta, pozwany jest uprawniony do uznania, że przesyłka została mu skutecznie doręczona, co daje podstawy do uznania, że mógł on zapoznać się z oświadczeniem woli ubezpieczyciela. Innymi słowy na gruncie art. 61 k.c. wpływ na skuteczność doręczenia mają przyczyny nieodebrania korespondencji, które z kolei w świetle spornego postanowienia wzorca umownego nie mają znaczenia, gdyż niezależnie od powodów nieodebrania korespondencji, następuje skutek doręczenia, nawet w sytuacji gdy konsument jest pozbawiony możliwości zapoznania się z oświadczeniem pozwanego.	**SA oddalił powództwo** Analizowany zapis ogólnych warunków ubezpieczenia, według SA nie stoi w kontrze do art. 61 KC. Uznanie pisma za doręczone może mieć miejsce zgodnie z zapisem par 15 tylko i wyłącznie w przypadku zmiany adresu, o której pozwany nie został poinformowany. W związku z powyższym nie uzasadnione jest twierdzenie SO że „klauzula nie odróżnia różnych sytuacji, które mogą być przyczyną niepodjęcia korespondencji przez klienta, jak chociażby jego pobyt w szpitalu. Jeśli bowiem par 15 jasno stanowi, że to zmiana adresu jest przesłanką umożliwiającą zastosowanie domniemanie doręczenia ze wszystkimi tego skutkami dla adresata to należy interpretować go w sposób dosłowny. Nie uprawnione jest posłużeniem się wykładnią rozszerzającą.
6.	480/12 2012.11.08 B. Ł. i G. P. przeciwko (...) Sp. z o.o. w W.	**SOKIK zważył co następuje** SOKIK uznał za niedozwolone i zakazał stosowania kilkunastu postanowień zawartych we wzorcu umowy przedwstępnej ustanowienia odrębnej własności lokalu i jego sprzedaży oraz umowy przedwstępnej sprzedaży, stosowanych przez pozwaną (...) Sp. z o.o. w W.	SA oddalił apelację Podnieść należy, iż uznanie postanowień umowy lub wzorca za sprzeczne z dobrymi obyczajami nie polega na wskazaniu, jaki „dobry obyczaj” został in casu naruszony, gdyż celem klauzul generalnych jest rozszerzenie granic swobody sędziowskiej w orzekaniu (por. wyrok SN z 3 lutego 2006 r. I CK 297/05, Wokanda 2006, nr 7-8, s. 18).

7.	802/12 2012.11.14 (...) z siedzibą w P. przeciwko (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W.	**SOKIK zważył co następuje** Sąd uznał za niedozwolone i zakazał stosowania przez (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. w obrocie z konsumentami postanowienia wzorca umowy o treści: „(...) ponosi odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy, wynikające z wyłącznej winy (...), w szczególności (...) nie ponosi odpowiedzialności za niewykonanie lub Nienależyte wykonanie umowy w przypadku braku możliwości świadczenia usługi, który nie wynikał z wyłącznej winy (...).”	**SA oddalił apelację** Nie zasługuje na uwzględnienie podnoszony zarzut naruszenia przez SO art. 385 [1] par. 1 k.c. Słusznie uznał SO, że zakwestionowane przez powoda postanowienie wzorca umowy jest abuzywne przez to, że kształtuje prawa i obowiązki konsumenta w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, a także narusza w stopniu rażącym jego interesy. Zasadą prawa cywilnego, wyrażoną w art. 471 k.c. jest obowiązek dłużnika do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania bądź nienależytego wykonania zobowiązania, chyba, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi.
8.	803/12 2012.11.14 (...) z siedzibą w P. przeciwko (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W.	**SOKIK zważył co następuje** uznał za niedozwolone i zakazał stosowania przez (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. w obrocie z konsumentami postanowienia wzorca umowy o treści: „W przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, (...) ponosi wobec Abonenta odpowiedzialności w zakresie poniesionej przez Abonenta straty z wyłączeniem utraconych korzyści i przy uwzględnieniu zasad określonych w ust. 3–6 poniżej”.	**SA oddalił apelację** Ograniczenie odpowiedzialności w zakresie utraconych korzyści jedynie przedsiębiorcy w związku niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania stanowi niewątpliwie nierównomierny rozkład praw i obowiązków stron umowy, niekorzystny dla konsumenta. Bagatelizowanie przez stronę pozwaną skutków takiego wyłączenia odpowiedzialności nie jest niczym uzasadnione. Nie można bowiem z góry wykluczyć, iż utracone korzyści po stronie konsumenta mogą stanowić znaczną część szkody, która nie zostałaby w ogóle naprawiona.

9.	804/12 2012.11.14 (...) z siedzibą w P. przeciwko (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W.	**SOKIK zważył co następuje** uznał za niedozwolone i zakazał stosowania przez (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. w obrocie z konsumentami postanowienia wzorca umowy o treści: „Reklamacja nie zawierająca danych określonych w ust. 4 pozostanie bez rozpatrzenia.”.	**SA oddalił apelację** Postępowaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami i rażąco naruszającym interesy konsumenta jest takie postępowanie przedsiębiorcy, które zamyka kontrahentowi drogę postępowania reklamacyjnego w przypadku niewskazania w zgłoszeniu reklamacyjnym którejkolwiek z ustalonego przez siebie katalogu informacji, bez dania konsumentowi szansy usunięcia tego braku. W ten sposób przedsiębiorca wywołuje u konsumenta błędne przekonanie, że przez niedochowanie określonych formalności pozbawił się on możliwości rozpatrzenia reklamacji.
10.	805/12 2012.11.14 (...) z siedzibą w P. przeciwko (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W.	**SOKIK zważył co następuje** uznał za niedozwolone i zakazał stosowania przez (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. w obrocie z konsumentami postanowienia wzorca umowy o treści: „(...) zastrzega sobie możliwość zmiany cen w przypadku zaistnienia okoliczności niezależnych od (...), powodujących konieczność odpowiedniej modyfikacji cen”.	**SA oddalił apelację** Skoro jedynym podmiotem uprawnionym do interpretacji przedmiotowego zapisu jest pozwana, a konsumenci są pozbawieni wpływu na decyzję pozwanej w tym zakresie, to taka interpretacja może wpłynąć niekorzystnie na sytuację konsumenta i wywołać po jego stronie poważne skutki finansowe. Posługiwanie się zakwestionowanym postanowieniem daje zatem pozwanej możliwość dokonywania wiążącej interpretacji umowy i skutkuje nierówno-miernym rozłożeniem praw i obowiązków stron umowy ze szkodą dla konsumenta.
11.	753/12 2012.11.19 (...) z siedzibą w P. przeciwko Wyższej Szkole (...) w P.	**SOKIK zważył co następuje** uznał za niedozwolone i zakazał Wyższej Szkole (...) w P. wykorzystywania w umowach z konsumentami czterech postanowień wzorca umowy. Natomiast w zakresie postanowienia wzorca umowy o treści: „(…) oświadczenia Uczelni zwrócone a adresowane na dotychczasowy adres wywołują skutek doręczenia”, SO oddalił powództwo.	SA oddalił apelację SA przyjął za własne ustalenia faktyczne poczynione przez Sąd I instancji, które nie były sporne w toku postępowania ani kwestionowane w apelacji, podzielając także ocenę prawną dokonaną przez ten Sąd w zakresie zaskarżonym apelacją.

12.	820/12 2012.11.21 Stowarzyszenie (...) w W. przeciwko J. K.	**SOKIK zważył co następuje** uznał za niedozwolone i zakazał pozwanemu J. K. wykorzystywania w obrocie z konsumentami postanowienia wzorca umowy o treści: „Zwracany w trybie opisanym w § 23 Regulaminu towar zostanie przyjęty przez sklep (...) tylko wtedy, gdy będzie znajdować się w oryginalnym, nieuszkodzonym, niesklejonym taśmą opakowaniu”.	**SA oddalił apelację** Postanowienie umowne stosowane przez pozwanego w obrocie z konsumentami przeczy celom przepisów konsumenckich. Wymóg odesłania towaru w oryginalnym, nieuszkodzonym i niesklejonym taśmą opakowaniu oznacza, że konsument nie może się z nim zapoznać, bowiem w momencie wyjęcia go z opakowania straci uprawnienie do odstąpienia od umowy. Natomiast aby móc podjąć świadomą decyzję co do zakupu towaru, Konsument musi mieć możliwość zapoznania się z jego właściwościami, a nie jest możliwe uczynienie tego bez wyjęcia go z opakowania.
13.	821/12 2012.11.21 (...) w P. przeciwko J. M. i J. Z.	**SOKIK wyrokiem zaocznym oddalił powództwo** Zgodnie z linią orzecznictwa SN, którą SO podzielił, postanowienie wzorca umowy sprzeczne z bezwzględnie obowiązującym przepisem ustawy nie może być uznane za niedozwolone postanowienie umowne na podstawie art. 385^1§ 1 k.c. Cecha nieważności wyprzedza niejako instytucję niedozwolonego (niewiążącego) charakteru postanowień umownych w rozumieniu tego przepisu.	**SA oddalił apelację** W sytuacji, gdy kontrolowana klauzula umowy lub wzorca była nie tylko abuzywna, lecz dodatkowo sprzeczna z ustawą, wówczas pierwszeństwo będzie miała sankcja nieważności z art. 58 § 3 k.c. Nie ma zatem potrzeby wszczynania postępowania o uznanie postanowienia wzorca umowy za niedozwolone, skoro od początku jest ono nieważne, gdy nieważność eliminuje go z obrotu. (*vide* uchwala SN III CZP 119/10 i wyrok SN I CSK 218/10)

14.	574/12 2012.11.30 Prezes UOKIK przeciwko (...) w P. Oddział w Polsce z siedzibą w W.	**SOKIK uznał powództwo za zasadne w części.** SO uznał za niedozwolone dwa z trzech postanowień umownych zaskarżone przez Prezesa UOKiK. Sąd zgodził ze stanowiskiem pozwanego, że postanowienie X nie kształtuje ani praw ani obowiązków konsumenta. Zdaniem Sądu I samo przystąpienie do umowy ubezpieczenia jest opcjonalne i nie można uznać, że stanowiło wyraz nacisku psychicznego stosowanego przez bank, by wpłynąć na zdolność konsumenta do podjęcia świadomej decyzji w przedmiocie przystąpienia do umowy ubezpieczenia, lecz należy traktować je jako wyraz chęci skłonienia kredytobiorcy do zastanowienia się nad celowością przystąpienia do ochrony ubezpieczeniowej.	**SA zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że**: poza postanowieniami wskazanymi w punkcie I także dodatkowe postanowienie uznaje za niedozwolone i zakazuje jego wykorzystywania w obrocie z konsumentami. SA stwierdza, iż w przedmiotowej sprawie trzy sporne klauzule świadczą o nieuczciwym, a więc sprzecznym z dobrymi obyczajami działaniu pozwanego oraz o rażącym naruszeniu interesów konsumenta. Podnieść przy tym należy, iż uznanie postanowień umowy lub wzorca za sprzeczne z dobrymi obyczajami nie polega na wskazaniu, jaki „dobry obyczaj" został *in casu* naruszony, gdyż celem klauzul generalnych jest rozszerzenie granic swobody sędziowskiej w orzekaniu (por. wyrok SN z 3 lutego 2006 r. I CK 297/05, Wokanda 2006, nr 7-8, s.18).
15.	614/12 2012.11.20 E. H. przeciwko (...) Towarzystwu Ubezpieczeń S.A. w W.	**SOKIK uwzględnił powództwo** uznał za niedozwolone i zakazał stosowania przez (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. w obrocie z konsumentami postanowienia wzorca umowy o treści: „(...) powinien zostać poinformowany o zmianie adresu ubezpieczonego i ubezpieczającego. Niedopełnienie tego obowiązku powoduje, iż pisma kierowane na posiadany przez (...) adres ubezpieczonego i ubezpieczającego uznaje się za skutecznie doręczone".	**SA oddalił apelację** Uznanie, że korespondencja wysłana, a ściślej mówiąc doręczona na ostatni znany, aczkolwiek nieaktualny adres konsumenta, jest doręczona skutecznie, nie jest co do zasady sprzeczne z prawem ani z dobrymi obyczajami. Klauzula będąca przedmiotem oceny, wbrew stanowisku apelującego modyfikuje powyższe zasady kodeksowe dotyczące skutecznego złożenia oświadczenia woli, gdyż wprowadza takie rozwiązanie, w którym w każdym przypadku skierowania korespondencji na nieaktualny adres ubezpieczonego jak i ubezpieczającego uznaje się ją za doręczoną skutecznie, bez względu na to, czy w istocie dotarła pod ten adres czy nie.

16.	633/12 2012.11.20 Prezes UOKIK przeciwko Bankowi S.A.(...)	**SOKIK uwzględnił powództwo** Stwierdzenie, dokonane przez Sąd Okręgowy iż przedmiotowe klauzule nie są sprzeczna z bezwzględnie obowiązującymi przepisami dyrektywy i ustawy (gdyż przepisy te nie mają do konkretnego wzorca zastosowania), i tym samym – że nie zachodzi ich nieważność – powoduje, że można przejść do ich oceny w świetle art. 385^1 § 1 k.c., to jest do zbadania, czy kształtują one prawa i obowiązki konsumenta w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, rażąco naruszając jego interesy. Za spełnione uznał SO przesłanki braku indywidualnych uzgodnień postanowień - konsumenci nie mieli wpływu na jego treść oraz okoliczność, że nie dotyczą one głównych świadczeń stron (nie dotyczą *essentialia negotii* umowy).	**SA oddalił apelację** Sąd podzielił zatem wskazania SO, iż kwestionowane klauzule stanowią niedozwolone postanowienie umowne w rozumieniu art. 3851 § 1 k.c. Nie zostały bowiem indywidualnie uzgodnione z konsumentem oraz nie dotyczą głównego świadczenia stron. Jednocześnie kształtują prawa i obowiązki konsumenta w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, rażąco naruszając jego interesy.
17.	1188/11 2012.12.20 Prezes UOKIK przeciwko (...) S.A. z siedzibą w W.	**SOKIK zważył co następuje** Uznał za niedozwolone i zakazał stosowania przez (...) S.A. z siedzibą w W. w obrocie z konsumentami postanowień wzorca umowy o następującej treści: ”Pożyczkobiorca może spłacić całość łącznego zobowiązania przed terminem ustalonym w umowie pożyczki. W takim przypadku pożyczkobiorcy przysługuje prawo do pomniejszenia jego niespłaconego łącznego zobowiązania wobec pożyczkodawcy o kwotę oprocentowania liczonego za okres przypadający po spłacie pożyczki. Pożyczkobiorca rozliczy się z tego tytułu z pożyczkobiorcą w terminie 14 dni od dnia dokonania spłaty przez pożyczkobiorcę. Obniżenie dotyczy wyłącznie oprocentowania, nie dotyczy składki ubezpieczeniowej oraz opłaty za obsługę pożyczki w domu.	**SA oddalił apelację** Nieuwzględnienie wcześniejszej spłaty również w opłacie za obsługę w domu oznacza, jak słusznie stwierdził Sąd Okręgowy, że świadczenia stron nie są ekwiwalentne a postanowienie o braku możliwości obniżenia zobowiązania z tytułu opłaty za tę obsługę pozostaje w sprzeczności z dobrymi obyczajami i narusza interes konsumenta, spełniając jednocześnie przesłanki z art. 385^1§ 1 kc. Wbrew zarzutom apelacji Sąd I instancji prawidłowo wyjaśnił znaczenie tych pojęć oraz to na czym polega spełnienie tych przesłanek w okolicznościach sprawy niniejszej. Powyższe należy również odnieść do składki ubezpieczeniowej, której koszty konsument musi ponosić mimo że nie otrzymuje ekwiwalentnego świadczenia w postaci ochrony ubezpieczeniowej, która wygasa z chwilą rozwiązania umowy pożyczki.

18.	1021/12 2013.02.5 z powództwa (...) S. A. z siedzibą w W. przeciwko Prezesowi UOKIK	**SOKIK zważył co następuje** Zaskarżonym wyrokiem SOKiK zmienił częściowo zaskarżoną decyzję poprzez obniżenie wskazanej w niej kwoty pieniężnej z 8 729 993 zł do kwoty 3 777 020,09 zł. Kara pieniężna została przez SOKiK zweryfikowana z Wyjaśnieniami w sprawie ustalania wysokości kar pieniężnych za stosowanie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów opublikowanymi przez Prezesa Urzędu. Pomimo podzielenia w całości stanowiska organu administracyjnego co do sposobu wyliczenia i wysokości nałożonej na powoda kary pieniężnej SOKiK zmienił jej wymiar z uwagi na zmianę wysokości przychodu powoda za rok 2008, dokonaną korektą dokumentu CIT-8 za 2008 r.	**SA zmienił zaskarżoną decyzję** w ten sposób, iż wskazany w nim okres publikacji decyzji na stronie internetowej przedsiębiorcy (...) zmienił z 6 miesięcy na 2 miesiące; **oddalił apelację w pozostałym zakresie**. Nałożony obowiązek publikacji całej decyzji Prezesa UOKiK na własnej stronie internetowej jest nieuzasadniony w takim zakresie w jakim nakazuje powodowi utrzymywanie tejże publikacji przez okres 6 miesięcy. Skoro inkryminowana praktyka trwała nie dłużej niż dwa miesiące to niezrozumiałym jest dlaczego publikacja decyzji miałaby być utrzymywana przez okres 6 miesięcy.

Elżbieta Krajewska
Doktorant w Zakładzie Europejskiego Prawa Gospodarczego WZ UW;
aplikant adwokacki w ORA w Warszawie.

Tabele orzeczeń SOKiK
wydanych w okresie od 1.01. do 31.03.2013 r.

A. Orzeczenia w sprawach z zakresu ochrony konkurencji (sygn. akt XVII AmA)

Lp	Sygnatura. Data wyroku. Powód. Data Decyzji. Sentencja wyroku.	Decyzja Prezesa UOKiK	Uzasadnienie wyroku SOKiK
Oddalenie odwołań od decyzji Prezesa z 28.12.2009 r.			
1.	140/10 10.01.2013 S. Z. Prowadz. działal. gospod. pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno--Handlowe (...) w N	Praktyką ograniczającą konkurencję zawarcie przez Fabrykę (...) S.A. w L. oraz wskazanych poniżej przedsiębiorców niedozwolonego porozumienia ograniczającego konkurencję na rynku krajowym sprzedaży hurtowej farb, lakierów i wyrobów pomocniczych, polegającego na bezpośrednim ustalaniu cen sprzedaży towarów, poprzez ustalanie pomiędzy Fabryką (...) S.A. w L. oraz wskazanymi poniżej przedsiębiorcami w umowach handlowych dotyczących sprzedaży wyrobów produkowanych i sprzedawanych przez (...) S.A.w L., cen sprzedaży tych towarów przez przedsiębiorców: co stanowi naruszenie art. 6 ust. I pkt I uokik i stwierdził zaniechanie jej stosowania przez ww. przedsiębiorców z dniem 01.01.2007 r., za wyjątkiem Przedsiębiorstwa Handlowego (...) B. D. (1), Ł. D. sp.j. w T., który	Sąd zważył co następuje: opinia prof. J. Bralczyka dotycząca znaczenia zapisów umownych, z której wynika konkluzja, iż tekst w ścisłym sensie ma raczej charakter zalecenia niż bezwzględnej obligacji, jest wyłącznie opinią językową, która nie może mieć decydującego znaczenia przy interpretacji tekstów umów cywilnoprawnych pod kątem ich zgodności z przepisami prawa. Sama bowiem wykładnia językowa jest niewystarczająca dla ustalenia celu, jaki miały strony w zawarciu konkretnego porozumienia. Istotne jest również zachowanie przedsiębiorców i jego skutki na rynku, uregulowania zawarte w ustawie antymonopolowej oraz wykładnia funkcjonalna. O wpływaniu przez (...) S.A. na kształtowanie cen odsprzedaży świadczy również istnienie systemu dodatkowych rabatów i premii za stosowanie się przez odbiorców do polityki handlowej (...) S.A. Treść powołanego wyroku (wyrok z dnia 05.08.2009r. SR w Kaliszu, V GC 188/09) wskazuje że SR ustalił, iż z umowy handlowej zawartej pomiędzy powodem a Fabryką S.A. nie wynika obowiązek dokonywania sprzedaży towarów po cenach sugerowanych podawanych przez (...) S.A., gdy tymczasem zdaniem Sądu, zakazane porozumienie zawarte w formie przedmiotowych umów handlowych określało i wiązało strony co do stosowania cen minimalnych, a nie sugerowanych. Dodatkowo wyrok ten dotyczy ewentualnych roszczeń odszkodowawczych (...) S.A względem powoda z tytułu poniesionej
2.	142/10 10.01.2013 Przedsiębiorstwo Handlowe (...) B. D. (1), B. D. (2), (...) Sp.j. w T.		
3.	148/10 17.01.2013 (...) Sp. z o.o. w Z.		
4.	154/10 2013.01.31 I. W. prowadz. działal. gospod. pod firmą (...) w K.		

		zaniechał stosowania tej praktyki z dniem 06.05.2006 r.	szkody, sąd wydając powołany wyrok nie badał więc przesłanek zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję na danym rynku właściwym w oparciu o przepisy ustawy antymonopolowej, do którego to badania jest uprawniony SOKIK, lecz jednostkową umowę cywilnoprawną. Sąd zajął przedmiotowe stanowisko mając na uwadze istotny w tym kontekście wyrok TS z dnia 07.01.2004 r. C-204/00 P, który wskazał m.in., iż ,,jeżeli przedsiębiorstwo milcząco popiera inicjatywę, która ze względu na swój antykonkurencyjny charakter jest niezgodna z prawem, nie dystansując się publicznie od jej treści lub nie zawiadamiając o niej organów administracyjnych, to skutecznie zachęca do kontynuowania naruszeń i utrudnia jego wykrycie. Ten współudział stanowi bierny sposób uczestnictwa w naruszeniu, tym samym może on być podstawą uznania odpowiedzialności tego przedsiębiorstwa.
5.	10/11 2013.02.01 Gmina J. w J. Decyzja Prezesa z 09.09.2010 r. **Zmiana decyzji w ten sposób, że stwierdza się zaniechanie praktyki z dniem 4.01.2010**	Nadużywanie pozycji dominującej na lokalnym rynku zbiorowego odprowadzania ścieków na terenie Gminy J. Poprzez: uzależnianie podłączenia nieruchomości do gminnej sieci kanalizacyjnej od zawarcia przez podmiot przyłączany „Umowy w sprawie finansowania udziału mieszkańców oraz określenia wzajemnych obowiązków Gminy J. i mieszkańców w procesie budowy kanalizacji sanitarnej" oraz wpłacenia z tego tytułu kwoty 1 850 PLN	Sąd zważył co następuje: Naruszenie nie tyle polega na uzależnianiu podłączenia odbiorcy do sieci od zawarcia z Gminą umowy finansowania, ile na zorganizowaniu wykonania zadania własnego polegającego na zaspokojeniu zbiorowych potrzeb wspólnoty a będącego zadaniem użyteczności publicznej w taki sposób, że finansowanie pochodzi częściowo ze środków odbiorców. Gmina jako przedsiębiorca w rozumieniu art. 4 ust. 1a) uokik podlega prawu antymonopolowemu w zakresie nie tylko świadczenia, ale również organizowania usług o charakterze użyteczności publicznej. Taka organizacja usług nie mieści się w dyspozycji art. 9 ust. 2 pkt 6 uokik, więc nie ma potrzeby rozważania przesłanek „narzucania" i „nieuzasadnionych korzyści".

6.	183/10 2013.02.13 P. W., R. K. (1), D. O., L. W. wspólników s. c. (...) z udziałem zainteresowanych Decyzja Prezesa z 30.12.2009 r. **Oddalenie odwołania**	Porozumienie zawarte na krajowym rynku sprzedaży i serwisowania programów komputerowych przeznaczonych dla klientów instytucjonalnych polegające na bezpośrednim ustalaniu cen sprzedaży towarów i cen usług świadczonych przez partnerów.	Sąd zważył co następuje: Wykładnia umowy nie może prowadzić do stwierdzeń w sposób oczywisty sprzecznych z zapisaną jej treścią, a więc nie może zmierzać do nadania im takiego sensu, który byłby diametralnie sprzeczny z precyzyjnie określonym, jasnym zapisem słownym. Istnienie zgodnego zamiaru stron i celu umowy należy ustalać według stanu z chwili złożenia oświadczenia woli, a nie z chwili dokonywania wykładni. Przy czym oczywistym jest, że w sytuacji postawienia stronom umowy zarzutu, że analizowane porozumienie (umowa) stanowi zakazaną prawem zmowę cenową a także w obliczu groźby sankcji finansowej za jej zawarcie, w chwili obecnej strony umowy będą tak interpretować zawarte w umowie oświadczenia woli, aby tej sankcji uniknąć.
7.	104/11 2013.02.13 (...) Sp. z o. o. w W. Decyzja Prezesa z 26.04.2011 r. **Oddalenie odwołania**	Prezes nałożył na (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W.(powód) karę pieniężną w wysokości 15.841 zł tj. równowartość 4.000 euro z tytułu nieudzielania informacji żądanych przez Prezesa UOKiK na podstawie art. 50 u.o.k.k.	Sąd zważył co następuje: Spółka (...) Sp. z o.o. pomimo faktu, iż dwukrotnie otrzymała wezwanie Prezesa UOKiK (o czym świadczą duplikaty zwrotnych potwierdzeń odbioru, do dnia wydania przedmiotowej decyzji nie przekazała Prezesowi Urzędu żądanych informacji i dokumentów wskazanych w w/w piśmie. Ponadto każde z wezwań kierowanych do Spółki zawierało pouczenie o sankcji przewidzianej w art. 106 ust. 2 pkt 2 ustawy. Zważyć ponadto należało, że na obydwu poświadczeniach odbioru widnieje czytelny podpis (...) i pieczątka powoda. Wiarygodności poświadczeń odbioru nie podważają przedstawione zwolnienia lekarskie A. D., gdyż fakt uzyskania zwolnienia lekarskiego nie oznacza, że osoba ta nie przebywała w tym okresie przez jakiś czas w pracy, tym bardziej, że na obydwu zwolnieniach zamieszczone jest wskazanie lekarskie: „chory może chodzić”.

8.	41/10 2013.03.18 I. N. Decyzja Prezesa z 15.12.2009 r. **Oddalenie odwołania**	Porozumienie zawarte na krajowym rynku hurtowej sprzedaży akcesoriów do przyczep pomiędzy (...) sp. z o.o. z siedzibą w Z., a przedsiębiorcami:	Sąd zważył co następuje: W niniejszej sprawie jedenastu dystrybutorów wystąpiło do (...) sp. z o.o. ze wspólnym stanowiskiem dotyczącym ustabilizowania cen produktów (...) sp. z o.o. W dalszej kolejności pomiędzy dystrybutorami a (...) sp. z o.o. toczyły się rozmowy w tej sprawie. Ostatecznie, (...) sp. z o.o. opracował i skierował do swoich kontrahentów pismo zawierające wykaz cen minimalnych swoich produktów dla odbiorcy końcowego. Z treści tego pisma można wnioskować o nieprzychylnej ocenie sprzedaży na rynku produktów po niskich cenach („nie znajdujących żadnego racjonalnego uzasadnienia"). Działanie to można uznać za wyraźne wytyczenie kontrahentom pożądanej polityki cenowej. Polityka ta prowadziła do eliminacji niepewności między kontrahentami w zakresie stosowanych przez nich cen minimalnych wszystkich produktów (...) sp. z o.o., a tym samym warunków konkurowania na rynku.
9.	40/10 2013.03.18 K. N. Decyzja Prezesa z 15.12.2009 r. **Oddalenie odwołania**		

B. Orzeczenia w sprawach z zakresu zbiorowych interesów konsumentów (sygn. akt XVII AmA).

Lp	Sygnatura. Data wyroku. Powód. Data Decyzji. Sentencja wyroku.	Decyzja Prezesa UOKiK.	Uzasadnienie wyroku SOKiK
1.	52/11 2013.01.03 K. K. w K. Decyzja Prezesa z 21.12.2010 r. **Oddalenie odwołania**	Praktyką naruszającą zik stosowanie we wzorcu umowy pod nazwą „Umowa developerska nr (...)" postanowień umownych, wpisanych do rejestru postanowień wzorców umowy uznanych za niedozwolone.	Sąd zważył co następuje: wykładnia, postanowień wzorca umownego stosowanego przez powoda, które zostały zakwestionowane w zaskarżonej decyzji, mimo że mają odmienne brzmienie od klauzul abuzywnych wpisanych do rejestru pozwala stwierdzić, iż skutek jaki odnoszą jest tożsamy ze skutkiem wywieranym przez klauzule uznane za niedozwolone.
2.	127/12 2013.01.18 (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w W. Decyzja Prezesa z 30.12.2009 r. **Oddalenie odwołania**	Praktyką naruszającą zik stosowanie we wzorcu „Ogólne warunki ubezpieczenia autocasco dla klienta indywidualnego oraz małego lub średniego przedsiębiorcy" postanowień umownych, wpisanych do rejestru postanowień uznanych za niedozwolone.	Sąd zważył co następuje: Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem SOKIK dla uznania, że określona klauzula jest niedozwolonym postanowieniem umownym wystarczy, że mieści się ona w hipotezie klauzuli wpisanej do rejestru, nie jest natomiast konieczna literalna zgodność porównywalnych klauzul. Istotny jest również cel, jakiemu ma służyć kwestionowane postanowienie i czy cel utworzenia spornej klauzuli, odpowiada celowi klauzuli uznanej za niedozwoloną.

3.	79/11 2013.01.21 (...) Sp. z o.o. w W. Decyzja Prezesa z 28.12.2010 r. **Oddalenie odwołania**	Praktyką naruszającą zik, działanie powoda, polegające na prezentowaniu w ramach kampanii przekazu reklamowego wskazującego na to, że cena połączenia telefonicznego do wszystkich w ramach przedmiotowej oferty wynosi od 25 groszy za minutę, podczas gdy cena połączenia telefonicznego do (...) sp. z o.o. z siedzibą w W., operatora sieci (...), wynosiła od 37 groszy za minutę, co stanowi nieuczciwą praktykę rynkową oraz godzi w zik i stwierdził zaniechanie jej stosowania z dniem 16 czerwca 2009 r.	Sąd zważył co następuje: Wbrew wywodom powódki, sformułowanie „od 25 groszy za minutę", że najniższa cena wynosi 25 groszy za minutę, co nie wyklucza istnienia w ofercie także cen wyższych. Skoro jednak podana w reklamach cena minimalna dotyczyła połączeń „do wszystkich", to przekaz reklamowy odpowiadałby prawdzie gdyby istniała możliwość zawarcia z powódką umowy, w której cena za minutę wynosiła 25 groszy za połączenie do „wszystkich" a więc i abonentów sieci (...). Brak jest zatem podstaw do uznania, że odczytanie treści komunikatów reklamowych było niezgodne z rzeczywistością.
4.	71/11 2013.01.14 (...) S.A. w W. Decyzja Prezesa z 28.12.2010 r. **Oddalenie odwołania**	Praktyką naruszającą zik stosowanie w ogólnych warunkach ubezpieczenia – autocasco postanowień umownych, wpisanych do rejestru postanowień wzorców umowy uznanych za niedozwolone.	Sąd zważył co następuje: Z uwagi na pierwszoinstancyjny charakter postępowania przed sądem ochrony konkurencji i konsumentów ostateczny wymiar kary podlega ocenie wyłącznie w oparciu o kryteria określone w art. 111 uokik, niezależnie od przyjętej przez Prezesa UOKiK metodyki. Uwzględniając fakt, że kara stanowi zaledwie 0,85% jej maksymalnego ustawowego wymiaru, brak jest podstaw do przyjęcia, że kara jest zbyt wysoka.
5.	85/11 2013.01.14 „(...) S.A. z siedzibą w W. Decyzja Prezesa z 28.12.2010 r. **Oddalenie odwołania**	Praktyką naruszającą zik, o której naruszenie obowiązku udzielania konsumentom rzetelnej, prawdziwej i pełnej informacji poprzez umieszczenie w reklamach prasowych wyłączenie cen netto oferowanych do sprzedaży mieszkań bez uwzględnienia obowiązującej stawki podatku VAT, co stanowi naruszenie art. 3 ust. 1 pkt l.	Sąd zważył co następuje: Brzmienie art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 o cenach nie pozostawia wątpliwości, że ceną jest wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę. Podanie nieprawidłowej ceny stanowi, w ocenie Sądu, naruszenie obowiązku udzielania konsumentom prawdziwej i pełnej informacji.

6.	204/10 2013.01.25 (...) sp. z o.o. w B. Decyzja Prezesa z 04.08.2010 r. **Oddalenie odwołania**	Praktyką naruszającą zik stosowanie we wzorcu umowy pod nazwą „Umowa przedwstępna sprzedaży lokalu mieszkalnego nr" postanowień umownych, wpisanych do rejestru postanowień wzorców umowy uznanych za niedozwolone.	Sąd zważył co następuje: Prezes UOKiK dokonał szczegółowej analizy i porównania i zasadnie uznał, że kwestionowane we wzorcu umownym powoda zapisy mieszczą się w hipotezach klauzul wpisanych do Rejestru postanowień wzorców umowy uznanych za niedozwolone pod pozycjami 357, 1540, 1386, 364 i 365, 1732, 1205, 1482.
7.	19/11 2013.01.23 sp. z o.o. z/s w W. Decyzja Prezesa z 22.11.2010 r. **Oddalenie odwołania**	Praktyką naruszającą zik wskazaną w art. 24 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 uokik działania przedsiębiorcy – organizatora loterii audiotekstowej „(...)" prowadzonej w okresie od 23.04.2010 r. do 9.09.2010 r. – polegające na formułowaniu treści komunikatów sms, kierowanych do konsumentów w ramach w/w loterii w sposób sugerujący pewność wygranej.	Sąd zważył co następuje: Treść komunikatów sugerowała jednoznacznie, że otrzymujący je konsument został laureatem loterii i aby odebrać wygraną, musi jedynie dopełnić wskazanych w komunikacie formalności. Nie zasługuje na uwagę argumentacja powoda, który podnosi, iż treść wysyłanych komunikatów nie może być analizowana w oderwaniu od regulaminu promocji, gdyż wysyłane komunikaty nie informowały w sposób należyty o zasadach loterii. W żadnym komunikacie powód nie zamieścił informacji, że zdobycie nagrody uzależnione jest nie tylko od spełnienia określonych czynności i poniesienia kosztów wysłania SMS ale również od pomyślnego losowania, które miało być przeprowadzone w przyszłości. Samo spełnienie warunków przez wysłanie sms-a nie gwarantowało żadnej nagrody mimo, że treść przesyłanej uporczywie informacji stwarzała takie wrażenie.
8.	110/11 2013.01.23 Spółdzielnia Mieszkaniowa w W. Decyzja Prezesa z 10.05.2009 r. **Oddalenie odwołania**	Praktyką naruszającą zik działania Spółdzielni Mieszkaniowej z siedzibą w W., polegające na stosowaniu we wzorcu umowy pod nazwą „Umowa o budowę lokalu mieszkalnego" postanowień wpisanych do Rejestru postanowień wzorców umowy uznanych za niedozwolone	Sąd zważył co następuje: Praktyką naruszającą zik stosowanie identycznej klauzuli, jak klauzula wpisana do rejestru niedozwolonych postanowień umownych, przez innego przedsiębiorcę, który nie był stroną lub uczestnikiem postępowania zakończonego wpisaniem danej klauzuli do rejestru.

9.	44/11 2013.01.23 (...) z s. w W Decyzja Prezesa z 03.12.2010 r. **Oddalenie odwołania**	Działanie polegające na stosowaniu suplementu Kodeksu Dobrych Praktyk zawierającego postanowienia sprzeczne z prawem, stanowiące nieuczciwą praktykę rynkową, o za praktykę naruszającą zik, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 uokik i nakazał zaniechanie jej stosowania.	Sąd zważył co następuje: Z istoty kodeksu dobrych praktyk wynika jego przestrzeganie. Ułożenie stosunku prawnego nie podlega swobodzie kontraktowej i konsument o słabszej pozycji ekonomicznej decyduje się na zawarcie umowy na warunkach strony mającej silniejszą pozycję ekonomiczną.

Elżbieta Krajewska
Doktorant w Zakładzie Europejskiego Prawa Gospodarczego WZ UW;
aplikant adwokacki w ORA w Warszawie.

Tabele decyzji Prezesa UOKiK wydanych w okresie od 1. 01 do 31. 03. 2013 r.

A. Decyzje w sprawach nadużywania pozycji dominującej

Lp.	Data, sygnatura	Strony postępowania	Sentencja decyzji	Podstawa prawna (uokik z 2007 r.)	Rynek właściwy
1.	2013-03-12 RŁO 5/2013	Gmina Sokolniki	1. Doszło do **nadużycia pozycji dominującej** przez Gminę Sokolniki poprzez **narzucanie uciążliwych i przynoszących nieuzasadnione korzyści warunków umów** o zaopatrzenie w wodę i umów o zaopatrzenie w wodę i odprowadzanie ścieków. 2. Nakaz zaniechania stosowanej praktyki. 3. Nałożenie kary pieniężnej.	Art. 9 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 6.	Lokalny rynek zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków obejmujący obszar Gminy Sokolniki.
2.	2013-03-14 RWR 5/2013	Lubskie Wodociągi i Kanalizacja Sp. z o.o. z siedzibą w Lubsku	1. **Uprawdopodobnienie** stosowania praktyk polegających na nadużyciu pozycji dominującej poprzez **narzucanie uciążliwych warunków umów przynoszących nieuzasadnione korzyści**. 2. **Decyzja zobowiązująca** do zastąpienia zakwestionowanych postanowień umownych uzgodnionymi z UOKiK, obowiązek złożenia sprawozdania o stopniu realizacji przyjętego zobowiązania. 3. Nałożenie kary pieniężnej.	Art. 9 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 6.	Lokalny rynek zaopatrzenia w wodę i odprowadzania ścieków obejmujący obszar Gminy Lubusko.

B. Decyzje w sprawach kontroli koncentracji

a. Zgody bezwarunkowe na dokonanie koncentracji, w których Prezes UOKiK uzasadnił decyzję (stwierdził wpływ koncentracji na rynek właściwy)

Lp.	Data oraz numer decyzji	Wnioskodawca	Rodzaj koncentracji	Wpływ koncentracji na rynki właściwe	Branża
1.	2013-01-14 DKK-3/2013	AMS S. A. (Warszawa, Polska), Clear Channel Poland Sp. z o.o. (Warszawa, Polska), Ströer Polska Sp. z o.o. (Warszawa, Polska).	Utworzenie przez wnioskodawców wspólnego przedsiębiorcy z siedzibą w Warszawie w formie spółki z o.o. na podst. art. 18 w zw. z art. 13 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 3 uokik.	**W układzie horyzontalnym**: brak wpływu. **W układzie wertykalnym**: krajowy rynek wynajmu nośników płaskich reklamy zewnętrznej oraz krajowy rynek badania efektywności nośników reklamy zewnętrznej. **W układzie konglomeratowy** brak wpływu.	Działalność agencji reklamowych.
2.	2013-01-29 DKK-20/2013	BASF Polska Sp. z o.o. (Warszawa, Polska).	**Nabycie** przez wnioskodawcę **części mienia** Ciech S. A (Warszawa, Polska) oraz **części mienia** Zakładów Chemicznych Zachem S. A. (Bydgoszcz, Warszawa) na podst. art. 18 w zw. z art. 13 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 4 uokik.	**W układzie horyzontalnym**: światowy rynek wprowadzania do obrotu TDI. **W układzie wertykalnym**: brak wpływu. **W układzie konglomeratowym** brak wpływu.	Produkcja farb, lakierów i podobnych powłok, farb drukarskich; produkcja podstawowych chemikaliów, nawozów i związków azotowych, tworzyw sztucznych i kauczuku syntetycznego w formach podstawowych.

3.	2013-02-28 DKK-38/2013	Shell Polska Sp. z o.o. (Warszawa, Polska)	**Przejęcie** przez wnioskodawcę **kontroli** nad Neste Polska Sp. z o.o. (Warszawa, Polska) na podst. art. 18 w zw. z art. 13 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 2 uokik.	**W układzie horyzontalnym**: rynki sprzedaży detalicznej paliw silnikowych w Gdyni, Kwidzyniu, Legionowie, Piasecznie, Szczecinie, Tychach, Wejherowie, Markach, Katowicach, Poznaniu, Toruniu, Zabrzu. **W układzie wertykalnym**: brak wpływu. **W układzie konglomeratowym** brak wpływu.	Sprzedaż detaliczna paliw do pojazdów silnikowych na stacjach paliw.
4.	2013-03-11 DKK-42/2013	BSH Sprzęt Gospodarstwa Domowego Sp. z o.o. (Warszawa, Polska).	**Przejęcie** przez wnioskodawcę **kontroli** nad Zelmer S. A. (Rzeszów, Polska) na podst. art. 18 ust. 1 w zw. z art. 13 ust. 1 pkt 1 i 2 oraz ust. 2 pkt 2 uokik.	**W układzie horyzontalnym**: krajowy rynek wprowadzania do obrotu ekspresów do kawy, czajników, żelazek, blenderów, robotów kuchennych, mikserów ręcznych, odkurzaczy, maszynek do mięsa, sokowirówek, zmywarek, piekarników, płyt grzewczych oraz kuchenek mikrofalowych. **W układzie wertykalnym**: brak wpływu. **W układzie konglomeratowym** a. Krajowy rynek wprowadzania do obrotu suszarek do suszenia odzieży, b. Rynek wprowadzania do obrotu maszyn kuchennych (urządzenia o nieograniczonej funkcjonalności w zakresie przyrządzania posiłków).	

b. Zgody bezwarunkowe na dokonanie koncentracji, w których Prezes UOKiK odstąpił od uzasadnienia na podst. art. 107 § 4 k.p.a. w zw. z art. 83 uokik.

Lp	Data oraz numer decyzji	Wnioskodawca	Rodzaj koncentracji	Branża
1.	2013-01 -07 DKK-1/2013	SGL Carboun Beteiligung oraz Linder Aktiengesellschaft Decken-, Boden-, Trennrandsysteme (Weisbaden, Niemcy oraz Arnstorf, Niemcy).	**Utworzenie** przez wnioskodawców **wspólnego przedsiębiorcy** pod nazwą SGL Lindner GmbH & Co. KG z siedzibą w Arnstorf na podst. art. 18 w zw. z art. 13 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 3 uokik.	Produkcja przemysłowych urządzeń chłodniczych i wentylacyjnych; produkcja pieców, palenisk i palników piecowych; produkcja pozostałych wyrobów gdzie indziej niesklasyfikowana.
2.	2013-01-09 DKK-2/2013	Bouygues Immobilier Polska Sp. z o. o. oraz Ave Este Luxembourg S. à. R. l. (Warszawa, Polska oraz Luksemburg, Luksemburg).	**Utworzenie** przez wnioskodawców **wspólnego przedsiębiorcy** pod nazwą Woodsia Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na podst. art. 18 w zw. z art. 13 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 3 uokik.	Realizacja projektów budowlanych związanych z wznoszeniem budynków mieszkalnych i niemieszkalnych; roboty budowlane specjalistyczne; wynajem i zarządzanie nieruchomościami własnymi lub dzierżawionymi; kupno i sprzedaż nieruchomości na własny rachunek.
3.	2013-01-16 DKK-4/2013	ICG Finanse Sp. z o.o. S. K. A. (Wrocław, Polska).	**Przejęcie** przez wnioskodawcę **kontroli** nad PGD Polska Sp. z o.o. i inni (Poznań, Polska) na podst. art. 18 w zw. z art. 13 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 2 uokik.	Pozostała działalność usługowa gdzie indziej niesklasyfikowana; sprzedaż detaliczna pozostałych nowych wyrobów prowadzona w wyspecjalizowanych sklepach.
4.	2013-01-18 DKK-5/2013	Sony Corporation oraz Olympus Corporation (Tokio, Japonia).	**Utworzenie** przez wnioskodawców **wspólnego przedsiębiorcy** na podst. art. 18 w zw. z art. 13 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 3 uokik.	Produkcja urządzeń, instrumentów oraz wyrobów medycznych, włączając dentystyczne; produkcja pozostałego sprzętu elektrycznego.

5.	2013-01-18 DKK-6/2013	Domex Sp. z o.o. (Sandomierz, Polska).	**Nabycie** przez wnioskodawcę **części mienia** Havo Sp. z o.o. (Białystok, Polska) na podst. art. 18 w zw. z art. 13ust. 1 pkt 2 oraz ust. 2 pkt 4 uokik.	Sprzedaż hurtowa elektrycznych artykułów użytku domowego; sprzedaż hurtowa komputerów, urządzeń peryferyjnych i oprogramowania; sprzedaż hurtowa sprzętu elektronicznego i telekomunikacyjnego oraz części do niego; sprzedaż detaliczna elektrycznego sprzętu gospodarstwa domowego prowadzona w wyspecjalizowanych sklepach; sprzedaż detaliczna prowadzona przez domy sprzedaży wysyłkowej lub Internet.
6.	2013-01-21 DKK-7/2013	Uponor Corporation oraz KWH Group Ltd. (Finlandia).	**Utworzenie** przez wnioskodawców **wspólnego przedsiębiorcy** pod nazwą Uponor Infra Oy z siedzibą w Finlandii na podst. art. 18 w zw. z art. 13 ust. 1 pkt 1 oraz ust. 2 pkt 3 uokik.	Produkcja wyrobów z tworzyw sztucznych; produkcja wyrobów dla budownictwa z tworzyw sztucznych; produkcja pozostałych wyrobów z tworzyw sztucznych.
7.	2013-01-22 DKK-8/2013	Sanhua Appliance Systems GmbH (Monahium, Niemcy).	**Przejecie** przez wnioskodawców **kontroli** nad AWECO Appliance Werk Amtzel GmbH (Neukrich, Niemcy) i innymi na podst. art. 18 w zw. z art. 13 ust. 1 pkt 1 oraz ust. 2 pkt 2 uokik.	Produkcja pozostałego sprzętu elektrycznego.
8.	2013-01-22 DKK-9/2013	AFG International AG (Arbon, Szwajcaria).	**Przejęcie** przez wnioskodawcę **kontroli** nad Fulgus Sp. z o.o. (Warszawa, Polska) na podst. art. 18 w zw. z art. 13, ust. 1 pkt 1 oraz ust. 2 pkt 2 uokik.	Produkcja wyrobów dla budownictwa z tworzyw sztucznych.

9.	2013-01-22 DKK-10/2013	Mebis Towarzystwo Funduszy Inwestycyjnych S.A. (Warszawa, Polska).	**Przejęcie** przez wnioskodawcę **kontroli** nad GPM Vindexus Niestandaryzowany Sekurytyzacyjny Fundusz Inwestycyjny Zamknięty (Warszawa, Polska) na podst. art. 18 ust. 1 pkt 2 oraz ust. 2 pkt 2 uokik.	Działalność związana z zarządzaniem funduszami; działalność trustów, funduszów i podobnych instytucji finansowych.
10.	2013-01-22 DKK-11/2013	Statoil Epsilon Natherlands B. V. oraz Rosneft JV Projects S. A. (Rotterdam, Holandia oraz Luksemburg, Luksemburg)	**Utworzenie** przez wnioskodawców **wspólnego przedsiębiorcy** z siedzibą w Luksemburgu na podst. art. 18 w zw. z art. 13 ust. 1 pkt 1 oraz ust. 2 pkt 3 uokik (Projekt Persejewski).	Górnictwo ropy naftowej; działalność usługowa wspomagająca pozostałe górnictwo i wydobywanie (eksploatacja złóż ropy naftowej i gazu ziemnego).
11.	2013-01-22 DKK-12/2013	Statoil Epsilon Natherlands B. V. oraz Rosneft JV Projects S. A. (Rotterdam, Holandia oraz Luksemburg, Luksemburg)	**Utworzenie** przez wnioskodawców **wspólnego przedsiębiorcy** z siedzibą w Luksemburgu na podst. art. 18 w zw. z art. 13 ust. 1 pkt 1 oraz ust. 2 pkt 3 uokik (Projekt Lisjanski).	Górnictwo ropy naftowej; działalność usługowa wspomagająca pozostałe górnictwo i wydobywanie (eksploatacja złóż ropy naftowej i gazu ziemnego).
12.	2013-01-22 DKK-13/2013	Statoil Epsilon Natherlands B. V. oraz Rosneft JV Projects S. A. (Rotterdam, Holandia oraz Luksemburg, Luksemburg)	**Utworzenie** przez wnioskodawców **wspólnego przedsiębiorcy** z siedzibą w Luksemburgu na podst. art. 18 w zw. z art. 13 ust. 1 pkt 1 oraz ust. 2 pkt 3 uokik (Projekt Kaszewarowski).	Górnictwo ropy naftowej; działalność usługowa wspomagająca pozostałe górnictwo i wydobywanie (eksploatacja złóż ropy naftowej i gazu ziemnego).
13.	2013-01-22 DKK-14/2013	Statoil Epsilon Natherlands B. V. oraz Rosneft JV Projects S. A. (Rotterdam, Holandia oraz Luksemburg, Luksemburg)	**Utworzenie** przez wnioskodawców **wspólnego przedsiębiorcy** z siedzibą w Luksemburgu na podst. art. 18 w zw. z art. 13 ust. 1 pkt 1 oraz ust. 2 pkt 3 uokik (Projekt Magadan – 1).	Górnictwo ropy naftowej; działalność usługowa wspomagająca pozostałe górnictwo i wydobywanie (eksploatacja złóż ropy naftowej i gazu ziemnego).

14.	2013-01-25 DKK-15/2013	KDWT S. A. (Komornice, Polska).	**Nabycie** przez wnioskodawcę **części mienia** Pani Krystyny Dziembor (Handel Hurtowy i Detaliczny Krystyna Dziembor – Tychy oraz Firma Handlowa Marian Dziembor – Siemianowice Śląskie) na podst. art. 18 w zw. z art. 13 ust. 1 pkt 2 oraz ust. 2 pkt 4 uokik.	Sprzedaż hurtowa żywności, napojów i wyrobów tytoniowych.
15.	2013-01-25 DKK-16/2013	Lafarge Kruszwica oraz Beton Sp. z o.o. (Warszawa, Polska).	**Przejęcie kontroli** przez wnioskodawców nad Contractor Sp. z o.o. (Kraków, Polska) na podst. art. 18 w zw. z art. 13 ust. 1 pkt 2 oraz ust. 2 pkt 2 uokik.	Produkcja masy betonowej i prefabrykowanej; wydobywanie żwiru i piasku oraz wydobywanie gliny i kaolinu.
16.	2013-01-29 DKK-17/2013	Hygienika S. A. (Lubliniec, Polska) oraz TAP dayli Vertriebs GmbH (Pucking, Austria).	**Utworzenie** przez wnioskodawców **wspólnego przedsiębiorcy** pod nazwą Dayli (Polen) Sp. z o. o. z siedzibą w Katowicach na podst. art. 18 w zw. z art. 13 ust. 1 pkt 2 oraz ust. 2 pkt 3 uokik.	Sprzedaż hurtowa żywności, napojów i wyrobów tytoniowych; sprzedaż detaliczna prowadzona w niewyspecjalizowanych sklepach; sprzedaż detaliczna żywności, napojów i wyrobów tytoniowych prowadzona w wyspecjalizowanych sklepach.

17.	2013-01-29 DKK-19/2013	Ultimate Fasion Sp. z o.o. (Warszawa, Polska) oraz River Island Clothing Co Limited (Londyn, Wielka Brytania).	**Utworzenie** przez wnioskodawców **wspólnego przedsiębiorcy** na podst. art. 18 w zw. z art. 13 ust. 1 oraz ust. 2 pkt. 3 uokik.	Sprzedaż detaliczna książek prowadzona w wyspecjalizowanych sklepach; sprzedaż detaliczna gazet i artykułów piśmiennych prowadzona w wyspecjalizowanych sklepach; sprzedaż detaliczna nagrań dźwiękowych i audiowizualnych prowadzona w wyspecjalizowanych sklepach; sprzedaż detaliczna gier i zabawek prowadzona w wyspecjalizowanych sklepach; pozaszkolne formy edukacji, gdzie indziej niesklasyfikowane; działalność trustów, funduszów i podobnych instytucji finansowych; sprzedaż detaliczna odzieży prowadzona w wyspecjalizowanych sklepach; sprzedaż detaliczna kosmetyków i artykułów toaletowych prowadzona w wyspecjalizowanych sklepach; sprzedaż detaliczna obuwia i wyrobów skórzanych prowadzona w wyspecjalizowanych sklepach; hotele i podobne obiekty zakwaterowania; kupno i sprzedaż nieruchomości na własny rachunek.
18.	2013-01-29 DKK-21/2013	PharmaSwiss SA (Zug, Szwajcaria).	**Nabycie** przez wnioskodawcę **części mienia** Lek – Am Sp. z o.o. (Zakroczym, Polska) na podst. art. 18 w zw. z art. 13 ust. 1 pkt 1 i 2 oraz ust. 2. pkt 4 uokik.	Produkcja podstawowych substancji farmaceutycznych; produkcja leków i pozostałych wyrobów farmaceutycznych.
19.	2013-01-29 DKK-22/2013	Alcatel – Lucent Polska Sp. z o.o. (Warszawa, Polska) oraz HAWE S. A. (Warszawa, Polska).	**Utworzenie** przez wnioskodawców **wspólnego przedsiębiorcy** pod nazwą Palama Investments Sp. z o.o. (Warszawa, Polska) na podst. art. 18 w zw. z art. 13 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 3 uokik.	Wykonywanie pozostałych instalacji budowlanych; telekomunikacja; sprzedaż hurtowa sprzętu elektronicznego i telekomunikacyjnego oraz części do niego.

20.	2013-01-30 DKK-23/2013	Getin Noble Bank S. A. (Warszawa, Polska).	**Nabycie** przez wnioskodawcę **części mienia** Bank DnB NORD Polska S.A. (Warszawa, Polska) na podst. art. 18 w zw. z art. 13 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 4 uokik.	Pozostałe pośrednictwo pieniężne; leasing finansowy; pozostałe formy udzielania kredytów; Pozostała finansowa działalność usługowa, gdzie indziej niesklasyfikowana, z wyłączeniem ubezpieczeń i funduszów emerytalnych; działalność wspomagająca usługi finansowe oraz ubezpieczenia i fundusze emerytalne.
21.	2013-02-04 DKK-24/2013	Terumo BCT Europe N.V. (Zaventem, Belgia).	**Przejęcie** przez wnioskodawcę **kontroli** nad Medservice Sp. z o.o. (Katowice, Polska) na podst. art. 18 w zw. z art. 13 ust. 1 pkt 1 oraz ust. 2 pkt 2 uokik.	Produkcja urządzeń, instrumentów oraz wyrobów medycznych, włączając dentystyczne.
22.	2013-02-04 DKK-25/2013	CalEnergy Resources Poland Sp. z o.o. (Warszawa, Polska) oraz LOTOS Petrobaltic S.A. (Gdańsk, Polska).	**Utworzenie** przez wnioskodawców **wspólnego przedsiębiorcy** na podst. art. 18 w zw. z art. 13 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 2 uokik.	Działalność usługowa wspomagająca eksploatację złóż ropy naftowej i gazu ziemnego; górnictwo ropy naftowej.
23.	2013-02-11 DKK-27/2013	Getin Noble Bank S.A. (Warszawa, Polska).	**Przejęcie** przez wnioskodawcę **kontroli** nad Dexia Kommunalkredit Bank Polska S.A. (Warszawa, Polska) na podst. art. 18 w zw. z art. 13 ust. 1 pkt 2 oraz ust. 2 pkt 2 uokik.	Pozostałe pośrednictwo pieniężne; pozostałe formy udzielania kredytów; leasing finansowy; pozostała finansowa działalność usługowa, gdzie indziej niesklasyfikowana, z wyłączeniem ubezpieczeń i funduszów emerytalnych.

24.	2013-02-11 DKK-28/2013	Rolls-Royce plc (Londyn, Wielka Brytania), United Technologies Corporation (East Hartford (Connecticut, USA), MTU Aero Engines GmbH (Monahium, Niemcy) oraz Japanese Aero Engines Corporation (Tokio, Japonia).	**Utworzenie** przez wnioskodawców **wspólnego przedsiębiorcy** na podst. art. 18 w zw. z art. 13 ust. 1 pkt 1 oraz ust. 2 pkt 3 uokik.	Produkcja pozostałych maszyn specjalnego przeznaczenia, gdzie indziej niesklasyfikowana.
25.	2013-02-12 DKK-29/2013	Colian S.A. (Opatówek, Polska).	**Przejęcie** przez wnioskodawcę **kontroli** nad Firma Cukiernicza „Solidarność – rok założenia 1952” sp. z o.o. (Lublin, Polska) na podst. art. 18 w zw. z art. 13 ust. 1 pkt 2 oraz ust. 2 pkt 2 uokik.	Produkcja pieczywa, produkcja świeżych wyrobów ciastkarskich i ciastek; produkcja kakao, czekolady i wyrobów cukierniczych.
26.	2013-02-21 DKK-31/2013	Samorząd Województwa Świętokrzyskiego (Kielce, Polska).	**Przejęcie** przez wnioskodawcę **kontroli** nad Uzdrowiskiem Busko-Zdrój S.A. (Busko-Zdrój, Polska) na podst. art. 18 w zw. z art. 13 ust.1 pkt 1 oraz ust. 2 pkt 2 uokik.	Pozostała działalność rozrywkowa i rekreacyjna; kierowanie podstawowymi rodzajami działalności publicznej.
27.	2013-02-21 DKK-33/2013	Vestorian Holdings Limited (Nikozja, Cypr).	**Przejęcie** przez wnioskodawcę **kontroli** nad Investors Holding S.A. (Warszawa, Polska) na podst. art. 18 w zw. z art. 13 ust. 1 pkt 2 oraz ust. 2 pkt 2 uokik.	Działalność holdingów finansowych; działalność firm centralnych (head offices) i holdingów, z wyłączeniem holdingów finansowych.

28.	2013-02-21 DKK-34/2013	Investors Holding S.A. (Warszawa, Polska).	**Przejęcie** przez wnioskodawcę **kontroli** nad BPH Towarzystwo Funduszy Inwestycyjnych S.A. (Warszawa, Polska) na podst. art. 18 w zw. z art. 13 ust 1 pkt 2 oraz ust. 2 pkt 2 uokik.	Działalność holdingów finansowych; działalność firm centralnych (head offices) i holdingów, z wyłączeniem holdingów finansowych.
29.	2013-02-25 DKK-36/2013	Johan Graf (Gumpoldskirchen, Austria).	**Przejęcie** przez wnioskodawcę **kontroli** nad TAP dayli Vertriebs GmbH (Pucking, Austria) na podst. art. 18 w zw. z art. 13 ust. 1 pkt 1 oraz ust. 2 pkt 2 uokik.	Działalność związana z grami losowymi i zakładami wzajemnymi; sprzedaż detaliczna kosmetyków i artykułów toaletowych prowadzona w wyspecjalizowanych sklepach.
30.	2013-02-28 DKK-37/2013	„Piran Investments sp. z o.o.” Vienna S.K.A. (Warszawa, Polska).	**Nabycie** przez wnioskodawcę **części** mienia New City II sp. z o.o. S.K.A. (Warszawa, Polska) na podst. art. 18 w zw. z art. 13 ust 1 pkt 1 oraz ust. 2 pkt 4 uokik.	Wynajem i zarządzanie nieruchomościami własnymi lub dzierżawionymi.
31.	2013-03-13 DKK-44/2013	BPS Towarzystwo Funduszy Inwestycyjnych S.A. (Warszawa, Polska).	**Przejęcie** przez wnioskodawcę **kontroli** nad ECI-Skarbiec Real Estate Fundusz Inwestycyjny Zamknięty Aktywów Niepublicznych (Warszawa, Polska) na podst. art. 18 w zw. z art. 13 ust. 1 pkt 2 oraz ust. 2 pkt 2 uokik.	Działalność związana z zarządzaniem funduszami; kupno i sprzedaż nieruchomości na własny rachunek; wynajem i zarządzanie nieruchomościami własnymi lub dzierżawionym.
32.	2013-03-28 DKK-49/2013	Czerwona Torebka S. A. (Poznań, Polska).	**Przejęcie** przez wnioskodawcę **kontroli** nad Merlin.pl S.A. (Warszawa, Polska) na podst. art. 18 w zw. z art. 13 ust. 1 pkt 2 oraz ust. 2 pkt 2 uokik.	Sprzedaż detaliczna prowadzona przez domy sprzedaży wysyłkowej lub Internet; wynajem i zarządzanie nieruchomościami własnymi lub dzierżawionymi.

33.	2013-03-28 DKK-50/2013	Heinzel Holding GmbH (Vorchdorf, Austria).	**Przejęcie** przez wnioskodawcę **kontroli** nad SCA Graphic Laakirchen AG (Laakirchen, Austria) na podst. art. 18 w zw. z art. 13 ust. 1oraz ust 2 pkt 2 uokik.	Produkcja masy włóknistej, papieru i tektury; pozostała wyspecjalizowana sprzedaż hurtowa.

Anna Archacka
Studentka III. roku WPiA UW
E-mail: anna.archacka@student.uw.edu.pl

Regulacja telekomunikacji – nakładanie obowiązku połączenia sieci na operatorów niezajmujących pozycji znaczącej.

Wyrok Sądu Najwyższego
z dnia 19 października 2012 r. (III SK 3/12)

1. **Z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej nie wynika, aby nałożenie obowiązku połączenia sieci w myśl art. 5 ust. 1 dyrektywy o dostępie było ograniczone tylko do przypadków, gdy jedna ze stron jest podmiotem o znaczącej pozycji rynkowej i ciąży na niej obowiązek regulacyjny zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego.**
2. **W przypadku stwierdzenia sprzeczności między przepisem prawa krajowego (art. 28 ust. 1 w związku z art. 27 ust. 2 Prawa telekomunikacyjnego[1]) a przepisem dyrektywy (art. 5 ust. 1 i 4 dyrektywy o dostępie[2]) rolą sądu krajowego jest najpierw podjęcie próby prounijnej wykładni przepisu prawa krajowego. W niniejszej sprawie prounijna wykładnia mogłaby polegać na wprowadzeniu do ogólnie sformułowanych przepisów prawa krajowego dodatkowych elementów zawartych w art. 5 ust. 1 i 4 dyrektywy o dostępie. Taka wykładnia prowadziłaby do zawężenia kompetencji Prezesa UKE do wydania decyzji o połączeniu sieci przedsiębiorców niezajmujących pozycji znaczącej, na których nie nałożono stosownych obowiązków regulacyjnych w zakresie zapewnienia dostępu.**
3. **Dopiero wtedy, gdy nie ma możliwości dokonania prounijnej wykładni przepisu prawa krajowego lub innego przepisu prawa polskiego, sąd odmawia zastosowania przepisu prawa krajowego z powodu sprzeczności z przepisem dyrektywy. W takim przypadku konieczne jest jednak uznanie, iż przepis dyrektywy jest bezpośrednio skuteczny.**

I. Stan faktyczny

W dniu 16 kwietnia 2008 r. Prezes UKE wydał decyzję ustalającą warunki dostępu do sieci telekomunikacyjnej w zakresie połączenia sieci oraz zasady rozliczeń między Cyfrowym Polsatem a spółką Polkomtel, w tym prawa i obowiązki stron w zakresie świadczenia usług SMS i MMS. Podstawą wydania decyzji był art. 28 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego (dalej: Pt). 10 czerwca 2010 r. sąd pierwszej instancji oddalił odwołanie spółki Polkomtel od tej decyzji. 22 lipca 2011 r. Sąd Apelacyjny rozpoznał apelację Polkomtel S.A. od wyroku, uchylając częściowo decyzję Prezesa UKE w zakresie jakim reguluje prawa i obowiązki stron dotyczące świadczenia usług SMS i MMS.

[1] Ustawa z dnia 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne (Dz.U. Nr 171, poz. 1800).

[2] Dyrektywa 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady 2002/21/WE z 7.03.2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (dyrektywa o dostępie).

Sąd Apelacyjny wskazał, iż Prezes UKE nie miał podstaw do regulowania w zaskarżonej decyzji praw i obowiązków stron w zakresie świadczenia usług SMS i MMS, albowiem ani Polkomtel, ani Cyfrowy Polsat nie byli w owym czasie przedsiębiorcami o znaczącej pozycji rynkowej na tym rynku oraz nie nałożono na nich obowiązku regulacyjnego uwzględniania uzasadnionych wniosków o dostęp lub o połączenie sieci. Sąd Apelacyjny powołał się w tym zakresie na stanowisko Komisji Europejskiej.

Skargę kasacyjną od tego wyroku złożył Prezes UKE. Sąd Najwyższy uznał za zasadny zarzut naruszenia art. 28 ust. 1 i art. 27 ust. 2 Pt w związku z art. 5 ust. 1 i 4 oraz art. 2 lit. a) dyrektywy o dostępie. Sąd Najwyższy podkreślił, iż z wyroku Trybunału Sprawiedliwości z dnia 13 listopada 2008 r.[3] nie wynika, aby nałożenie obowiązku połączenia sieci w myśl art. 5 ust. 1 dyrektywy o dostępie było ograniczone tylko do przypadków, gdy jedna ze stron jest podmiotem o znaczącej pozycji rynkowej i ciąży na niej obowiązek regulacyjny zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego. Ponadto, Sąd wskazał, iż samo postawienie państwu członkowskiemu zarzutów przez Komisję Europejską nie przesądza jeszcze, iż doszło do naruszenia prawa unijnego.

Sąd Najwyższy zajął stanowisko, iż Prezes UKE interpretuje art. 5 ust. 1 dyrektywy o dostępie zbyt szeroko, uznając, iż może wydawać decyzje o połączeniu sieci także w sytuacji, gdy przedsiębiorcy osiągnęli porozumienie w zakresie usług SMS i MMS z uwagi na potrzebę całościowego określenia warunków współpracy międzyoperatorskiej. Z treści art. 5 ust. 1 dyrektywy o dostępie wynika, iż nałożenie przez krajowy organ regulacyjny obowiązku połączenia sieci jest możliwe tylko w „uzasadnionym przypadku" oraz tylko w zakresie, w jakim jest to „niezbędne" do zapewnienia użytkownikom końcowym możliwości korzystania z połączenia typu koniec-koniec.

Sąd Najwyższy wskazał, iż w przypadku stwierdzenia sprzeczności między przepisem prawa krajowego (art. 28 ust. 1 w związku z art. 27 ust. 2 Prawa telekomunikacyjnego) a przepisem dyrektywy (art. 5 ust. 1 i 4 dyrektywy o dostępie) rolą sądu krajowego jest najpierw podjęcie próby prounijnej wykładni przepisu prawa krajowego. W niniejszej sprawie prounijna wykładnia mogłaby polegać na wprowadzeniu do ogólnie sformułowanych przepisów prawa krajowego dodatkowych elementów zawartych w art. 5 ust. 1 i 4 dyrektywy o dostępie. Taka wykładnia prowadziłaby do zawężenia kompetencji Prezesa UKE do wydania decyzji o połączeniu sieci przedsiębiorców niezajmujących pozycji znaczącej, na których nie nałożono stosownych obowiązków regulacyjnych w zakresie zapewnienia dostępu. W ten sposób art. 5 ust. 1 i 4 dyrektywy uszczegółowiłby rzeczywisty zakres zastosowania art. 28 ust. 1 w związku z art. 27 ust. 2 Pt.

Dopiero wtedy, gdy nie ma możliwości dokonania prounijnej wykładni przepisu prawa krajowego lub innego przepisu prawa polskiego sąd odmawia zastosowania przepisu prawa krajowego z powodu sprzeczności z przepisem dyrektywy. W takim przypadku konieczne jest jednak uznanie, iż przepis dyrektywy jest bezpośrednio skuteczny.

II. Komentarz

Omawiane orzeczenie zapadło na tle sprawy z zakresu regulacji telekomunikacji. Sprawa dotyczy kompetencji Prezesa UKE do wydania, na podstawie art. 28 ust. 1 w związku z art. 27 ust. 2 Pt, decyzji o połączeniu sieci przedsiębiorców niezajmujących znaczącej pozycji rynkowej.

[3] Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 13.11.2008 r. w sprawie C-227/07 *Komisja Europejska przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej*.

U podstaw orzeczenia Sądu Apelacyjnego legły wątpliwości dotyczące zgodności art. 28 ust. 1 Pt z art. 5 ust. 1 i 4 dyrektywy o dostępie. Choć Sąd Najwyższy nie rozstrzyga o zgodności tych przepisów i zgodności interwencji Prezesa UKE z przepisami prawa unijnego i krajowego, pozostawiając te zagadnienia do rozstrzygnięcia Sądowi Apelacyjnemu, to w orzeczeniu zawarto rozważania dotyczące wykładni art. 5 ust. 1 i 4 dyrektywy o dostępie. W szczególności, Sąd Najwyższy wskazał, jak rozumie zawarte w tym przepisie upoważnienie krajowego organu regulacyjnego do nałożenia „obowiązku wzajemnych połączeń sieci". Zdaniem Sądu Najwyższego, powyższe sformułowanie można interpretować co najmniej dwojako:

1) jako upoważniające ustawodawcę krajowego do wyposażenia krajowego organu regulacyjnego w kompetencję do wydawania decyzji o połączeniu sieci, zastępującej umowę o połączeniu sieci między przedsiębiorstwami kontrolującymi dostęp do użytkowników końcowych, przy spełnieniu pozostałych przesłanek interwencji zawartych w przepisie (wykładnia szeroka);
2) jako upoważniające ustawodawcę krajowego jedynie do wyposażenia krajowego organu regulacyjnego w kompetencję do nałożenia na przedsiębiorstwa obowiązku połączenia sieci (wykładnia zawężająca).

Powołując się na orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości w sprawie interpretacji innego przepisu dyrektywy o dostępie (art. 4 ust. 1), Sąd Najwyższy opowiedział się za wykładnią zawężającą upoważnienia krajowego organu regulacyjnego do nałożenia „obowiązku wzajemnych połączeń sieci".

Stanowisko Sądu Najwyższego należy uznać za trafne. Wskazać trzeba, iż co do zasady adresatem regulacji są przedsiębiorcy zajmujący znaczącą pozycję rynkową. Jeśli regulacje dotyczą przedsiębiorców niezajmujących pozycji znaczącej, stosowanie szerokiej wykładni przepisów dotyczących obowiązków nie jest właściwe.

Poza wskazówkami dotyczącymi wykładni art. 5 dyrektywy o dostępie Sąd Najwyższy zajął się bardzo istotną kwestią sądowej kontroli przestrzegania procesu wdrażania dyrektyw przez państwa członkowskie. W szczególności, w orzeczeniu zostały zawarte wskazówki, jak powinien wyglądać prawidłowy mechanizm działania sądu krajowego w przypadku stwierdzenia niezgodności przepisu ustawy krajowej z przepisem dyrektywy.

Sąd Najwyższy wskazał, iż stwierdzenie takiej niezgodności nie musi prowadzić do niezastosowania przepisu prawa krajowego i – jak to uczynił Sąd Apelacyjny – uchylenia wyroku sądu niższej instancji lub decyzji organu administracji. W takim przypadku sąd krajowy:

1) powinien w pierwszej kolejności podjąć próbę prounijnej wykładni przepisu prawa krajowego;
2) dopiero w przypadku niemożności dokonania takiej wykładni – może odmówić zastosowania przepisu prawa krajowego z powodu sprzeczności z przepisem dyrektywy; warunkiem takiej odmowy jest jednak zawsze uznanie, iż przepis dyrektywy jest bezpośrednio skuteczny.

Rozwijając szerzej kwestię prounijnej wykładni przepisów Prawa telekomunikacyjnego, Sąd Najwyższy zawarł bardzo dokładne wskazówki, w jaki sposób wykładnia ta powinna być przeprowadzona. W szczególności, powinna ona polegać na wprowadzeniu do przepisu prawa krajowego dodatkowych elementów wynikających z normy unijnej. Ten zabieg doprowadzi do zawężenia kompetencji Prezesa UKE do wydania decyzji o połączeniu sieci przedsiębiorców niezajmujących pozycji znaczącej.

Wskazówki Sądu Najwyższego należy uznać za trafne. Wobec ogólnikowej treści art. 28 ust. 1 Pt jedynie wykładnia tego przepisu z zastosowaniem dodatkowych przesłanek zawartych w art. 5 ust. 1 i 4 dyrektywy o dostępie doprowadzić może do jego uszczegółowienia i w konsekwencji zawężenia kompetencji Prezesa UKE.

III. Konkluzje

Wskazać trzeba, iż postanowienia dyrektyw z zakresu regulacji telekomunikacji, ze względu na swój przedmiot, charakteryzują się zazwyczaj dużym stopniem skomplikowania. Ponadto, postanowienia tych dyrektyw nie zawsze są sformułowane w sposób jasny. Dotyczy to również postanowień dotyczących indywidualnego nakładania obowiązków regulacyjnych na przedsiębiorców niezajmujących pozycji znaczącej. W literaturze słusznie zwraca się uwagę, iż postanowienia w tych sprawach koncentrujące się w art. 5 oraz art. 8 dyrektywy o dostępie zawierają szereg niejasności[4]. Rodzi to trudności przy wdrożeniu przepisów tych dyrektyw do krajowego porządku prawnego. Ponadto, sytuacja stosowania zaimplementowanych przepisów prawa krajowego niesie za sobą częste wątpliwości dotyczące zgodności przepisów prawa krajowego z przepisami dyrektyw.

W tym kontekście Sąd Najwyższy przypomina o ważnej zasadzie, iż w celu wyjaśnienia wątpliwości będących wynikiem niedoskonałej transpozycji dyrektyw polskie sądy powinny w pierwszej kolejności odwoływać się do prounijnej wykładni przepisów prawa krajowego (obowiązek prounijnej wykładni zharmonizowanego prawa unijnego), a dopiero wtedy, gdy nie jest to możliwe, odmówić zastosowania przepisu prawa krajowego sprzecznego z dyrektywą.

Bożena Marciniak
radca prawny w kancelarii MDDP Sobońska Olkiewicz i Wspólnicy

4 S. Piątek, *Prawo telekomunikacyjne Wspólnoty Europejskiej*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2003, s. 157 i n.

Milcząca akceptacja oferty cenowej jako uzgodnienie (praktyka uzgodniona).

Wyroki Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 18 marca 2013 r. (XVII AmA 40/10 i XVII AmA 41/10)

1. **Jeśli strony porozumienia pozostawały w stałych stosunkach gospodarczych w duchu art. 68[2] k.c., właściwe jest przyjęcie, że brak negatywnej reakcji dystrybutorów na ofertę cenową producenta oznacza akceptację zaproponowanych warunków umowy, a tym samym zawarcie porozumienia ograniczającego konkurencję w formie, o której mowa w art. 4 pkt 5 lit. b) ustawy.**
2. **Dla kwalifikowania określonych działań faktycznych jako porozumienia w postaci uzgodnienia (art. 4 pkt 5 lit. b) ustawy) nie ma znaczenia okoliczność, że przedsiębiorcy, którzy otrzymali pismo producenta o zasadach polityki cenowej, nie zajęli stanowiska wobec jego treści. Skoro bowiem dostosowali oni do niego swoje zachowanie, to miała miejsce koordynacja uchylająca niepewność gospodarczą funkcjonowania na rynku.**
3. **Wniesienie odwołania zawierającego braki formalne skutkuje jedynie tym, że SOKiK wzywa stronę do ich uzupełnienia. Jeśli zatem sama strona uzupełniła braki bez wezwania, bo jeszcze przed przekazaniem odwołania i akt administracyjnych Sądowi, to logicznym jest, że także takie uzupełnienie należy uznać za złożone w terminie, o ile odwołanie dotknięte brakami zostało złożone w ustawowym terminie.**

Wyroki SOKiK o sygnaturze XVII AmA 40/10 i XVII AmA 41/10[1] zostały wydane wskutek odwołania od decyzji Prezesa UOKiK z dnia 15 grudnia 2009 r. (RPZ 27/2009), uznającej za praktykę ograniczającą konkurencję porozumienie zawarte przez Knott Sp. z o.o. (dalej: Knott), producenta akcesoriów do przyczep, i licznych dystrybutorów tychże akcesoriów. Porozumienie na krajowym rynku hurtowej sprzedaży akcesoriów do przyczep, ustalające ceny minimalne, przyjęło formę uzgodnienia w rozumieniu art. 4 pkt 5 lit b) ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

W początku 2008 r. część dystrybutorów firmy Knott zwróciła się do niej z apelem o kontrolowanie polityki cenowej i przeciwstawianie się zjawisku „psucia rynku" – działanie zostało wywołane obserwacją, że w sklepach internetowych akcesoria do przyczep, którymi obracali dystrybutorzy, oferowane były w cenach detalicznych nawet 25% niższych niż te stosowane przez dystrybutorów. Apel do producenta został wystosowany za wiedzą wielu dystrybutorów (wymienionych w przesłanym piśmie), w tym również przedsiębiorcę A.S.O. Ilona i Krzysztof Nachtman (dalej: A.S.O.), którego odwołanie od decyzji Prezesa UOKiK doprowadziło do wydania omawianego wyroku.

[1] Analogiczny charakter wyroków wynika z faktu, że odwołania zostały złożone odrębnie przez małżonków prowadzących wspólnie działalność gospodarczą.

W następstwie przesłanego pisma producent podjął z dystrybutorami rozmowy, w efekcie czego w dniu 16 stycznia 2009 r. rozesłał do dystrybutorów wiadomość e-mail zatytułowaną „Cennik cen minimalnych", natomiast w dniu 5 lutego 2009 r. – wiadomość pt. „Ceny minimalne ciąg dalszy". Przesłane dystrybutorom pisma zawierały ustalenia Knott co do polityki cenowej, która miała przeciwstawiać się sprzedaży wyrobów „po cenach nie znajdujących żadnego racjonalnego uzasadnienia", poprzez „sporządzenie wykazu cen minimalnych i przedstawienie go partnerom". Pismo sugerowało jednocześnie, że stosowanie cen niższych niż wskazane ceny minimalne będzie traktowane jako sprzedaż towarów wątpliwego pochodzenia (z nielegalnych źródeł). Wiadomość dotarła także do firmy A.S.O., która – podobnie jak inni dystrybutorzy – rzeczywiście w zasadzie nie sprzedawała w późniejszym okresie towarów po cenach niższych niż wskazane przez producenta (niższe ceny były stosowane jedynie sporadycznie). Odwołując się od wskazanej decyzji organu antymonopolowego, firma A.S.O. zarzuciła Prezesowi UOKiK, że ten nie dowiódł należycie jej uczestnictwa w zmowie cenowej.

Rozpatrując odwołanie, SOKiK przedstawił w pierwszej kolejności swoje rozważania nad istotą konkurencji i ograniczeń cenowych. Definiując mechanizm konkurencji, sąd stwierdził, że „Konkurencja jest procesem rynkowym, który prowadzi do polepszania jakości towarów, zachowania cen na odpowiednim poziomie, usuwania z rynku podmiotów nieefektywnych, przyczyniając się do zapewnienia optymalnej alokacji dóbr w społeczeństwie. Beneficjentami prawidłowo funkcjonującego mechanizmu konkurencji są zarówno konsumenci, jak i działający na rynku przedsiębiorcy". Sąd podkreślił, że cena stanowi „zasadniczy parametr przy wyborze oferty przez konsumenta, jak i między przedsiębiorcami w warunkach rywalizacji konkurencyjnej. Uzgadnianie cen na rynku powoduje, że odbiorcy towarów zmuszeni są ponosić wyższe koszty zakupów, a niepewność przedsiębiorców co do warunków działania konkurentów zostaje częściowo wyeliminowana. W rezultacie, mechanizm konkurencji zostaje pozbawiony przymiotu efektywności, a stosunki między przedsiębiorcami zostają zafałszowane".

Najbardziej wartościową częścią omawianego wyroku, istotną dla przyszłego orzecznictwa i praktyki decyzyjnej, jest stanowisko SOKiK co do definiowania uzgodnień w rozumieniu art. 4 pkt 5 lit. b) uokik. Sąd nie miał wątpliwości, że z uzgodnieniem mamy do czynienia w sytuacji, gdy producent przedstawił dystrybutorom ofertę cenową, która została przez nich milcząco zaakceptowana (zastosowana w praktyce). Zdaniem SOKiK ze względu na stałe stosunki gospodarcze łączące producenta i dystrybutorów, w analizowanym stanie faktycznym zastosowanie znajduje art. 68^2 k.c., zezwalający na milczące przyjęcie oferty. Sąd podkreślił, że uzgodnienie może polegać na przystąpieniu do realizacji określonej strategii rynkowej.

Sąd wskazał, że wskutek działań faktycznych (w tym milczącej akceptacji dystrybutorów dla skierowanej do nich oferty) doszło do koordynacji zachowań, przesądzającej ostatecznie o istnieniu porozumienia w postaci uzgodnienia. Ze strony producenta mieliśmy do czynienia z „wyraźnym wytyczeniem kontrahentom pożądanej polityki cenowej", prowadzącym do „eliminacji niepewności między kontrahentami w zakresie stosowanych przez nich cen minimalnych (...), a tym samym warunków konkurowania na rynku". Po stronie dystrybutorów skoordynowane zachowania rynkowe, które można prawnie kwalifikować jako zawarcie porozumienia w rozumieniu art. 4 pkt 5 uokik, wynikały z „samej świadomość poniżej jakich minimalnych cen nie będzie przy sprzedaży towarów schodzić konkurencja" i z „wzajemnej wiedzy o podobnych praktykach konkurentów".

Sąd przypomniał również, że brak jakichkolwiek sankcji za niestosowanie cennika wskazanego przez producenta, nie pozbawia porozumienia jego zakazanego charakteru.

Na uwagę zasługuje również stanowisko SOKiK zajęte wobec zarzutu procesowego Prezesa UOKiK. Organ zarzucił bowiem stronie powodowej, że ta wniosła w terminie jedynie część odwołania, a następnie – dopiero po terminie – je uzupełniła. Sąd uznał, że uzupełnienie przez stronę braków formalnych odwołania bez wezwania SOKiK (jeszcze przed przekazaniem odwołania i akt administracyjnych Sądowi) należy traktować jako uzupełnienie złożone w terminie, jeśli samo odwołanie dotknięte brakami zostało złożone w ustawowym terminie.

Odwołanie od decyzji Prezesa UOKiK zostało ostatecznie przez SOKiK oddalone.

Dr Agata Jurkowska-Gomułka
Adiunkt w Zakładzie Europejskiego Prawa Gospodarczego
Wydział Zarządzania UW
E-mail: agathajur@o2.pl

Sygn. akt: XVII AmA 112/12

POSTANOWIENIE

Dnia 23 stycznia 2013 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów
w składzie:
Przewodniczący: SSO Andrzej Turliński
po rozpoznaniu w dniu 23 stycznia 2013 r. w Warszawie
na posiedzeniu niejawnym
sprawy z odwołania P. Sp. z o.o. w W.
przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów
zainteresowani:
(...) SA w W.
(...) Sp. z o.o. w W.
(...) Sp. z o.o. W.
o zawarcie porozumienia ograniczającego konkurencję
na skutek wniosku odwołującego się o ograniczenie stronom postępowania za wyjątkiem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów prawa wglądu do materiału dowodowego przedstawionego w odwołaniu oraz w zakresie określonym w dokumentach znajdujących się w aktach postępowania antymonopolowego o sygnaturze akt DOK2-410-1/10/KR i w aktach postępowania wyjaśniającego o sygnaturze akt DOK2-400-8/09/KR/MKK
postanowił:
oddalić wniosek.

SSO Andrzej Turliński

UZASADNIENIE

W odwołaniu od decyzji Prezesa UOKiK z dnia 23 listopada 2011 r. nr DOK-8/2011 powód – P. Sp. z o.o. w W. wniósł o ograniczenie zainteresowanym prawa wglądu do materiału dowodowego przedstawionego w odwołaniu oraz w zakresie określonym w dokumentach znajdujących się w aktach postępowania antymonopolowego o sygnaturze akt DOK2-410-1/10/KR i w aktach postępowania wyjaśniającego o sygnaturze akt DOK2-400-8/09/KR/MKK.

Uzasadniając wniosek powód ograniczył się do przytoczenia treści przepisu art. 479^{33} § 3 k.p.c. jako podstawy prawnej oraz do wskazania, że informacje zawarte w tak określonym materiale dowodowym stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa.

Sąd ustalił, że uzasadnienia odpisów odwołań przeznaczonych dla zainteresowanych nie zostały przedłożone Sądowi w pełnym brzmieniu – ich zawartość została pozbawiona tych treści, które powód uznał za tajemnicę swojego przedsiębiorstwa, przy czym z uwagi na to, iż zawartość uzasadnienia nie została podzielona na jednostki graficzne (redakcyjne) nie sposób dokładnie określić tych fragmentów tekstu, których ogląd miałby być wyłączony zainteresowanym.

Tak więc powód przerzucił na Sąd, co nie powinno mieć miejsca, sposób wyodrębnienia z uzasadnienia odwołania tych jego fragmentów, które objął wnioskiem o ograniczenie wglądu.

W świetle treści art. 479^{33} § 3 k.p.c. Sąd na wniosek strony lub z urzędu może, w drodze postanowienia, w niezbędnym zakresie ograniczyć pozostałym stronom prawo wglądu do materiału dowodowego załączonego przez strony do akt sprawy w toku postępowania sądowego, jeżeli udostępnienie tego materiału groziłoby ujawnieniem tajemnicy przedsiębiorstwa lub innych tajemnic podlegających ochronie na podstawie odrębnych przepisów.

W świetle treści tego przepisu materiałem dowodowym nie jest treść pisma procesowego, które zgodnie z treścią art. 125 § 1 k.p.c. obejmuje wnioski i oświadczenia stron składane poza rozprawą. Z kolei na podstawie art. 126 § 1 pkt 3 k.p.c. każde pismo procesowe powinno zawierać osnowę wniosku lub oświadczenia oraz dowody na poparcie przytoczonych okoliczności. Takim samym wymogom podlega odwołanie od decyzji Prezesa UOKiK, ponieważ według art. 479^{28} § 3 k.p.c. powinno czynić zadość wymaganiom przypisanym dla pisma procesowego.

Ograniczenie wglądu mogłoby dotyczyć dołączonego do odwołania materiału dowodowego, gdyby był on przedłożony w załącznikach do tego pisma. W związku z tym treść odwołania co do samej zasady nie podlega ograniczeniu wglądu dla zainteresowanych. Tak też Łukasz Błaszczak w Ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów – Komentarze pod redakcją prof. Tadeusza Skocznego – Duże Komentarze Bcka, Wydawnictwo C. H. Beck, Warszawa 2009 str. 1833 numer brzegowy 5.

Należy też podkreślić, że w art. 479^{33} § 3 k.p.c. ustawodawca odstąpił od zasady jawności wyrażonej w art. 9 k.p.c. Z tego powodu rozwiązanie przewidziane w art. 479^{33} § 3 k.p.c. jako wyjątek od tej zasady należy interpretować ściśle i ścieśniająco. Również i z tego powodu wykluczyć trzeba jakikolwiek ograniczanie stronom wglądu do treści pisma procesowego.

Niezależnie od powyższych rozważań Sąd zwrócił uwagę, że powód nie przedstawił jakichkolwiek argumentów na poparcie twierdzenia, że zawartość odwołania stanowi tajemnicę jego przedsiębiorstwa.

Ten sam zarzut należy postawić wnioskowi w odniesieniu do materiału dowodowego z akt postępowań wyjaśniającego oraz antymonopolowego przeprowadzonych przez Prezesa UOKiK.

Ponadto nie jest możliwe wydanie przez Sąd postanowienia w przedmiocie ograniczenia wglądu do materiału dowodowego, który nie został załączony do akt sądowych, ponieważ Sąd nie ma możliwości zapoznania się z jego treścią przed nadaniem biegu sprawie, a właśnie na tym etapie postępowania rozpatruje wniosek o ograniczenie wglądu.

Materiał, o którym mowa w pkt 19 i 20 wniosków odwołania (str. 13 – 15 odwołania) miałby być przedłożony przez Prezesa UOKiK w trybie art. 248 § 1 k.p.c. i to tylko warunkowo, to jest gdyby nie znajdował się w aktach administracyjnych przekazanych do Sądu. Jednocześnie powód nie sprecyzował w żaden sposób, które konkretnie dokumenty przedłożone przez Prezesa UOKiK miałyby podlegać ochronie.

W tym stanie rzeczy orzeczono jak w sentencji postanowienia.

SSO Andrzej Turliński

Sygn. akt XVII AmA 113/12

POSTANOWIENIE

Dnia 19 marca 2013 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów
w składzie:
Przewodniczący: SSO Andrzej Turliński
po rozpoznaniu w dniu 19 marca 2013 r. w Warszawie
na posiedzeniu niejawnym
sprawy z odwołania P. SA w W.
przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów
zainteresowani:
(...) Sp. z o.o. w W.
(...) Sp. z o.o. w W.
(...) Sp. z o.o. w W.
o zawarcie porozumienia ograniczającego konkurencję
na skutek wniosku odwołującego się o ograniczenie stronom postępowania za wyjątkiem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów prawa wglądu do informacji zawartych w odwołaniu oraz informacji zawartych w ośmiu pismach przedłożonych w toku postępowania antymonopolowego prowadzonego przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów
postanowił:

1. ograniczyć pozostałym stronom postępowania za wyjątkiem pozwanego wgląd w materiał dowodowy stanowiący załączniki 27, 53, 54 do odwołania,
2. odrzucić wniosek o ograniczenie wglądu do informacji wskazanych przez powoda w toku postępowania administracyjnego w pismach z dni: 5 października 2010 r., 3 grudnia 2010 r., 15 grudnia 2010 r., 20 grudnia 2010 r., 5 kwietnia 2011 r., 29 kwietnia 2011 r., 2 sierpnia 2011 r., 25 października 2011r.
3. oddalić wniosek w pozostałym zakresie.

SSO Andrzej Turliński

UZASADNIENIE

W odwołaniu od decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 23 listopada 2011 r. Nr DOK-8/2011 powód wniósł o ograniczenie zainteresowanym prawa wglądu do informacji wskazanych przez powoda w toku postępowania antymonopolowego prowadzonego przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

– w piśmie powoda z 5 października 2010 r.,
– w piśmie powoda z 3 grudnia 2010 r.,
– w piśmie powoda z 15 grudnia 2010 r.,

– w piśmie powoda z 20 grudnia 2010 r.,
– w piśmie powoda z 5 kwietnia 2011 r.,
– w piśmie powoda z 29 kwietnia 2011 r.,
– w piśmie powoda z 2 sierpnia 2011 r.,
– w piśmie powoda z 25 października 2011 r.

jak również do szeregu informacji zawartych w treści uzasadnienia odwołania.

Ponadto powód domagał się ograniczenia zainteresowanym wglądu do dokumentów z załączników nr 27, 53 i 54 do odwołania.

Sąd zważył, co następuje.

W świetle treści art. 479^{33} § 3 k.p.c. Sąd na wniosek strony lub z urzędu może, w drodze postanowienia, w niezbędnym zakresie ograniczyć pozostałym stronom prawo wglądu do materiału dowodowego załączonego przez strony do akt sprawy w toku postępowania sądowego, jeżeli udostępnienie tego materiału groziłoby ujawnieniem tajemnicy przedsiębiorstwa lub innych tajemnic podlegających ochronie na podstawie odrębnych przepisów.

W świetle treści tego przepisu materiałem dowodowym nie jest treść pisma procesowego, które zgodnie z treścią art. 125 § 1 k.p.c. obejmuje wnioski i oświadczenia stron składane poza rozprawą. Z kolei na podstawie art. 126 § 1 pkt 3 k.p.c. każde pismo procesowe powinno zawierać osnowę wniosku lub oświadczenia oraz dowody na poparcie przytoczonych okoliczności. Takim samym wymogom podlega odwołanie od decyzji Prezesa UOKiK, ponieważ według art. 479^{28} § 3 k.p.c. powinno czynić zadość wymaganiom przypisanym dla pisma procesowego.

Ograniczenie wglądu może dotyczyć dołączonego do odwołania materiału dowodowego, gdy jest on przedłożony w załącznikach do tego pisma. W związku z tym treść odwołania co do samej zasady nie podlega ograniczeniu wglądu dla zainteresowanych. Tak też Łukasz Błaszczak w Ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów – Komentarze pod redakcją prof. Tadeusza Skocznego – Duże Komentarze Bcka, Wydawnictwo C. H. Beck, Warszawa 2009 str. 1833 numer brzegowy 5.

Należy też podkreślić, że w art. 479^{33} § 3 k.p.c. ustawodawca odstąpił od zasady jawności wyrażonej w art. 9 k.p.c. Z tego powodu rozwiązanie przewidziane w art. 479^{33} § 3 k.p.c. jako wyjątek od tej zasady należy interpretować ściśle i ścieśniająco. Również i z tego powodu wykluczyć trzeba jakiekolwiek ograniczanie stronom wglądu do treści pisma procesowego.

Jednocześnie z treści powołanego przepisu art. 479^{33} § 3 k.p.c. wynika, że Sąd władny jest decydować o ograniczeniu wglądu jedynie do materiału dowodowego załączonego do akt sprawy w toku postępowania sądowego. Chodzi tu więc o sytuację, gdy strona składa wniosek dowodowy w postępowaniu sądowym.

Tymczasem powód domagał się ograniczenia zainteresowanym wglądu do ośmiu pism przedłożonych jako dowody w postępowaniu administracyjnym. Co więcej występował do Prezesa UOKiK o ograniczenie wglądu do informacji zawartych w tych ośmiu pismach, co do których zgłosił żądanie ograniczenia wglądu w obecnie prowadzonym postępowaniu sądowym.

Jak wynika z akt administracyjnych wszystkie wnioski powoda zostały przez pozwanego rozpoznane, z tym, że żaden z wniosków o ograniczenie wglądu nie został uwzględniony w całości. Wynika z tego, że część informacji, co do których pozwany nie zgodził się ograniczyć wglądu, była

dostępna pozostałym uczestnikom postępowania administracyjnego, ponieważ w każdej chwili mogli się z nimi zapoznać w toku tego postępowania.

W tej sytuacji należało uznać, że informacje te nie mogą już być uznane za tajemnicę. Udostępnienie ich zainteresowanym na obecnym etapie postępowania nie może już wywołać skutków w postaci ujawnienia tajemnicy przedsiębiorstwa. Najistotniejsze jest jednak to, że postanowienia wydane przez Prezesa UOKiK w przedmiocie wniosków o ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa w postaci informacji w 8 pismach są prawomocne.

Oznacza to, że ponowne rozpoznanie wniosku o ograniczenia wglądu w przedmiocie informacji, co do których orzekł już prawomocnie Prezes UOKiK jest niedopuszczalne.

W tym stanie rzeczy Sąd postanowił jak w sentencji orzeczenia.

W celu podania stronom motywów rozstrzygnięcia Sąd uzasadnił niniejsze postanowienie mimo, że jest ono prawomocne z chwilą wydania i nie służy od niego zażalenie, ani nie podlega uzasadnieniu.

SSO Andrzej Turliński

Mateusz Błachucki, *System postępowania antymonopolowego w sprawach kontroli koncentracji przedsiębiorców.* Seria: Biblioteka UOKiK, Warszawa 2012, ss. 472

Prezentowana publikacja, która ukazała się w 2012 r., skupia się na procesowych aspektach systemu kontroli łączenia przedsiębiorców. Autor publikacji – dr Mateusz Błachucki – jest adiunktem w Zakładzie Prawa Administracyjnego w Instytucie Nauk Prawnych PAN, a także radcą Prezesa w Departamencie Kontroli Koncentracji w Urzędzie Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Prowadził wiele skomplikowanych postępowań antymonopolowych w sektorach farmaceutycznym, sieci wielkopowierzchniowych, alkoholowym czy energetycznym. Jest autorem i redaktorem wielu publikacji naukowych w języku polskim i angielskim.

Recenzentka książki dr hab. Małgorzata Król-Bogumilska (prof. UW i INP PAN) podkreśla, iż „(...) praca zawiera wnikliwe przedstawienie problemów objętych tematyką pracy, świadczące o ogromnej wiedzy Autora w tym zakresie. Pracę cechuje znakomite wydobycie zagadnień stanowiących największe utrudnienie dla praktyki. Wywody Autora zostały w licznych przypadkach zilustrowane przykładami spraw zaczerpniętych z praktyki. (…) Autor stawia problemy, przedstawia je w pracy w sposób dyskursywny, opisując stanowiska prezentowane w piśmiennictwie prawniczym i orzecznictwie antymonopolowym w sprawach z zakresu kontroli koncentracji. Po przeprowadzeniu wnikliwej analizy wykazuje doskonałe opanowanie zasad logicznego wnioskowania, w wielu spornych kwestiach zajmuje wyraźne stanowisko".

Wyjściem do rozważań o systemie postępowania antymonopolowego w sprawach kontroli łączenia przedsiębiorców była podstawowa teza tej pracy, postawiona przez autora. Tezą tą jest twierdzenie, że „procedura antymonopolowa w sprawach z zakresu kontroli łączenia przedsiębiorców jako nowoczesna procedura administracyjna funkcjonuje w sytuacji pluralizmu normatywnego, rola zaś procesowa stron nie może być opisywana tylko jako relacja podporządkowania, lecz także jako relacja partnerska, co jest szczególne istotne wobec właściwego i inherentnego dla tego postępowania procesowego ograniczenia interesu indywidualnego strony przez interes publiczny". Założeniem autora było przedstawienie, w jaki sposób należy przystosować już istniejące instytucje prawne do specyfiki spraw koncentracyjnych, a także uzupełnienie rozwiązań proceduralnych.

Publikacja składa się z dziewięciu rozdziałów, wstępu oraz uwag końcowych. W rozdziale pierwszym opisany został system koncentracji przedsiębiorców z ekonomicznego punktu widzenia oraz reakcja prawa antymonopolowego na to zjawisko. Pozwoliło to autorowi, w dalszej części rozdziału, na identyfikację celów, jakie przyświecają prawu antymonopolowemu. Autor określając, kiedy interwencja państwa jest konieczna i jakim celom ma służyć, kładzie podwaliny do dalszych rozważań. Sygnalizuje, iż w dalszej części publikacji będzie m.in. szukał odpowiedzi na pytanie: jaki system kontroli łączenia przedsiębiorców winien być przyjęty w Polsce.

W rozdziale drugim zaprezentowane zostały rozważania dotyczące istniejących różnych systemów wdrażania prawa antymonopolowego w sprawach z zakresu kontroli procesów

koncentracyjnych w gospodarce. Omówiona została także charakterystyka polskiego systemu ochrony konkurencji w zakresie łączenia przedsiębiorców. Autor poświęca również wiele miejsca analizie systemu źródeł prawa antymonopolowego. W tym samym rozdziale autor bada ramy instytucjonalne rozpatrywania spraw antymonopolowych z zakresu kontroli łączenia przedsiębiorstw.

Rozdział trzeci poświęcony został skutkom w sferze proceduralnej, jakie wiążą się z internacjonalizacją ochrony konkurencji. Autor opisuje nie tylko wpływ unijnego systemu ochrony konkurencji na polski system kontroli łączenia przedsiębiorców, lecz także wpływ konwencji i umów międzynarodowych. Podsumowując, autor wskazuje, iż polskie przepisy ustawy antymonopolowej nie są do końca dostosowane do efektywnej współpracy z innymi państwami, w szczególności w zakresie wymiany informacji i dowodów. Autor podkreśla również rolę nieformalnych mechanizmów w międzynarodowej współpracy w dziedzinie ochrony konkurencji, w tym kontroli koncentracji.

W rozdziale czwartym przeprowadzona została analiza charakteru postępowania antymonopolowego z zakresu kontroli łączenia przedsiębiorców. Autor wskazuję na potrzebę wcześniejszej analizy charakteru spraw, które są przedmiotem tego postępowania, gdyż jak trafnie zauważa, sprawa zawsze poprzedza samo postępowanie. W podsumowaniu autor wskazuje, iż w świetle przeprowadzonej analizy należy uznać, iż postępowanie antymonopolowe stanowi przykład postępowania administracyjnego szczególnego.

Charakterystyka obowiązku notyfikacji łączenia przedsiębiorców została omówiona przez autora w rozdziale piątym, zatytułowanym „Wszczęcie postępowania antymonopolowego w zakresie kontroli łączenia przedsiębiorców". Autor wskazuje i omawia problemy, jakie mogą pojawić się na etapie „prenotyfikacyjnych" kontaktów stron i organu antymonopolowego. Następnie zostały omówione wymogi formalne wniosku oraz zagadnienie relatywizacji formalnych i materialnych aspektów obowiązku notyfikacji. Dalej opisane zostały kwestie procesowe związane z formalnym wszczęciem postępowania antymonopolowego. Na końcu autor charakteryzuje pozycję procesową uczestników postępowania antymonopolowego w sprawach kontroli koncentracji.

Postępowanie dowodowe w postępowaniu antymonopolowym w sprawach kontroli łączenia przedsiębiorców stanowi przedmiot omówienia w rozdziale szóstym. Autor charakteryzuje najczęściej stosowane w praktyce dowody przez organ antymonopolowy: dokumenty, oświadczenia osób trzecich, opinie biegłych, zeznania świadków oraz przesłuchanie stron. Następnie omówione zostały formy, jakie może przybrać postępowanie dowodowe i sposoby przeprowadzania dowodów. Autor charakteryzuje również uprawnienia procesowe stron w postępowaniu dowodowym. Omówienie zagadnień ogólnie nieobecnych w polskiej legislacji i orzecznictwie (standard dowodzenia, wieloetapowość postępowania) lub obecnych w niewielkim zakresie (ciężar dowodu, zakończenie fazy dowodowej) umieszczone zostało na końcu rozdziału.

Rozdział siódmy został poświęcony ostatniemu etapowi postępowania antymonopolowego w sprawach z zakresu kontroli łączenia przedsiębiorców, a więc jego rozstrzygnięciu. Autor wskazuje, iż winno to być merytoryczne rozstrzygnięcie, ale nie zawsze jest to możliwe czy to z przyczyn formalnych, czy też z uwagi na okoliczności materialnoprawne. W rezultacie oddzielnie omówione zostały poszczególne decyzje merytoryczne, a następnie niemerytoryczne formy zakończenia postępowania antymonopolowego. Na koniec autor porusza zagadnienie powagi rzeczy rozstrzygniętej (*res iudicata)* na gruncie przepisów o kontroli koncentracji przedsiębiorców.

Celem, jaki wyznacza sobie autor w rozdziale ósmym, zatytułowanym „Postępowanie w sprawie naruszenia przepisów ustawy antymonopolowej z zakresu kontroli łączenia przedsiębiorców", jest ukazanie charakteru odpowiedzialności i sankcji regulowanych przepisami ustawy antymonopolowej. Autor skupia się bardziej na opisie deliktów i stosowanych sankcji, niż na szerokim opisywaniu całego postępowania w sprawie naruszenia przepisów ustawy antymonopolowej.

Ostatni rozdział został poświęcony charakterystyce odpowiednich przepisów regulujących system weryfikacji rozstrzygnięć administracyjnych oraz innych prawnie relatywnych czynności organu antymonopolowego, podjętych w postępowaniu antymonopolowym w sprawach kontroli łączenia przedsiębiorców. Podsumowując, autor wskazuje na wadliwość tego systemu. W rezultacie system ten nie zapewnia odpowiedniego poziomu ochrony prawnej strony i w niewielkim stopniu oddziałuje na praktykę organu antymonopolowego.

Publikację wieńczą „Uwagi końcowe" stanowiące swoisty ekstrakt z całego analizowanego w publikacji materiału. Autor podsumował w nich przeprowadzoną analizę systemu postępowania antymonopolowego w sprawach kontroli koncentracji przedsiębiorców, jeszcze raz podkreślając najważniejsze wnioski oraz wskazując na rozwiązania i zmiany jakie, jego zdaniem, powinny zostać zastosowane tam, gdzie są wymagane.

Piotr Marek Warchoł
Aplikant adwokacki, kancelaria „Centrum Prawa Konkurencji"

Antoni Bolecki, *Wymiana informacji między konkurentami w ocenie organów ochrony konkurencji (między antykonkurencyjną koordynacją a prokonkurencyjną kooperacją)*. CARS. Podręczniki i monografie 11, Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 2013, ss. 374.

Prezentowana publikacja ukazała się w 2013 roku i podejmuje jeden z najistotniejszych aspektów prawa konkurencji – ocenę przez organy antymonopolowe wymiany informacji między konkurentami. Jak wskazuje autor, celem przeprowadzonych badań była odpowiedź na pytanie: jakie czynniki powodują, że wymiana informacji między konkurentami jest traktowana przez organy ochrony konkurencji jako antykonkurencyjna koordynacja, a jakie sprawiają, że ograny te uznają wymianę informacji za środek zapewnienia prokonkurencyjnej kooperacji? Dlatego też w publikacji przeprowadzona została analiza rodzajów wymienianych informacji, ich cech, struktury rynków oraz organizacyjnych form jej wymiany.

Tytułem wstępu warto zauważyć imponujący z punktu widzenia każdego praktyka prawa antymonopolowego zakres prawno-porównawczy opracowania. W celach badawczych autor przeanalizował blisko siedemdziesiąt orzeczeń organów Unii Europejskiej, ponad czterdzieści spraw dotyczących prawa antymonopolowego Stanów Zjednoczonych, a także orzecznictwo polskie oraz wielu krajów członkowskich Unii zarówno tych szczycących się długą historią prawa antymonopolowego, jak Wielka Brytania czy Niemcy, jak i tych o nieco krótszej, ale niemniej interesującej, jak Czechy, Słowenia czy Finlandia. Godnym uwagi jest dogłębne przeanalizowanie w związku z opracowanym tematem orzeczeń prawa konkurencji USA. Czytelnik znajdzie tu bowiem znane orzeczenia antymonopolowe, jak: *Gypsum* czy *Maple Fooring Manufacturers Association*, ale również te mniej znane jak np. *Insilco*. Przeprowadzenie analizy porównawczej o tak szerokim zakresie jest niewątpliwie jednym z największych walorów omawianego opracowania, w sposób imponujący bowiem zostało przedstawione orzecznictwo, a jednocześnie podejście organów antymonopolowych do tematu publikacji.

W rozdziale pierwszym, w ramach wprowadzenia, zaprezentowano wskazane już cele opracowania, a także metody i materiał badawczy. Natomiast w rozdziale drugim autor przedstawia podstawową terminologię niezbędną do zrozumienia dalszej części opracowania. Opisuje on m.in. takie zagadnienia jak: 1) informacja i formy przepływu informacji oraz jej wymianę; 2) transparentność rynku; 3) różnice pomiędzy antykonkurencyjną koordynacją a prokonkurencyjną kooperacją; 4) porozumienia – opisując rodzaje porozumień zakazanych w praktyce europejskiej oraz standardy oceny porozumień w praktyce amerykańskiej.

Właściwa analiza tematu publikacji rozpoczyna się w rozdziale trzecim. Autor omawia w nim wpływ rodzajów wymienianych informacji na pro- lub antykonkurencyjny charakter porozumień. W pierwszej kolejności dokonany został podział rodzajów informacji na podstawie orzecznictwa organów antymonopolowych na: informacje dotyczące cen i ich elementów składowych, informacje dotyczące podaży i sprzedaży oraz pozostałe rodzaje informacji. Czytelnik odnajdzie tu również

doprecyzowany podział informacji cenowych, tj. ceny sprzedaży m.in. na: cenę transakcyjną, ceny sprzedażowe planowane na przyszłość, cenę bazową czy cenę minimalną. Każdy z wymienionych rodzajów został omówiony na podstawie wybranego przez autora orzeczenia bądź decyzji organu antymonopolowego, jak np. na interesującym braku stwierdzenia naruszenia konkurencji w sprawie *Wymiana Informacji Hotelowej*. W niniejszym rozdziale autor wskazał na strategiczne znaczenie informacji dotyczących cen, podaży, sprzedaży i udziałów rynkowych. Odnajdziemy tu również bardzo użyteczną ocenę czy, a jeśli tak, to jakim ryzykiem antymonopolowym obarczone są informacje dotyczące *know-how*, planowanych inwestycji, czy te dotyczące ochrony środowiska.

Rozdział czwarty autor poświęcił cechom wymienianych informacji. W tej części opracowania Czytelnik ma szansę zaznajomić się m.in. z podejściem organów antymonopolowych do informacji o charakterze indywidualnym oraz informacji zagregowanych. Autor wskazuje także na możliwość prokonkrencyjności wymiany pierwszych z nich. W niniejszym rozdziale zamieszczono również opis innych cech informacji, takich jak ich wiek (dane historyczne), publiczną dostępność lub poufność oraz częstotliwość wymiany czy wiarygodność. Publikacja dowodzi m.in., że tendencja organów antymonopolowych wskazuje, że im częstsza wymiana informacji antykonkurencyjnych, tym większe są nasilenia antykonkurencyjnych skutków. Autor zwrócił także uwagę na konieczność oceny wiarygodności przekazywanych informacji, której to brak w jego ocenie może zmniejszyć antykonkurencyjne skutki wywołane przez wymianę.

W kolejnym rozdziale opracowania autor poszukuje odpowiedzi na pytanie: jaki wpływ na ocenę antykonkurencyjnego lub prokonkurencyjnego charakteru wymiany informacji ma struktura rynku. Rozdział ten jest jednym z ciekawszych rozdziałów opracowania, gdyż porusza tematykę często pomijaną przy ocenie wymiany informacji przez urzędy antymonopolowe, stosujące w tym przedmiocie uproszczony model analizy. Autor przeprowadza w nim analizę spraw m.in. pod kątem wysokiej lub niskiej transparentności rynku, stopnia jego skoncentrowania, a także charakterystyki towaru, którego dotyczą informacje, barier wejścia na rynek jego stabilności czy symetryczności. Rozdział ten ciekawie odnosi się także do naturalnej transparentności rynku istotnie osłabiającej antykonkurencyjny potencjał wymiany informacji (wymieniając m.in. sprawę *DataCheck*). Autor wskazuje również przypadki, kiedy zwiększenie transparentności było traktowane jako prokonkurencyjne. Czytelnik znajdzie tutaj równie istotne odniesienia do innych czynników rynkowych wskazujących np., że wysoka koncentracja rynku wpływa na zwiększenie ryzyka antykonkurencyjnego charakteru wymiany, oraz przykłady orzeczeń uznających, że im rynek bardziej stabilny, mniej złożony i symetryczny, tym zwiększa się ryzyko wystąpienia zmowy.

Kolejny, a zarazem najdłuższy rozdział opracowania, bada formy organizacyjne, w jakich wymiana informacji następuje, oraz ich wpływ na charakter wymiany. Przeprowadzony podział dotyczy wymiany informacji przez stowarzyszenia, podmioty trzecie czy wymianę bezpośrednią oraz na jednostronne ujawniane informacji. Chociaż według obserwacji autora sposób wymiany informacji ma najmniejszy wpływ ze wszystkich przedstawionych wcześniej czynników na ocenę porozumień, to rozdział ten może okazać się bardzo przydatny praktykom. Autor na podstawie analizy orzecznictwa dokonuje tu bowiem oceny, jakie formy wymiany informacji niosą za sobą największe ryzyko wywołania antykonkurencyjnych skutków. Ponadto przedstawia on praktyczne, organizacyjne środki bezpieczeństwa, jakich należy przestrzegać by uniknąć antykonkurencyjnych skutków związanych przykładowo z *gun jumping* czy platformami B2B. Znajdziemy tu również

opis tych platform, a także analizę możliwego braku ryzyka antymonopolowego idącego za tzw. *Benchmarking*.

Ostatni rozdział opracowania dotyczy wymiany informacji w stosunkach wertykalnych mających horyzontalne skutki. Autor wykazuje w tym miejscu, kiedy praktyki o wertykalnym charakterze stawały się praktykami mającymi skutki horyzontalne. Ocenia on jakie czynniki miały wpływ na antykonkurencyjny charakter wymiany. Wskazuje również dwa istotne zagadnienia: świadomość przedsiębiorców o antykonkurencyjnym celu przekazywania informacji oraz zazwyczaj dokonywaną powierzchownie analizę dotyczącą struktury rynku.

Książkę wieńczy podsumowanie, w którym autor przedstawia wnioski z przeprowadzonego badania. Analiza prowadzi do stwierdzenia, że wymiana informacji pomiędzy konkurentami jest częściej traktowana jako przejaw antykonkurencyjnej koordynacji niż forma prokonkurencyjnej kooperacji. Przykłady tej drugiej Czytelnik jest jednak w stanie w książce odnaleźć. Na uwagę zasługuje niezwykle bogaty warsztat omawianej publikacji. Wydaje się, że ze względu na praktyczny, szeroki i imponująco rzetelny zakres analizowanych przez autora orzeczeń, stanowiący o kompleksowym rozpatrzeniu problemu, lektura tego opracowania jest obowiązkowa dla każdego praktyka prawa konkurencji. Lekturę tej publikacji bez wątpienia należy polecić również ekonomistom oraz akademikom.

Dariusz Aziewicz
Absolwent LL.M in Comparative Law,
University of Florida G. Levin College of Law
E-Mail: darek.aziewicz@gmail.com

Rafał Sikorski, *Funkcjonowanie zasobów patentowych w prawie konkurencji Unii Europejskiej*, Seria: Monografie prawnicze, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2013, ss. 346

Omawiana publikacja dotyczy problematyki funkcjonowania zasobów patentowych w świetle regulacji prawa konkurencji. Rafał Sikorski, adiunkt w Katedrze Prawa Europejskiego na Wydziale Prawa i Administracji UAM, jest autorem wielu publikacji z zakresu problematyki prawa własności intelektualnej, prawa konkurencji i prawa prywatnego międzynarodowego.

Autor już we wstępie wskazuje, że poruszana problematyka, popularna na przełomie XIX i XX wieku, jest współcześnie również aktualna. Jego zdaniem wpływa na to: (1) ułatwiona procedura uzyskania patentu; (2) dążenie przedsiębiorców do zapewnienia sobie jak największej ilości patentów, by w przypadku, gdy inni uprawnieni wystąpią przeciwko nim z roszczeniami o zaprzestanie naruszeń, mogli również skierować przeciw nim roszczenia o ochronę ich patentów; (3) złożony charakter współczesnych technologii. Autor podkreśla, że powstanie zasobu patentowego znacznie usprawnia proces uzyskiwania licencji, ponieważ upoważnia do korzystania ze wszystkich rozwiązań niezbędnych do zastosowania danej technologii, dzięki zawarciu jednej umowy licencyjnej z zarządzającym zasobem patentowym.

Publikacja zawiera w sobie nie tylko wnikliwy opis i analizę zagadnienia zasobów patentowych oraz ich funkcjonowania w ramach prawa konkurencji Unii Europejskiej, lecz także elementy o charakterze prawno-porównawczym do regulacji prawnych zastosowanych w amerykańskim prawie konkurencji. Książka składa się z 7 rozdziałów.

W rozdziale pierwszym, zatytułowanym „Pojęcie zasobu patentowego. Pro- i antykonkurencyjne skutki funkcjonowania zasobów patentowych" autor szeroko omawia zagadnienie zasobów patentowych, przytacza m.in. definicje i typy zasobów patentowych, a także ukazuje korzyści i zagrożenia związane z funkcjonowaniem zasobów patentowych. Wśród korzyści płynących z funkcjonowania zasobów patentowych autor wymienia m.in. możliwość wspólnej eksploatacji rozwiązań komplementarnych, zmniejszenie kosztów transakcyjnych i uniknięcie zjawiska kumulacji opłat licencyjnych oraz zmniejszenie ryzyka sporów o naruszenie patentów. W publikacji zaprezentowano także negatywne skutki działalności zasobów patentowych, z których najbardziej doniosłe, z punktu widzenia podjętej tematyki, to ograniczenia konkurencji na rynku produktowym i rynkach powiązanych oraz zamknięcie dostępu do rynku dysponentom rozwiązań konkurencyjnych. Autor inne wspomina również o innych konsekwencjach, jak gromadzenie technologii substytucyjnych, licencjonowanie rozwiązań niepotrzebnych z punktu widzenia stosowania technologii, a także ograniczenia innowacyjności.

W rozdziale drugim autor przedstawił ewolucję podejścia do zasobów patentowych w amerykańskim prawie antymonopolowym. Podkreśla on jednocześnie, że analiza amerykańskich doświadczeń, na przykładzie najważniejszych orzeczeń sądów amerykańskich, pozwala na lepsze zrozumienie funkcjonowania współczesnych zasobów, gdyż rozwiązania obecnie przyjmowane są w dużej mierze reakcją na złe doświadczenia związane z funkcjonowaniem zasobów patentowych

w pierwszej połowie XX wieku. Uważna lektura książki pozwala zauważyć, że rozwiązania europejskie w dużej mierze wzorowane są na rozwiązaniach amerykańskich, jednakże, co podkreśla autor, często nie uwzględnia się odmiennej specyfiki tych dwóch porządków i systemów prawnych. Przeprowadzona analiza ukazuje, jak na przestrzeni czasu zmieniało się podejście do oceny funkcjonowania zasobów patentowych. Autor wskazuje, że początkowo praktycznie w ogóle nie analizowano relacji pomiędzy poszczególnymi patentami gromadzonymi w zasobach, podczas gdy obecnie kluczowe znaczenie ma ustalenie, czy rozwiązania chronione patentami są konkurencyjne względem siebie lub czy są rozwiązaniami komplementarnymi, czemu służy m.in. tzw. test istotności.

Rozdział trzeci zawiera omówienie zagadnień o charakterze ogólnym z zakresu unijnego prawa konkurencji. Autor omawia w nim zarówno zagadnienie rynków właściwych, siły rynkowej, jak i poszczególne przykłady porozumień ograniczających konkurencję oraz praktyk o charakterze eksploatacyjnym, w tym niesłuszne warunki licencyjne, dyskryminacyjne warunki licencjonowania, transakcje wiązane (*tying*) czy odmowę udzielenia licencji. Według autora, do zawierania szeregu porozumień dochodzi na etapie tworzenia zasobu patentowego, jak również na etapie udostępniania technologii zgromadzonej w zasobie patentowym. W publikacji omówione zostało także zagadnienie wspólnej pozycji dominującej dysponentów poszczególnych patentów wchodzących w skład zasobu oraz podmiotów zarządzających zasobem. Autor podziela stanowisko, że dysponenci tzw. patentów istotnych, którzy gromadzą je w zasobie patentowym w celu wspólnego udostępniania potencjalnym użytkownikom, zajmują wspólnie pozycję dominującą na rynku technologii. Znajdujemy tu również odwołania do *comfort letters* wydawanych przez Komisję oraz Wytycznych Komisji w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 TWE do umów transferu technologii.

Rozdział czwarty został poświęcony tworzeniu zasobu patentowego w świetle unijnego prawa konkurencji. Omówiono w nim wymóg gromadzenia w zasobie patentów istotnych (*essential patents*) oraz gromadzenie w zasobie tzw. patentów nieistotnych (*non-essential patents*), jak również wymóg gromadzenia w zasobie patentów ważnych (*valid patents*). Autor przywołuje pogląd, zgodnie z którym patentami istotnymi są t patenty przysługujące do rozwiązań zgodnych ze specyfikacją techniczną standardu, określoną w toku procesu standaryzacji. Jeżeli chodzi o tzw. patenty nieistotne, autor dochodzi do wniosku, że gromadzenie ich w zasobach wcale nie musi skutkować ograniczeniem konkurencji, o ile spełnione zostaną pewne przywołane w publikacji warunki. Jeżeli zaś chodzi o pojęcie „patentu nieważnego", autor publikacji przychyla się do interpretacji, zgodnie z którą jest to patent co prawda udzielony, ale następnie unieważniony bądź patent, który wygasł w wyniku upływu okresu ochrony, bądź nieuiszczenia opłat za ochronę.

Kolejny rozdział dotyczy struktury organizacyjnej zasobu patentowego. Autor przywołuje stanowisko Komisji, zgodnie z którym, to jak zasób patentowy powstaje, jest zorganizowany i funkcjonuje może wpływać na zmniejszenie ryzyka wystąpienia skutków antykonkurencyjnych. Mimo iż w Wytycznych Komisji wskazano szereg środków, które w opinii Komisji sprawią, że funkcjonowanie zasobu będzie korzystne z punktu widzenia konkurencji, to, jak wskazuje autor, zastosowanie tych środków nie gwarantuje, że nie dojdzie do naruszeń prawa konkurencji.

Rozdział szósty został poświęcony licencjom na korzystanie z technologii zgromadzonej w zasobie w świetle art. 102 TFUE. Autor analizuje w nim wymóg udzielania licencji na warunkach FRAND (*fair*, *reasonable and non-discriminatory*). W publikacji zaprezentowano pogląd, zgodnie

z którym, obowiązek udzielenia licencji na warunkach FRAND ma duże znaczenie w kontekście działalności zasobów patentowych, gdyż dysponenci technologii zgromadzonych w zasobie na ogół zajmują pozycję dominującą. Analiza przeprowadzona przez autora prowadzi do wniosku, że kluczowe znaczenie z punktu widzenia konkurencji na rynku produktowym ma wymóg, by udostępnianie technologii zgromadzonej w zasobie odbywało się na zasadach jednakowych dla wszystkich, w szczególności, by przedsiębiorcy uczestniczący w tworzeniu zasobu patentowego korzystali z technologii na tych samych zasadach co przedsiębiorcy, którzy nie dysponują tzw. patentami istotnymi. Zdaniem autora, dopóki nie dochodzi do dyskryminacji, dopóty nawet znaczne opłaty licencyjne, nie są w stanie ograniczyć konkurencji na rynku produktowym.

Ostatni rozdział zawiera analizę wybranych klauzul umownych występujących w umowach licencyjnych o korzystanie z technologii zgromadzonej w zasobie patentowym. Autor świadomie pominął analizę takich klauzul, jak ustalanie minimalnych cen sprzedaży produktów, klauzul o podziale rynków czy zakazie sprzedaży na innych terytoriach, klauzule te bowiem są szeroko analizowane w literaturze. W publikacji skupiono się wyłącznie na tych klauzulach, które mogą przyczyniać się do ograniczenia konkurencji na rynku technologii i ewentualnie rynku innowacji, dzieląc je na trzy grupy: (1) klauzule umowne zobowiązujące do udzielania przez licencjobiorców licencji zwrotnych (*grant-back clauses*) na rzecz licencjodawców; (2) klauzule zobowiązujące licencjobiorców do niepodważania ważności praw własności intelektualnej (*no-challange clauses*) oraz (3) klauzule zobowiązujące do nierozwijania i niestosowania własnej technologii, konkurencyjnej wobec tej udostępnianej bądź zobowiązujące do niekorzystania z technologii konkurencyjnych udostępnianych przez osoby trzecie (*non-compete clauses*).

Publikację zamyka podsumowanie, w którym autor trafnie podkreśla, iż o ile do tej pory w literaturze i orzecznictwie wskazywano, że przypadki, w których na dysponenta praw własności intelektualnej nakładany jest obowiązek udzielenia licencji w oparciu o przepisy prawa konkurencji, są przypadkami zupełnie wyjątkowymi, o tyle obecnie – w dobie powszechnej standaryzacji – może okazać się, że ingerencja prawa konkurencji będzie pożądaną znacznie częściej.

Kamila Radomska-Piętka
Radca prawny, kancelaria „Centrum Prawa Konkurencji”
E-Mail: kamilapietka@gazeta.pl

Sprawozdanie z 4. warsztatów CARS pt. „Ograniczenie prawa wglądu do materiału dowodowego w postępowaniu przed Sądem Ochrony Konkurencji i Konsumentów” (16 maja 2013 r., Wydział Zarządzania UW)

W dniu 16 kwietnia 2013 r. odbyły się kolejne, czwarte już warsztaty Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych (CARS), których tematem było „Ograniczenie prawa wglądu do materiału dowodowego w postępowaniu przed Sądem Ochrony Konkurencji i Konsumentów”. Warsztaty poprowadził Pan Sędzia SSO, przewodniczący Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumenta, Andrzej Turliński. Głównym celem warsztatów było przedstawienie proceduralnych zagadnień ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa, na które szczególnie należy zwracać uwagę podczas postępowania przed Sądem Ochrony Konkurencji i Konsumenta, udzielenie wskazówek, w jaki sposób i na jakim etapie poufne dane można i należy chronić oraz przykłady typowych błędów, jakich przy tym zagadnieniu należy unikać. Uczestnicy warsztatów mogli zapoznać się przed spotkaniem z dwoma postanowieniami SOKiK wraz z uzasadnieniem: 1) z dnia 23 marca 2013 r. (AmA 112/12) oraz 2) z dnia 19 marca 2013 r. (AmA 113/02), wydanych przez Pana Sędziego, na przykładzie których została szeroko przedstawiona problematyka ograniczenia stronom postępowania sądowego prawa wglądu do informacji zawartych w odwołaniu od decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumenta, z uwagi na groźbę ujawnienia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Pan Sędzia przybliżył uczestnikom warsztatów podstawy prawne, będące punktem wyjścia omawianego zagadnienia, ich praktyczne zastosowanie, jak również szereg przykładów błędnej interpretacji przepisów skutkującej koniecznością nieuwzględnienia przez Sąd wniosku o ograniczenie wglądu do materiału dowodowego, w którym zwarto dane będące tajemnicą przedsiębiorstwa lub inną ważną tajemnicą. Po prelekcji Pana Sędziego wywiązała się debata wśród uczestników warsztatów. Pytania i dyskusja słuchaczy pozwoliły na podkreślenie wniosków ze spotkania. Poniżej omówiona została w skrócie problematyka omawianego zagadnienia.

Zasada jawności postępowania wyrażona jest w art. 9§ 1. k.p.c.[1], zgodnie z którym: „Rozpoznawanie spraw odbywa się jawnie, chyba że przepis szczególny stanowi inaczej. Strony i uczestnicy postępowania mają prawo przeglądać akta sprawy i otrzymywać odpisy, kopie lub wyciągi z tych akt”. Jest to kluczowa zasada w postepowaniu sądowym i jej naruszenie może skutkować nieważnością postepowania. Odróżnić można jawność wewnętrzną – wobec stron i ich przedstawicieli procesowych – oraz jawność zewnętrzną – w stosunku do społeczeństwa. Zasada jawności zagwarantowana jest konstytucyjnie, art. 45 ust. 2 Konstytucji[2] stanowi bowiem, że „wyłączenie jawności rozprawy może nastąpić ze względu na moralność, bezpieczeństwo państwa i porządek publiczny oraz ze względu na ochronę życia prywatnego stron lub inny ważny interes prywatny. Wyrok ogłaszany jest publicznie”.

[1] Kodeks postępowania cywilnego, Dz.U. z dnia 1 grudnia 1964 r. ze zm.

[2] Konstytucja Rzeczpospolitej Polski z dnia 2 kwietnia 1997, Dz.U. z dnia 16 lipca 1997 r.

Wyjątkiem od zasady jawności jest art. 479^{33} § 3 k.p.c., który stanowi, że: „Sąd na wniosek strony lub z urzędu może, w drodze postanowienia, w niezbędnym zakresie ograniczyć pozostałym stronom prawo wglądu do materiału dowodowego załączonego przez strony do akt sprawy w toku postępowania sądowego, jeżeli udostępnienie tego materiału groziłoby ujawnieniem tajemnicy przedsiębiorstwa lub innych tajemnic podlegających ochronie na podstawie odrębnych przepisów". Zgodnie z zasadą *lex specialis derogat legi generali* cytowany przepis jest wyjątkiem od zasady jawności postępowania sądowego, wyrażonej w art. 9 k.p.c, stąd należy interpretować go ściśle i ścieśniająco.

Choć przepis ten pozwala na wyłączenie jawności z urzędu, w praktyce jednak zasadą jest, że wyłączenie to następuje najczęściej na wiosek stron. Sam przedsiębiorca wie bowiem najlepiej, jak ważne są udostępniane informacje i jakie skutki dla niego może przynieść ich upublicznienie. Z urzędu Sąd może orzec o wyłączeniu jawności danych, gdy np. z treści pisma ewidentnie wynika, iż zawiera ono tajemnice, jak choćby służbowe czy państwowe, a dodatkowo można je łatwo wyłuszczyć z całości tekstu pisma procesowego. Wówczas Sąd może zwrócić się do przedsiębiorcy o przerzucenie tych danych do załączników

Jak wynika z treści przepisu 479^{33} § 3 k.p.c. materiałem dowodowym nie jest więc treść pisma procesowego, lecz dołączone do niego dokumenty. Sama treść odwołania nie podlega zatem ograniczeniom zasady jawności. Na wniosek stron, dla zainteresowanych, ograniczeniu może podlegać jedynie zasada jawność w stosunku do materiału dowodowego. Omawiany przepis 479^{33} § 3 k.p.c. wskazuje bowiem wyraźnie na załączniki – materiał dowodowy załączony przez strony do akt sprawy w toku postępowania sądowego. Materiał taki przytaczany przez strony powinien być więc nie w treści samego pisma, ale jako załącznik do niego. Pismo strony powinno odwoływać się do załącznika i być tak skonstruowane, aby jasne było, gdzie w załącznikach szukać stosownych danych na poparcie twierdzeń i argumentów strony. Same dowody załączone do pisma powinny być oczywiście podpisane – jako dokumenty prywatne stron. W treści samego pisma nie może być zatem istotnych danych przedsiębiorstwa, gdyż skutkuje to tym, że nie można takiego pisma w całości wyłączyć z toku sprawy. Konkludując: nie można wyłączyć od zasady jawności wiadomości polegających ochronie, jeśli znajdują się one w treści pisma procesowego.

Strona składając wniosek o ograniczenie pozostałym stronom prawa do wglądu do materiału dowodowego, powinna go dokładnie sprecyzować. Składając taki wniosek, należy wyraźnie odznaczyć informacje, które są tajemnicą przedsiębiorstwa lub też inną tajemnicą prawnie chronioną. Może w tym celu zastosować np. nawiasy: [tajemnica przedsiębiorstwa]. Istotne jest, aby dane te można było w prosty sposób oddzielić od całości tekstu. Dla Sądu i Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumenta wniosek powinien być w pełnej treści, tj. zawierający wszystkie dane, również te poufne. Wersje pisma dla stron w zasadzie powinny być dwie: jedna jawna, z pełnymi danymi na wypadek, gdyby wniosek o utajnienie danych nie został uwzględniony, oraz druga – zawierająca pewne luki, powstałe po „przekierowaniu" czytelnika do dołączonego do pisma materiału dowodowego w sytuacji, gdy Sąd przychyli się do wniosku strony. Wnioskodawca powinien wskazać stronę lub strony, którym chce ograniczyć prawo wglądu oraz zakres ograniczenia, jeśli jest on różny dla poszczególnych stron.

Częstym błędem popełnianym przez profesjonalnych pełnomocników stron jest, że składając wniosek w oparciu o art. 479^{33} § 3 k.p.c., nie określają oni granic, od którego i do którego słowa w tekście znajdują się informacje, których ochrony się domagają. Z praktycznego punktu widzenia jest to istotne dla pracy sędziego. Zadaniem Sądu nie jest bowiem domyślanie się, które z informacji w dokumencie stanowią tajemnicę i gdzie jest granica pomiędzy jawnymi a poufnymi danymi. Równie często we wnioskach takich brakuje uzasadnienia w postaci argumentów na poparcie twierdzenia, dlaczego wskazane informacje lub dane stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa strony. Uzasadnienie takie jest niezbędne, gdyż jego celem jest jasne wskazanie sędziemu, z jakiego powodu informacje takie nie powinny być udostępnione pozostałym stronom. Innym błędem popełnianym przez pełnomocników jest domaganie się ograniczenia prawa wglądu do informacji zawartych w odwołaniu oraz w pismach przedłożonych w toku postepowania prowadzonego przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumenta. Pan Sędzia podkreślał, że w świetle treści omawianego przepisu 479^{33} § 3 k.p.c. materiałem nie jest treść pisma procesowego, które obejmuje wnioski lub oświadczenia oraz dowody na ich poparcie, zgodnie z art. 125 k.p.c. Treść pisma w postaci odwołania nie podlega ograniczeniu wglądu dla zainteresowanych. Ograniczeniu takiemu mogą podlegać jedynie załączniki dołączone do takiego odwołania. Podobne zarzuty odnoszą się do wniosków w odniesieniu do materiału dowodowego dołączonego do akt postępowań wyjaśniających oraz antymonopolowych prowadzonych przez Prezesa UOKiK.

Jeśli strona dopiero w postępowaniu sądowym złoży wniosek o ochronę istotnych, poufnych danych, to jest zbyt późno, ponieważ dane te mogą być i najczęściej są już zawarte w aktach sprawy prowadzonej przez Prezesa UOKiK. Sąd nie ma zatem kognicji do rozpoznania akt postepowania przygotowawczego lub antymonopolowego, gdyż jest to materiał postępowania administracyjnego. Zatem błąd strony/pełnomocnika może wynikać z nierozróżnienia momentu zmiany postępowania administracyjnego, jakim jest postępowanie prowadzone przez Prezesa UOKiK, w postępowanie sądowe, które rozpoczyna się w momencie złożenia odwołania od decyzji Prezesa UOKiK do Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumenta. Taki wniosek o utajnienie danych, skierowany dopiero w postepowania sądowym, jest zbyt późny i nie może chronić tych danych, gdyż ich tajemnica została już złamana w postępowaniu administracyjnym. Dane te są już bowiem de facto upublicznione i dostępne uczestnikom postepowania administracyjnego, którzy w każdej chwili mogli zapoznać się z ich treścią. Wobec tego udostepnienie takich informacji na etapie postępowania sądowego nie może być uznane za ujawnienie tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż tajemnica taka została już złamana.

Kolejnym przykładem błędnej interpretacji przepisu 479^{33} § 3 k.p.c. jest składanie wniosku o ochronę danych, które nie są tajne ze swej istoty, tak jak np. wyciągi z Krajowego Rejestru Sądowego. Ograniczenie prawa wglądu do materiału dowodowego nie może dotyczyć informacji, które są publiczne. Również przedwcześnie składane wnioski o ochronę danych będących tajemnicą przedsiębiorstwa są oddalane, gdyż uniemożliwiają one sędziemu zadecydowanie o tajności danych, których jeszcze nie przedstawiono.

Od postanowienia sądu w przedmiocie wydanego na podstawie art. 479^{33} § 3 k.p.c. stronom nie służy zażalenie, nie podlega ono uzasadnieniu i jest ono prawomocne z chwilą wydania.

Z uwagi jednak na potrzebę wyjaśnienia stronom problemów interpretacyjnych omawianego artykułu, Sędzia uzasadnił oba cytowane postanowienia, tj. z dnia 23 marca 2013 r. (AmA 112/12) oraz 2) z dnia 19 marca 2013 r. (AmA 113/02).

Halina Suchodolska
Absolwentka WPiA Uniwersytetu w Białymstoku
oraz Westfälische Wilhelms Universität w Münster (LL.M);
prawnik w dziale prawnym; uczestnik OSD CARS

Competition law worldwide as a source of inspiration for academic research and practice
(From the Editor-in-Chief)

Articles

Dariusz Aziewicz, Validity of an economic analysis with respect to minimum resale price maintenance under Polish competition law
Table of contents:
I. Introduction
II. Dr. Miles – not so obvious prohibition of minimum release prices maintenance under US federal antitrust law
III. The *Leegin* judgment and shift to the *rule of reason* standard
  1. Dissent in *Leegin*
  2. *Leegin* and the use of an economic analysis with respect to RPM under Polish competition law

Summary: The article addresses the issue of minimum resale price maintenance focusing on pro-competitive effects of this practice. It refers to US federal antitrust law describing its evolving approach to RPM. The article shows also the possibility of using such an approach by the President of the Polish Office of Competition and Consumers Protection.

Keywords: minimum resale price maintenance, competition law objectives, consumer welfare, approach focused on the economic effect of a practice, agreements.

Antoni Bolecki, On-line sale restrictions in distribution agreements
Table of Contents
I. Foreword
II. On-line sale restrictions in competition law
III. Active and passive distributor sales
  1. Active sales
  2. Admissible active on-line sale restrictions
  3. Passive sales
IV. Essentially admissible passive on-line sale restrictions
  1. Equivalency principle
  2. Sale quality standards as an excuse for on-line sale restrictions
  3. Requirement to possess a brick-and-mortar point of sale that meets specific criteria
  4. Other essentially admissible on-line sale restrictions
V. Essentially inadmissible (non-equivalent) passive on-line sale restrictions
  1. Total prohibition of on-line sales
  2. Examples of essentially inadmissible on-line sale restrictions
VI. On-line sale restrictions – an agreement as to the object or as to the effect?
VII. Application of the *de minimis* exemption to on-line sale restrictions

VIII. Agency agreements and on-line sale restrictions
IX. Conclusions

Summary: Article (a) discusses when - from the perspective of competition law – vertical on-line sale restrictions are permissible and when prohibited as well as (b) clarifies terminology and places these vertical restrictions within the overall competition law system (particularly in the context of the methodology of their analysis).

Keywords: on-line sale; on-line auction; distribution agreement; vertical restriction; active sale; passive sale; brand-product sale; agreement purpose and effect; objective competition-restriction justification; *de minimis* exemption; agency agreement.

Anna Piszcz, Is this a 'group of companies' or is it not? Problems of qualification and their consequences

Table of contents:

I. How did the problem of a few become the problem of many?
II. Difficulties with the assessment of membership in a group of companies
III. Results of an incorrect assessment of membership in a group of companies
IV. Conclusions

Summary: Individual undertakings comprising a 'group of companies' (specific economic unit) are, in some respects, treated differently than undertakings which are not members of such group. From the perspective of competition law, such different treatment is to be found in the area of concentrations as well as agreements. However, starting from 20th February 2013, undertakings must assess whether they are members of 'groups of companies', within the meaning of the newly amended Polish Competition Act, not only with respect to concentrations and agreements, but also in connection with their participation in public tender procedures. However, the definition of a 'group of companies' and its 'components' may make it difficult for a normal undertaking to assess clearly if the nature of its relationship with others should result in classifying them as a group of companies or not. This article identifies these problems as well as the consequences of an incorrect qualification as a group member, or not. The author attempts to unravel what could be done to minimize the associated risks.

Key words: group of companies, control of an undertaking, public contract award procedure, statement of an economic operator.

Competition law abroad

Konrad Kohutek, Australian competition law: selected issues

Table of contents:

I. Introduction
II. Objectives of the Act, the concept of competition; scope of application
III. Anticompetitive agreements
IV. Unilateral practices
V. Merger and Acquisitions
VI. Final remarks

Summary: The paper presents selected issues of competition law in Australia. It is based both on the provisions of Australian competition and consumer Act of 2010 and on available case-law. The article focuses on the substantive aspects of competition rules in Australia (i.e.: the scope of application of the act; the concept of competition; definition of anticompetitive agreements; as well as when a corporation with substantial degree of market power is unlawfully taking advantage thereof). It also contains comparative comments considering the provisions of Polish and EU competition law, as well as general thoughts on the legislative technique of Australian competition law and some of its concepts.
Key words: corporation; substantial lessening of competition standard; authorization; contracts, arrangements and understandings; misuse of market power; third-line forcing; informal merger clearance.

A. Laszczyk, Collective dominant position on telecommunications markets on the example of the case-law of Spanish competition authorities

Tables of contents:

I. Introduction
II. Market situation on Spanish telecommunications markets
III. Decision of the Basque competition authority
IV. Decision of the Spanish competition authority
V. Conclusions

Summary: The aim of this article is to discuss two decisions issued by the Spanish and the Basque competition authorities concerning abuse of dominance in telecoms. The author focuses on the arguments raised therein when invoking the existence of collective dominance. The analysed decisions deserve special attention as far as the Polish competition authority's on-going proceeding concerning potential abuse of a collective dominant position held by the three main Polish telecom undertakings.
Key words: collective dominance, tacit collusion, telecom sector.

***Nemo iudex in sua causa,* Commisssion?** Judgement of the Court of Justice of 6 November 2012 r. in case C-199/11 *Europeen Community v. Otis NV i inni* (Ilona Szwedziak-Bork)

Merger control – State liability for actions of the competition authority's officials. Judgement of the *Landgericht* Köln (Germany) of 26 February 2013, Az. 5 O 86/12. (Wojciech Podlasin)

Legislation and case law reviews

Anna Piszcz, Overview of Polish antitrust law developments in 2012

Table of contents:

I. Introduction
II. Amendments to the Code of Civil Procedure (kpc)
III. "*Soft law*" of the President of the Competition and Consumer Protection Office (UOKiK)

Summary: This article acts as a continuation of an earlier overview of Polish antitrust law developments in 2010-2011 published in last year's iKAR. Analyzed here are the 2012 amendments to legal provisions on judicial antitrust proceedings. Presented also are some developments in the area of the legally non-binding guidelines of the UOKiK President.
Key words: judicial antitrust proceedings; non-admission of evidence; *amici curiae*; guidelines of the UOKiK President.

Tables of judgments of the Supreme Court (Elżbieta Krajewska)

Tables of judgments of the Court of Appeals in Warsaw (Elżbieta Krajewska)

Tables of decisions of the President of the Competition and Consumer Protection Office – from January to March 2013 (Anna Archacka)

Regulation of Telecommunications – imposition of a network connection obligation on operators without significant market power. Judgement of the Supreme Court of 19 October 2012, III SK/3/12 (Bożena Marciniak)

Antitrust – silent approval of a price offer as concertation (concerted practice). Judgments of the Competition and Consumer Protection Court of 18 March 2013, AmA 40/10 i XVII AmA 41/10) (Agata Jurkowska-Gomułka)

New books

Mateusz Błachucki, *System postępowania antymonopolowego w sprawach kontroli koncentracji przedsiębiorstw* [*System of antimonopoly proceedings in concentration cases*], Publication of the Competition and Consumer Protection Office, Warsaw 2012 (Piotr Warchoł)

Antoni Bolecki, *Wymiana informacji między konkurentami w ocenie organów ochrony konkurencji (między antykonkurencyjną koordynacją a prokonkurencyjną kooperacją)* [*Information exchange between competitors in the practice of competition authorities (between anti-competitive coordination and pro-competitive cooperation)*], University of Warsaw Faculty of Management Press, Warsaw 2013 (Dariusz Aziewicz)

Rafał Sikorski, *Funkcjonowanie zasobów patentowych w prawie konkurencji Unii Europejskiej* [*Functioning of patent pools in European competition law*], C.H. Beck, Warsaw 2013 (Kamila Radomska-Piętka)

Contents, summaries and key words

internetowy
KWARTALNIK
ANTYMONOPOLOWY I
REGULACYJNY

Rekomendowany skrót cytowania iKAR

Podstawowe informacje dla Autorów

Teksty do opublikowania w iKAR winny dostarczane na skrzynkę mailową redakcji (ikar@mail.wz.uw.edu.pl) jako dokumenty elektroniczne w edytorach MS Word (2000/XP/2003) lub Open Office.

Artykuły powinny zawierać także spis treści, streszczenie i słowa kluczowe.

Artykuły nie powinny zawierać nie mnie niż 4500, a nie więcej niż 9000 słów.

Redakcja będzie dbać, żeby w iKAR nie miały miejsca przypadki ghostwriting czy guest authorship.

Zasady recenzowania

Wszystkie teksty każdego numeru iKAR są wstępnie recenzowane przez redaktora tematycznego.

Artykuły są oceniane przez dwóch niezależnych recenzentów spoza CARS. Autorzy i recenzenci nie znają swoich tożsamości *(double blind peer review)*.

Recenzja jest sporządzana na formularzu w wersji dla tekstów prawniczych i ekonomicznych, dostępnym na stronie www.ikar.wz.uw.edu.pl. Recenzja kończy się jednoznacznym wnioskiem co do dopuszczenia artykułu do publikacji lub jego odrzucenia.

Zbiorcza lista recenzentów iKAR jest publikowana w ostatnim iKAR w danym roku.

Prawa autorskie

iKAR jest dostępny dla każdego czytelnika na podstawie nieodpłatnej licencji Creative Commons 3.0 Polska (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/pl/).

Korzystanie z zawartości całego numeru oraz z każdego z jego tekstów jest zatem uzależnione wyłącznie od akceptowania przez użytkownika trzech zasad: uznania autorstwa, korzystania z tekstów tylko dla celów komercyjnych oraz nietworzenia na ich bazie utworów zależnych.

Udostępnianie

iKAR jest publikowany wyłącznie w wersji elektronicznej za pośrednictwem odrębnej strony internetowej www.ikar.wz.uw.edu.pl.

Jest udostępniany w wersji .pdf dostosowanej m.in. do e-booków.

Będzie także dostępny we wszystkich najważniejszych polskich bazach wolnego dostępu oraz – na zasadach niewyłącznych – w bazach największych polskich wydawców książek i czasopism z zakresu prawa, ekonomii i zarządzania.

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

UNIWERSYTET WARSZAWSKI
WYDZIAŁ ZARZĄDZANIA

Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych

- prowadzi badania naukowe
- wydaje książki i periodyki, w tym YARS www.yars.wz.uw.edu.pl oraz iKAR www.ikar.wz.uw.edu.pl
- organizuje konferencje naukowe i warsztaty
- świadczy usługi doradcze i prowadzi szkolenia
- oferuje studia podyplomowe ARIS www.aris.wz.uw.edu.pl
- prowadzi Otwarte Seminarium Doktoranckie
- współpracuje z instytucjami naukowymi w kraju i zagranicą oraz z organami regulacyjnymi (UKE, URE, UTK)