internetowy

KWARTALNIK ANTYMONOPOLOWY I REGULACYJNY

5(2)
2013

- Zastosowanie zakazu porozumień ograniczających konkurencję do umów agencyjnych w świetle rozporządzenia RM z 30 marca 2011 r.
- Sprzedaż aktywna i pasywna w usługach marketingu internetowego
- Prawo konkurencji na rynku reklamy w Internecie
- „Pakiet" Komisji Europejskiej dotyczący powództw o odszkodowania z tytułu naruszenia unijnych reguł konkurencji oraz zbiorowego dochodzenia roszczeń
- Argumenty jakościowe stosowane przy ocenie pozycji rynkowej przedsiębiorcy w postępowaniach antymonopolowych
- Arbitraż a prawo konkurencji – wybrane zagadnienia teoretyczne i praktyczne

ISSN 2299-5749

CARS
Centre for Antitrust and Regulatory Studies
Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych
Uniwersytet Warszawski Wydział Zarządzania

internetowy
KWARTALNIK ANTYMONOPOLOWY I REGULACYJNY

5(2)
2013

37. publikacja Programu Wydawniczego CARS

19. 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 Instytucje Nauk Ekonomicznych PAN) – członek.

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

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

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

Kolegium Redakcyjne

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

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

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

Prof. AK dr hab. **Konrad Kohutek** (kierownik Zakładu Publicznego Prawa Gospodarczego na Wydziale Prawa, Administracji i Stosunków Międzynarodowych Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego) – redaktor tematyczny ds. nadużywania pozycji dominującej; adres mailowy: kohutek@gmx.net; tel. kom.: 600.346.215.

Prof. INP PAN dr hab. **Dawid Miąsik** (Zakład 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.

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 **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.

Spis treści

iKAR miejscem kontynuacji dyskusji i polemik oraz podejmowania nowej problematyki (od redaktora naczelnego) 6

Artykuły

Grzegorz Materna, **Zastosowanie zakazu porozumień ograniczających konkurencję do umów agencyjnych w świetle rozporządzenia Rady Ministrów z 30 marca 2011 r.** 8

Bartosz Targański, **Sprzedaż aktywna i pasywna w usługach marketingu internetowego** 18

Piotr Semeniuk, **Kto posiada pozycję dominującą w Internecie? Uwagi o usługach internetowych i naturze reklamy na tle polskiego i europejskiego prawa konkurencji** 27

Anna Piszcz, **„Pakiet" Komisji Europejskiej dotyczący powództw o odszkodowania z tytułu naruszenia unijnych reguł konkurencji oraz zbiorowego dochodzenia roszczeń** 52

Justyna Matuszczak-Piasta, **Argumenty jakościowe stosowane przy ocenie pozycji rynkowej przedsiębiorcy w postępowaniach antymonopolowych przed Prezesem UOKiK** 68

Piotr Nowaczyk, Szymon Syp, **Arbitraż a prawo konkurencji – wybrane zagadnienia teoretyczne i praktyczne** 81

Przegląd prawa i orzecznictwa

Tabele orzeczeń Sądu Najwyższego i Sądu Apelacyjnego w Warszawie w sprawach konkurencji za I. półrocze 2013 r. 90

„Wiem, że nic nie wiem", czyli jak uniknąć kary za naruszenie jednolite i ciągłe. Wyrok TS w sprawie C-441/11 *Komisja Europejska przeciwko Verhuizingen Coopens NV* (Ilona Szwedziak-Bork) 112

Decyzje koncentracyjne w sprawach *Empik/Merlin* oraz *Czerwona Torebka/Merlin*, czyli dlaczego wszyscy chcieli złowić Merlina (Ilona Szwedziak-Bork) 121

Regulamin Arbitrażowy Międzynarodowej Izby Handlowej (Piotr Nowaczyk, Szymon Syp) 129

Przegląd piśmiennictwa

Agata Jurkowska-Gomułka, *Publiczne i prywatne egzekwowanie zakazów praktyk ograniczających konkurencję*, Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 2013, 486 s. (Dariusz Aziewicz) 133

Małgorzata Król-Bogomilska, *Zwalczanie karteli w prawie antymonopolowym i karnym*, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa 2013, 511 s. (Ilona Szwejdziak-Brok) 137

Anna Piszcz, *Sankcje w polskim prawie antymonopolowym*, Wydawnictwo Temida 2, Białystok 2013, 483 s. (Hanna Suchodolska) 141

Bartosz Turno, *Leniency. Program łagodzenia kar pieniężnych w polskim prawie ochrony konkurencji*, Lex a Wolters Kluwer business, Warszawa 2013, 812 s. (Anna Laszczyk) 144

Sprawozdania

Uroczyste wręczenie „Nagrody CARS 2013". Warszawa, 6 czerwca 2012 r. (Wojciech Podlasin) 147

5. Warsztat CARS. Zastosowanie zakazu porozumień ograniczających konkurencję do umów agencyjnych w świetle rozporządzenia Rady Ministrów z 30 marca 2011 r. Warszawa, 20 czerwca 2013 r. (Agata Jurkowska-Gomułka). 151

Sprawozdanie z działalności Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych za rok 2012 (Agata Jurkowska-Gomułka) 155

Contents, Summaries and Key words 159

iKAR miejscem kontynuacji dyskusji i polemik oraz podejmowania nowej problematyki
(*od redaktora naczelnego*)

Niniejszy, trzeci już w tym roku regularny numer *internetowego Kwartalnika Antymonopolowego i Regulacyjnego* zawiera kilka nowych elementów. Po raz pierwszy został do niego zgłoszony artykuł (B. Targański, *Sprzedaż aktywna i pasywna w usługach marketingu internetowego*) nawiązujący bezpośrednio do artykułu opublikowanego w jednym z wcześniejszych numerów (A. Bolecki, *Ograniczenia w sprzedaży przez Internet w umowach dystrybucyjnych*[1]). Co więcej, artykuł B. Targańskiego zawiera elementy zarówno kontynuacji, jak i polemiki w obszarze wywołanej przez A. Boleckiego problematyki oceny wertykalnych ograniczeń konkurencji w sprzedaży przez Internet. Dla takiej właśnie dyskusji naukowej na łamach naszego kwartalnika warto było powołać go do życia. Mam nadzieję, że z takim oddźwiękiem spotka się również artykuł P. Semeniuka.

Jestem głęboko przekonany, że problematyka prawa konkurencji w Internecie powinna być szeroko obecna w naszej dyskusji naukowej i profesjonalnej. Jak słusznie zauważa poniżej B. Targański, dynamiczny rozwój Internetu powoduje, że zastosowanie siatki pojęciowej i klasyfikacji prawa konkurencji, wypracowanych na gruncie handlu tradycyjnego, do handlu internetowego może prowadzić do wielu praktycznych problemów; podział na sprzedaż aktywną i pasywną czy problemy reklamy w Internecie są dobrymi tego przykładami. Zdecydowanie zachęcam do podjęcia tego wyzwania. Jestem gotów opublikować szczególny numer iKAR poświęcony tylko problematyce „Prawa konkurencji w Internecie".

To samo mogę powiedzieć o ważnej, a nieobecnej do tej pory na łamach naszego periodyku problematyce prawa konkurencji w arbitrażu. W tym numerze Czytelnik znajdzie zarówno artykuł P. Nowaczyka i Sz. Sypa, jak i omówienie Regulaminu Arbitrażowego Międzynarodowej Izby Handlowej. Wiem, że wśród Czytelnikach iKAR jest wiele osób mających duże doświadczenie w sporach arbitrażowych na gruncie reguł konkurencji. Zapraszam do podzielenia się nimi w kolejnych numerach iKAR. Nie wykluczyłbym nawet opublikowania szczególnego numeru iKAR poświęconego tylko problematyce „Prawo konkurencji a arbitraż".

W pewnym sensie nową i ważną problematykę podejmują w swych artykułach także G. Materna, A. Piszcz oraz J. Matuszczyk-Piasta.

Tradycyjnie już zamieszczamy w numerze regularnym tabele orzecznicze. Tym razem obejmują one orzeczenia Sądu Najwyższego oraz Sądu Apelacyjnego w Warszawie za I pół roku 2013 r. Nie udało nam się natomiast przygotować do tego numeru tabeli z orzeczeniami SOKiK – zostały one bowiem stosunkowo późno umieszczone na stronie internetowej Sądu Okręgowego – oraz decyzji Prezesa UOKiK za II kwartał tego roku. Zamieścimy ja w numerze 7/2013.

Omawiamy także cztery najnowsze publikacje naukowe z zakresu prawa ochrony konkurencji – książki A. Jurkowskiej-Gomułki, M. Król-Bogomilskiej, A. Piszcz oraz B. Turno – oraz sprawozdania z uroczystego wręczenia Nagrody CARS 2012, a także kolejnego, 5. Warsztatu CARS,

[1] iKAR 2013, 3(2).

poświęconego tym razem problemom stosowania zakazu porozumień ograniczających konkurencję do umów agencyjnych, które poprowadził dr G. Materna. W tym numerze zamieszamy także sprawozdanie z działalności CARS w ubiegłym roku.

Życzymy owocnej lektury i zapraszamy do zgłaszania tekstów do kolejnych numerów regularnych i specjalnych.

Prof. UW dr hab. Tadeusz Skoczny

Warszawa, 15 września 2013 r.

Grzegorz Materna*

Zastosowanie zakazu porozumień ograniczających konkurencję do umów agencyjnych w świetle rozporządzenia Rady Ministrów z 30 marca 2011 r.

Spis treści

I. Wprowadzenie
II. Umowy agencyjne w polskim i unijnym prawie ochrony konkurencji
III. Umowy agencyjne a zakres przedmiotowy rozporządzenia Rady Ministrów z 30 marca 2011 r.
IV. Umowa agencyjna a wyłączenie grupowe z rozporządzenia z 30 marca 2011 r.
V. Podsumowanie

Streszczenie

Umowy agencyjne lub umowy do nich zbliżone mogą kształtować relacje między przedsiębiorcami działających w systemie dystrybucji produktów. Jednocześnie status tych umów w polskim prawie ochrony konkurencji wydaje się nie do końca jasny. Nie budzi wątpliwości, że umowy agencyjne zawierane w systemach dystrybucji produktów stanowią (wertykalne) porozumienia między przedsiębiorcami. Głębszej analizy wymaga natomiast kwestia stosowania się do tych umów zakazu porozumień ograniczających konkurencję oraz reguł wyłączeń grupowych zawartych w rozporządzeniu Rady Ministrów z 30 marca 2011 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję. W artykule przedstawiona została propozycja podejścia do problemu kwalifikowania umów agencyjnych w kontekście zakazu porozumień ograniczających konkurencję, z uwzględnieniem zarówno wykładni językowej wskazanego wyżej rozporządzenia, jak i wcześniejszych rozporządzeń wyłączeniowych oraz orzecznictwa antymonopolowego. W artykule przedstawiane są argumenty za stosowaniem w odniesieniu do umów agencyjnych wykładni inspirowanej podejściem do tych umów w prawie konkurencji Unii Europejskiej.

Słowa kluczowe: agencja; prawo ochrony konkurencji; zakaz porozumień ograniczających konkurencję; wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień.

I. Wprowadzenie

W polskim prawie ochrony konkurencji nie przewidziano szczególnych uregulowań, które precyzowałyby status umów agencyjnych w aspekcie zakazu porozumień ograniczających konkurencję. Tymczasem umowy takie lub umowy do nich zbliżone mogą być wykorzystywane do

* Doktor nauk prawnych, adiunkt w Zakładzie Prawa Konkurencji INP PAN, pracownik UOKiK. Przedstawione w artykule poglądy autora nie mogą być utożsamiane z oficjalnym stanowiskiem UOKiK.

ukształtowania relacji między przedsiębiorcami działającymi na różnych szczeblach obrotu w ramach jednego systemu dystrybucji produktów. Równocześnie w kodeksie cywilnym jednoznacznie przewidziano, że stronami umowy agencyjnej (dającym zlecenie i agentem) są przedsiębiorcy[1]. Wobec tego na potrzeby zastosowania ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów[2] umowa agencyjna stanowi porozumienie[3], a warunki tej umowy mogą być potencjalnie poddane ocenie Prezesa UOKiK w aspekcie zakazu porozumień ograniczających konkurencję[4]. Zarazem zarówno w literaturze przedmiotu, jak i w orzecznictwie antymonopolowym podejmującym problematykę umów agencyjnych przedstawiane są argumenty na rzecz niestosowania do umów agencyjnych zakazu porozumień ograniczających konkurencję między przedsiębiorcami[5].

W powyższym świetle istotna jest kwestia stosowania do umów agencyjnych zakazu porozumień ograniczających konkurencję oraz objęcia ich przedmiotowym zakresem rozporządzenia Rady Ministrów z 30 marca 2011 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (Dz.U. Nr 81 ze zm.) i wyłączeniem spod zakazu z art. 6 uokik[6].

II. Umowy agencyjne w polskim i unijnym prawie ochrony konkurencji

Umowa agencyjna została w polskim prawie zdefiniowana w kodeksie cywilnym[7] jako umowa między dającym zlecenie a przyjmującym je agentem. Równocześnie jednoznacznie przewidziano, że stronami umowy agencyjnej (dającym zlecenie i przyjmującym je agentem) są przedsiębiorcy[8]. W zakresie działalności swego przedsiębiorstwa agent zobowiązuje się do **stałego pośredniczenia**, za wynagrodzeniem, przy zawieraniu z klientami umów **na rzecz dającego zlecenie** przedsiębiorcy (agencja pośrednicza) **albo do zawierania ich w jego imieniu** (agencja przedstawicielska)[9]. Zadania realizowane przez agenta polegają w konsekwencji na wyszukiwaniu klientów, zachęcaniu ich do zawarcia umowy, zbierania danych o nich, udzielaniu im informacji o ofercie, ewentualnym przedstawianiu próbek (agencja pośrednicza) lub na dokonywaniu w imieniu dającego zlecenie czynności prawnych, których stroną pozostaje dający zlecenie, po którego stronie pozostają prawa i obowiązki związane z zawartą przez agenta umową (agencja przedstawicielska)[10]. Agent może działać w ramach stosunku agencji na własny rachunek lub na rachunek dającego zlecenie[11]. Wskazuje się ponadto, że przesłankę kwalifikującą umowę jako umowę agencyjną stanowi zobowiązanie do pośredniczenia przy zawieraniu umów, natomiast

1 Art. 558 § 1 ustawy z 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny **(Dz.U. z 1964 r. Nr 16, poz. 93 ze zm.**).

2 Ustawa z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. Nr 50, poz. 331 ze zm., dalej: uokik).

3 Art. 4 pkt 5 uokik.

4 Art. 6 uokik.

5 Wyr. SA w W-wie z 13.02.2007 r. (VI Aca 819/06), OSSR 2007, nr 6, poz. 1, s. 82; M. Kolasiński, *The economic approach in Polish courts: permitted agency agreements or prohibited price fixing? Case comment to the judgment of the Appeal Court in Warsaw of 13 February 2007 – Roche and Hand-Prod (Ref. No. VI AcA 819/06)*, YARS 2008, nr 1(1), s. 242 i d.; E. Sage [w:] T. Skoczny, A. Jurkowska, D. Miąsik (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2009, s. 534–535. Zob. również: E. Sage [w:] T. Skoczny, A. Jurkowska (red.), *Wyłączenia grupowe spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję we Wspólnocie Europejskiej i w Polsce*, Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania UW, Warszawa 2008, s. 215–216.

6 Na temat zakresu przedmiotowego rozporządzeń wyłączeniowych i przedmiotu wyłączenia, zob. E. Sage [w:] T. Skoczny, A. Jurkowska (red.), *Wyłączenia grupowe…*, s. 210–211.

7 Art. 758 § 1 kc.

8 Art. 558 § 1 kc. Zob. I. Mycko-Katner, *Umowa agencyjna*, Wolters Kluwer, Warszawa 2012, rozdz. III.

9 K. Kopaczyńska-Pieczniak, *Komentarz do art. 758 kodeksu cywilnego*, LEX 2010, pkt 2-3.

10 Ibidem.

11 I. Mycko-Katner, Umowa agencyjna…, rozdz. III.2.4.

zobowiązanie agenta do zawierania umów w imieniu dającego zlecenie jest elementem dodatkowym i nie odgrywa roli samodzielnej przesłanki kwalifikacyjnej[12].

W polskim prawie **nie podjęto się odrębnego zdefiniowania umowy agencyjnej na potrzeby przepisów o ochronie konkurencji.** Wskazać zarazem należy, że w kodeksie cywilnym przyjęto, że stronami umowy agencyjnej są przedsiębiorcy. Status przedsiębiorcy ma w szczególności agent[13]. Taka jest również ocena statusu agenta na gruncie prawa ochrony konkurencji. W uokik pojęcie przedsiębiorcy jest definiowane szerzej niż w kc, czy w ustawie z 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej[14]. W myśl definicji przedsiębiorcy zawartej w art. 4 pkt 1 uokik przedsiębiorcami na potrzeby stosowania uokik są przedsiębiorcy „w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej"[15], a także cztery dodatkowe kategorie podmiotów[16]. Osoby wykonujące w charakterze pośrednika handlowego działalność gospodarczą we własnym imieniu, lecz na rzecz innej osoby, w tym agenci, są uznawane za przedsiębiorców na potrzeby ustawy o swobodzie działalności gospodarczej[17]. W konsekwencji status przedsiębiorcy agenci mają również na gruncie uokik (art. 4 pkt 1 *in initio*)[18].

Wobec powyższego umowa agencji może być uznana za stanowiącą porozumienie między przedsiębiorcami w rozumieniu art. 4 pkt 5 lit. a uokik. W związku z tym **umowy te podlegają ocenie w aspekcie zakazu porozumień ograniczających konkurencję** (art. 6 uokik).

Dla dalszych rozważań istotne jest zarazem zdefiniowanie umów agencyjnych i podejście do nich w **unijnym prawie konkurencji**[19]. Problematyka umów agencyjnych uwzględniona została w opublikowanych przez Komisję wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych[20], jest też poruszana w orzecznictwie sądów europejskich[21].

W świetle wytycznych Komisji niektórym umowom uznawanym w prawie krajowym za umowy agencyjne może być odmówione posiadanie takiego statusu na gruncie prawa UE, natomiast inne stanowią, tzw. umowy agencyjne właściwe, które są zasadniczo wyłączone spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję[22]. W wytycznych **definiuje się agenta** jako osobę prawną lub fizyczną, której udziela się pełnomocnictwa do negocjowania lub zawierania umów na rzecz innej osoby dającej zlecenie, we własnym imieniu albo w imieniu dającego zlecenie, na: zakup towarów

12 D. Bucior, *Pośredniczenie i zawieranie umów jako przedmiot zobowiązania agenta*, „Studia Prawnicze KUL" 2010, nr 1, s. 7–39.

13 I. Mycko-Katner, Umowa agencyjna…, rozdz. III.4.6.

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

15 Pojęcie przedsiębiorcy w świetle ustawy o swobodzie działalności gospodarczej obejmuje osoby fizyczne, osoby prawne i jednostki organizacyjne niebędące osobami prawnymi, którym odrębne ustawy przyznają zdolność prawną, prowadzące we własnym imieniu działalność gospodarczą rozumianą jako zarobkowa działalność wytwórcza, budowlana, handlowa, usługowa oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie kopalin ze złóż, a także działalność zawodowa, wykonywana w sposób zorganizowany i ciągły (art. 4 ust. 1 w zw. z art. 2). Za przedsiębiorców uznaje się także wspólników spółki cywilnej w zakresie wykonywanej przez nich działalności gospodarczej (art. 4 ust. 2).

16 Antymonopolowa definicja przedsiębiorcy obejmuje swym zakresem również określone podmioty działające w sferze użyteczności publicznej **(lit. a)**, osoby fizyczne wykonujące zawód **(lit. b)**, określone osoby fizyczne nieprowadzące działalności gospodarczej, które posiadając kontrolę nad co najmniej jednym przedsiębiorcą, podejmują dalsze działania podlegające kontroli koncentracji **(lit. c)**, związki przedsiębiorców **(lit. d)**. Szerzej, zob. G. Materna, *Pojęcie przedsiębiorcy w polskim i europejskim prawie ochrony konkurencji*, Wolters Kluwer, Warszawa 2009, s. 60–113.

17 M. Etel, *Pojęcie przedsiębiorcy w prawie polskim i prawie europejskim oraz w orzecznictwie sądowym*, Wolters KLuwer, Warszawa 2012, s. 203–204; K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze publiczne*, LexisNexis, Warszawa 2007, s. 213.

18 E. Stawicki [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2011, s. 84; K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz,* Wolters Kluwer, Warszawa 2009, s. 97.

19 Szerzej, m.in. M. Kozak, *Umowa agencyjna w świetle artykułu 101 TFUE. Jak gonić króliczka, aby go nie złapać*, iKAR 2012, nr 4(1), s. 28–43; A. Maziarz, *Porozumienia wertykalne w prawie konkurencji Unii Europejskiej*, Wydawnictwo KUL, Lublin 2013, s. 215–223.

20 Komunikat Komisji – Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych (Dz.Urz. UE z 2010 r. nr C 130, s. 1).

21 M.in. wyr. TS z 14.12.2006 r. w sprawie C-217/05 Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio przeciwko Compañía Española de Petróleos SA. Zb.Orz. 2006, I-11987; wyr. TS z 11.09.2008 r. w sprawie C-279/06 CEPSA Estaciones de Servicio SA przeciwko LV Tobar e Hijos SL, Zb.Orz. 2008, I-06681.

22 Zob. pkt 2.2. wytycznych.

lub usług przez dającego zlecenie, lub sprzedaż towarów lub usług dostarczonych przez dającego zlecenie. **O uznaniu danej relacji między podmiotami rynkowymi za umowę agencyjną na potrzeby art. 101 TFUE decyduje** ponoszenie przez agenta **ryzyka finansowego lub handlowego** związanego z działaniami, do których został wyznaczony jako agent przez dającego zlecenie[23]. Dla tej oceny szczególne znaczenie ma przyznanie agentowi własności zakupionych lub sprzedanych towarów objętych porozumieniem[24]. Nie jest natomiast istotne, czy agent działa dla jednego czy dla kilku dających zlecenie, nie jest też istotna kwalifikacja umowy dokonana przez strony lub prawodawstwo krajowe[25]. **Gdy to dający zlecenie ponosi ryzyko handlowe i finansowe** związane ze sprzedażą i zakupem objętych porozumieniem towarów, działania agenta uznawane są za „część działalności dającego zlecenie", wobec czego zakres stosowania art. 101 ust. 1 TFUE nie obejmuje oceny obowiązków nałożonych na agenta w związku z umowami zawieranymi na rzecz dającego zlecenie[26]. Art. 101 ust. 1 TFUE **ma jednak zastosowanie** do oceny stosunków między agentem i dającym zlecenie, w szczególności gdy zawierają postanowienia o wyłącznym przedstawicielstwie lub postanowienia uniemożliwiające agentowi działanie w charakterze agenta lub dystrybutora przedsiębiorstw konkurujących z dającym zlecenie – w tym zakresie traktuje się agenta jako przedsiębiorstwo odrębne od dającego zlecenie[27]. Ponadto umowa agencyjna może również wchodzić w zakres stosowania art. 101 ust. 1 TFUE, nawet jeżeli dający zlecenie ponosi całe stosowne ryzyko finansowe i handlowe, gdy ułatwia ona zmowę[28].

Zasady wypracowane w wytycznych Komisji zasadniczo mają odzwierciedlenie w orzecznictwie, przy czym Trybunał Sprawiedliwości dokonuje oceny relacji między podmiotami rynkowymi jako umów agencyjnych w oparciu o różne koncepcje określające stopień niezależności przedstawiciela[29]. W nowszym orzecznictwie TS uznał, że umowy między dającym zlecenie a agentem (pośrednikiem) podlegają ocenie na gruncie art. 101 ust. 1 TFUE, o ile stosunki między nimi nie będą czyniły z nich w praktyce jednego organizmu gospodarczego (*single economic unit*). Trybunał podkreślił wagę okoliczności ponoszenia przez pośredników (agentów) ryzyka wynikającego z wynegocjowanych lub z zawartych umów na rachunek zleceniodawcy[30]. Jednocześnie TS przyjął, że w zakresie, w jakim umowa agencyjna zawiera postanowienia dotyczące stosunków między agentem a zleceniodawcą (klauzuli wyłączności, klauzul zakazu konkurencji), w ramach takich stosunków agenci są w zasadzie niezależnymi podmiotami gospodarczymi, a omawiane klauzule mogą naruszyć reguły konkurencji w zakresie, w jakim powodują zamknięcie omawianego rynku[31].

[23] Rodzaje ryzyka istotne dla oceny statusu agenta wymienione zostały w pkt 16 Komunikatu Komisji – Wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych. Jeżeli agent ponosi jeden rodzaj lub kilka rodzajów ryzyka tam opisanego, umowa między agentem a dającym zlecenie nie stanowi umowy agencyjnej dla celów zastosowania art. 101 ust. 1 TFUE. W takiej sytuacji agent jest traktowany jako niezależne przedsiębiorstwo, a umowa pomiędzy agentem a dającym zlecenie podlega ocenie na gruncie art. 101 ust. 1 TFUE, tak jak inne porozumienia wertykalne (pkt 21 Wytycznych).

[24] Komisja wskazuje, że ta okoliczność „zasadniczo" pozwoli na zastosowanie art. 101 ust. 1 TFUE, a zatem przy zaistnieniu dodatkowych, szczególnych okoliczności nie jest wykluczona odmienna ocena. Zob. Komunikat Komisji – Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 15.

[25] Ibidem, pkt 12–13.

[26] Ibidem, pkt 18.

[27] Ibidem, pkt 19.

[28] Taka sytuacja może mieć miejsce, gdy kilka przedsiębiorstw wykorzystuje tych samych agentów, zbiorowo uniemożliwiając innym podmiotom skorzystanie z usług tych agentów oraz gdy przedsiębiorstwa te wykorzystują agentów do uzgadniania strategii marketingowej lub wymiany informacji istotnych dla rynku. Zob. Ibidem, pkt 20.

[29] Szerzej, *M. Kozak*, Umowa agencyjna…, s. 28–43.

[30] Wyr. TS z 14.12.2006 r. w sprawie C-217/05 Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio przeciwko Compañía Española de Petróleos SA. Zb.Orz. 2006, I-11987, pkt 42–44.

[31] Wyr. TS z 14.12.2006 r. w sprawie C-217/05 Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio przeciwko Compañía Española de Petróleos SA. Zb.Orz. 2006, I-11987, pkt 62. Por. również wyr. TS z 11.09.2008 r. w sprawie C-279/06 CEPSA Estaciones de Servicio SA przeciwko LV Tobar e Hijos SL, Zb.Orz. 2008, I-06681, pkt 44.

III. Umowy agencyjne a zakres przedmiotowy rozporządzenia Rady Ministrów z 30 marca 2011 r.

W polskim prawie ochrony konkurencji umowy agencyjne stanowią – jak już wskazano – porozumienie między przedsiębiorcami, co stwarza formalne podstawy stosowania się do nich zakazu porozumień ograniczających konkurencję (art. 6 uokik). W ten sposób kluczowe znaczenie dla ostatecznej oceny porozumienia zawartego na warunkach umowy agencyjnej w ramach systemu dystrybucji produktów ma analiza rozporządzenia z 30 marca 2011 r. w sprawie wyłączeń grupowych.

Zakres przedmiotowy tego rozporządzenia określony został w § 4. W jego świetle wyłączeniu podlegają porozumienia wertykalne, w szczególności zawierające zobowiązania wyłącznego zakupu lub wyłącznej dostawy lub tworzące systemy dystrybucji selektywnej lub systemy dystrybucji franchisingowej, jeżeli spełniają warunki wyłączenia określone w rozporządzeniu[32]. Ustalenie zakresu przedmiotowego rozporządzenia wymaga zatem rozważenia zakresu pojęcia **„porozumienie wertykalne”** (§ 3 pkt 2 rozporządzenia). W jego świetle o uznaniu określonej relacji między przedsiębiorcami za porozumienie wertykalne decyduje: i/ prowadzenie przez tych przedsiębiorców działalności na różnych szczeblach obrotu, ii/ przedmiotem porozumienia są warunki „zakupu, sprzedaży lub odsprzedaży towarów”[33]. Z punktu widzenia umów agencyjnych istotny jest ostatni z tych czynników, tj. lista działań mogących stanowić przedmiot porozumienia wertykalnego. Z językowej wykładni § 3 pkt 2 rozporządzenia wynika, że działania w nim wymienione mogą występować rozłącznie, a w konsekwencji, porozumienie wertykalne może nie obejmować zakupu towarów przez przedsiębiorcę na niższym szczeblu obrotu. Pozwala to odnieść pojęcie porozumienia wertykalne do typowych umów agencyjnych, nieprzyznających agentowi własności sprzedawanego (odsprzedawanego) towaru.

Ponadto zwrócić należy uwagę na występujące w rozporządzeniu pojęcie **„dystrybutor”** (§ 3 pkt 9). Jego zakres uwzględnia zarówno przedsiębiorcę działającego na niższym szczeblu dystrybucji, kupującego towary od dostawcy[34], jak i przedsiębiorcę odsprzedającego towary dostawcy „w imieniu dostawcy”[35]. Ta druga kategoria wydaje się obejmować umowy agencyjne, na podstawie których agent zawiera z klientami umowy w imieniu dającego zlecenie („w imieniu dostawcy”). Wskazywać to może na dostrzeżenie przez prawodawcę zarówno systemów dystrybucji, w których w łańcuchu dystrybucji dochodzi do transakcji sprzedaży towarów objętych porozumieniem między przedsiębiorcami na różnych szczeblach dystrybucji, jak i takich, w których podmioty na niższym szczeblu dystrybucji działają „w imieniu dostawcy”.

Powyższe okoliczności prowadzą do wniosku, że zakres przedmiotowy rozporządzenia z 30 marca 2011 r. uwzględnia zawierane między przedsiębiorcami na różnych szczeblach obrotu umowy agencyjne. Przepisy rozporządzenia nie dają jednak takiej jasności co do możliwości korzystania przez umowy agencyjne z wyłączenia spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję. Wydaje się – co zostanie omówione w dalszej części artykułu – że sformułowane

[32] Równocześnie, zgodnie z § 2 rozporządzenia, nie ma ono zastosowania do porozumień wertykalnych objętych zakresem innego rozporządzenia wyłączeniowego.

[33] Towary należy definiować zgodnie z art. 4 pkt 7 uokik, jako rzeczy, jak również energię, papiery wartościowe i inne prawa majątkowe, usługi, a także roboty budowlane.

[34] Dostawca to przedsiębiorca działający na wyższym szczeblu obrotu, sprzedający, zgodnie z w § 3 pkt 7 rozporządzenia, towary objęte porozumieniem wertykalnym.

[35] Relacje takiego podmiotu z dostawcą nie obejmują – jak należy przyjąć – sprzedaży dystrybutorowi przez dostawcę towarów objętych porozumieniem.

w rozporządzeniu warunki wyłączenia (tak ilościowe, jak i jakościowe) w ogóle nie odnoszą się do umów agencyjnych.

IV. Umowa agencyjna a wyłączenie grupowe z rozporządzenia z 30 marca 2011 r.

Jak wykazano wyżej, umowy agencyjne zawierane w systemach dystrybucyjnych to porozumienia między przedsiębiorcami wchodzące w zakres przedmiotowy rozporządzenia z 30 marca 2011 r. W konsekwencji **mogą one korzystać z przewidzianego w rozporządzeniu dobrodziejstwa wyłączenia grupowego,** o ile spełniają przewidziane w nim warunki: ilościowe (dotyczące progów udziałów rynkowych uczestników porozumienia) oraz jakościowe (dotyczące treści zawartych w porozumieniu klauzul).

Jednocześnie należy podnieść, że **wykładnia językowa przepisów dotyczących ilościowych (§ 8, 9 i 10) i jakościowych (§ 11 i 12) warunków wyłączenia** nie daje jednoznacznej odpowiedzi na pytanie o objęcie wyłączeniem umów agencyjnych, dając odmienne rezultaty w przypadku warunków jakościowych i warunków ilościowych.

W przypadku **jakościowych warunków** wyłączenia analiza przepisów rozporządzenia może prowadzić do wniosku, że umowy agencyjne korzystają z wyłączenia spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję. Przepisy, w których określono porozumienia wertykalne niepodlegające wyłączeniu (§ 11) i klauzule, których występowanie w porozumieniu wertykalnym stanowi naruszenie art. 6 ust. 1 uokik (§ 12), nie uwzględniają bowiem umów agencyjnych. Wniosek taki wynika stąd, że wskazane przepisy odnoszą się zasadniczo do porozumień wertykalnych, których stronami są „nabywcy" towarów objętych porozumieniem (§ 8–10, § 11 pkt 1–2 i 5, § 12 pkt 1, 3). Nabywcą w świetle rozporządzenia jest z kolei uczestnik systemu dystrybucji, który „kupuje towary objęte porozumieniem wertykalnym" (§ 3 pkt 8). Decydujące o statusie nabywcy jest zatem dokonywanie zakupu towarów objętych porozumieniem, co nie jest cechą relewantną w relacjach umownych między dającym zlecenie a jego agentem[36]. Brak jest zarazem podstaw do ewentualnego stawiania tezy, że pojęcie nabywcy odnosi się również do sytuacji, gdy w ramach swej działalności nabywca nie kupuje towarów od dostawcy. Nie jest możliwe uznanie, że pojęcie kupna zostało tu użyte w znaczeniu szerszym niż wynikające z literalnego brzmienia. Prawodawca przewidział wprawdzie w rozporządzeniu istnienie takich relacji między przedsiębiorcami na różnych szczeblach dystrybucji, które nie opierają się na sprzedaży (zakupie) towaru, ale przedsiębiorcę, który w takich relacjach działa na niższym szczeblu obrotu, określił mianem „dystrybutora" (§ 3 pkt 9 rozporządzenia).

Zaznaczyć należy, że niektóre przepisy rozporządzenia dotyczące jakościowych warunków wyłączenia nie posługują się pojęciem nabywcy (§ 11 pkt 3–4, § 12 pkt 2). Jednak również one odnoszą się tylko do takich porozumień, w ramach których dochodzi do sprzedaży towaru między

[36] Podkreślenia wymaga, że zakres pojęć dostawcy i nabywcy zasadniczo nie zmienił się w stosunku do definicji w poprzednich dwóch rozporządzeniach dot. porozumień wertykalnych z 2007 r. i z 2002 r. Zaszła wprawdzie zmiana w sformułowaniu definicji nabywcy polegająca na usunięciu sformułowania wskazującego, że za nabywcę rozumie się również dystrybutora (w poprzednich rozporządzeniach wyłączeniowych nabywcę definiowano jako „przedsiębiorcę, który kupuje towary objęte porozumieniem, w tym dystrybutora, zob. § 2 pkt 9 rozporządzenia z 2002 r. i § 2 pkt 8 rozporządzenia z 2007 r.). Wydaje się jednak, że zmiana ta nie może rzutować na zakres pojęcia, gdyż zarówno obecne, jak i poprzednie rozporządzenia identycznie definiowały nabywcę jako podmiot „który kupuje towary objęte porozumieniem". W tej sytuacji przywołanie w definicji pojęcia „dystrybutor" nie mogło wywierać skutku w postaci rozszerzenia zakresu pojęcia nabywcy, gdyż z treści przepisu wyraźnie wynikało, że dystrybutor również musiał mieścić się w kategorii podmiotów, które kupują towary objęte porozumieniem.

ich stronami[37]. Tym samym ścisłe odczytanie sformułowanego w rozporządzeniu katalogu porozumień i klauzul niekorzystających z wyłączenia prowadzi do wniosku, że nie odnosi się on do umów agencyjnych (jak i do każdej umowy, która nie zawiera zobowiązania jednej ze stron umowy do zakupu towarów drugiej strony).

Przedstawiona okoliczność nie oznacza jednak, że umowy agencyjne są objęte dobrodziejstwem wyłączenia grupowego, niezależnie od treści klauzul, jakie zawierają. Biorąc pod uwagę inne przepisy rozporządzenia brak bezpośredniego odniesienia się w katalogach klauzul czarnych z § 11 i 12 rozporządzenia do umów agencyjnych tłumaczyć należy zwyczajnym nieuwzględnieniem różnorodności sposobów organizacji systemów dystrybucji, które niekoniecznie muszą wiązać się ze sprzedażą towarów pomiędzy uczestnikami porozumienia. Do takich wniosków prowadzi analiza przepisów formułujących **ilościowe warunki wyłączenia**. W przepisach tych określono wysokość progów udziału w rynku uczestników porozumienia wertykalnego, poniżej którego podlega ono wyłączeniu. Określone tymi przepisami progi dotyczą jedynie porozumień zawieranych między przedsiębiorcami mającymi status „dostawcy" i „nabywcy" (a więc, między przedsiębiorcami, których wiążą transakcje sprzedaży towarów objętych porozumieniem)[38].

W tym świetle uznać należy, że o ile umowy agencyjne objęte zostały zakresem przedmiotowym rozporządzenia, o tyle warunki, na jakich umowy agencyjne mogłyby podlegać wyłączeniu spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję, nie zostały w rozporządzeniu określone.

Wobec powyższego przy ustalaniu reguł mających zastosowanie do umów agencyjnych najwłaściwsze wydaje się odwołanie do prawa europejskiego. Stosowanie w tym przypadku **proeuropejskiej wykładni** przepisów uzasadnia specyfika polskiego prawa ochrony konkurencji, którego podstawowe instytucje i szczegółowe rozwiązania prawne w znacznej mierze zostały ukształtowane na podstawie wzorców czerpanych z prawa UE. Wprawdzie prawo unijne nie formułuje obowiązku całkowitej zgodności krajowych przepisów o ochronie konkurencji z art. 101 i 102 TFUE[39], a krajowe przepisy o zakazie praktyk ograniczających konkurencję nie zostały objęte procesem harmonizacji prawa[40], jednak istotne jest to, że:

– już sam prawodawca jednoznacznie **zadeklarował w uzasadnieniu projektu rozporządzenia**[41], że źródłem inspiracji dla szczegółowych treści zawartych w tym rozporządzeniu były aktualnie obowiązujące zasady wyłączeń grupowych w prawie UE; z przywoływanego uzasadnienia wyraźnie wynika, że projektodawcom przyświecał cel zapewnienia przedsiębiorcom, którzy muszą w swej działalności uwzględniać zarówno unijne, jak i krajowe uregulowania prawne z zakresu ochrony konkurencji, przejrzystości tych regulacji oraz tego, by na gruncie prawa polskiego do porozumień wertykalnych stosowane były zasadniczo te same wymogi wyłączenia spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję, jak te, które konieczne są do uznania, że porozumienie spełnia wymogi wyłączenia w prawie UE;

[37] Chodzi tu o klauzule niedozwolone w porozumieniach dystrybucji selektywnej. Ze względu na definicję systemu dystrybucji selektywnej w § 3 pkt 5 rozporządzenia odnoszą się one tylko do porozumień, w których towary objęte porozumieniem są przez przedsiębiorcę na wyższym szczeblu obrotu sprzedawane podmiotowi działającemu na niższym szczeblu.

[38] Przepis § 8 rozporządzenia stanowi, że „porozumienia wertykalne podlegają wyłączeniu, jeżeli: 1) udział dostawcy i grupy kapitałowej, do której należy dostawca, w rynku właściwym sprzedaży towarów objętych takim porozumieniem nie przekracza 30%; 2) udział nabywcy i grupy kapitałowej, do której należy nabywca, w rynku właściwym zakupu towarów objętych takim porozumieniem nie przekracza 30%". Treść § 9 i 10 rozporządzenia, które również dotyczą ilościowych warunków wyłączenia, nie zmienia stawianej tezy.

[39] L. Ritter, W.D. Braun, *European Competition Law. A Practitioner's Guide*. Third Edition, Kluwer Law International, Hague 2005, s. 14.

[40] Wyr. SN z 9.8.2006 r. (III SK 6/06), OSNP 2008/1-2/25.

[41] Projekt z 24.01.2011 r.

– kwalifikowanie umów agencyjnych na gruncie prawa ochrony konkurencji w sposób uwzględniający praktykę stosowania prawa UE **ułatwiałby dalszą integrację gospodarczą w ramach UE**, zapobiegając różnicowaniu obowiązków w zakresie dostosowywania tych umów do zasad konkurencji w zależności od tego czy działalność danego podmiotu podlega ocenie na podstawie tylko prawa krajowego, czy również na gruncie prawa UE; sprzyjałoby to pewności prawnej adresatów norm prawa ochrony konkurencji, którzy w innej sytuacji musieliby dostosowywać działania do zasad konkurencji w różnym stopniu – w zależności od tego czy chodzi o prawo UE, czy o polskie prawo ochrony konkurencji;
– niezależnie od tego wskazać należy na ustaloną i zaakceptowaną w orzecznictwie SN[42], **tradycję posiłkowania się przy interpretacji pojęć używanych w polskim prawie ochrony konkurencji prawem UE** jako źródłem inspiracji intelektualnej, przykładem rozumowania prawniczego i rozumienia pojęć – również w sprawach, w których taki obowiązek bezpośrednio nie wynika z prawa UE.

Za takim modelem oceny umów agencyjnych opowiedział się Sąd Apelacyjny w Warszawie, oceniając w aspekcie zakazu porozumień ograniczających konkurencję umowę między importerem leku a przedsiębiorcą, opartą – jak uznał sąd – na zasadach „zbliżonych do umowy agencyjnej"[43]. Sąd, odwołując się do doktryny *single economic unit*, orzekł, że ten zakaz co do zasady nie dotyczy uzgodnień dokonywanych między przedsiębiorcami, których relacje kształtuje umowa o charakterze zbliżonym do umowy agencyjnej. W sensie ekonomicznym są oni bowiem, zdaniem Sądu, jednolitym organizmem gospodarczym[44]. Sąd Apelacyjny uznał, że: 1/ umowa między importerem leku a przedsiębiorcą, który te leki dystrybuuje na zasadach „zbliżonych do umowy agencyjnej" stanowi porozumienie w świetle art. 5 ówcześnie obowiązującej ustawy antymonopolowej, 2/ gdy dystrybutor sprzedaje towary importera, porozumienie to ma zarazem charakter porozumienia wertykalnego, 3/ równocześnie dla takiego porozumienia – jeśli zawiera uzgodnienia dot. cen, po jakich dystrybutor będzie odsprzedawać towary importera (przedsiębiorcy działającego na wyższym szczeblu obrotu) – brak jest według Sądu wyłączenia grupowego; Sąd wskazuje na „milczenie polskiego ustawodawcy w okresie przedakcesyjnym odnośnie do wyłączenia umów agencyjnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję", 4/ …ale w takim przypadku zasadne jest stosowanie wykładni „inspirowanej interpretacją i duchem prawa wspólnotowego[45], odpowiadającej utrwalonemu orzecznictwu wspólnotowemu[46]".

Przywoływany wyrok nie został wprawdzie wydany w obecnym stanie prawym, odnosił się do nieobowiązującego już rozporządzenia Rady Ministrów z 13 sierpnia 2002 r. w sprawie wyłączenia określonych porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (Dz.U. Nr 142, poz. 1189 ze zm.). **Mimo zmiany stanu prawnego sposób rozumowania Sądu nie stracił jednak na aktualności**. Między obecną a ówczesną regulacją nie ma istotnych

[42] Zob. wyr. SN z 9.08.2006 r. (III SK 6/06), OSNP 2008/1-2/25; wyr. SN z 6.12.2007 r. (III SK 16/07), Dz.Urz. UOKiK 2008/2, poz. 21.

[43] Wyr. SA w W-wie z 13.02.2007 r. (VI Aca 819/06), niepubl.; *M. Kolasiński*, The economic approach, s. 242 i d.

[44] Wskazana w wyroku potrzeba dokonywania oceny, czy przedsiębiorcy dokonujący ustaleń w relacji wertykalnej są względem siebie niezależni, jest w praktyce realizowana przez Prezesa UOKiK. Organ uznaje, że zakaz porozumień ograniczających konkurencję z art. 6 uokik zasadniczo nie ma zastosowania do umów i uzgodnień między przedsiębiorcami, którzy na rynku zachowują się jak jeden organizm gospodarczy, realizując jeden cel gospodarczy. Por. decyzja Prezesa UOKiK z 14.03.2007 r. nr DOK 34/07. Odmiennie sytuacja może kształtować się w przypadku, gdy porozumienie obejmuje kilku przedsiębiorców należących do jednej grupy kapitałowej oraz przedsiębiorcę nienależącego do niej, por. decyzja Prezesa UOKiK z 28.12.2011 r. nr DOK-12/2011.

[45] Obecnie: unijnego.

[46] Obecnie: unijnemu.

różnic w sposobie definiowania porozumienia wertykalnego i kluczowego w tym przypadku pojęcia nabywcy[47].

Należy zarazem uznać, że „inspirowanie się interpretacją i duchem prawa unijnego" powinno polegać na dążeniu do uzyskania zbieżnego rezultatu z prawem UE, z uwzględnieniem kontekstu uregulowań polskiego prawa ochrony konkurencji. Ten zaś wyraża się w traktowaniu na gruncie uokik umowy między dwoma przedsiębiorcami za porozumienie, wobec czego podda ona ocenie w aspekcie art. 6 uokik. To konsekwencja uznania za przedsiębiorców pojedynczych osób fizycznych, prawnych lub jednostek organizacyjnych niemających osobowości prawnej[48].

Powyższe okoliczności odróżniają uregulowania zawarte w uokik od unijnego prawa konkurencji. Traktatowy zakaz porozumień ograniczających konkurencję odnosi się do przedsiębiorstw (*undertakings*), na które może składać się wiele formalnie odrębnych podmiotów tworzących łącznie jeden organizm gospodarczy (*single economic unit*). Za taki jeden organizm mogą być uznani dający zlecenie i jego pośrednik handlowy (agent). Wówczas zastosowanie art. 101 ust. 1 TFUE jest ograniczone[49].

W polskim orzecznictwie antymonopolowym znaleźć można przykłady traktowania ścisłych powiązań kapitałowych pomiędzy przedsiębiorcami jako okoliczności wyłączającej zastosowanie zakazu z art. 6 uokik[50]. Taki sposób rozumowania powinien być również uwzględniony w przypadku umów agencyjnych. Jednak z uwagi na to, że w rozporządzeniu wyłączeniowym ustawodawca zaliczył już umowy agencyjne do porozumień wertykalnych, problem zastosowania (lub nie) zakazu porozumień ograniczających konkurencję do umowy agencyjnej powinien być rozpatrywany dopiero na etapie stosowania wyłączenia grupowego (czyli na etapie późniejszym niż w prawie UE). Upatrywanie roli prawa UE dopiero na tym etapie oceny jest najwłaściwsze również z tego względu, że to na tym etapie dostrzegalne jest owo „milczenie polskiego ustawodawcy" odnośnie do reguł, na jakich umowy agencyjne są wyłączone spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję[51]. Wobec tego milczenia posiłkować się należy odpowiednio regułami wynikającymi z prawa UE i praktyki jego stosowania, w szczególności znajdujących wyraz w powoływanych już wytycznych Komisji w sprawie ograniczeń wertykalnych. Na ich podstawie należałoby traktować niektóre umowy agencyjne na równi z innymi porozumieniami wertykalnymi[52], natomiast tzw. umowy agencyjne właściwe – za zasadniczo wyłączone spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję[53].

V. Podsumowanie

W podsumowaniu stwierdzić należy, że na gruncie uokik umowy agencyjne bez wątpienia są porozumieniami między przedsiębiorcami, a zatem może podlegać ocenie czy naruszają one zakaz porozumień ograniczających konkurencję. Nie przewidziano żadnego zastrzeżenia

[47] Za taką istotną różnicę (ze względów wskazanych już wyżej) nie może być uznane usunięcie z obecnie obowiązującej definicji nabywcy odwołania do pojęcia „dystrybutor".

[48] Zob. jednak art. 4 pkt 1 lit. d w zw. z art. 4 pkt 2 uokik, zgodnie z którym w określonym zakresie pojęcie przedsiębiorcy może również oznaczać związek przedsiębiorców rozumiany jako izba, zrzeszenie lub inna organizacja zrzeszająca przedsiębiorców, jak również związek tych organizacji.

[49] Zob. G. Materna, *Pojęcie przedsiębiorcy*…, s. 130–134.

[50] Np. decyzja Prezesa UOKiK z 14.03.2007 r. nr DOK 34/07, niepubl.

[51] Ustawodawca bowiem nie odniósł sformułowanych w rozporządzeniu warunków wyłączenia (ilościowych i jakościowych) do umów agencyjnych.

[52] Tak powinny być traktowane umowy nieuznawane za umowy agencyjne według wytycznych Komisji w sprawie ograniczeń wertykalnych (pkt 2.1).

[53] Zob. pkt 2.2. przywoływanych wytycznych.

o niestosowaniu zakazu porozumień ograniczających konkurencję do umów agencyjnych kształtujących relacje między przedsiębiorcami działających w systemie dystrybucji produktów. Pełnej jasności nie daje też wykładnia językowa rozporządzenia Rady Ministrów z 30 marca 2011 r. Z jednej strony umowy agencyjne zawierane między przedsiębiorcami na różnych szczeblach obrotu zostały uwzględnione w zakresie przedmiotowym tego rozporządzenia, z drugiej zaś – w rozporządzeniu nie sformułowano warunków wyłączenia umów agencyjnych. W związku z tym do oceny warunków, na jakich umowy agencyjne mogą podlegać wyłączeniu spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję wskazane jest posiłkowanie się rozwiązaniami w prawie unijnym i praktyką jego stosowania, za czym opowiedział się Sąd Apelacyjny w przywoływanym wcześniej wyroku.

Stosowanie w odniesieniu do umów agencyjnych wykładni inspirowanej interpretacją i duchem prawa UE, odpowiadającej utrwalonemu orzecznictwu unijnemu, powinno zarazem uwzględniać, że **nie wszystkie umowy agencyjne i nie w pełnym zakresie są wyjęte spod zastosowania art. 101 ust. 1 TFUE**. Nie odnosi się on do takich umów, w których to dający zlecenie ponosi ryzyko handlowe i finansowe związane ze sprzedażą i zakupem objętych porozumieniem towarów, natomiast **relacje między agentem a dającym zlecenie** będą podlegać ocenie na gruncie art. 101 ust. 1 TFUE w zakresie postanowień o wyłącznym przedstawicielstwie lub uniemożliwiających agentowi działanie w charakterze agenta (dystrybutora) przedsiębiorstw konkurujących z dającym zlecenie. Umowy agencyjne mogą być również poddane ocenie w aspekcie art. 101 ust. 1 TFUE, gdy są instrumentem ułatwiającym nielegalną zmowę. Komisja Europejska uznaje również, że problemy natury antymonopolowej może rodzić uzgodniona praktyka producentów oraz ich dystrybutora prowadzące do koordynowanej zmiany zasad dystrybucji produktów na umowy agencyjne, gdy praktyka ta ma cel antykonkurencyjny – wymierzona jest w innego dystrybutora produktów[54].

[54] Por. np. decyzja KE z 12.12.2012 r. w sprawie COMP/39847 - E-BOOKS, pobrano z: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39847/39847_26804_4.pdf.

Bartosz Targański*

Sprzedaż aktywna i pasywna w usługach marketingu internetowego

Spis treści

I. Wstęp
II. Specyfika sprzedaży internetowej
III. Podział na sprzedaż aktywną i pasywną
IV. Techniki marketingu internetowego
1. Pozycjonowanie stron www
2. Wysyłanie ofert handlowych drogą elektroniczną
3. Linki sponsorowane
4. Wysyłanie ofert handlowych drogą elektroniczną
5. Promocja w serwisach społecznościowych
V. Wnioski

Streszczenie

Dynamiczny rozwój Internetu powoduje, że zastosowanie siatki pojęciowej i klasyfikacji prawa konkurencji, wypracowanych na gruncie handlu tradycyjnego, do handlu internetowego może prowadzić do wielu praktycznych problemów. Celem artykułu jest (i) zastosowanie podziału na sprzedaż aktywną i pasywną w odniesieniu do najpopularniejszych usług marketingu internetowego (pozycjonowanie stron www, linki sponsorowane, wysyłanie ofert handlowych drogą elektroniczną, promocja w serwisach społecznościowych) oraz (ii) skonkretyzowanie zakresu dozwolonych ograniczeń, jakie zgodnie z polskim i unijnym prawem konkurencji dostawca mógłby nałożyć na detalicznych dystrybutorów wyłącznych korzystających z tych usług.

Słowa kluczowe: sprzedaż aktywna; sprzedaż pasywna; Internet; marketing internetowy; ograniczenia wertykalne; pozycjonowanie; linki sponsorowane; usługi mailingowe; serwisy społecznościowe.

I. Wstęp

W numerze 3/2013 iKAR ukazał się interesujący artykuł autorstwa dr Antoniego Boleckiego pt. *Ograniczenia w sprzedaży przez Internet w umowach dystrybucyjnych*, którego celem było 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

* Doktor nauk prawnych, adiunkt w Zakładzie Prawa Międzynarodowego Prywatnego oraz Ochrony Konkurencji i Konsumentów, Szkoła Główna Handlowa w Warszawie, e-mail: btarga@sgh.waw.pl.

konkurencji (w szczególności w kontekście metodologii ich analizy). Należy mieć nadzieję, że artykuł dr Boleckiego sprowokuje do szerszej dyskusji nt. dozwolonego zakresu wertykalnych ograniczeń konkurencji w Internecie. Dynamiczny rozwój Internetu powoduje, że zastosowanie siatki pojęciowej i klasyfikacji prawa konkurencji, wypracowanych na gruncie handlu tradycyjnego, do handlu internetowego może prowadzić do wielu praktycznych problemów. Z tej perspektywy chciałbym pogłębić tematykę poruszoną przez dr Boleckiego i spróbować zastosować tradycyjny podział na sprzedaż aktywną i pasywną do najpopularniejszych technik marketingu internetowego (pozycjonowanie stron www, linki sponsorowane, wysyłanie ofert handlowych drogą elektroniczną, promocja w serwisach społecznościowych) oraz skonkretyzować zakres dozwolonych ograniczeń, jakie zgodnie z polskim i unijnym prawem konkurencji dostawca mógłby nałożyć na detalicznych dystrybutorów wyłącznych korzystających z tych usług. Według mojej wiedzy, kwestia ograniczeń wertykalnych w korzystaniu z usług marketingu internetowego nie była do tej pory szczegółowo rozpatrywana w unijnym, w tym polskim orzecznictwie antymonopolowym. Jednak ze względu na rosnące znaczenie tych usług należy się spodziewać spraw antymonopolowych z tego zakresu. O zainteresowaniu organów antymonopolowych usługami marketingu internetowego niewątpliwie świadczą prowadzone przez nie badania rynkowe z tego zakresu[1].

II. Specyfika sprzedaży internetowej

Podział na sprzedaż aktywną i pasywną pochodzi z rozporządzenia z 1967 r.[2], a więc z czasu, gdy mało kto mógł sobie wyobrazić powszechne zastosowanie komputerów, nie wspominając o Internecie i sprzedaży internetowej. Już natomiast w 2010 r., w trakcie konsultacji projektu wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych (dalej: wytyczne)[3] podział na sprzedaż aktywną i pasywną w odniesieniu do Internetu budził wiele wątpliwości. Zwracano uwagę, że zastosowanie podziału na sprzedaż aktywną i pasywną nie odpowiada specyfice Internetu, który ze swej istoty jest medium pozwalającym na aktywne docieranie do grup odbiorców. Podkreślano, że ze względu na rosnące możliwości wyszukiwarek internetowych Internetu nie należy traktować jako formy sprzedaży pasywnej[4].

W kontekście możliwości Internetu (znikomy koszt dotarcia do informacji handlowych, kierowanie ofert do precyzyjnie zdefiniowanych grup odbiorców, możliwość błyskawicznego porównywania wielu ofert handlowych, szybkość zawierania transakcji) kategorie czasu i przestrzeni wielokrotnie ulegają zatarciu do tego stopnia, że w wielu przypadkach trudno ustalić czy daną relację handlową zainicjował sprzedawca, czy klient (jest to kluczowe dla ustalenia czy mamy do czynienia ze sprzedażą aktywną, czy pasywną). Poza tym dzięki informacjom, jakie klient ujawnia o sobie w trakcie transakcji w Internecie, ułatwione jest kierowanie do niego kolejnych ofert i tym samym zbudowanie trwałej relacji handlowej. Z tej perspektywy zasadna jest próba sklasyfikowania

[1] Zob. raport dla brytyjskiego organu ochrony konkurencji pt. *Online markets: discussion paper, A report for the Office of Fair Trading*, July 2010, pobrano z: http://www.oft.gov.uk/OFTwork/markets-work/othermarketswork/onlinemarkets/.

[2] Rozporządzenie Komisji z 22.03.1967 r. Nr 67/67 w sprawie stosowania art. 85(3) Traktatu do niektórych kategorii porozumień wyłącznych (Dz. Urz. WE z 25.3.1967 nr 57).

[3] Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych (Dz. Urz. UE z 19.5.2010, C 130).

[4] „(…) *the internet is no longer, if it ever was, a passive means of trade. Internet sellers are currently as active and more aggressive in their search of customers, marketing and advertising as any manufacturer or distributor worldwide. The constant development of more sophisticated tools to search out, reach and convert consumers online mean that the internet cannot be deemed a passive selling medium.* Review of the EC Block Exemption on Vertical Agreements. Public Consultation on Online Retailing. Comments by The Estée Lauder Companies Inc., pobrano z: http://ec.europa.eu/competition/consultations/2008_online_commerce/estee_lauder_contribution.pdf.

najpopularniejszych technik marketingu internetowego za pomocą pojęć przyjętych w wytycznych i sprecyzowania zakresu ograniczeń, jakie producent mógłby narzucić swym dystrybutorom w odniesieniu do marketingu internetowego w kontekście przepisów o ograniczeniach wertykalnych[5].

Oprócz prawnych aspektów tego zagadnienia warto wskazać na dynamiczny wzrost wartości wydatków ponoszonych na marketing internetowy w budżetach marketingowych przedsiębiorców[6]. Warto zauważyć ponadto, że w dobie kryzysu gospodarczego reklama internetowa zyskuje dodatkowy walor, gdyż pozwala na bardziej precyzyjne dotarcie do docelowej grupy odbiorców.

III. Podział na sprzedaż aktywną i pasywną

Aby dostawca mógł zastosować system dystrybucji wyłącznej, musi istnieć możliwość rozróżnienia, które działania dystrybutorów stanowią sprzedaż aktywną, a które pasywną. Dostawca ma bowiem prawo zakazać aktywnej sprzedaży na określonym terytorium lub określonej grupie klientów zastrzeżonych dla dostawcy lub przydzielonych przez dostawcę innemu dystrybutorowi. Przypomnijmy, że sprzedaż aktywna polega na nawiązywaniu kontaktów handlowych przez sprzedawcę z klientami polegających w szczególności na prowadzeniu działań reklamowych lub promocyjnych, tworzeniu oddziałów lub organizowaniu centrów dystrybucji na określonym terytorium[7]. Sprzedaż bierna to z kolei odpowiadanie na zamówienia klientów indywidualnych, które nie zostały spowodowane aktywnymi działaniami danego dystrybutora. W punkcie 55 wytycznych Komisja Europejska (dalej: Komisja) określiła test ułatwiający rozstrzygnięcie czy w danym przypadku mamy do czynienia ze sprzedażą aktywną, czy pasywną:

> „Ogólne reklamy lub promocja, które docierają do klientów na (wyłącznych) terytoriach lub należących do grup przydzielonych innym dystrybutorom, lecz będące odpowiednim sposobem docierania do klientów poza tymi terytoriami lub grupami, np. do klientów na własnym terytorium, stanowią sprzedaż bierną. Reklamy i promocje ogólnie uważa się za odpowiedni sposób dotarcia do takich klientów, jeśli dla nabywcy poczynienie takich inwestycji byłoby atrakcyjne, również jeśli nie dotarłyby one do klientów w ramach terytoriów lub grup klientów należących (wyłącznie) do innych dystrybutorów”[8].

Powyższy fragment wytycznych określany jest w literaturze jako test atrakcyjności inwestycyjnej[9]. Pozytywna odpowiedź na pytanie czy inwestycje w reklamę i promocję byłyby atrakcyjne dla dystrybutora również, gdyby reklama i promocja nie docierały do klientów z terytoriów lub grup przyznanym innym dystrybutorom, będzie oznaczać, że stanowią one odpowiedni sposób dotarcia do własnych klientów i tym samym są dozwoloną formą sprzedaży pasywnej na terytoriach/lub do grup klientów przyznanych przez dostawcę innym jego dystrybutorom.

---

[5] Rozporządzenie Rady Ministrów z 30.03.2011 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (Dz. U. z 2011, Nr 81, poz. 441 ze zm.) („**Rozporządzenie wertykalne krajowe**”) oraz Rozporządzenie Komisji (UE) nr 330/2010 z 20.04.2010 r. w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych (Dz. Urz. UE z 23.04.2010 L 102/1) („**Rozporządzenie wertykalne unijne**”).

[6] Wartość polskiego rynku reklamy *on line* w roku 2012 wzrosła o 10% w stosunku do roku 2011 i wyniosła 2,2 miliarda złotych (źródło: dane IAB AdEx, adresem pobrano z: http://www.iabpolska.pl/index.php?mnu=93&id=611 (15.07.2013), mimo że cały rynek reklamy zmniejszył się o 5 proc. (źródło: Starlink, pobrano z: http://www.starlink.pl/Analizy-endow-mediowych/144/1/all/Rynek-Reklamowy-W-2012-R--Skurczyl-Sie-O-Ponad-5-Proc-.html.

[7] § 3 pkt 15 Rozporządzenia wertykalnego krajowego. Art. 4 pkt b (i) Rozporządzenia wertykalnego unijnego mówi jedynie o sprzedaży aktywnej skierowanej do określonego obszaru lub określonej grupy klientów zastrzeżonych na wyłączność dla dostawcy lub przydzielonych przez dostawcę innemu nabywcy, a przykłady działań stanowiących sprzedaż aktywną podane są w wytycznych.

[8] Punkt 51 wytycznych.

[9] F. Wijckmans, F. Tuytschaever, *Vertical Agreements in the EU Competition Law*. Second Edition, Oxford University Press, Oxford 2011, s. 155 i 253. Autorzy słusznie zwracają uwagę, że pojęcie atrakcyjności w punkcie 55 Wytycznych jest mało precyzyjne.

W świetle wytycznych przykładami sprzedaży pasywnej w Internecie są:

1) posiadanie strony www,
2) oferowanie możliwości wyboru języka na stronie internetowej[10],
3) odwiedzanie strony www przez klienta i kontaktowanie się, i jeżeli taki kontakt prowadzi do sprzedaży,
4) wyrażanie zgody przez klienta na otrzymywanie (przekazywanych automatycznie) informacji od dystrybutora, gdy taka zgoda prowadzi do sprzedaży[11].

Jeśli zaś chodzi o sprzedaż aktywną to w punkcie 53 wytycznych Komisja stwierdza, że „Ogólnie rzecz biorąc działania podejmowane po to, by umożliwić odnalezienie konkretnie na danym terytorium lub przez określoną grupę klientów stanowią aktywną sprzedaż na tym terytorium lub na rzecz tej grupy klientów”[12]. Przykładowymi formami sprzedaży aktywnej w Internecie w świetle wytycznych są:

1) reklamy internetowe skierowane do określonych klientów, np. bannery ukierunkowane na określone terytorium, zamieszczane na stronach internetowych osób trzecich[13],
2) opłacanie wyszukiwarki internetowej lub dostawcy reklam internetowych za wyświetlanie reklam specjalnie dla użytkowników na konkretnym terytorium[14].

Kierując się powyższymi wskazówkami określę, jaki zakres ograniczeń w odniesieniu do poszczególnych usług marketingu internetowego mógłby być dopuszczalny w systemie opartym na detalicznych dystrybutorach wyłącznych. Techniki marketingu internetowego wykorzystywane są w głównej mierze w relacjach z ostatecznymi odbiorcami (szczebel detaliczny). Z tego względu ograniczenia, o których będzie mowa, mogą mieć jedynie minimalne praktyczne znaczenie dla dystrybutorów wyłącznych na szczeblu hurtowym. Nie będą zaś miały zastosowania w innych systemach dystrybucji (np. dystrybucja selektywna).

IV. Techniki marketingu internetowego

1. Pozycjonowanie stron www

Posiadanie strony www dla celów komercyjnych jest obecnie nierozerwalnie związane z jej pozycjonowaniem w wynikach wyszukiwarek. Celem pozycjonowania, określanego również jako optymalizacja, jest umieszczenie strony możliwie wysoko w wynikach wyszukiwarek internetowych, takich jak np. Google, najlepiej na pierwszej stronie wyników (tzw. wyniki naturalne wyszukiwarki). Pozycjonowanie jest złożonym procesem prowadzonym z reguły przez wyspecjalizowane agencje marketingu internetowego, który obejmuje dostosowanie kodu źródłowego strony www, treści na stronie, struktury strony do algorytmu działania wyszukiwarki tak, aby przy podanym przez internautę słowie kluczowym (frazie) umiejscowić stronę na możliwie wysokim miejscu w wynikach wyszukiwań[15]. Poszczególne działania optymalizacyjne ułatwiają dotarcie

[10] Jak słusznie zauważa K. Kohutek można mieć wątpliwość, czy oferowanie możliwości wyboru języka na stronie internetowej powinna być uznana za formę sprzedaży pasywnej. Taka możliwość jest bowiem ukierunkowana na dotarcie do klientów, którzy zostali przydzieleni na wyłączność innym dystrybutorom; 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” 2011, z. 11, s. 39.

[11] Oprócz tego w punkcie 53 wytycznych Komisja podaje przykłady ewidentnych naruszeń sprzedaży biernej charakterystycznych dla Internetu.

[12] Wytyczne, punkt 53.

[13] Ibidem.

[14] Ibidem.

[15] Optymalizacja stron www obejmuje m.in. umieszczenie frazy wyszukiwanej w treści tagu tytułowego strony, w nagłówkach i treści na stronie, odpowiedni układ menu strony oraz umieszczenie licznych odesłań do strony na innych stronach www. Ten ostatni element brany jest pod uwagę np. przez

do klientów, ale z góry nie gwarantują sukcesu. Są one raczej długofalowym procesem, w którym *webmaster* metodą prób i błędów odgaduje sposób działania algorytmu wyszukiwarek, którego szczegóły nie są upublicznione.

Postaram się przedstawić na przykładzie, jakie możliwości dotarcia do odbiorców z danego terytorium lub grupy odbiorców daje pozycjonowanie. Załóżmy, że producent opon marki ABC ustanowił dwóch dystrybutorów wyłącznych – jednego na Polskę północną z siedzibą w Gdańsku i drugiego na Polskę południową z siedzibą w Krakowie. Aby dotrzeć do odbiorców, przyjmijmy, że każdy dystrybutor będzie pozycjonował swoją stronę według fraz: „*ABC*" „*opony"*, „*opony ABC*".

W powyższym przykładzie rysuje się kilka scenariuszy. Po pierwsze, można wyobrazić sobie, że jeżeli obydwaj dystrybutorzy będą swoje strony pozycjonować w podobny sposób, te opierając się na tych samych słowach kluczowych to ich strony będą dostępne na podobnych miejscach w wynikach wyszukiwarek zarówno u internautów na przydzielonych im terytorium, jak i na terytorium drugiego dystrybutora. W mojej ocenie tego typu pozycjonowanie jest odpowiednim sposobem dotarcia do klientów na własnym terytorium w rozumieniu punktu 55 wytycznych i w konsekwencji uznałbym je za sprzedaż pasywną. Po drugie, można sobie również wyobrazić (co wydaje się bardziej prawdopodobne), że jeden z dystrybutorów (np. ten z Krakowa) będzie przykładał większą wagę do pozycjonowania swojej strony www niż dystrybutor z Gdańska albo skorzysta z usług bardziej doświadczonej agencji marketingu internetowego. W konsekwencji jego strona będzie wyświetlana wyżej w wynikach wyszukiwarki niż strona dystrybutora z Krakowa zarówno w województwach Polski południowej, jak i północnej. W mojej ocenie tego typu pozycjonowanie należałoby również uznać za odpowiedni sposób dotarcia do klientów na własnym terytorium w rozumieniu punktu 55 wytycznych, tj. za formę sprzedaży biernej. Pozycjonując swoją stronę poprzez frazę „*opony*" i „*ABC*", a nie poprzez frazę określającą terytorium, dystrybutor z Krakowa będzie zwiększał swoje szanse dotarcia do odbiorców bez rozróżnienia na miejsce, w którym znajdują się potencjalni odbiorcy.

Z inną oceną mielibyśmy zaś do czynienia w przypadku, gdyby strona dystrybutora z Krakowa pozycjonowana była również poprzez użycie fraz geograficznych związanych z terytorium zastrzeżonym dla drugiego dystrybutora, np. frazy zawierające oprócz marki opon „*ABC*" również nazwy miast z części kraju zastrzeżonej dla drugiego dystrybutora, np. „*Gdańsk"*, *„Gdynia"*, *„Sopot"*, *„Olsztyn"* itd. W ten sposób internauta z Polski północnej, poszukując opon marki ABC, w wynikach wyszukiwarki uzyskiwałby stronę dystrybutora z Krakowa wyżej od dystrybutora z Gdańska, co w konsekwencji mogłoby prowadzić do składania zamówień. W mojej ocenie pozycjonowanie stron na frazy geograficzne związane z terytorium przypisanym innemu dystrybutorowi nie jest odpowiednim sposobem dotarcia do odbiorców z własnego terytorium, skoro listę fraz geograficznych można ograniczyć do fraz związanych z własnym terytorium. W konsekwencji takie pozycjonowanie mogłoby zostać uznane za formę sprzedaży aktywnej na terytorium zastrzeżonym dla innego dystrybutora. Z tej perspektywy za dopuszczalne uznałbym zobowiązanie przez dostawcę dystrybutorów do pozycjonowania ich stron wyłącznie poprzez nazwy miast, województw związanych z przydzielonymi im terytoriami. Innym dopuszczalnym środkiem byłoby również

wyszukiwarkę Google. Szczegóły działania algorytmu tej wyszukiwarki nie są jednak upublicznione. Szerzej nt. metod pozycjonowania w kontekście czynów nieuczciwej konkurencji piszę w *Czyny nieuczciwej konkurencji w Internecie* [w:] A. Mokrysz-Olszyńska, B. Targański (red.), *Uwarunkowania prawne marketingu w społeczeństwie informacyjnym. Zagadnienia wybrane*, Oficyna Wydawnicza SGH, Warszawa 2012, s. 97–118.

zobowiązanie przez dostawcę dystrybutorów do umieszczania na swoich stronach www odesłań do stron dystrybutorów z innych terytoriów[16].

W praktyce ustalenie, jakie działania optymalizacyjne będą stanowiły sprzedaż aktywną albo pasywną może być problematyczne. Wynika to z faktu, że szczegóły algorytmu wyszukiwarki nie są upublicznione i podlegają okresowym modyfikacjom. Trudno zatem z góry przesądzić, że dana fraza będzie w równym stopniu trafiać do potencjalnych odbiorców niezależnie od terytorium (i tym samym będzie dozwoloną w rozumieniu punktu 55 sprzedażą pasywną). W związku z tym wyznaczenie precyzyjnej granicy pomiędzy sprzedażą aktywną i pasywną może być w wielu sytuacjach utrudnione. Tym samym narzucanie przez dostawcę określonego sposobu pozycjonowania stron dystrybutorów może wiązać się z podwyższonym ryzykiem antymonopolowym.

2. Linki sponsorowane

Oprócz wyników naturalnych wyszukiwarka wyświetla również opłacone reklamy (takie jak np. Google Adwords) skojarzone z daną frazą (tzw. linki sponsorowane). Są one wyświetlane obok lub ponad wynikami naturalnymi wyszukiwarki. Linki sponsorowane umożliwiają bardziej skuteczne dotarcie do docelowej grupy odbiorców aniżeli samo pozycjonowanie strony. Dzięki identyfikowaniu numeru IP komputera łączącego się z daną stroną (geolokalizacja[17]), usługa linków sponsorowanych umożliwia dotarcie do odbiorców ze ściśle określonego obszaru geograficznego. W przykładzie powołanym wyżej dystrybutor z Polski południowej miałby przykładowo możliwość wskazania, żeby jego reklamy wyświetlały się jedynie na komputerach w promieniu 100 kilometrów od Krakowa albo w miastach powyżej 50 tys. mieszkańców. Teoretycznie dystrybutor z Krakowa mógłby skonfigurować kampanię reklamową również w ten sposób, aby jego reklamy wyświetlały się na terytorium przydzielonym drugiemu dystrybutorowi.

Ograniczenie aktywnej sprzedaży w odniesieniu do linków sponsorowanych polegałoby w mojej ocenie na nakazaniu dystrybutorowi takiego ich skonfigurowania, by wyświetlały się one jedynie u internautów z przydzielonego mu terytorium. Jak wspomniałem, mechanizm stosowany w konfigurowaniu linków sponsorowanych umożliwia geolokalizację adresu IP, a jest to niemożliwe przy pozycjonowaniu wyników naturalnych wyszukiwarki. Innymi słowy, jeśli dystrybutor z Krakowa prowadziłby kampanię reklamową w ten sposób, że linki sponsorowane wyświetlałyby się zarówno na terytorium Polski południowej, jak i na terytorium Polski północnej, to ze względu na technologiczną możliwość ograniczenia tych wyświetleń tylko do Polski południowej, kampania nie powinna być uznana za właściwy sposób dotarcia do własnego terytorium. W konsekwencji linki sponsorowane należałoby uznać za formę sprzedaży aktywnej prowadzonej do odbiorców z terytorium zastrzeżonego dla dystrybutora z Gdańska i w mojej ocenie takiego zastosowania linków sponsorowanych dostawca mógłby zakazać.

3. Wysyłanie ofert handlowych drogą elektroniczną

Stosunkowo najmniej wątpliwości, w kontekście podziału na sprzedaż aktywną i pasywną, wywołuje rozsyłanie ofert handlowych drogą elektroniczną (tzw. usługi mailingowe). Usługi mailingowe polegają na masowym rozsyłaniu przez agencje marketingu internetowego zapytań o zgodę

[16] Takie uzgodnienie dopuszcza punkt 53 wytycznych.

[17] Na temat aspektów regulacyjnych związanych z usługami geolokalizacji zob. P. Koralewski, *Usługi oparte na przetwarzaniu danych geograficznych*, iKAR 2012, nr 6(1), s. 58–73.

na przesyłanie oferty handlowej[18] na adresy poczty elektronicznej do dużej liczby potencjalnych odbiorców spełniających określone kryteria. Adresaci, którzy wyrażą zgodę, otrzymują następnie ofertę[19]. W powołanym wyżej przykładzie dystrybutorów opon, adresatami zapytań o zgodę na przesłanie ofert i docelowych ofert mogłyby być firmy transportowe, warsztaty mechaniczne lub sklepy z akcesoriami samochodowymi z terytorium zastrzeżonego dla danego dystrybutora.

Nie ulega wątpliwości, że wysyłka ofert do odbiorców, którzy mają swoje siedziby na terytorium przydzielonym innemu dystrybutorowi powinna zostać uznana za formę sprzedaży aktywnej, którą dostawca mógłby zakazać. Podobnie należałoby ocenić samo wysłanie zapytań o zgodę na przesłanie ofert.

4. Promocja w serwisach społecznościowych

Narzędziem marketingu internetowego, zyskującym coraz większą popularność, jest promocja w serwisach społecznościowych, takich jak np. Facebook. Rosnącą popularność reklamy w serwisach społecznościowych można tłumaczyć wyjątkowymi możliwościami dotarcia do docelowych grup odbiorców, jakich nie dają pozostałe formy promocji w Internecie. Reklamy w serwisie społecznościowym można sprofilować w sposób bardzo szczegółowy, opierając się na informacjach pochodzących z profili poszczególnych użytkowników (np. płeć, wiek, praca, edukacja, miejsce zamieszkania, zainteresowania, przynależność do grup w ramach serwisów). Na podstawie tych informacji możliwe jest takie ukierunkowanie kampanii reklamowej, żeby reklamy wyświetlały się wyłącznie na profilach użytkowników spełniających ściśle określone kryteria (np. oferty sklepów z zabawkami dla osób posiadających małe dzieci, zamieszkałych w konkretnej miejscowości, mapy dla osób interesujących się podróżami). W świetle powyższego należy stwierdzić, że narzędzia marketingowe serwisów społecznościowych dają możliwość zarówno precyzyjnego dotarcia do klientów z określonego terytorium (według miejsca zamieszkania), jak i do grupy klientów określonych na podstawie innych kryteriów (np. płeć, zainteresowania).

W mojej ocenie, w świetle testu z punktu 55 wytycznych, dostawca mógłby zobowiązać dystrybutorów do takiego skonfigurowania kampanii reklamowej w serwisie społecznościowym, by reklamy nie pojawiały na profilach osób, które wskazały miejsce zamieszkania na terytorium zastrzeżonym dla innego dystrybutora.

W świetle wytycznych problematyczna wydaje się możliwość oparcia systemu dystrybucji na wyłącznym przydziale dystrybutorom grup klientów – użytkowników serwisów społecznościowych wyselekcjonowanych na podstawie kryterium, np. płci, zawodu, zainteresowań. Z jednej strony kryteria segmentacji klientów, które umożliwiają serwisy społecznościowe mogą stanowić obiektywne kryteria przydziału klientów, o których mowa w punkcie 168 wytycznych[20]. Z drugiej strony użytkownicy serwisów społecznościowych to w przeważającej mierze użytkownicy końcowi. Tymczasem w świetle punktu 172 wytycznych przydział wyłącznych grupy klientów uzasadniony jest głównie w odniesieniu do odbiorców z pośrednich szczebli dystrybucji, gdyż relacje handlowe z tymi odbiorcami wymagają zazwyczaj od dystrybutora inwestowania w specjalny sprzęt, umiejętności

[18] W rozumieniu art. 2 pkt 2 ustawy z 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (Dz.U. z 2002 r. Nr 144, poz. 1204 ze zm.).

[19] W świetle art. 10 ust. 1 i 2 ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną zakazane jest przesyłanie niezamówionej informacji handlowej skierowanej do oznaczonego odbiorcy będącego osobą fizyczną za pomocą środków komunikacji elektronicznej, w szczególności poczty elektronicznej (ust. 1). Informację handlową uważa się za zamówioną, jeżeli odbiorca wyraził zgodę na otrzymywanie takiej informacji, w szczególności udostępnił w tym celu identyfikujący go adres elektroniczny (ust. 2).

[20] Zgodnie z punktem 168 wytycznych wyłączna grupa klientów może być przydzielona danemu dystrybutorowi na podstawie obiektywnego kryterium lub kilku takich kryteriów.

lub know-how w celu dostosowania się do wymogów swoich grup klientów[21]. W ocenie Komisji ze względu na brak powyższych elementów przy sprzedaży do użytkowników końcowych, ich wyłączny przydział nie może raczej prowadzić do wzrostu efektywności[22]. W świetle wytycznych wyłączny przydział określonych grup użytkowników serwisów społecznościowych byłby zatem utrudniony, jeśli w ogóle możliwy. Stojąc na takim stanowisku, uzasadnione byłoby w konsekwencji twierdzenie, że ograniczanie przez dostawcę aktywnych kontaktów danego dystrybutora z grupami użytkowników serwisu społecznościowego – wyselekcjonowanym wedle kryteriów innych niż geograficzne – co do zasady wiązałoby się z podwyższonym ryzykiem antymonopolowym.

W mojej ocenie istnieją jednak argumenty przemawiające za dopuszczalnością zastosowania wyłącznego przydziału grup użytkowników serwisów społecznościowych. Związane są one ze specyficznym charakterem relacji handlowych, których tworzenie umożliwiają serwisy społecznościowe. Bogate informacje na profilach użytkowników pozwalają na dostosowywanie oferty handlowej do potrzeb indywidulanych odbiorców (tzw. marketing więzi[23] lub marketing zindywidualizowany[24]). Trzeba jednak zauważyć, że budowanie relacji z indywidualnymi klientami wymaga czasu i znaczących nakładów. W kontekście powyższego możliwe byłoby twierdzenie, że wyłączny przydział grup użytkowników serwisów społecznościowych uzasadniony jest wysokimi kosztami, jakie muszą ponieść poszczególni dystrybutorzy w celu dotarcia i budowania zindywidualizowanych i długotrwałych relacji handlowych z członkami grupy. W mojej ocenie wraz z rozwojem marketingu w kierunku dostosowania oferty handlowej do potrzeb zindywidualizowanych odbiorców, tego typu argumentacja będzie zyskiwać na sile.

V. Wnioski

Celem artykułu było (i) zastosowanie podziału na sprzedaż aktywną i pasywną w odniesieniu do najpopularniejszych usług marketingu internetowego (pozycjonowanie stron www, linki sponsorowane, wysyłanie ofert handlowych drogą elektroniczną, promocja w serwisach społecznościowych) oraz (ii) skonkretyzowanie zakresu dozwolonych ograniczeń, jakie zgodnie z polskim i unijnym prawem konkurencji dostawca mógłby nałożyć na detalicznych dystrybutorów wyłącznych korzystających z tych usług. Z przeprowadzonych rozważań wynika jeden wniosek ogólny i pięć wniosków szczegółowych.

Sklasyfikowanie danej usługi marketingu internetowego jako formy sprzedaży aktywnej czy pasywnej jest problematyczne i wymaga analizy uwzględniającej kontekst konkretnej kampanii reklamowej oraz technologiczne możliwości dotarcia do terytoriów/grup zastrzeżonych dla innych dystrybutorów jakie daje dana usługa reklamowa.

1) Pozycjonowanie stron w wyszukiwarkach poprzez frazy geograficzne związane z terytorium przypisanym innemu dystrybutorowi nie jest odpowiednim sposobem dotarcia do odbiorców z własnego terytorium, skoro technicznie listę fraz geograficznych można ograniczyć do fraz związanych

[21] Punkt 172 wytycznych.

[22] Ibidem.

[23] J. Światowiec, *Partnerstwo w relacjach dostawca-nabywca na rynkach przemysłowych*, „Świat Marketingu", październik 2002, pobrano z: http://www.swiatmarketingu.pl/index.php?rodzaj=01&id_numer=797274.

[24] Model marketingu zindywidualizowanego zakłada, że konkurencja między firmami nie powinna polegać na sprzedaży zunifikowanych produktów jak największej liczbie odbiorców, lecz na sprzedaży produktów jak najbardziej dostosowanych do potrzeb indywidualnych odbiorców w ramach długotrwałej relacji handlowej. Szerzej nt. modelu marketingu zindywidualizowanego zob. T. Doligalski, *Internet w zarządzaniu wartością klienta*, Oficyna Wydawnicza SGH, Warszawa 2013, s. 45–47 i powołana tam literatura; adresem pobrano z: http://www.marketing-internetowy.edu.pl/data/filemanager/TDoligalski_Internet_w_zarzadzaniu_2013.05.pdf.

z własnym terytorium. W konsekwencji takie pozycjonowanie mogłoby zostać uznane za formę sprzedaży aktywnej na terytorium zastrzeżonym dla innego dystrybutora. Z tej perspektywy za dopuszczalne można uznać zobowiązanie przez dostawcę dystrybutorów do pozycjonowania ich stron wyłącznie poprzez nazwy miast, województw związanych z przydzielonymi im terytoriami. Innym dopuszczalnym środkiem mającym na celu ochronę wyłącznych dystrybutorów może być zobowiązanie ich przez dostawcę do umieszczania na swoich stronach odesłań do stron dystrybutorów z innych terytoriów.

2) Dozwolone ograniczenie aktywnej sprzedaży w odniesieniu do linków sponsorowanych może polegać na nakazaniu dystrybutorowi takiego ich skonfigurowania, aby wyświetlały się one jedynie u internautów z przydzielonego mu terytorium.

3) Wysyłka ofert do odbiorców, którzy mają swoje siedziby na terytorium przydzielonym innemu dystrybutorowi powinna zostać uznana za formę sprzedaży aktywnej, której dostawca mógłby zakazać. Podobnie należałoby ocenić samo wysłanie zapytań o zgodę na przesłanie ofert.

4) Dostawca mógłby zobowiązać dystrybutorów do takiego konfigurowania kampanii reklamowych w serwisach społecznościowych, aby reklamy nie pojawiały na profilach osób, które wskazały miejsce swego zamieszkania na terytorium zastrzeżonym dla innego dystrybutora.

5) Dozwolone również może być zastosowanie wyłącznego przydziału grup użytkowników serwisów społecznościowych poszczególnym dystrybutorom. Argumentami przemawiającymi za taką interpretacją mogą być koszty, jakie muszą ponieść poszczególni dystrybutorzy w celu stworzenia zindywidualizowanych i długotrwałych relacji handlowych z członkami tych grup (tzw. marketing więzi). Przy czym dopuszczalność tego ograniczenia jest najbardziej uzależniona od okoliczności konkretnego przypadku (rodzaj klientów, rodzaj produktów, formy promocji itp.).

Piotr Semeniuk*

Kto posiada pozycję dominującą w Internecie? Uwagi o usługach internetowych i naturze reklamy na tle polskiego i europejskiego prawa konkurencji

Spis treści

I. Uwagi wstępne
II. Praktyka polskich i europejskich organów w zakresie analizy rynków usług online
1. Komisja Europejska
1.1. Portale internetowe i dostarczanie płatnej treści
1.2. Wyszukiwarki i reklama internetowa
2. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów
3. Sprawa Google w Europie oraz w Stanach Zjednoczonych
III. Rynki reklamy internetowej
1. Rynki reklamy jako rynki dwustronne
2. Definicja rynku właściwego i siły rynkowej na rynkach reklamy internetowej
3. Analiza praktyki UOKiK i Komisji Europejskiej
3.1. Komisja Europejska
3.2. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów
4. Kto jest dominantem na rynkach usług online?
4.1. Substytucja popytowa pomiędzy reklamą offline a reklamą online
4.2. Substytucja popytowa w obrębie reklamy online (reklama search i non-search)
IV. Czy siła rynkowa usługodawców internetowych jest antykonkurencyjna?
1. Kogo chroni polskie prawo konkurencji?
2. Czy naruszenie interesu reklamodawców może prowadzić do naruszenia interesów konsumentów?
2.1. Bezpośrednia antykonkurencyjność spadku podaży reklamy (passing-on of losses)
2.2. Pośrednia antykonkurencyjność spadku podaży reklamy (pytanie o „prokonkurencyjność" reklamy)
3. Wnioski: czy siła rynkowa usługodawców internetowych jest antykonkurencyjna?
V. Nieantymonopolowe pokusy prawa antymonopolowego

Streszczenie

Autor analizuje praktykę polskich i europejskich organów konkurencji w zakresie definicji rynków właściwych i siły rynkowej w sektorze internetowym (z wyłączeniem sprzedaży internetowej). Autor

* Autor jest absolwentem prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego oraz Wydziale Prawa Uniwersytetu Nowojorskiego (LLM *in antitrust law*), e-mail: ppsemeniuk@gmail.com; www.powiesczatrzygrosze.com; www.korporacyjnie.pl.

konkluduje, że organy konkurencji powinny być bardziej wstrzemięźliwe w ingerowaniu w działalność przedsiębiorców świadczących usługi *online* ze względu na wysoką substytucję popytową w ramach reklamy internetowej oraz naturę reklamy jako takiej.

Słowa kluczowe: prawo konkurencji; rynki internetowe; rynki reklamy; substytucja popytowa; antykonkurencyjność reklamy; usługi online; siła rynkowa; pozycja dominująca; reklama kontekstowa; targetowanie; reklama search; portale.

I. Uwagi wstępne

Internet stał się częścią naszego codziennego życia, przez Internet kupujemy bowiem książki, ubrania oraz zamawiamy walentynkowe kwiaty, poszukujemy w nim informacji i rozrywki, a nasze życie towarzyskie coraz bardziej przenosi się do sfery online. Korzystamy z usług sklepów internetowych, wyszukiwarek, portali informacyjno-rozrywkowych oraz z serwisów społecznościowych. Do „sieci" przenieśli się też przedsiębiorcy, a za nimi czujne oko organów ochrony konkurencji.

Na świecie toczy się obecnie sprawa związana z domniemanymi antykonkurencyjnymi praktykami Google[1]. Niedawne przejęcie przez Ringier Axel Springer Media kontroli nad spółką Onet.pl[2], zakup spółki Agito przez MIH Allegro[3], na które zgodę wyraził Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: UOKiK) oraz przejęcie serwisu Gruper.pl przez Grupę Polskapresse[4] pokazują, że sektor internetowy w Polsce jest bardzo żywotny i w przyszłości czekają nas zapewne kolejne interesujące akwizycje. Tradycyjne pytania prawa antymonopolowego, czyli: w jaki sposób mierzyć siłę rynkową w Internecie oraz jacy przedsiębiorcy taką siłę posiadają, zyskały nowy (chociaż nowy jedynie do pewnego stopnia) wymiar w rzeczywistości online. Rynki usług online są bowiem najczęściej także rynkami reklamy, na których użytkownicy nie płacą za otrzymaną usługę, ponieważ są niejako „subsydiowani" przez reklamodawców.

Poniższy artykuł stanowić będzie próbę przyjrzenia się dotychczasowej praktyce UOKiK oraz Komisji Europejskiej w zakresie definicji produktowych rynków właściwych na rynkach usług internetowych. W artykule poddam krytyce tok analizy zawarty w niektórych decyzjach Komisji Europejskiej, a w szczególności w decyzjach UOKiK. Moje trzy główne obserwacje będą następujące. Po pierwsze uważam, że podczas analizy rynku właściwego oraz analizy siły rynkowej w ramach usług online, gdzie użytkownicy nie płacą za otrzymaną usługę (tzw. bezpłatne usługi online), kluczowa dla tej analizy powinna być substytucja popytowa po stronie reklamodawców, a ta może się znacząco różnić od substytucji popytowej po stronie użytkowników. Po drugie, wątpliwe jest według mnie, że siła rynkowa, jeżeli takową dysponują przedsiębiorcy oferujących usługi online w stosunku do reklamodawców, jest automatycznie tożsama z pozycją dominującą w rozumieniu polskiego i europejskiego prawa konkurencji. Po trzecie wreszcie, uważam, że

[1] Zob. postanowienie Komisji Europejskiej o wszczęciu postępowania antymonopolowego przeciwko Google, *Antitrust: Commission probes allegations of antitrust violations by Google*, Bruksela, 30 października 2010 r., pobrano z: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-10-1624_en.htm. W Stanach Zjednoczonych postępowanie Federalnej Komisji Handlu (ang. Federal Trade Commission) przeciwko Google dotyczące rzekomego wykluczania konkurentów Google z wyników wyszukiwania zakończyło się umorzeniem. Zob. *Statement of the Federal Trade Commission Regarding Google's Search Practices In the Matter of Google Inc.*, FTC File Number 111-0163, 3 stycznia 2013 r., pobrano z: http://www.ftc.gov/os/2013/01/130103googlesearch stmtofcomm.pdf.

[2] Decyzja Prezesa UOKiK z 17.10.2012 r., DKK-95/2012, pobrano z: www.uokik.gov.pl.

[3] Decyzja Prezesa UOKiK z 15.02.2012 r., DKK-20/2012, pobrano z: www.uokik.gov.pl.

[4] D. Jedlina, Fuzje i przejęcia w polskim internecie, *Raport Internet Standard, Internet 2K12*, czerwiec 2012, s. 18. Autorka określa ostatni rok [tj. rok 2012], jako „obfity czas fuzji i przejęć w polskim Internecie".

organy konkurencji przy analizie rynków reklamy online (a również szerzej – wszystkich rynków reklamy) mają tendencję i pokusę do wykorzystywania reguł konkurencji w celu ochrony wartości, które nie mają nic wspólnego z prawem antymonopolowym, takich jak wolność słowa czy ochrona prywatności.

Artykuł ten będzie dotyczyć jedynie rynków usług online, czyli rynków, gdzie usługi zyskują nowy wymiar właśnie przez fakt oferowania ich przez Internet. Artykuł ten nie będzie dotyczył tzw. rynków sprzedaży internetowej, czyli sytuacji, w której sprzedaż tradycyjnych produktów dokonywana jest za pomocą Internetu[5]. Sprzedażą internetową zajmują się sklepy internetowe i portale aukcyjne i to właśnie tego typu sprzedaży dotyczyła głośna decyzja UOKiK zakazująca w sprawie *Empik/Merlin*[6]. Na rynkach usług internetowych, które będą przedmiotem analizy poniższego artykułu, działają z kolei np. wyszukiwarki, portale informacyjno-rozrywkowe oraz portale społecznościowe.

II. Praktyka polskich i europejskich organów w zakresie analizy rynków usług online

1. Komisja Europejska

1.1. Portale internetowe i dostarczanie płatnej treści

Po raz pierwszy znacząca uwaga Komisji Europejskiej została zwrócona na rynki usług internetowych w 2000 r. W tymże roku Komisji przyszło przeanalizować koncentrację polegającą na utworzeniu przez Vodafone, Vivendi i Canal Plus wspólnego internetowego portalu informacyjno-rozrywkowego o nazwie Vizzavi[7]. Wydając ostatecznie zgodę na koncentrację, Komisja po raz pierwszy pochyliła się nad specyfiką tzw. portali internetowych[8]. Portal internetowy to według Komisji „brama, przez którą konsumenci i przedsiębiorcy mają dostęp do wielu serwisów online"[9]. Komisja wyodrębniła portale wertykalne oraz horyzontalne. Portale wertykalne zapewniają dostęp do „poszczególnych kategorii treści (...) przeznaczonych dla konkretnych potrzeb konsumenta, takich jak sport, gry video i podróże"[10]. Z kolei portale horyzontalne oferują „kompleksowe usługi" będące „agregatem" portali wertykalnych oraz usługi, takie jak poczta elektroniczna czy też możliwość zakupów przez Internet[11]. Przykładem portalu horyzontalnego podanym przez Komisję był portal Yahoo! Ponadto Komisja, powołując się na wcześniejszą decyzję w sprawie *Bertelsmann/Burda/HOS Lifeline*[12], uznała, że rynek dostarczania przez Internet płatnych treści (np. gry i „specjalne serwisy informacyjne") jest odrębny od rynku reklamy internetowej, na którym użytkownicy nie płacą za dostarczane im treści[13]. Oczywiście Komisja nie wykluczyła, że zarówno „rynek reklamy internetowej" (ang. *internet advertising), jak i rynek dostarczania płatnej treści (ang. provision of*

[5] Część pracy w powyższym zakresie wykonał już Konrad Kohutek. Zob. K. Kohutek, Internetowa dystrybucja towarów w prawie konkurencji (ze szczególnym uwzględnieniem wytycznych Komisji do rozporządzenia nr 330/2010 w sprawie porozumień wertykalnych), PPH 2011, nr 11, s. 36–43.

[6] Decyzja Prezesa UOKiK z 03.02.2011 r., DKK-12/11, pobrano z: www.uokik.gov.pl.

[7] Decyzja Komisji Europejskiej z 20.07.2000 r. w sprawie *Vodafone/Vivendi/Canal Plus*, COMP/JV.48, pobrano z: http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/jv48_en.pdf.

[8] Ibidem, par. 47–53.

[9] Ibidem, par. 49.

[10] Ibidem, par. 50.

[11] Ibidem, par. 51–53.

[12] Decyzja Komisji Europejskiej z 15.09.1998 r. w sprawie *Bertelsmann/Burda/HOS Lifeline*, IV/M.973, pobrano z: http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m973_de.pdf.

[13] *Vodafone/Vivendi/Canal Plus*…, par. 45.

paid-for-content) mogą być dzielone na inne mniejsze rynki. Analiza Komisji Europejskiej polegająca na wyodrębnieniu portali horyzontalnych, wertykalnych oraz podziale rynków internetowych na rynek reklamy internetowej i rynek płatnej treści została potwierdzona przez Komisję w zapadłej w tym samym roku decyzji w sprawie Vivendi/Canal+/Seagram[14].

Co istotne, w przywołanych wyżej decyzjach Komisja nie stwierdziła jednoznacznie, w przeciwieństwie do podziału na rynki reklamy internetowej i rynki dostarczania płatnej treści, że portale wertykalne stanowią odrębny od portali horyzontalnych rynek właściwy, aczkolwiek taką sugestię można niewątpliwie wyczytać z treści uzasadnienia tych decyzji.

1.2. Wyszukiwarki i reklama internetowa

Drugi kamień milowy w zakresie analizy rynków usług online został przez Komisję Europejską położony w 2008 roku. Świat wkroczył z ery portali internetowych do ery internetowych wyszukiwarek. Komisji przyszło przeanalizować, pod kątem potencjalnych antykonkurencyjnych skutków, nabycie przez Google spółki DoubleClick zajmującej się reklamą internetową. Komisja, wyrażając ostatecznie zgodę na wspomnianą akwizycję, jednoznacznie wyodrębniła osobny rynek reklamy offline (ang. *offline advertising*) oraz rynek reklamy online (ang. *online advertising*)[15]. Komisja spędziła też wiele czasu na analizie różnic pomiędzy reklamą w wyszukiwarkach internetowych (ang. *search advertising*) oraz innymi rodzajami reklamy internetowej (ang. *non-search advertising*[16]), stwierdzając jednak, że „nie ma potrzeby jednoznacznego wyodrębniania”[17] osobnych rynków reklamy w wyszukiwarkach internetowych i innej reklamy internetowej, ponieważ przedmiotowa akwizycja, bez względu na przyjętą definicję rynku właściwego, nie budzi wątpliwości z punktu widzenia konkurencji.

W kolejnej sprawie dotyczącej połączenia wyszukiwarek internetowych należących do Microsoft oraz Yahoo! z lutego 2010 r.[18] Komisja w zasadzie powtórzyła swoje wcześniejsze stanowisko ze sprawy *Google/DoubleClick i ponownie zaznaczyła, że w zakresie analizowanej sprawy nie ma potrzeby decydowania czy rynek usług reklamy w wyszukiwarkach internetowych (ang. search advertising) oraz rynek innych usług reklamy internetowej (ang. non-search advertising) stanowią odrębne rynki. Wydaje się jednak, że Komisja w bardziej zdecydowany sposób opowiedziała się za wydzieleniem takich dwóch rynków, szykując sobie zapewne grunt do rozpoczętego osiem miesięcy później postępowania antymonopolowego przeciwko Google. Jak zaznaczyła Komisja, podczas gdy większość respondentów uważa, że „wszystkie typy reklamy online konkurują ze sobą, ponieważ reklamodawcy mieszają i dopasowują do siebie różne formaty reklamowe i technologie tzw. targetowania*[19]”, to „znacząca ilość respondentów stoi na stanowisku, że reklama w wyszukiwarkach stanowi rynek sam w sobie, który nie może być zestawiony z żadną inną internetową działalnością reklamową[20]”.

[14] Decyzja Komisji Europejskiej z 13.10.2000 r. w sprawie *Vivendi/Canal+/Seagram*, COMP/M.2050, pobrano z: http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m2050_en.pdf.

[15] Ibidem, par. 56.

[16] Ibidem, par. 48–56.

[17] Ibidem, par. 56. W oryginale: *there is no need to define two separate markets for the provision of search and non-search advertising space.*

[18] Decyzja Komisji Europejskiej z 18.02.2010 r. w sprawie *Microsoft/Yahoo! Search Business*, COMP/M.5727, pobrano z: http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/M5727_20100218_20310_261202_EN.pdf.

[19] Ibidem, par. 71. W oryginale: *all types of online advertising compete because advertisers mix and match different ad formats and targeting technologies.*

[20] Ibidem, par. 71. W oryginale: *a significant number of respondents believe that search advertising is a market in its own right and cannot be grouped together with any other online advertising activity.*

Tabela 1 ilustruje, w jaki sposób do tej pory Komisja Europejska podchodziła do analizy rynków usług internetowych i reklamy internetowej.

Tabela 1. Podział rynków usług internetowych i reklamy internetowej według Komisji Europejskiej

Podział rynków usług internetowych	rynki dostarczania płatnych treści (ang. *provision of paid-for-content*): decyzja *Vodafone/Vivendi/Canal Plus*	
	rynki reklamy internetowej, czyli rynki bezpłatnej treści (ang. *internet advertising*): decyzja *Vodafone/Vivendi/Canal Plus*	
Podział rynków reklamy internetowej (czyli rynków bezpłatnej treści)	**podział ze względu na typ reklamy**	**podział ze względu na treść dostarczanej usługi**
	potencjalny rynek reklamy *search*: decyzje *Google/DoubleClick, Microsoft/Yahoo!*	potencjalny rynek portali horyzontalnych: decyzja *Vodafone/Vivendi/Canal Plus*
	potencjalny rynek reklamy *non-search*: decyzje *Google/DoubleClick, Microsoft/Yahoo!*	rynki portali wertykalnych, np. rynek portali sportowych, rynek portali biznesowych: *Vodafone/Vivendi/Canal Plus*

Źródło: opracowanie własne.

2. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

W praktyce Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów brakuje na razie decyzji, która kompleksowo podchodziłaby do analizy rynków online, a w szczególności rynków reklamy internetowej. W niektórych decyzjach UOKiK pochylał się jednakże nad specyfiką usług internetowych. Poza kilkoma, w których UOKiK niejako mimochodem wspominał o różnych rodzajach rynków i „podrynków" reklamy internetowej[21], dwoma najbardziej kompleksowymi próbami zmierzenia się z zagadnieniem usług online są decyzje UOKiK w sprawie *EDSA/Ditel*[22] oraz w sprawie *Allegro/Agito*[23].

W pierwszej z powyższych decyzji UOKiK wyraził zgodę na koncentrację pomiędzy dwoma przedsiębiorcami zajmującymi się wydawaniem katalogów teleadresowych. Przedsiębiorcy ci, poza publikacją wspomnianych katalogów w wersji papierowej, byli również operatorami tzw. internetowych baz firm (serwisy Pkt.pl, Ditel.pl). UOKiK uznał, że przedsiębiorcy działali na odrębnym „krajowym rynku internetowych katalogów teleadresowych typu *business to consumer" oraz „rynku sprzedaży powierzchni reklamowej w tych katalogach"*[24]. UOKiK ostatecznie uznał, że koncentracja nie narusza ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej: uokik) głównie ze względu na niedawne pojawienie się na rynkach internetowych dwóch nowych podmiotów: serwisu Zumi.pl należącego do grupy Onet oraz grupy Google, która była właśnie na etapie dodawania do swojego serwisu Google Maps dodatkowych opcji teleadresowych.

[21] Przykładowo w decyzji dotyczącej przejęcia Mecom przez Orkla Media, UOKiK zasugerował jakoby „gazety internetowe", takie jak witryna Gazeta.pl, należały do innego rynku produktowego niż „portale" („Wiodącymi polskimi stronami internetowymi są portale, lecz gazety (...) mogą zająć wiodące miejsca wraz z rozwojem rynku internetowego. Aktualnie największy udział w rynku wśród gazet internetowych należy do Gazeta.pl"). Zob. decyzja Prezesa UOKiK z 10.10.2006 r., DOK-119/2006, s. 7. W innej decyzji UOKiK uznał, że tematyczny portal farmaceutyczny stanowi element ogólnego „rynku usług związanych z portalami internetowymi". Zob. decyzja Prezesa UOKiK z 22.04.2005 r., RWA-10/2005, s. 7. Pobrano z: www.uokik.gov.pl.

[22] Zob. decyzja Prezesa UOKiK z 22.04.2008 r., DKK-37/08 (*EDSA/Ditel*), pobrano z: www.uokik.gov.pl.

[23] Zob. decyzja Prezesa UOKIK z 15.03.2012 r., DKK-20/2012 (*Allegro/Agito*), pobrano z: www.uokik.gov.pl.

[24] *Allegro/Agito*…, s. 17.

W sprawie *Allegro/Agito* grupa Allegro, właściciel całej gamy polskich portali internetowych (zgodnie z terminologią Komisji Europejskiej portale te należałoby zapewne określić mianem portali wertykalnych) nabywała, należący do holenderskiego inwestora, serwis Agito.pl. Podstawowym rodzajem działalności prowadzonej przez Agito była sprzedaż internetowa i, w tym zakresie, obszar działalności Agito.pl pokrywał się w wymiarze horyzontalnym z, należącym do grupy Allegro, serwisem aukcyjnym Allegro.pl (aspekt horyzontalny dotyczący rynków sprzedaży internetowej nie jest jednak objęty zakresem tego artykułu). Grupa Allegro była jednak również właścicielem serwisu Ceneo.pl, tzw. porównywarki cenowej, która stanowi rodzaj usługi internetowej (a nie „sprzedaży internetowej"). Na potrzeby zbadania relacji wertykalnych pomiędzy Ceneo.pl (porównywarką cenową) a Agito.pl (sklepem internetowym), UOKiK wyodrębnił więc „krajowy rynek usług świadczony przez internetowe porównywarki cen", na którym działało Ceneo.pl oraz inne „porównywarki".

Tabela 2 ilustruje, w jaki sposób UOKiK pochodził do tej pory do analizy rynków usług internetowych.

Tabela 2. Podział rynków usług internetowych ze względu na treść dostarczanej usługi według UOKiK

Podział rynków usług internetowych ze względu na treść dostarczanej usługi
Rynek katalogów teleadresowych (np. serwis teleadresowy Google Maps, Zumi.pl, Ditel.pl, Pkt.pl): decyzja *EDSA/Ditel*
Rynek porównywarek cenowych (np. serwis Ceneo.pl): decyzja *Allegro/Agito*
Inne potencjalne rynki (**?**), np. rynek portali wertykalnych, rynek portali horyzontalnych rynek wyszukiwarek, rynek serwisów społecznościowych

Źródło: opracowanie własne.

3. Sprawa Google w Europie oraz w Stanach Zjednoczonych

Wskazane na początku tego artykułu sugestie Komisji Europejskiej na temat możliwości istnienia odrębnego rynku usług reklamy w wyszukiwarkach internetowych (ang. *search advertising*) zostały niejako potwierdzone w październiku 2010 r., kiedy Komisja wszczęła postępowanie antymonopolowe przeciwko Google[25]. W komunikacie o wszczęciu postępowania Komisja zobowiązała się do zbadania rzekomego naruszenia pozycji dominującej przez Google „w ramach usług wyszukiwarek internetowych"[26]. Podejrzenia Komisji wzbudziły przede wszystkim, zarzucane Google, zaniżanie w wynikach wyszukiwania konkurencyjnych wobec siebie wertykalnych wyszukiwarek (ang. *vertical search services*), takich jak np. porównywarki cenowe (ang. *price comparisons*)[27]. Postępowanie przeciwko Google skończy się jednak zapewne ugodowo. Europejski Komisarz ds. Konkurencji, Joaquín Almunia, 18 grudnia 2012 r. po spotkaniu z prezesem Google, Erikiem Schmidtem, ogłosił, że zdecydował się „kontynuować proces w kierunku osiągnięcia porozumienia

[25] Postanowienie Komisji Europejskiej o wszczęciu postępowania antymonopolowego przeciwko Google…

[26] Ibidem, w oryginale: *The European Commission has decided to open an antitrust investigation into allegations that Google Inc. has abused a dominant position in online search.*

[27] Ibidem, w oryginale: *Google has abused a dominant market position in online search by allegedly lowering the ranking of unpaid search results of competing services with specific online content such as price comparisons (so-called vertical search services).*

na podstawie artykułu 9[28] Rozporządzania 1/2003"[29]. 25 kwietnia 2013 r. Google złożyło w Komisji Europejskiej propozycję ugody – projekt Google jest obecnie konsultowany przez Komisję z zainteresowanymi stronami[30]. W komunikatach Komisji dotyczących postępowania przeciwko Google nie sposób odnaleźć rozważań Komisji na temat definicji rynku właściwego. Ze względu na dużą szansę ugody, sprawa Gogole nie dostarczy zapewne konkluzywnej definicji rynku właściwego, na którym działa Google.

Również w Stanach Zjednoczonych, Amerykańska Federalna Komisja Handlu (ang. *Federal Trade Commission*) po początkowych, pełnych werwy, zapowiedziach zdecydowała się umorzyć większą część postępowania antymonopolowego dotyczącego zaniżania przez Google „rankingów" swoich konkurentów w wynikach wyszukiwania, zobowiązując Google jedynie do mało istotnych zmian w swojej wyszukiwarce[31]. Podczas ogłoszenia tej decyzji przewodniczący Federalnej Komisji Handlu powiedział, że celem Komisji jest ochrona konsumentów, a nie konkurencji oraz, że „fakty po prostu nie były po naszej stronie"[32].

III. Rynki reklamy internetowej

1. Rynki reklamy jako rynki dwustronne

W tej części pochylę się nad specyfiką usług internetowych i reklamy internetowej. Pokażę też, jak według mnie powinna przebiegać analiza produktowego rynku właściwego w ramach bezpłatnych usług online. Poddam też analizie i krytyce opisane w poprzedniej części tego artykułu decyzje Komisji Europejskiej, a w szczególności Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Ekonomiści od dawna wskazują na istnienie specyficznych rodzajów rynków, na których „przedsiębiorcy świadczą swoje usługi odrębnym grupom **klientów**, którzy się nawzajem potrzebują"[33]. Kluczowe dla działalności takich przedsiębiorców jest „zapewnienie wspólnej (rzeczywistej lub wirtualnej) przestrzeni spotkań oraz ułatwienie interakcji"[34] pomiędzy dwoma grupami klientów. Wyżej wspomniani przedsiębiorcy działają na tzw. dwustronnych rynkach (ang. *two-sided markets*) albo tzw. dwustronnych platformach (ang. *two-sided platforms*).

Podtypem takich dwustronnych rynków są rynki, na których działają usługodawcy, świadczący swoiste pośrednictwo dla reklamodawców w dotarciu do użytkowników („dwustronne rynki reklamy")[35]. Do takich rynków reklamy należą zarówno tradycyjne media (np. gazety oraz telewizja), jak i usługodawcy internetowi (portale internetowe, wyszukiwarki, sieci społecznościowe itp.). Przedsiębiorcy działający na dwustronnych rynkach reklamy dostarczają użytkownikom

[28] Chodzi o Rozporządzenie Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu (Dz.U. L 1 z 4.1.2003, s. 1–25), pobrano z: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=DD:08:02:32003R0001:PL:PDF.

[29] Zob. *Oświadczenie komisarza Joaquina Almunii w sprawie postępowania antymonopolowego przeciwko Google*, Bruksela 18 grudnia 2012 r., pobrano z: http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-12-967_en.htm. W oryginale: *After meeting Eric Schmidt, executive chairman of Google, today in Brussels, I have decided to continue with the process towards reaching an agreement based on Article 9 of the EU Antitrust regulation.*

[30] http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-371_en.htm.

[31] Zob. *Statement of the Federal Trade Commission*…

[32] W oryginale: *facts just weren't there*. Zob. E. Black, *FTC's Google Settlement a "Third Way" Approach for Antitrust Enforcement*, strona internetowa magazynu Forbes, pobrano z: http://www.forbes.com/sites/edblack/2013/01/09/ftcs-google-settlement-a-third-way-approach-for-antitrust-enforcement/.

[33] Zob. D.S. Evans, R. Schmalensee, *The Industrial Organization of Markets with Two-Sided Platforms*, „Competition Policy International" 2007, Spring, nr 3/1, s. 152. W oryginale: *These businesses serve distinct group of customers who need each other.* Więcej o dwu- i wielostronnych modelach e-biznesu, chociaż akurat nie w kontekście rynków reklamy, zob. W. Szpringer, *Dwu-(wielo-)stronne modele e-biznesu a prawo konkurencji*, iKAR 2013, nr 1(2).

[34] D.S. Evans and R. Schmalensee, *The Industrial Organization…,* w oryginale: *[to provide] a common (real or virtual) meeting place and to facilitate interactions.*

[35] Chodzi o tzw. *advertising-supported media*, przy czym określenie „media" rozumiane jest szeroko i mieści w sobie zarówno tradycyjne media, takie jak gazety i bezpłatna telewizja, jak i portale internetowe (ang. *web portals*), takie jak np. wyszukiwarki internetowe (ibidem, s. 155–156).

różne usługi (najczęściej treść) i „używają [zdobytych użytkowników] do przyciągnięcia reklamodawców". Pomiędzy użytkownikami a reklamodawcami dochodzi do „pośredniego efektu sieci": reklamodawcy cenią daną platformę pośrednictwa reklamy tym bardziej, im więcej taka platforma przyciągnie użytkowników[36]. Charakterystyczną cechą rynków reklamy, odróżniającą je od innych dwustronnych platform jest to, że użytkownicy platformy udostępnianej reklamodawcom albo w ogóle nie płacą za otrzymaną usługę (wyszukiwarki, większość portali internetowych i sieci społecznościowych, bezpłatna telewizja), albo płacą cenę poniżej kosztu marginalnego (większość gazet, płatna telewizja). Pomiędzy operatorami dwustronnych platform reklamy a reklamodawcami działają też niekiedy pośrednicy, tacy jak agencje reklamowe czy specjalistyczni pośrednicy internetowi, np. przejęta przez Google w 2008 roku spółka DoubleClick.

Większość z analizowanych w tym artykule bezpłatnych usług internetowych należy właśnie do dwustronnych rynków reklamy. Nawet usługodawcy internetowi oferujący użytkownikom płatne treści cały czas „subsydiują" te treści przychodami pochodzącymi od reklamodawców, a cena oferowana użytkownikom jest najczęściej ceną poniżej kosztu krańcowego. Chociaż w Internecie, szczególnie w obrębie gazet internetowych, zauważa się ostatnio trend do pobierania od użytkowników opłat za dostarczaną treść[37], kolejne części tego artykułu będą dotyczyć jedynie takich przedsiębiorców internetowych, którzy nie pobierają od użytkowników żadnej ceny za oferowaną usługę[38]. Większość przedsiębiorców oferujących usługi internetowe należy właśnie do takiej kategorii przedsiębiorców (przeważająca większość wyszukiwarek internetowych, sieci społecznościowych oraz portali informacyjno-rozrywkowych). Jeżeli nawet przedsiębiorcy ci oferują czasami płatne usługi, są to usługi zdecydowanie incydentalne do głównego, bezpłatnego dla użytkowników przedmiotu ich działalności (np. opłaty za powiększenie „pamięci" oferowanych w tzw. chmurze skrzynek e-mail).

2. Definicja rynku właściwego i siły rynkowej na rynkach reklamy internetowej

Zgodnie z art. 4 pkt 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, przez rynek właściwy w sensie produktowym rozumie się „rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty"[39]. Poprawna definicja produktowego rynku właściwego jest kluczowa dla oceny siły rynkowej przedsiębiorców. Siła rynkowa, zwana również pozycją dominującą, jest zaś pojęciem kluczowym w polskim prawie antymonopolowym. Zgodnie z art. 9 uokik, „zakazane jest nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym przez jednego lub kilku przedsiębiorców", a art. 18 uokik zakazuje co do zasady koncentracji przedsiębiorców, które powodują „powstanie lub umocnienie pozycji dominującej na rynku".

[36] Ibidem, s. 155. Sporne jest to, czy zachodzi relacja odwrotna, tj. czy użytkownicy bardziej cenią platformy, które zdołały przyciągnąć większą ilość reklamodawców.

[37] Np. od niedawna duża część polskich wydawców (np. Gazeta Wyborcza, Forbes, Super Express) udostępnia w Internecie pełne treści publikowanych przez siebie artykułów w ramach systemu Piano. Po wykupieniu miesięcznej prenumeraty w ramach tego systemu użytkownicy otrzymują dostęp do „sekcji portali internetowych oraz artykułów należących do partnerskich serwisów internetowych." Zob. *O systemie Piano*, pobrano z: http://www.pianomedia.pl/about.

[38] Powyższe stwierdzenie o „braku opłaty za oferowaną usługę" może być kwestionowane, szczególnie w środowisku naukowców zajmujących się prawem ochrony danych osobowych (ang. *information privacy law*). Niektórzy z tych naukowców często posługują się stwierdzeniem, że użytkownicy „bezpłatnych" usług internetowych płacą w rzeczywistości za otrzymaną usługę „godząc się" na naruszenia swojej prywatności. Klasycznym artykułem na temat kwantyfikowalności prawa do prywatności z punktu widzenia ekonomicznej analizy prawa jest artykuł Richarda Posnera, zob. R. Posner, *The right of privacy*, 12 Georgia Law Review 393 (1978). O ile jednak powyższe podejście wydaje się mieć sens z teoretycznej perspektywy, nie ma ono większej przydatności dla prawa konkurencji, które zajmuje się jedynie rzeczywistą ceną danej usługi i jej jakością.

[39] Ustawa z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. Nr 50, poz. 331 ze zm.); dalej jako uokik. A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, LEX 2012, *Komentarz do art. 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*, pkt. 9.1.2.

Kluczowe dla poprawnej definicji rynku właściwego jest zbadanie tak zwanej substytucji podażowej i substytucji popytowej. Przez dwa powyższe pojęcia rozumie się „reakcje konsumentów (odbiorców) określonego towaru na zmiany cen ofert dotychczasowych dostawców" (tzw. produktowy rynek właściwy) lub reakcje „dostawców na zmiany cen zaopatrywania danego geograficznie rynku w określone dobra lub usługi"[40] (tzw. geograficzny rynek właściwy). Najbardziej tradycyjną, ale też najpopularniejszą metodą, służącą badaniu powyższych substytucji jest tzw. test hipotetycznego monopolisty (ang. *hyphotetical monopolist test*) polegający na badaniu „reakcji klientów (…) na nieznaczny, jednak odczuwalny i trwały wzrost cen ponad poziom, jaki one mają w warunkach konkurencji"[41].

Jak jednak powyższą teorię zastosować do rynków reklamy, na których użytkownicy nie płacą za otrzymaną usługę i są niejako subsydiowani przez reklamodawców? Skoro użytkownicy otrzymują bezpłatną usługę, nie da się zbadać po ich stronie substytucjipopytowej, czyli reakcji na hipotetyczny wzrost ceny. Substytucję popytową powinno się więc badać z punktu widzenia reklamodawców. Co więcej, nawet w wypadku powstania siły rynkowej (wysokiego udziału w rynku właściwym) na rynkach reklamy, przedsiębiorca posiadający taką siłę będzie mógł podnieść cenę powyżej poziomu konkurencyjnego nie tyle wobec użytkowników, ile wobec reklamodawców. Z powyższej obserwacji płyną dwie kluczowe konkluzje dla analizy rynku właściwego i siły rynkowej na dwustronnych rynkach reklamy. Chociaż owe konkluzje dotyczą reklamy zarówno offline, jak i online nacisk mojej analizy, z racji tematyki tego artykułu, będzie położony przede wszystkim na ten drugi typ reklamy.

Po pierwsze, jeżeli chodzi o definicję rynku właściwego, analiza substytucji podażowej, a tym samym definicja rynku właściwego, powinna skupiać się na popycie po stronie reklamodawców. Skoro użytkownicy usług internetowych nie płacą za te usługi, ich preferencje są bezpośrednio nieistotne z punktu widzenia testu hipotetycznego monopolisty[42]. Oczywiście preferencje użytkowników mogą być niekiedy istotne dla analizy produktowego rynku właściwego niejako pośrednio, jako czynnik wpływający na substytucję popytową po stronie reklamodawców. Przykładowo, dla reklamodawców sprzętu sportowego istotne może być to, że użytkownicy odwiedzający internetowe portale sportowe niekoniecznie odwiedzają portale dotyczące mody. Dlatego też, w razie nieznacznego, ale odczuwalnego i trwałego, wzrostu ceny za reklamę w portalach sportowych, reklama w portalach dotyczący mody może nie być substytucyjna dla reklamodawców. Stąd preferencje użytkowników Internetu mogą być istotne dla określenia, czy rynek reklamy w portalach

[40] Ibidem, pkt 9.1.3.

[41] Ibidem. Przykładowo i w dużym uproszczeniu, jeżeli badaniu pod kątem produktowego rynku właściwego podlega detaliczny rynek sprzedaży jabłek i gruszek, w celu zbadania substytucji podażowej, należy zapytać się czy jeżeli hipotetyczny monopolista w zakresie sprzedaży gruszek podwyższy nieznacznie, jednak odczuwalnie i trwale, cenę swoich gruszek, konsumenci zaczną zamiast gruszek kupować jabłka. Jeżeli tak się w istocie stanie, oznaczać to będzie, że gruszki wraz z jabłkami nie stanowią odrębnych, ale jeden rynek właściwy (który może być dalej testowany pod kątem substytucji z innymi owocami).
Kolejnym krokiem, następującym po określeniu analizy rynku właściwego, będzie określenie udziałów poszczególnych przedsiębiorców w tym rynku. Wysokie udziały w rynku właściwym pozwalają, co do zasady, domniemywać istnienie siły rynkowej („pozycji dominującej"). Zgodnie z art. 4 pkt 10 uokik, „domniemywa się, że przedsiębiorca ma pozycję dominującą, jeżeli jego udział w rynku właściwym przekracza 40%". Jeżeli przykładowo okaże się, że gruszki stanowią jeden rynek właściwy odrębny od wszystkich innych owoców, organ konkurencji nie powinien zezwolić, co do zasady, na koncentrację dwóch przedsiębiorców posiadających po 40% udziałów w detalicznym rynku sprzedaży gruszek. W takim bowiem wypadku nowo powstały przedsiębiorca, z 80% udziałem w rynku właściwym, byłby zapewne w stanie podnieść cenę z ceny konkurencyjnej do ceny monopolistycznej i „spowodować powstanie zbędnej straty społecznej" (ang. *deadweight loss). Więcej o pojęciu zbędnej straty społecznej, zob. np. A. Jones, B. Sufrin, EU Competition Law*, Oxford University Press (4th Ed.), Oxford 2011, s. 10.

[42] Wydaje mi się, że podobną tezę można też postawić w sytuacji, kiedy użytkownicy płacą cenę poniżej kosztu marginalnego przedsiębiorcy, jednakże rozwinięcie powyższej obserwacji przekracza ramy tego artykułu.

sportowych i portalach dotyczących mody nie stanowi jednego rynku właściwego. Punktem wyjścia powinna być jednak zawsze analiza substytucji popytowej po stronie reklamodawców.

Po drugie, skoro w przypadku powstania pozycji dominującej, cenę powyżej poziomu konkurencyjnego zmuszeni będą płacić reklamodawcy, zbadanie siły rynkowej przedsiębiorców świadczących bezpłatne usługi internetowe (a więc ich udziału w rynku właściwym) powinno następować z punktu widzenia reklamodawców, a nie użytkowników. W praktyce powyższa uwaga oznaczać będzie, że dla organów konkurencji najbardziej wiarygodną informację o udziałach przedsiębiorców świadczących usługi internetowe w rynku właściwym powinny dostarczać dane o przychodach przedsiębiorców internetowych z reklamy, a nie dane o liczbie użytkowników serwisów internetowych należących do tych przedsiębiorców. Oczywiście w razie braku danych o przychodach z reklamy (np. w sytuacji, kiedy dany serwis jest w fazie startowej i nie zaczął jeszcze sprzedawać swoich usług reklamodawcom), liczba użytkowników serwisu może stanowić dobry pośredni wyznacznik siły rynkowej wobec reklamodawców, ponieważ, jak już wspomniałem, reklamodawcy cenią daną platformę tym bardziej, im więcej taka platforma przyciągnie użytkowników. Punktem wyjścia powinna być jednak zawsze analiza przychodów osiąganych z reklamy.

Przykład tzw. wyszukiwarek internetowych dobrze, według mnie, ilustruje powyższe dwie obserwacje. Definicja rynku właściwego, na którym działają wyszukiwarki powinna następować z punktu widzenia reklamodawców, a nie użytkowników. Użytkownicy wyszukiwarek nie płacą przecież za usługę i nawet jeżeli wyszukiwarki są dla użytkowników Internetu niezastępowalną usługą, to przecież może okazać się, że dla reklamodawców, m.in. ze względu na rosnącą popularność tzw. targetowania behawioralnego[43], inne usługi internetowe (np., portale informacyjne, sieci społecznościowe, czy skrzynki e-mail) mogą oferować substytucyjną przestrzeń reklamową (oczywiście nie przesądzam w tym miejscu o takiej substytucyjności, sugeruję jednak jej możliwość). Podobnie, kierowane wobec dominującej wyszukiwarki, czyli Google, zarzuty o wykluczanie z wyników wyszukiwania swoich „konkurentów" oferujących użytkownikom Internetu konkurencyjne względem Google usługi internetowe (np. tzw. serwisy geolokacyjne) są nietrafione, ponieważ jak długo użytkownicy internetu nie płacą za otrzymaną usługę (np. za wspomniany serwis geolokacyjny), tak długo nie są oni „konsumentami", którym przysługuje ochrona wynikająca z prawa konkurencji. Jeżeli użytkownicy Internetu nie płacą za usługę „A" oferowaną przez przedsiębiorcę „A", na przedsiębiorcy „A" (nawet jeżeli jest on zdecydowanym liderem w świadczeniu pewnego typu usługi) nie ciąży obowiązek udostępnienia swojej niezbędnej infrastruktury (ang. *essential facilities*) przedsiębiorcy „B" oferującemu, podobną do usługi „A", usługę „B" (tak długo oczywiście, jak przedsiębiorca „A" nie posiada siły rynkowej na rynku reklamy internetowej, a na takim rynku nie jest wykluczone, że może on konkurować z dostawcami zupełnie odrębnych usług internetowych). Mało spektakularny koniec spraw przeciwko Google wytoczonych w Unii Europejskiej oraz w Stanach Zjednoczonych wynikał, moim zdaniem, właśnie z wyżej poczynionych rozważań.

Na koniec, należy jeszcze wspomnieć, że niektóre usługi internetowe charakteryzują się silnymi efektami sieci (ang. *network effects*) polegającymi na „pozytywnej zależności, jaka zachodzi pomiędzy popytem na dany produkt a liczbą użytkowników korzystających z danego produktu[44]".

[43] Więcej o targetowaniu behawioralnym w kolejnych rozdziałach tego artykułu.

[44] Zob. D.L. Rubinfeld, *Antitrust Policy,* „International Encyclopedia of the Social and Behavioral Sciences" 2001, Vol. 1, s. 553–560, Elsevier Science Ltd., s. 558.

Im więcej takich użytkowników, tym mniej elastyczny jest popyt[45]. Silnymi efektami sieci charakteryzują się w szczególności tzw. sieci komunikacji użytkowników. Wśród usług internetowych do takich sieci zaliczać się będą w szczególności tzw. platformy społecznościowe (np. Facebook). Silne efekty sieci mogą sprzyjać sile rynkowej. Jednakże tak długo, jak użytkownicy Internetu nie płacą za daną usługę, efekty sieci mogą wpływać na siłę rynkową jedynie w zakresie, w jakim wzmacniają tę siłę w stosunku do reklamodawców. Przykładowo, jeżeli nawet efekt sieci w danej platformie społecznościowej będzie silny w odniesieniu do użytkowników tej platformy (tak że „popyt" tych użytkowników będzie znacząco nieelastyczny), nie musi to wcale przesądzać o sile rynkowej takiej platformy w rozumieniu prawa konkurencji. Jak długo reklamodawcy będą mogli dotrzeć do użytkowników wspomnianej platformy społecznościowej poprzez inny rodzaj usługi internetowej (np. wyszukiwarkę czy tradycyjny portal informacyjno-rozrywkowy), tak długo platforma ta nie będzie posiadać siły rynkowej, nawet jeżeli, wskutek efektu sieci, jej użytkownicy będą niedostępni dla alternatywnych platform społecznościowych.

3. Analiza praktyki UOKiK i Komisji Europejskiej

3.1. Komisja Europejska

Jak wspomniałem wyżej, ze względu na specyfikę rynków reklamy internetowej, po pierwsze definicja produktowego rynku właściwego powinna następować z punktu widzenia substytucji po stronie reklamodawców, po drugie zaś, udziały w rynku właściwym, a tym samym siła rynkowa, powinny być określane na podstawie przychodów serwisów internetowych z reklamy, a nie liczby użytkowników. Poniżej przedstawiłem, jak w świetle powyższych obserwacji wygląda praktyka Komisji Europejskiej i UOKiK.

Jeżeli chodzi o Komisję Europejską, to odbyła ona w ostatnim czasie długą drogę w stronę zrozumienia specyfiki rynków usług internetowych. O ile jeszcze w latach dziewięćdziesiątych, w decyzjach *Vodafone/Vivendi/Canal Plus* i *Vodafone/Vivendi/Canal Plus* Komisja, rozróżniając portale horyzontalne od wertykalnych, skupiała się jedynie na doznaniach użytkowników Internetu, to w późniejszych decyzjach z końca pierwszego dziesięciolecia obecnego wieku zaczęła ona badać internetowe rynki właściwe, skupiając się na substytucji podażowej po stronie reklamodawców (chociaż konkluzje Komisji na temat definicji rynków właściwych w ramach reklamy internetowej mogą budzić wątpliwości – zob. punkt 3 tego artykułu). W kluczowej decyzji *Google/DoubleClick* Komisja wyodrębniła dwa odrębne rynki reklamy offline i online, a powyższe wyodrębnienie oparła na fakcie, że „w przeciwieństwie do reklamy offline, reklama online może być w bardziej efektywny sposób kierowana do konkretnych odbiorców"[46]. Komisja skupiła się więc właśnie na potrzebach reklamodawców, dla których reklama online oferuje możliwość „targetowania" potencjalnych użytkowników za pomocą informacji o ich „geograficznej lokalizacji" i „zainteresowaniach", a nie na potrzebach użytkowników. Również, w decyzji *Google/DoubleClick* Komisja, przy obliczaniu udziałów w różnych potencjalnych rynkach właściwych, skupiła się na analizie przychodów z reklamy, a nie na liczbie użytkowników[47].

[45] Chodzi o tzw. bezpośrednie efekty sieci, czyli efekty sieci „realizujące się wśród tej samej grupy klientów." Wedle terminologii używanej przez niektórych ekonomistów, w ramach dwustronnych platform zachodzą również „pośrednie efekty" sieci polegające na tym, że reklamodawcy są wzajemnie zależni od użytkowników danej usługi internetowej. Zob. W. Szpringer, *Dwu-(wielo-)stronne modele*…, s. 83.

[46] W oryginale: *As opposed to offline advertising, online advertising is considered to be capable of reaching a more targeted audience in a more effective way*, *Google/Double Click*…, par. 45.

[47] *Google/DoubleClick*..., tab. 1 (s. 28), tab. 3 (s. 30), tab. 4 (s. 32) i tab. 5 (s. 33).

3.2. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

Praktyka UOKiK wydaje się mniej koherentna niż praktyka Komisji Europejskiej. Co prawda w decyzji *EDSA/Ditel* UOKiK zdawał się analizować substytucję podażową z punktu widzenia reklamodawców, a nie użytkowników, była to jednak analiza bardzo pobieżna, nie poparta żadnym badaniem rynkowym, i pomijająca całe segmenty reklamy internetowej. UOKiK uznał, że reklama w „internetowych katalogach teleadresowych" polega na „przyciągnięciu konsumentów, którzy już zdecydowali się na zakup pewnych towarów", podczas gdy inne typy reklamy (telewizyjna, radiowa, w części prasy, na billboardach i w całej pozostałej części Internetu) mają na celu „budowanie świadomości marki i jej promowanie"[48]. „Przyciągnięciu konsumentów" służy, według UOKiK, co prawda również reklama w wyszukiwarkach internetowych, jednakże wyszukiwarki tym różnią się od internetowych katalogów teleadresowych, że korzystanie z nich „może prowadzić do uzyskiwania szeregu błędnych rezultatów" oraz, że wyszukiwarki nie będą „odnajdywać" małych i średnich przedsiębiorców „nieposiadających własnej strony internetowej". Powyższa analiza substytucji podażowej po stronie reklamodawców wydaje się więc bardzo pobieżna, arbitralna, a czasami kontrfaktyczna (np. tam gdzie UOKiK sugeruje, że posiadanie przez przedsiębiorcę własnej strony internetowej warunkuje obecność tego przedsiębiorcy w wynikach wyszukiwania internetowego katalogu teleadresowego czy wyszukiwarki internetowej). Powyższe pozwala intuicyjnie przypuszczać, że w decyzji *EDSA/Ditel* motywacją UOKiK dla wyodrębnienia odrębnego rynku „internetowych katalogów teleadresowych" była nie tyle substytucja po stronie reklamodawców, ile odmienny rodzaj usługi z punktu widzenia „doznań" użytkowników („katalogi teleadresowe" nie są dla użytkowników zapewne substytucyjne w odniesieniu do np. serwisów społecznościowych czy gazet). Wydaje się więc, że pobieżna analiza substytucji po stronie reklamodawców służyła jedynie „uprawomocnieniu" wcześniejszej konkluzji, osiągniętej przez UOKiK wskutek obserwacji doznań użytkowników.

W decyzji *EDSA/Ditel* UOKiK usiłował nawet,wprawdzie bardzo pobieżnie, badać substytucję po stronie reklamodawców, jednak w decyzji *Allegro/Agito* nacisk położony został już na brak substytucji po stronie użytkowników. UOKiK wprost odrzucił argumentację zgłaszających przedsiębiorców, zgodnie z którą internetowe porównywarki cenowe były częścią jednego „rynku reklamy internetowej" i konkurowały na tym rynku z innymi przedsiębiorcami świadczącymi usługi internetowe, np. z wyszukiwarkami internetowymi. Koronnym argumentem użytym przez UOKiK przeciwko powyższej, zaproponowanej przez grupę Allegro, szerokiej definicji rynku właściwego był fakt, że „porównywarki cenowe oferują (...) możliwość zapoznania się z opinią zarówno na temat danego produktu, jak i sklepu internetowego". UOKiK zauważył, że „w przeciwieństwie do porównywarek cen, typowe wyszukiwarki internetowe nie dają natomiast takiej możliwości". Powyższy cytat dobitnie świadczy o analizie produktowego rynku właściwego przez UOKiK z punktu widzenia użytkowników, a nie reklamodawców.

Jeżeli chodzi o zbadanie siły rynkowej przedsiębiorców (obliczenie udziałów w rynku właściwym), UOKiK co najmniej za tak samo relewantne uznaje dane o liczbie użytkowników oraz dane o przychodach z reklamy. W decyzji *EDSA/Ditel*, UOKiK posłużył się średnią miesięczną

[48] Zob. *EDSA/Ditel*…, s. 6.

liczbą użytkowników witryn Ditel.pl, Pkt.pl i konkurencyjnych stron internetowych[49], a także przeanalizował strukturę rynku na podstawie przychodów osiągniętych przez przedsiębiorców ze sprzedaży powierzchni reklamowych w katalogach teleadresowych[50]. Podobnie w decyzji *Allegro/Agito*, UOKiK zbadał strukturę „rynku internetowych porównywarek cenowych" za pomocą liczby użytkowników, jak również przychodów w reklamy[51]. Z obu decyzji nie wynika jednak, żeby UOKiK, co byłoby pożądane, za bardziej wiarygodne traktował dane o przychodach ze sprzedaży powierzchni reklamowych.

Analizowane wyżej sprawy (*Allegro/Agito*, *EDSA/Ditel*) świadczą, że UOKiK przy analizie internetowej reklamy przynajmniej taką samą, jeżeli nawet nie większą, uwagę przykłada błędnie do punktu widzenia i rzekomej substytucji po stronie użytkowników, a nie reklamodawców. Powyższe może prowadzić do niepoprawnego wyodrębnienia produktowych rynków właściwych i w konsekwencji do ewentualnej niepoprawnej konkluzji, że przedsiębiorca (lub przedsiębiorcy w wypadku koncentracji) posiada (lub będą posiadać) pozycję dominującą.

4. Kto jest dominantem na rynkach usług online?

4.1. Substytucja popytowa pomiędzy reklamą offline a reklamą online

W poprzednich częściach tego artykułu starałem się pokazać, dlaczego przy analizie rynków właściwych w obrębie bezpłatnych usług online i obliczania udziałów w tych rynkach, organy konkurencji powinny skupiać się na substytucji po stronie reklamodawców. Skrytykowałem też podejście UOKiK, który co najmniej taką samą, jeśli nie większą, uwagę przykłada do rzekomej substytucji po stronie użytkowników.

Jednakże nawet jeżeli organy konkurencji poprawnie podejdą do analizy produktowego rynku właściwego oraz siły rynkowej, jest to jedynie początek skomplikowanej analizy substytucji po stronie reklamodawców. Jakie zatem typy reklamy są substytucyjne dla reklamodawców korzystających z usług przedsiębiorców internetowych? Czy reklama ***offline*** jest substytucyjna wobec reklamy online? Czy poszczególne typy reklamy online (przede wszystkim reklama typu *search* i *non-search*) rzeczywiście konkurują ze sobą, tak jak sugeruje to Komisja Europejska (i jak stwierdziła niedawno amerykańska Federalna Komisja Handlu[52])? Wstępne odpowiedzi na powyższe pytania postaram się przedstawić w niniejszej części artykułu.

W analizowanych decyzjach UOKiK i Komisji Europejskiej oba organy skłaniały się do uznania, że usługi reklamy online i offline nie są wobec siebie substytucyjne. Czy jednak rzeczywiście inny rodzaj medium przesądza bezwzględnie o braku substytucji popytowej po stronie reklamodawców? Chociaż w każdej konkretnej sprawie powinno zostać oczywiście przeprowadzone odrębne badanie rynku właściwego, wydaje mi się, że istnieje duże prawdopodobieństwo, że przynajmniej część rodzajów reklamy offline konkuruje w rzeczywistości z niektórymi typami reklamy online. Jak

[49] Ibidem, s. 18–20. Dane na temat średniej miesięcznej liczby użytkowników polskich stron internetowych dostarczają raporty Megapanel/PBI przeprowadzane przez firmę Gemius. Wyniki tych badań dostępne są pod adresem: http://www.panel.pbi.org.pl/megapanel.php.

[50] *EDSA/Ditel*…, s. 21.

[51] *Allegro/Agito*…, s. 14.

[52] Zob. Oświadczenie Federalnej Komisji Handlu Stanów Zjednoczonych w sprawie przejęcia DoubleClick przez Google, *Statement of Federal Trade Commission Concerning Google/DoubleClick*, FTC File No. 071-0170, 20 grudnia 2007 r., pobrano z: http://www.ftc.gov/os/caselist/0710170/071220statement.pdf.

twierdzą amerykańscy ekonomiści, Daniel Rubinfeld i James Ratliff, nie można takiej możliwości przynajmniej na wstępie wykluczać.[53]

Jak zauważają przykładowo Rubinfeld i Ratliff, charakter reklamy w gazetach wydaje się być uderzająco podobny do „reklamy tekstowej" i „reklamy typu *display" wyświetlanej na stronach internetowych*[54]. Ponadto, również niektóre dane empiryczne świadczą o potencjalnej substytucyjności reklamy offline i online. Wspomniani autorzy wskazują, że w ostatnich latach (2007–2012) występuje silna korelacja pomiędzy wzrostem wydatków przedsiębiorców na reklamę typu online a spadkiem wydatków na reklamę w gazetach papierowych (chociaż już nie reklamę telewizyjną)[55]. Powyższa obserwacja wydaje się świadczyć, że reklama internetowa konkuruje z reklamą w gazetach (choć, co warto podkreślić, niekoniecznie musi świadczyć, że reklama w gazetach konkuruje z reklamą typu online).

Ciekawe badanie na temat substytucyjności pewnych typów reklamy offline oraz online w kontekście reklamy usług prawniczych przeprowadzili inni amerykańscy ekonomiści – Avi Godfarb i Catherine Tucker[56]. Autorzy ci zauważyli, że w tych stanach USA, w których reguły etyki prawniczej zabraniały prawnikom pewnych typów reklamy (w szczególności reklamy polegającej na wysyłaniu materiałów promocyjnych), cena reklamy usług prawnych w wyszukiwarkach internetowych była znacząco wyższa niż w innych stanach. Przeanalizowane dane pozwoliły autorom na stwierdzenie, że „reklama w wyszukiwarkach jest substytutem „targetowanej" reklamy typu offline"[57]. Za „targetowaną reklamę typu offline" można zaś uznać zarówno wysyłanie materiałów promocyjnych, jak i reklamę w katalogach typu *business-to-consumer*.

Podsumowując, jak wskazał UOKiK w decyzji *EDSA/Ditel* oraz Komisja Europejska w decyzji *Google/DoubleClick*, duża część reklamy typu online posiada bardzo specyficzne cechy, niewystępujące w reklamie typu offline[58]. Powyższą odrębność należy mieć niewątpliwie na uwadze. Niemniej jednak, opisane powyżej obserwacje ekonomistów, o ile oczywiście nie przesądzają, że wszystkie typy reklamy offline konkurują z reklamą online, nie pozwalają jednak wykluczyć, że pewne rodzaje reklam offline i online są wobec siebie substytucyjne (np. reklama w gazetach i internetowa reklama typu *display* oraz np. „targetowana" reklama typu offline i reklama w wyszukiwarkach internetowych).

---

53 J.D. Ratliff, D.L. Rubinfeld, *Online Advertising: Defining Relevant Markets*, „Journal of Competition Law and Economics" 2010, s. 1–23.

54 Ibidem, s. 15.

55 Ibidem, s. 12–13.

56 A. Goldfarb, C. Tucker, *Search Engine Advertising: Channel Substitution when Pricing Ads to Context*, NET Institute Working Paper No. 07-23, 1 October, 2010. Pobrano z: SSRN: http://ssrn.com/abstract=1021451 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1021451.

57 W oryginale: *This shows that search engine advertising is a substitute for targeted offline marketing communications*, A. Goldfarb, C. Tucker, *Search Engine Advertising*…, s. 25. Jak jednak słusznie zauważają Rubinfeld i Ratliff, powyższą konkluzję osłabia nieco fakt, że całkowity zakaz pewnych typów reklamy offline (jak miało to miejsce w wypadku stanów posiadających bardziej surowe regulacje dotyczące „etyki" prawniczej) nie jest odpowiednikiem „nieznacznego, jednak odczuwalnego i trwałego wzrost cen", ale bardziej odpowiednikiem „nieskończonego" (ang. *infinite*) wzrostu cen. Zob. J. Ratliff, D. Rubinfeld, *Online Advertising*…, s. 15.

58 Przykładowo, jak twierdzi UOKiK w decyzji *EDSA/Ditel, reklama offline może mieć na celu „budowanie świadomości marki i jej promowanie" (EDSA/Ditel*…, s. 6). Jak zaś zauważa Komisja Europejska w decyzji *Google/DoubleClick*, reklama online oferuje możliwość „targetowania" potencjalnych użytkowników za pomocą informacji o ich „geograficznej lokalizacji" i „zainteresowaniach" (*Google/DoubleClick*…, par. 45). Powyższe obserwacje nie biorą jednak pod uwagę tego, że **niektóre** rodzaje reklamy offline również umożliwiają „targetowanie" oraz, że niektóre typy reklamy typu online służą również do budowania świadomości marki. Kampanie reklamowe w Internecie mogą mieć na celu budowanie świadomości marki (zob. K. Budek, Synergia między internetem, a telewizją, Raport Internet Standard adStandard 2012, marzec 2012, s. 15–16). Jednakże część działalności reklamowej typu offline można uznać za działalność „targetowaną". Przykładem takiego „targetowania" offline mogą być właśnie katalogi teleadresowe oraz „fizyczne" wysyłanie materiałów promocyjnych pocztą. Obecnie, coraz częściej eksperymentuje się również z „targetowaną" reklamą w telewizji. Przykładowo, w 2011 roku Wall Street Journal opublikował artykuł pokazujący, że amerykańskie sieci kablowe testują technologie umożliwiające „targetowanie" reklam telewizyjnych do widzów na podstawie analizy oglądanych przez nich programów (zob. J.E. Vascellaro, *TV's Next Wave: Tuning into You*, „Wall Street Journal", 7 March 2011). Wreszcie, nawet jeżeli uznać, że reklama typu offline służy do „budowania" świadomości marki, a reklama typu online do „targetowania", powyższa obserwacja niekoniecznie przesądza od razu braku substytucji popytowej. W końcu reklamodawcom zależy ostatecznie na wzroście sprzedaży, a wzrost sprzedaży w teorii może być osiągnięty za pomocą jakiejkolwiek formy reklamy.

4.2. Substytucja popytowa w obrębie reklamy online (reklama *search* i *non-search*)

Decyzja Komisji Europejskiej w sprawie *Google/DoubleClick* pokazuje, że Komisja skłania się ku wyodrębnieniu rynków reklamy search i non-search. UOKiK idzie jeszcze dalej w segmentacji rynków reklamy online, wyodrębniając „rynek internetowych katalogów teleadresowych typu *business to consumer*" oraz „rynek usług świadczony przez internetowe porównywarki cen". Tak daleko idąca segmentacja rynków reklamy internetowej przez UOKiK (nieograniczająca się do typu reklamy, ale opierająca się na rodzaju serwisu internetowego) pozwala przypuszczać, że UOKiK nie zawahałby się zapewne w przyszłości wyodrębnić kolejnych produktowych rynków właściwych opartych na rodzaju serwisu internetowego (np. rynku internetowych portali sportowych, rynku portali informacyjnych czy też rynku serwisów społecznościowych). Przed taką ekspansywną segmentacją rynków właściwych w obrębie reklamy internetowej chciałem przestrzec w niniejszej części tego artykułu.

Choć dokładna analiza produktowego rynku właściwego w obrębie reklamy online powinna oczywiście zostać dokonana odrębnie dla okoliczności konkretnej sprawy, w poniższych rozważaniach przedstawię wstępne i niekonkluzywne obserwacje na temat możliwych rynków właściwych w ramach reklamy online.

Reklamę internetową można dzielić za pomocą różnych kryteriów. Stosunkowo mało istotny jest podział ze względu na format graficzny. Zgodnie z powyższą typologią wyodrębnia się reklamy tekstowe, reklamy typu *display* (czyli reklamy graficzne) oraz tak zwane wzbogacone reklamy (ang. *rich media ads*), w skład których wchodzą również reklamy video[59]. Ze względu na metodę płatności uiszczanej przez reklamodawców, reklamy internetowe mogą dzielić się na reklamy, których cena zależna jest od liczby kliknięć (ang. *cost-per-click*) oraz reklamy, których cena zależy od liczby odsłon (*ang. cost-per-impression*).[60] Najbardziej tradycyjną i najważniejszą klasyfikacją reklam *online* jest jednak podział ze względu na możliwość tzw. targetowania, czyli podział ze względu na, jak określił to UOKiK w decyzji *EDSA/Ditel*, możliwość „przyciągnięcia konsumentów, którzy już zdecydowali się na zakup pewnych towarów". Według typologii zawartej w raportach Adex publikowanych przez organizację IAB Europe[61], którą stosuje również polska branża reklamy internetowej (raporty adStandard publikowane przez organizację Internet Standard[62]), reklamę w Internecie dzieli się z kolei na reklamę typu *search*[63], reklamę typu *display*[64] oraz tzw. reklamę w katalogach branżowych (ang. *classfields and directories*). Wydaje się więc, że najważniejszy podział w branży reklamy internetowej przebiega pomiędzy reklamą typu search i innymi typami reklamy internetowej (reklamą typu *display*, reklamą w katalogach internetowych). Powyższy podział nie przesądza oczywiście o substytucji z punktu widzenia prawa konkurencji.

Tradycyjnie przyjęto uważać, że reklamy typu *search* są, w przeciwieństwie do innych reklam, tzw. reklamami kontekstowymi, czyli umożliwiającymi „targetowanie" użytkowników na podstawie ich zainteresowań. Przyjęto też uważać, że tego typu reklamy *search* są sprzedawane na

[59] J. Ratliff, D. Rubinfeld, *Online Advertising...*, s. 9.

[60] Ibidem, s. 11.

[61] Zob. Raport Adex 2011 Online advertising in Europe (6th edition); pobrano z: http://www.iabeurope.eu/media/99265/2012_interact_presentation_final_delivered.pdf.

[62] Zob. Raport Internet Standard adStandard 2012....

[63] Raport adStandard 2012 używa określeń takich jak „reklama typu SEM" (ang. *search engine marketing*). Zob. ibidem, s. 13.

[64] Raport adStandard 2012 używa zamiennie określeń „reklama *display*" i „reklama graficzna". Zob. ibidem, s. 11.

podstawie liczby kliknięć, natomiast tradycyjne reklamy umieszczane na portalach internetowych – na podstawie *cost-per-impression*[65].

Powyższy podział na reklamy typu *search*, rozumiane jako reklamy umożliwiające lepsze dotarcie do użytkowników oraz inne reklamy zaciera się jednak coraz bardziej. Po pierwsze zarówno reklamy *search*, jak i inne reklamy (*non-search*) umożliwiają tzw. targetowanie geograficzne polegające na wyświetlaniu reklam ze względu na geograficzną lokalizację komputera, z którego korzysta użytkownik. Po drugie, już dzisiaj reklamodawcy korzystający z reklam typu *display* wyświetlanych na stronach internetowych posiadają informacje o hasłach wpisanych przez użytkownika do wyszukiwarki, która przekierowała następnie użytkownika do danej witryny internetowej[66]. Czyni to reklamy *display* rodzajem reklam kontekstowych, a więc „targetowanych". Po trzecie i najważniejsze, współcześnie coraz większa liczba reklam polega nie tylko na tzw. targetowaniu kontekstowym (czyli „targetowaniu" użytkowników na podstawie ich zainteresowań w danym momencie), co na „targetowaniu" behawioralnym (czyli „targetowaniu" na podstawie analizy wcześniejszych zachowań użytkowników w Internecie). Behawioralne „targetowanie" polega na budowaniu personalnych profili użytkowników Internetu na podstawie historii ich zachowań i kierowaniu do tych użytkowników dopasowanych, właśnie „targetowanych" behawioralnie, reklam. Takie śledzenie zachowań użytkowników następuje za pomocą specjalnego oprogramowania, najczęściej polegającego na umieszczeniu przez „śledzącego" przedsiębiorcę na komputerach użytkowników tzw. internetowych ciasteczek (ang. *web cookies*) lub tzw. internetowych pluskiew (ang. *web bugs*)[67]. „Targetowane" behawioralnie reklamy mogą być oferowane zarówno przez wyszukiwarki internetowe (reklamy w wynikach wyszukiwania), jak i inne serwisy internetowe, np. portale i serwisy społecznościowe. Często strategii reklamowej polegającej na „targetowaniu" behawioralnym towarzyszy też „targetowanie" kontekstowe.

Tabela 3. Pokazuje, jak dzięki różnym rodzajom „targetowania", przede wszystkim „targetowania" behawioralnego, zamazuje się podział pomiędzy reklamą typu *search* i *non-search*.

Tabela 3. Rodzaje „targetowania" a reklama *search* i *non-search*

Rodzaj „targetowania"	**Możliwe w reklamie typu *search***	**Możliwe w pozostałych reklamach typu *non search***
Geograficzne	X	X
Kontekstowe	X	X
Behawioralne	X	X

Źródło: opracowanie własne.

Biorąc pod uwagę, że współcześnie zdecydowana większość reklam w Internecie jest reklamami „targetowanymi" (geograficznie, kontekstowo czy behawioralnie), a rozwój reklamy internetowej zmierza ku coraz większemu i dokładniejszemu „targetowaniu", granica pomiędzy

[65] J. Ratliff, D. Rubinfeld, *Online Advertising*…, s. 11.

[66] Ibidem, s. 18.

[67] D.J. Solove, P.M. Schwartz, *Information Privacy Law*, Wolters Kluwer, 4th Ed., 2011, s. 856 i 876. Zob. też B.V.D. Sloot, F.J. Zuiderveen Borgesius, *Google and Personal Data Protection*, [w:] A. Lopez-Tarruella (ed.), *Google and the Law. Empirical Approaches to Legal Aspects of Knowledge Economy Business Models. Series: Information Technology and Law Series*, Vol. 22 VIII, T.M.C. Asser Press (Springer) 2012, s. 100–103.

reklamą typu *search* i *non-search (jeżeli kiedykolwiek istniała) coraz bardziej się zaciera. Dzisiaj o wiele trudniej powiedzieć, że „reklamy typu search są bardziej „targetowane" niż reklamy typu non-search*"[68]. Co prawda w Internecie, jak zauważa raport adStandard 2012, cały czas jest miejsce na typową reklamę, mającą na celu promocję marki, jednakże przedsiębiorcy internetowi tego typu reklamę oferują dzisiaj i będą oferować ją w przyszłości, lecz **w dodatku**, a nie **zamiast** reklamy „targetowanej". Należy też zauważyć, że taka reklama internetowa mająca na celu typową promocję marki będzie zapewne (jak zasugerowałem w punkcie 2.4.1. tego artykułu) konkurowała z innymi reklamami typu offline[69], szczególnie z reklamą telewizyjną, co podkreśla sam raport adStandard 2012[70].

Wątpliwe jest więc, że dla reklamodawców poszczególne typy reklamy w Internecie nie są substytucyjne. Im bardziej omnipotencyjne staje się internetowe „targetowanie", a szczególnie „targetowanie" behawioralne, tym bardziej przedsiębiorcy oferujący usługi reklamy w Internecie (portale horyzontalne, portale wertykalne, wyszukiwarki, portale społecznościowe itp.) konkurują ze sobą na jednym produktowym rynku właściwym. Odwołując się do użytego wcześniej przykładu dotyczącego reklamy w portalach sportowych, o ile w wypadku zwykłej reklamy typu *display* argumenty o braku substytucyjności reklamy pomiędzy portalami sportowymi a innymi serwisami internetowymi mogły brzmieć przekonująco, o tyle w warunkach „targetowanej" behawioralnie reklamy argumenty te tracą swoją moc. Zwykła reklama typu *display* w portalach sportowych i portalach o modzie niekoniecznie musi stanowić alternatywę dla reklamodawców sprzętu sportowego, ponieważ ta druga reklamanie zdoła najpewniej dotrzeć do użytkowników zainteresowanych kupnem sprzętu sportowego. W świecie reklamy *display* portale o modzie nie są zatem odpowiednim miejscem na reklamę sprzętu sportowego. Jednakże w świecie reklamy „targetowanej" behawioralnie, reklamodawcy mają wiedzę o preferencjach użytkowników **bez względu** na to, jaką witrynę internetową użytkownicy odwiedzają **w danym momencie**. Jeżeli fan boksu zawędruje przypadkowo (lub nieprzypadkowo) do portalu o modzie, reklamodawca rękawic bokserskich będzie w stanie wyświetlić swoją reklamę pomiędzy kolumnami dotyczącymi jesiennej kolekcji znanego projektanta.

Tym samym, z racji prawdopodobnej substytucji poszczególnych typów reklamy online, organy konkurencji powinny unikać mylnych intuicji każących utożsamiać brak „substytucyjności" darmowej usługi dla użytkowników Internetu z brakiem substytucyjności popytowej dla reklamodawców na rynku reklamy internetowej.

IV. Czy siła rynkowa usługodawców internetowych jest antykonkurencyjna?

1. Kogo chroni polskie prawo konkurencji?

Jak sugerowałem powyżej, wątpliwe jest, by przedsiębiorcy działający na rynku bezpłatnych usług internetowych finansowanych z reklamy posiadali siłę rynkową, ponieważ usługi reklamowe oferowane przez różnych przedsiębiorców online są najpewniej w dużej mierze substytucyjne. Jednak nawet jeżeli któryś z przedsiębiorców online skupiłby w swoich rękach na tyle dużą

[68] J. Ratliff, D. Rubinfeld, *Online Advertising*…, s. 18.

[69] Jak zauważył sam UOKiK w decyzji *EDSA/Ditel* reklama typu offline ma na celu „budowanie świadomości marki i jej promowanie." Zob. *EDSA/Ditel*, op. cit., s. 6.

[70] Zob. K. Budek, *Synergia*…, s. 15–16.

część internetowego rynku reklamy, że mógłby posiadać siłę rynkową (pozycję dominującą) umożliwiającą dyktowanie ceny niezależnie od swoich konkurentów, wątpliwe jest czy powstanie takiej pozycji dominującej (w wypadku koncentracji przedsiębiorców) lub jej nadużycie powinny stanowić zainteresowanie polskiego prawa konkurencji. **Ostatecznym** celem polskiego prawa konkurencji jest bowiem ochrona konsumentów, a powstanie lub nadużycie pozycji dominującej przez przedsiębiorców działających na rynkach usług internetowych może powodować szkodę jedynie po stronie reklamodawców, która to szkoda nie przekłada się automatycznie na naruszenie interesów konsumentów.

Dyskusja o celach polityki konkurencji toczy się na świecie od kilkudziesięciu lat, a jej opis przekracza niewątpliwie ramy tego artykułu. Poniższe rozważania będą więc jedynie bardzo skrótowym i pobieżnym przedstawieniem różnych stanowisk na temat celów polskiego prawa konkurencji.

W doktrynie polskiej można spotkać się z poglądami, zgodnie z którymi ostatecznym celem polityki konkurencji jest „ochrona długofalowych interesów konsumentów (ang. *consumer welfare*) zgodnie z chicagowską, neoklasyczną szkołą ekonomii, która zdominowała współczesny sposób myślenia o celach polityki antymonopolowej”[71]. Według autorów powyższego poglądu, cel ten znajduje również potwierdzenie w orzecznictwie Sądu Najwyższego[72]. Pojawiają się też jednak głosy, że w Polsce jest za wcześnie na przyjęcie „amerykańskiego podejścia” do polityki konkurencji kojarzonego z celem „ochrony dobrobytu konsumentów”[73].

Niektórzy z polskich autorów sugerują też, że nieco odmienne cele przyświecają polityce konkurencji w Stanach Zjednoczonych i w Europie. W Europie bowiem, w przeciwieństwie do Stanów Zjednoczonych, do celów polityki konkurencji należą również „elementy polityki przemysłowej, takie jak wspomaganie i ochrona sektora małych przedsiębiorstw, przy czym ochrona małych przedsiębiorstw traktowana jest jako kreowanie konkurencyjnego środowiska w przemyśle”[74]. Wedle tych autorów, cele polskiej ustawy o ochronie konkurencji i konkurentów są szersze od neoklasycznego pojęcia dobrobytu konsumenta i bliższe amerykańskiemu, nie zaś europejskiemu podejściu[75].

Jeśli jednak nawet uznać, że cele polskiego prawa antymonopolowego są szersze od ochrony neoklasycznego „dobrobytu konsumenta” (ang. *consumer welfare*), to rozróżnienie na podejście europejskie, które poza konsumentami chroni również konkurentów, i neoklasyczne podejście amerykańskie jest według mnie sporym uproszczeniem. W rzeczywistości chodzi nie o **cel**, ale o **metodę** osiągnięcia tego celu. Uproszczenie to zauważa również amerykańska profesor Eleanor Fox. Według niej w rzeczywistości zarówno tzw. podejście europejskie, jak i amerykańskie (a dokładniej „chicagowskie”) skupione jest na ochronie konsumentów. Różnica polega jedynie na tym, że podejście „chicagowskie” skupia się na krótkofalowym wzroście ceny płaconej przez konsumentów i dającym się przewidzieć ograniczeniu podaży[76], podczas gdy podejście europejskie,

[71] A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, LEX 2012, *Komentarz do art. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*, pkt. 1.1.1. Zob. też D. Miąsik, T. Skoczny [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2009, s. 52 i 53.

[72] Tak: A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji*…, nt. wyr. SN z dnia 19 października 2006 r., III SK 15/06.

[73] C. Banasiński, E. Piontek (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów, Komentarz*, LexisNexis, Warszawa 2009, s. 16.

[74] Z. Jurczyk, *Cele polityki antymonopolowej w teorii i praktyce*, [w]: C. Banaiński, E. Stawicki (red.), *Konkurencja w gospodarce współczesnej*, UOKiK, Warszawa 2007, s. 34.

[75] Ibidem, s. 36–38.

[76] E.M. Fox, *We protect competition, you protect competitors*, „26 World Competition” 2003, Vol. 2, s. 151–155.

troszcząc się o „otwartość i dostęp do rynków", chroni interesy konsumentów w sposób długofalowy[77]. Ochrona „konkurencyjnego procesu i integralności rynków (…) służy [w Europie] zarówno konsumentom, jak i efektywnym oraz progresywnym (…) graczom na rynku"[78]. Ostatecznym jednak celem dla podejścia europejskiego, jak również amerykańskiego jest konsument[79].

Podsumowując, bez względu na to czy uzna się, że polskie prawo konkurencji oparte jest na założeniach szkoły chicagowskiej, czy też, że cele polskiego prawa antymonopolowego obejmują również, zgodnie z rozumieniem „europejskim", ochronę „otwartości i dostępu do rynków", ostatecznie polityka konkurencji będzie miała na uwadze zawsze interesy konsumentów.

2. Czy naruszenie interesu reklamodawców może prowadzić do naruszenia interesów konsumentów?

2.1. Bezpośrednia antykonkurencyjność spadku podaży reklamy (*passing-on of losses*)

Zgodnie z rozważaniami zawartymi w poprzedniej części artykułu, nawet jeżeli uznać, że polskie prawo konkurencji jest bliższe „podejściu europejskiemu" i jego celem jest przeciwdziałaniem sytuacjom, w których krótkofalowo naruszony zostaje interes jedynie konkurentów, a nie konsumentów, ostatecznym powodem interwencji reguł antymonopolowych będzie zawsze obawa przed długofalowym pogorszeniem interesu konsumentów. Oznacza to jednak, że polski organ konkurencji w celu zaklasyfikowania danej praktyki jako antykonkurencyjnej powinien zakładać przynamniej potencjalne naruszenie interesów konsumentów polegające na potencjalnym i długofalowym zwiększeniu ceny powyżej konkurencyjnego poziomu lub spadku jakości towarów lub usług. Przykładowo, wykluczenie z rynku mniej efektywnych (sprzedających swoje towary i usługi po wyższej cenie) przedsiębiorców (takie wykluczenia, z punktu widzenia szkoły chicagowskiej nie budziłoby pewne większych wątpliwości) może w dłuższej perspektywie poprawić los konsumentów, jeżeli wykluczeni przedsiębiorcy mogliby się w przyszłości stać równie efektywni lub bardziej innowacyjni (podejście „europejskie")[80]. Oznacza to jednak, że gdzieś na końcu łańcucha przyczynowo-skutkowego organy konkurencji, nawet z punktu widzenia podejścia „europejskiego", powinny mieć na uwadze potencjalną i hipotetyczną szkodę po stronie konsumentów, powstałą np. poprzez wykluczenie potencjalnie równie efektywnych lub bardziej innowacyjnych przedsiębiorców.

W świetle powyższej obserwacji problem z reklamodawcami polega na tym, że w ich wypadku zwiększenie kosztów reklamy (a tym samym zmniejszenie podaży reklamy) nie przekłada się, nawet hipotetycznie, na zwiększenie kosztów dla konsumentów. Reklamodawcy nie sprzedają

[77] Ibidem, s. 155.

[78] Ibidem, s. 155–160.

[79] Z tą być może różnicą, że w przeciwieństwie do szkoły chicagowskiej, jak słusznie zauważa Zbigniew Jurczyk, „w europejskiej polityce konkurencji jedno euro nadwyżki konsumenta (ang. *consumer surplus*) nie jest bowiem ekwiwalentem jednego euro nadwyżki producenta (ang. *producer surplus*). Zob. Z. Jurczyk, *Cele polityki antymonopolowej*…, s. 33.

[80] Dobrym przykładem jest tutaj wyrok amerykańskiego federalnego Sądu Apelacyjnego dla 10 okręgu (ang. *10th Circuit*) w sprawie *American Airlines*. Zob. *United States v. AMR Corp.*, 335 F.3d 1109 (10th Cir. 2003). Linie lotnicze American Airlines, mając na celu wykluczenie z rynku tzw. tanich linii, zaczęły wybiórczo obniżać ceny na trasach lotniczych, na których spotykały się z konkurencją. Po skutecznym wyeliminowaniu konkurentów, American podniosły ceny do poprzednich poziomów. Sąd oddalił jednak skargę amerykańskiego Departamentu Sprawiedliwości (ang. *Department of Justice*) przeciwko American twierdząc, że American, nawet obniżając ceny, nie obniżyły ich poniżej średniego kosztu zmiennego (jedynie w takim wypadku wykluczenie byłoby nielegalne, ponieważ oznaczałoby, że American wyeliminowały konkurentów, którzy byli w stanie dostarczyć te same usługi po równych lub niższych kosztach). Jak stwierdził sąd, „tanie linie" musiały wycofać się z rynku, nie będąc w stanie sprostać konkurencji cenowej ze strony American, ponieważ ich koszty były wyższe od kosztów American. Tanie linie nie były więc równie efektywnym konkurentem, a tym samym ukaranie American za obniżkę cen wymierzone byłoby w konsumentów (pasażerów). Powyższy wyrok jest niekiedy krytykowany dlatego, że gdyby wchodzące na rynek „tanie linie" nie spotkały się z błyskawiczną odpowiedzią American, mogłyby w dłuższej perspektywie stać się bardziej efektywne, a tym samym oferować konsumentom niższe niż American ceny. W Europie powyższy stan faktyczny mógłby zostać zaklasyfikowany w zupełnie odmienny sposób.

konsumentom towaru w postaci reklamy – oni jedynie **reklamują** inne towary lub usługi (z nadzieją na wzrost popytu na te towary lub usługi). Nie może być też mowy o automatycznym związku pomiędzy wzrostem ceny za reklamę a wzrostem ceny reklamowanych produktów. Podniesienie ceny przez producenta posiadającego siłę rynkową niesie za sobą ryzyko, że bezpośrednio zwiększy się też cena płacona przez konsumentów za towary sprzedawane przez detalistę zaopatrującego się u tego producenta (tzw. *passing-on of losses*)[81]. Analogicznego bezpośredniego[82] ryzyka nie będzie za sobą niosło podwyższenie ceny płaconej przez reklamodawcę. Zakładając, że reklamodawcy nie mają siły rynkowej (w hipotezie będącej przedmiotem tego artykułu taką siłę będzie miał jedynie usługodawca internetowy sprzedający powierzchnię reklamową) przedsiębiorcy (reklamodawcy) nie będą mogli podnieść ceny w odpowiedzi na wzrost ceny przestrzeni reklamowej (zakładając elastyczny popyt wśród nabywców produktów sprzedawanych przez tych przedsiębiorców). „Zwykły" dystrybutor towarów kupujący te towary od producenta-monopolisty „przekaże" zbędną stratę społeczną konsumentom (spadnie finalny popyt i wzrośnie finalna cena na dany produkt). Z kolei reklamodawca, zamiast przekazywania „zbędnej straty społecznej", może po prostu ograniczyć wydatki na reklamę i nie musi automatycznie podnosić finalnej ceny.

Bez względu zatem na to czy polskie prawo konkurencji wyznaje „chicagowską", czy „europejska" filozofię szkoda reklamodawców w postaci wzrostu płaconej przez nich ceny nie powinna sama w sobie budzić wątpliwości w świetle art. 6 (antykonkurencyjne porozumienia), art. 9 (nadużycie pozycji dominującej) lub art. 19 (antykonkurencyjne koncentracje) ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

2.2. Pośrednia antykonkurencyjność spadku podaży reklamy (pytanie o „prokonkurencyjność" reklamy)

Niektórzy mogą jednak twierdzić, że spadek podaży przestrzeni reklamowej, powodujący w dłuższej perspektywie spadek liczby reklam jako takich, spowodowany ewentualnym wzrostem ceny za reklamę w Internecie powyżej poziomu konkurencyjnego, może przełożyć się na szkodę po stronie konsumentów w sposób pośredni, a nie bezpośredni. Powracając do przedsiębiorców oferujących usługi reklamy internetowej (wyszukiwarki, portale, serwisy społecznościowe lub pośrednicy reklamy internetowej, tacy jak DoubleClick), należy zapytać czy, nawet jeżeli jeden z tych przedsiębiorców będzie w stanie podwyższyć cenę internetowych usług reklamowych powyżej poziomu konkurencyjnego, a tym samym ograniczyć podaż reklamy w Internecie, to rzeczywiście takie ograniczenie podaży zaszkodzi konsumentom, do których reklama jest adresowana? Innymi słowy należy zapytać czy ograniczenie podaży reklamy może być dla konsumentów szkodliwe w inny sposób niż poprzez bezpośrednie przekazanie strat (tzw. *passing-on of losses*) przez reklamodawców?

Wydaje mi się, że tzw. prokonkurencyjność reklamy jest co najmniej wątpliwa. W ekonomii toczy się, co prawda, debata dotycząca na tzw. prokonkurencyjności reklamy, jednak o wiele bardziej przekonujące argumenty podawane są za tzw. antykonkurencyjnością reklamy niż za jej „prokonkurencyjnością".

[81] Zob. np. E. De Smijter, D. O'Sullivan, *The Manfredi judgment of the ECJ and how it relates to the Commission's initiative on EC antitrust damages actions*, „Competition Policy Newsletter" 2006, No. 3, Autumn. W doktrynie europejskiego prawa konkurencji sporne jest, czy w procesach odszkodowawczych sądy powinny przyjmować domniemanie takiego „przekazania strat".

[82] Jeżeli zaś chodzi o pośrednie skutki spadku podaży reklamy, zob. punkt 4.2.2 tego artykułu.

Jedna z teorii nt. wpływu reklamy na ceny płacone przez konsumentów ma związek z tzw. teorią konkurencji monopolistycznej (ang. *monopolistic competition*). Teoria ta mówi, że reklama umożliwia sprzedawcom sztuczne różnicowanie swoich produktów, co tym samym zwiększa bariery wejścia na rynek i umożliwia tym sprzedawcom pobieranie wyższej ceny[83]. Jednakże zwolennicy pozytywnego wpływu reklamy na konsumentów, kojarzeni przede wszystkim z neoklasyczną szkołą w ekonomii, twierdzą, że reklama zmniejsza koszty poszukiwania konsumenta (ang. *search costs*) poprzez dostarczanie konsumentom informacji na temat ceny i jakości towarów[84]. Jest to jednak słaby argument za „prokonkurencyjnością" reklamy, zważywszy na to jak wyglądają reklamy w rzeczywistości, co podkreślają krytycy powyższego poglądu[85]. Wydaje się, że chociażby informacje zawarte na opakowaniach produktów, będące realizacją publicznoprawnych obowiązków przedsiębiorców, pełnią funkcję informacyjną skuteczniej niż reklamy, w których znany skoczek narciarski promuje okna dachowe.

Niektórzy z mniej radykalnych proponentów prokonkurencyjności reklamy uważają jednak, że bez względu na to czy reklama przekazuje pożyteczne treści informacyjne, sam fakt, że przedsiębiorca zainwestował w reklamę komunikuje pośrednio konsumentom informację o pozytywnej jakości towarów lub usług. Wysuwany argument mówi, że przedsiębiorca inwestujący w reklamę najpewniej ma na celu zwiększenie lub trwałe utrzymanie swojego udziału w rynku, a tym samym powinien on również troszczyć się o długofalowe utrzymanie dobrej reputacji i jakości swoich produktów[86]. Powyższa teoria ponownie jednak nie ma przełożenia na rzeczywistość. Empiryczne badania zdają się, mówiąc oględnie, „nie popierać hipotezy o pozytywnej relacji pomiędzy reklamą a jakością produktów"[87], a intuicja podpowiada, że relacja ta jest zupełnie odwrotna. Środki pieniężne inwestowane przez przedsiębiorców w reklamę mogłyby być zamiast tego być zainwestowane właśnie w polepszenie jakości produktów (np. w tzw. *research and development*).

3. Wnioski: czy siła rynkowa usługodawców internetowych jest antykonkurencyjna?

Skoro polskie prawo konkurencji (bez względu na przyjęcie podejścia „chicagowskiego" lub „europejskiego") ma ostatecznie na celu ochronę interesów konsumentów, samo podwyższenie ceny płaconej przez reklamodawców spowodowane powstaniem siły rynkowej (pozycji dominującej) po stronie przedsiębiorców oferujących usługi internetowe finansowane z reklamy nie powinno stanowić przedmiotu zainteresowania polskiego prawa antymonopolowego. Jest tak ponieważ, po pierwsze, reklamodawcy nie sprzedają konsumentom towarów w postaci reklamy (a jedynie reklamowane towary), zatem wzrost ceny reklamy nie może być bezpośrednio przekazany (ang. *passing-on of losses*) konsumentom. Tzw. łańcuch strat urywa się na reklamodawcach. Po drugie, nie wydaje się żeby ograniczenie podaży reklamy (spowodowane potencjalnym wzrostem cen usług reklamowych) pogarszało w żaden inny sposób interes konsumentów. Więcej argumentów przemawia za tym, że taka korelacja nie zachodzi, a być może nawet za tym, że zachodzi korelacja zupełnie odwrotna. Uprawnione wydaje się być nawet twierdzenie, że zmniejszona podaż

[83] Teoria ta sięga pierwszej połowy początków XX w., zob. np. R. Sharp Brown Jr., *Advertising and the Public Interest: Legal Protection of Trade Symbols*, „Yale Law Journal" 1948, Vol. 57, No. 1165, artykuł opublikowany został również w „Yale Law Journal" 1999, Vol. 108, No. 1619.

[84] Zob. np. P. Nelson, *Information and Consumer Behavior*, „Journal of Political Economy" 1970, Vol. 78, No. 311.

[85] Zob. np. J. Boyle, *A Theory of Law and Information: Copyright, Spleens, Blackmail, and Insider Trading*, „California Law Review" 1992, Vol. 80, No. 1413, s. 1456.

[86] Zob. np. P. Nelson, *Advertising as Information*, „Journal of Political Economy" 1974, Vol. 82, No. 729.

[87] K. Bagwell, *The Economic Analysis of Advertising*, [w:] M. Armstrong, R. Porter (eds.), „Handbook of Industrial Organization" 2007, Vol. 3, 170., s. 1748.

reklamy może powodować w dłuższej perspektywie spadek cen dla konsumentów i zwiększenie jakości sprzedawanych im produktów. W takim wypadku, paradoksalnie, interes przedsiębiorców świadczących usługi internetowe finansowane z reklamy, polegający na pobieraniu od reklamowców ceny powyżej poziomu konkurencyjnego, może być sprzężony z interesem finalnych konsumentów, oczywiście tak długo, jak długo przedsiębiorcy internetowi nie zaczną pobierać od użytkowników Internetu opłat za świadczone usługi[88].

Podsumowując, wydaje się, że więcej argumentów wydaje się przemawiać przeciwko niż za prokonkurencyjnością reklamy. Oczywiście sam analizowany powyżej brak prokonkurencyjności reklamy, a nawet możliwa „antykonkurencyjność" w żaden sposób nie jest argumentem za jakimkolwiek publicznoprawnym zakazaniem lub ograniczeniem działalności reklamowej[89]. Przedsiębiorcy działający w branży reklamy tak samo, jak przedsiębiorcy z innych branż przyczyniają się do wzrostu ekonomii i produktu krajowego brutto. W samym Internecie zaś, istnienie reklamy umożliwia oparcie działalności biznesowej na wspomnianych „dwustronnych platformach", co pozwala użytkownikom na uzyskanie wielu cennych usług i treści. Zawarte w tym artykule rozważania miały jedynie na celu pokazanie, że potencjalny wzrost cen płaconych przez reklamodawców niekoniecznie musi stanowić przedmiot zainteresowania prawa konkurencji.

V. Nieantymonopolowe pokusy prawa antymonopolowego

Jak starałem się pokazać, organy konkurencji powinny analizować rynki usług internetowych oraz rynki reklamy w Internecie z wyjątkową ostrożnością i zachowawczością. Działalność większości przedsiębiorców świadczących usługi w Internecie odbywa się bowiem w obrębie tzw. dwustronnych platform, które pośredniczą pomiędzy użytkownikami serwisów internetowych i reklamodawcami. Bardzo często użytkownicy tych platform otrzymują darmowe usługi, których koszty pokrywają reklamodawcy. Właśnie takich rynków bezpłatnych usług internetowych dotyczyła większość rozważań zawartych w artykule. Pomimo trendu polegającego na wprowadzeniu płatności za niektóre internetowe usługi, szczególnie przez tzw. gazety internetowe, dotyczy to cały czas jedynie niewielkiego segmentu działalności internetowej. Rynki, zdefiniowane przez Komisję Europejską w decyzji *Vodafone/Vivendi/Canal Plus* jako tzw. rynki płatnej treści (ang. *paid-for-content*) nadal stanowią mniejszość internetowych usług. W dalszym ciągu większość gigantów światowego i polskiego Internetu, takich jak wyszukiwarki internetowe, katalogi teleadresowe, portale informacyjne czy serwisy społecznościowe oferują swoje główne usługi przede wszystkim za darmo i nic nie zapowiada, że ten model biznesowy ulegnie zmianie (zresztą zmiana taka byłaby zapewne niemożliwa ze względu na zastane preferencje użytkowników Internetu). Jak starałem się pokazać w tym artykule, rynki bezpłatnych usług online powinny być traktowane przez organy konkurencji z dużą ostrożnością. Organy te, w tym UOKiK, powinny być wyjątkowo wstrzemięźliwe w dopatrywaniu się na powyższych rynkach naruszeń prawa konkurencji.

[88] Takie paradoksy występują czasami w ekonomii. Przykładowo, w prywatnych systemach opieki zdrowotnej, interes prywatnych ubezpieczycieli może być sprzężony z interesem pacjentów. Obu grupom zależy na obniżeniu ceny pobieranej przez szpitale. W takim wypadku organy konkurencji mogą bardziej pobłażliwym okiem spoglądać na, w normalnych warunkach antykonkurencyjne, koncentracje pomiędzy ubezpieczycielami w zakresie, w jakim te koncentracje zwiększą siłę negocjacyjną ubezpieczycieli względem szpitali. Zob. np. cały numer tygodnika „Time", 20 lutego 2013 r. poświęcony kosztom opieki zdrowotnej w USA: S. Brill, *Why Medical Bills Are Killing Us*, „Time Special Edition", 20 February 2013, pobrano z: http://healthland.time.com/2013/02/20/bitter-pill-why-medical-bills-are-killing-us/.

[89] Brak prokonkurencyjności reklamy może jednak uzasadniać bardziej restrykcyjne podejście do różnych rodzajów „nieuczciwej" reklamy, przede wszystkim reklamy zakazanej w Polsce przez art. 16 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (chodzi m.in. od tzw. reklamę wprowadzającą w błąd). Zob. ustawa z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. nr 153 poz. 1503 ze zm.).

Powyższa ostrożność i wstrzemięźliwość powinna być motywowana, po pierwsze, poczynioną w tym artykule obserwacją, że większość serwisów internetowych, które wydają się być substytucyjne dla użytkowników, nie są najpewniej, z punktu widzenia rynku produktowego, substytucyjne dla reklamodawców. Jak starałem się pokazać, substytucja podażowa po stronie reklamodawców zachodzi najpewniej pomiędzy większością reklamy online, nie można również wykluczać substytucji pomiędzy pewnymi rodzajami reklamy online i offline. Definicja rynku właściwego w ramach reklamy internetowej będzie zatem zapewne o wiele szersza niż mogłoby się to na pierwszy rzut oka wydawać, a tym samym udziały poszczególnych przedsiębiorców w tym rynku będą odpowiednio mniejsze, co w konsekwencji oznaczać będzie, że rzadziej będziemy mieli do czynienia na rynkach internetowych z siłą rynkową (pozycją dominującą).

Po drugie, nawet jeżeli uznać, że przedsiębiorcy internetowi działający na rynku reklamy w Internecie posiadają siłę rynkową (pozycję dominującą) i są w stanie w monopolistyczny sposób kontrolować cenę świadczonych usług reklamy, wątpliwe jest, że, spowodowany przez taką siłę rynkową, wzrost kosztów po stronie reklamodawców powinien stanowić przedmiot zainteresowania polskiego prawa konkurencji. Potencjalny wzrost ceny płaconej przez reklamodawców nie wydaje się być antykonkurencyjny. Jak starałem się pokazać, polskie prawo konkurencji ma na celu ochronę konsumentów, a nie przedsiębiorców (bez względu na to czy chodzi o cel krótkofalowy zgodnie z „chicagowskim" podejściem, czy też o cel długofalowy zgodnie z perspektywą „europejską"). Konstrukcyjnie zaś transfer bogactwa pomiędzy reklamodawcami a przedsiębiorcami internetowymi nie przekłada się bezpośrednio, w przeciwieństwie do innych pośredników sprzedaży towarów lub usług, na wyższe ceny płacone przez konsumentów (tzw. *passing-on of losses*). Już sam powyższy argument przemawia za większą wyrozumiałością organów konkurencji dla ewentualnej siły rynkowej (pozycji dominującej) w Internecie. Jeżeli ktoś pozostaje nieprzekonany, to nawet „pośrednia prokonkurencyjność" reklamy jest kwestią wysoce wątpliwą.

Organy konkurencji mogą jednak bardzo łatwo zapomnieć o postulowanej przeze mnie wstrzemięźliwości w ocenie rynków bezpłatnych usług internetowych. Świadczą o tym przywoływane w tym artykule decyzje UOKiK, w których polski organ konkurencji zdawał się w dużym stopniu motywować swoją analizę perspektywą użytkowników Internetu, a nie reklamodawców.

Dlaczego więc organy konkurencji zdają się być mało tolerancyjne wobec siły rynkowej na rynkach „bezpłatnych" internetowych usług? Moim zdaniem wynika to z intuicyjnego i mylnego utożsamiania substytucyjności usługi dla użytkowników z substytucyjnością dla reklamodawców. Intuicyjnie mówi się przecież o „monopolu" Google na rynku wyszukiwarek[90], „dominacji" serwisu Facebook wśród serwisów społecznościowych[91] czy o „zdominowaniu" polskiego rynku portali informacyjno-rozrywkowych przez cztery serwisy[92]. Powyższa intuicja może wynikać z pomieszania perspektywy użytkowników i perspektywy reklamodawców.

[90] Zgodnie z Raportem Internet 2K12... (s. 27) miesięcznie w Polsce Google posiada 17 449 781 użytkowników (ang. real users). Drugi co do popularności serwis Ask.com posiada ponad pięć razy mniej użytkowników (3 362 518), a z trzeciego w kolejności serwisu Panorama Firm korzysta 2 698 248 polskich internautów.

[91] W Polsce Facebook posiada miesięcznie 13 621 913 użytkowników (ang. *real users*). Z drugiego w kolejności serwisu Nk.pl korzysta 11 001 393 osób. Zob. Raport Internet 2K12…, s. 47.

[92] Zgodnie z Raportem Internet 2K12 największe polskie witryny „informacyjno-publicystyczne", biorąc pod uwagę liczbę użytkowników (tzw. *real users*), to kolejno: Grupa Onet.pl (czwarta jeżeli chodzi o popularność witryna w „całym" polskim Internecie), Grupa Wirtualna Polska – Orange (miejsce piąte), Grupa Gazeta.pl (miejsce szóste) oraz Grupa Interia.pl (miejsce ósme). Zob. Raport Internet 2K12…, s. 39. Należy jednak zauważyć, że liczba użytkowników wszystkich witryn „informacyjno-publicystycznych" należących do Grupy Polskapresse przewyższa liczbę wszystkich witryn należących do grupy Interia.pl (zob. ibidem, s. 41).

Nieuwzględnianie specyfiki internetowych rynków pośrednictwa reklamy przez organy konkurencji ma jednak według mnie, poza wyżej wspomnianą błędną intuicją, również głębszą i, moim zdaniem, bardziej niebezpieczną przyczynę. „Monopol" osiągnięty przez wyszukiwarkę internetową czy przez internetowy serwis informacyjny może budzić obawy zupełnie niezwiązane z antymonopolowym interesem konsumentów (polegającym na wzroście ceny czy spadku jakości produktów). Obawy te mogą mieć związek z ochroną prywatności/danych osobowych użytkowników Internetu lub z pluralizmem informacji (a tym samym z wolnością słowa). Działalność Google, czyli największej wyszukiwarki internetowej na świecie, budzi wśród opinii publicznej obawy związane z ilością informacji, którą przedsiębiorca ten gromadzi na temat haseł wpisywanych przez użytkowników i następnie sprzedaje reklamodawcom. Podobnie, skupienie większości ważniejszych portali informacyjnych „w rękach" tego samego kapitału, zważywszy na fakt, że portale mogą kształtować opinie, mogłoby budzić słuszne obawy z punktu widzenia wolności słowa w Internecie. Żeby zrozumieć powyższą obawę, wystarczy przypomnieć sobie niedawne protesty, kojarzonych z polską prawicą, dziennikarzy przeciwko kupnie od Skarbu Państwa większościowego pakietu w spółce Presspublica przez, kojarzonego z innym środowiskiem politycznym, przedsiębiorcę i wydarzenia poprzedzające tą zmianę właściciela (abstrahując oczywiście od słuszności tych zarzutów).

Organy antymonopolowe mogą odczuwać pokusę interwencji w działalność przedsiębiorców internetowych właśnie w imię wyżej wspomnianych wartości. Takie starania nazywam właśnie „nieantymonopolowymi" pokusami prawa antymonopolowego. Nie są to zresztą pokusy nowe czy ograniczone wyłącznie do internetowych rynków reklamy. Mogą one równie dobrze dotyczyć, zwłaszcza w zakresie wolności słowa, mediów offline. Już w 1945 roku, w precedensowym wyroku amerykańskiego Sądu Najwyższego w sprawie *Associated Press v. United Press Tribune*[93], sędzia Fraknfurter w zdaniu odrębnym do uzasadnienia (ang. *concurring opinion*) stwierdził, że „wolność przedsiębiorców chroniona przez ustawę Shermana [amerykańską regulację antymonopolową] w inny sposób dotyczy prasy niż zwyczajnych komercyjnych przedsięwzięć"[94], a w związku z tym, „interes publiczny [w postaci pluralizmu poglądów] tak niezbędny dla witalności naszego demokratycznego rządu może zostać zniweczony nie mniej przez prywatne porozumienia (ang. *restraints*) niż przez publiczną cenzurę"[95]. Powyższe stanowisko krytykowane jest, moim zdaniem słusznie, właśnie za wplątanie ochrony wartości, takich jak wolności słowa do polityki konkurencji, również na gruncie europejskiego prawa konkurencji[96]. Pokazuje ono jednak pokusę „zawłaszczania" przez porządek antymonopolowy jurysdykcji nad ochroną wartości, które do tej jurysdykcji nie należą.

Podsumowując, organy konkurencji mogą być podatne na pokusy związane z ochroną wolności słowa oraz ochroną danych osobowych. Jednak mandat tych organów w większości krajów świata, jak również i w Polsce, ograniczony jest do ochrony konkurencji i konsumentów, a nie do stania na straży innych wartości. Ochroną danych osobowych zajmuje się w Polsce Generalny Dyrektor Danych Osobowych, na szczeblu europejskim zaś odrębny od Dyrektoriatu

[93] Zob. wyr. SN Stanów Zjednoczonych z sprawie *Associated Press v. United States*, 65 S.Ct. 1416 (1945). W poniższej sprawie Sąd Najwyższy USA uznał, że organizacja wydawców prasy (Associated Press) naruszyła antymonopolową ustawę Shermana (ang. *Sherman Act*) poprzez zabranianie należącym do niej wydawcom sprzedawania wiadomości innym wydawcom niebędącym członkami Associated Press.

[94] Ibidem, s. 1428. W oryginale: *But the freedom of enterprise protected by the Sherman Law necessarily has different aspects in relation to the press than in the case of ordinary commercial pursuits*.

[95] Ibidem, s. 1428. W oryginale: *A public interest so essential to the vitality of our democratic government may be defeated by private restraints no less than by public censorship*.

[96] W Europie, przed wplątywaniem wartości takiej jak ochrona pluralizmu mediów przy ocenie skutków koncentracji wśród nadawców telewizyjnych przestrzega Konstantina Bania. Zob. *European merger control in the broadcasting sector: Does media pluralism fit?*, Submitted in the context of the call for papers for the 1st International Research Forum on Law and ICT/IP, *University of Groningen*, 7-8 listopada 2012 r., pobrano z: http://www.uni-goettingen.de.

Generalnego ds. Konkurencji szczebel administracji unijnej[97]. Podobnie, jeżeli chodzi o wolność słowa, art. 54 ust. 1 Polskiej Konstytucji zapewnia każdemu „wolność wyrażania swoich poglądów oraz pozyskiwania i rozpowszechniania informacji", jednakże w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów próżno szukać kompetencji UOKiK do opierania swoich decyzji na tym właśnie przepisie. Ekspansywne rozumienie swoich kompetencji przez organy administracji (jakimi są organy konkurencji), nawet jeżeli jest to ekspansywność nieświadoma i wynika z błędnej, motywowanej perspektywą użytkowników, definicji rynków właściwych w Internecie, a nie ekspansywność wprost motywowana „antymonopolowymi" pokusami, nie sprzyja idei państwa prawa, w którym organy administracji działają w ramach określonych kompetencji.

Według ekspertów, ostatni rok, tj. 2012, był „obfitym czasem fuzji i przejęć w polskim Internecie"[98]. Niewykluczone, że czekają nas w Polsce kolejne duże akwizycje w obrębie przedsiębiorców świadczących usługi online. Niewykluczone również, że UOKiK zacznie wkrótce bardziej intensywnie monitorować rynki online pod kątem potencjalnych antykonkurencyjnych porozumień (art. 6 uokik), czy też nadużywania pozycji dominującej (art. 9 uokik). Mam nadzieję, że niniejszy artykuł pomoże dostarczyć tak organom konkurencji, jak i przedsiębiorcom wskazówek na przyszłość w zakresie definicji produktowego rynku właściwego oraz siły rynkowej w polskim Internecie. Szczególnie istotne jest, żeby zarówno UOKiK, jak i sądy były w stanie w porę zidentyfikować „nieantymonopolowe" pokusy prawa antymonopolowego i się tym pokusom skutecznie oprzeć. Co prawda w analizowanych w tym artykule decyzjach UOKiK w sprawach *Allegro/Agito* i *EDSA/Ditel* zbytnia, moim zdaniem, fragmentacja rynków właściwych nie miała większego znaczenia dla przedsiębiorców – UOKiK wyraził ostatecznie zgodę na koncentrację. Nie mniej jednak w zakresie, w jakim ta zbytnia fragmentacja wynikła z przyjęcia przez UOKiK perspektywy użytkowników, a nie reklamodawców (która to perspektywa może wynikać ze świadomych bądź nieświadomych „nieantymonopolowych pokus"), w przyszłości, biorąc pod uwagę trend koncentracyjny w polskim Internecie, istnieje ryzyko, że UOKiK może zablokować bardziej „spektakularną" internetową koncentrację, błędnie zakładając jej „antykonkurencyjność" (np. koncentrację w ramach czterech największych portali informacyjno-rozrywkowych lub hipotetyczne nabycie przez Facebook lub grupę Google któregoś z wyróżniających się „polskich" przedsiębiorców internetowych).

[97] Chodzi o Dyrekcję Generalną ds. Sprawiedliwości (ang. *DG Justice*).

[98] D. Jedlina, *Fuzje i przejęcia w polskim internecie*…, s. 18.

Anna Piszcz*

„Pakiet" Komisji Europejskiej dotyczący powództw o odszkodowania z tytułu naruszenia unijnych reguł konkurencji oraz zbiorowego dochodzenia roszczeń

Spis treści

I. Wprowadzenie
II. Dokumenty dotyczące dochodzenia roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszenia prawa konkurencji
III. Dokumenty dotyczące zbiorowego dochodzenia roszczeń

Streszczenie

Artykuł prezentuje dokumenty Komisji („pakiet") dotyczące powództw o odszkodowania z tytułu naruszenia unijnych reguł konkurencji oraz zbiorowego dochodzenia roszczeń, ogłoszone 11 czerwca 2013 r. Autorka podejmuje próbę dokonania zwięzłego opisu tych dokumentów. Jednocześnie wskazuje na pewne potencjalne trudności, jakie może napotkać polski ustawodawca w przypadku konieczności transpozycji albo implementacji dokumentów o takiej treści do polskiego systemu prawnego.

Słowa kluczowe: unijne reguły konkurencji; powództwa o odszkodowania; zbiorowe dochodzenie roszczeń.

I. Wprowadzenie

W prawie ochrony konkurencji Unii Europejskiej centralne miejsce zajmują art. 101 i 102 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej: TFUE). Owe wspólne reguły konkurencji dotyczące zakazu porozumień i zakazu nadużywania pozycji dominującej są stosowane zarówno przez Komisję, jak i przez krajowe organy ochrony konkurencji. Egzekwowanie zakazów wynikających z prawa ochrony konkurencji UE w tym trybie (*public antitrust enforcement*) odgrywa w państwach członkowskich UE pierwszoplanową rolę. Natomiast egzekwowanie tych zakazów w drodze postępowania przed sądami z powództwa osób poszkodowanych naruszeniem zakazu, określane w języku angielskim jako *private antitrust enforcement*, tradycyjnie pozostawało w państwach członkowskich UE na dalszym planie (podczas gdy jednocześnie ani Komisja, ani unijne sądy nie miały i nie mają kompetencji do orzekania o roszczeniach cywilnych takich osób).

Rezultatem zainteresowania Komisji ukierunkowanego na roszczenia cywilne osób poszkodowanych naruszeniami wspólnych reguł konkurencji, ograniczonego jednak głównie do roszczeń

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

o naprawienie szkody, była Zielona Księga Komisji WE pt. „Roszczenia o odszkodowanie za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję i nadużywanie pozycji dominującej" z 19 grudnia 2005 r.[1] Po ponad dwóch latach od publikacji Zielonej Księgi, rozpoczynającej dyskusję o roszczeniach odszkodowawczych, skonkretyzowane propozycje działań zawarto w Białej Księdze Komisji WE w sprawie roszczeń o naprawienie szkody wynikłej z naruszenia wspólnotowego prawa ochrony konkurencji z 2 kwietnia 2008 r.[2] Z kolei 27 listopada 2008 r. opublikowana została Zielona Księga Komisji WE w sprawie dochodzenia zbiorowych roszczeń konsumentów[3], w której w zakresie roszczeń o naprawienie szkody wynikłej z naruszenia wspólnotowego prawa ochrony konkurencji odesłano do Białej Księgi z 2008 r.

W toku dalszych prac nad problematyką, o której mowa, Komisja zdawała się wahać bądź zmieniać zdanie czy to odnośnie do terminu ukończenia prac, czy do rodzaju harmonizacji (twardej, dokonywanej za pomocą dyrektywy czy też miękkiej, dokonywanej za pomocą zaleceń bądź podobnych dokumentów)[4]. W końcu, 11 czerwca 2013 r. Komisja opublikowała następujące dokumenty będące efektem jej kilkuletnich prac:

1) dotyczące roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszenia prawa ochrony konkurencji:
   a) wniosek Komisji – Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie niektórych przepisów regulujących dochodzenie roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszenia prawa konkurencji państw członkowskich i Unii Europejskiej, objęte przepisami prawa krajowego[5];
   b) dokument roboczy Służb Komisji pt. „Ocena skutków – Powództwa odszkodowawcze z tytułu naruszenia unijnych reguł konkurencji" uzupełniający ww. wniosek Komisji dotyczący Dyrektywy[6], oraz jego streszczenie[7];
   c) Komunikat Komisji w sprawie ustalania wysokości szkody w dochodzeniu roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszenia art. 101 lub 102 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej[8];
   d) dokument roboczy Służb Komisji pt. „Przewodnik praktyczny – ustalanie wysokości szkody w dochodzeniu roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszenia art. 101 lub 102 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej" towarzyszący ww. Komunikatowi Komisji[9];
2) dotyczące zbiorowego dochodzenia roszczeń:
   a) Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów pt. „W kierunku europejskich horyzontalnych ram w zakresie zbiorowego dochodzenia roszczeń"[10];

1 KOM(2005) 672 wersja ostateczna, {KES(2005) 1732}.

2 COM(2008) 165 wersja ostateczna, {SEC(2008) 404 SEC (2008) 405 SEC (2008) 406}.

3 KOM(2008) 794 wersja ostateczna.

4 Zob. załączniki do Komunikatów Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów – Program prac Komisji na rok 2011, KOM(2010) 623 wersja ostateczna; Program prac Komisji na rok 2012, KOM(2011) 777 wersja ostateczna/2. Zob. też A. Piszcz, *Still-unpopular Sanctions: The Private Antitrust Enforcement Developments in Poland after the 2008 White Paper*, YARS 2012, nr 5(7), s. 58–61.

5 COM(2013) 404 final, 2013/0185 (COD).

6 SWD(2013) 203 final.

7 SWD(2013) 204 final.

8 2013/C 167/07.

9 SWD(2013) 205.

10 COM/2013/0401 final.

b) załączone do ww. Komunikatu Zalecenie (*Recommendation*) Komisji w sprawie wspólnych zasad dotyczących mechanizmów zbiorowego dochodzenia roszczeń o zaprzestanie bezprawnych praktyk oraz roszczeń odszkodowawczych w państwach członkowskich, dotyczących naruszeń praw przyznanych na mocy prawa Unii[11].

W Komunikacie wskazanym powyżej w punkcie 2 lit. a Komisja zaznaczyła, że horyzontalne zalecenie (wskazane w punkcie 2 lit. b) oraz sektorowa dyrektywa (wskazana w punkcie 1 lit. a) stworzą „pakiet", który jako całość odzwierciedla obrane przez Komisję w sposób zamierzony zrównoważone podejście. Wydaje się, że już teraz mamy do czynienia z pewnego rodzaju „pakietem" wymienionych wyżej dokumentów, które pozostają wzajemnie spójne i komplementarne pod względem ich celów i szczegółowych propozycji rozwiązań.

Warto zauważyć, że większość z wymienionych dokumentów dotyczy naruszeń prawa unijnego, a jedynie w tytule zaprojektowanej przez Komisję Dyrektywy mowa jest o naruszeniach prawa konkurencji państw członkowskich i UE (chodzi o przypadki, w których prawo krajowe jest stosowane równolegle do unijnego prawa ochrony konkurencji zgodnie z art. 3 ust. 1 rozporządzenia 1/2003[12]). Można jednak zakładać, że jeśli ustawodawca krajowy będzie dokonywał zmian prawa krajowego pod kątem dochodzenia roszczeń wynikających z naruszenia prawa unijnego (i ewentualnie równolegle stosowanego prawa krajowego), to najprawdopodobniej jednocześnie dokona tego rodzaju zmian pod kątem dochodzenia roszczeń wynikających z naruszenia analogicznego prawa krajowego, a mogących wywoływać skutki wyłącznie na terytorium RP. Nie wydaje się bowiem zasadne różnicowanie pozycji prawnej poszkodowanego dochodzącego przed sądem roszczeń odszkodowawczych w zależności od tego, czy do wyrządzenia szkody doszło wskutek np. niedozwolonego porozumienia cenowego mogącego wywrzeć wpływ na handel między państwami członkowskimi czy też mogącego wywoływać skutki wyłącznie na terytorium RP. Zróżnicowanie takie w praktyce oznaczałoby, że sąd, do którego trafiłoby powództwo osoby poszkodowanej, w pierwszej kolejności musiałby dokonywać oceny zasięgu naruszenia i stosownie do wyniku tej oceny dokonywać wyboru „trybu" procedowania – nowego, ukształtowanego w wyniku transpozycji Dyrektywy bądź przebiegającego na dotychczasowych ogólnych zasadach. Wynikająca z powyższego niepewność mogłaby z kolei zniechęcać do dochodzenia roszczeń, zwłaszcza w tzw. procesach samodzielnych (*stand-alone*), jako że powód czy też raczej jego prawnik musiałby przewidzieć możliwy kierunek tej oceny, by dostosować do tego strategię procesową.

Co ciekawe, niektóre państwa członkowskie UE przyjęły rozwiązania prawne dotyczące powództw o odszkodowania z tytułu naruszenia unijnych reguł konkurencji oraz zbiorowego dochodzenia roszczeń, nie czekając na finał prac Komisji. Za przykład mogą posłużyć: tzw. siódma nowela kartelowa zmieniająca (uzupełniająca) niemiecką ustawę przeciwko ograniczeniom konkurencji w zakresie roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszenia prawa ochrony konkurencji[13] czy polska ustawa o dochodzeniu roszczeń w postępowaniu grupowym (dalej: uodrwpg)[14]. W większości jednak państwa członkowskie UE zdawały się biernie oczekiwać na wyniki prac Komisji (jak Polska w kwestii roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszenia prawa ochrony

[11] Dz. Urz. UE L 201 z 26.07.2013, s. 60–65.

[12] Rozporządzenie Rady (WE) nr 1/2003 z 16.12.2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu (2003/L 001/1).

[13] Szerzej M. Będkowski-Kozioł, *Prywatne wdrażanie prawa antymonopolowego w RFN – uwagi na tle regulacji siódmej noweli kartelowej*, PUG 2007, nr 12, s. 10 i n.

[14] Ustawa z 17 grudnia 2009 r. o dochodzeniu roszczeń w postępowaniu grupowym (Dz.U. z 2010 r. Nr 7, poz. 44).

konkurencji)[15]. W pierwszym przypadku zapewne wkrótce po przyjęciu i ogłoszeniu Dyrektywy i Zalecenia (Zalecenie ogłoszono 26 lipca 2013 r.) rozpocznie się proces dostosowywania istniejących już rozwiązań do wymogów wynikających z tych dokumentów, podczas gdy w drugim przypadku powstanie konieczność opracowania nowych rozwiązań, które wypełnią istniejące „luki" w krajowych regulacjach prawnych. W niniejszym artykule poruszę kilka problemów, w obliczu których może stanąć polski ustawodawca, gdy zaistnieje potrzeba podjęcia prac legislacyjnych, o których mowa.

II. Dokumenty dotyczące dochodzenia roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszenia prawa konkurencji

Komisja w swym wniosku z 11 czerwca 2013 r. (dalej: wniosek) przedstawiła propozycję Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie niektórych przepisów regulujących dochodzenie roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszenia prawa konkurencji państw członkowskich i Unii Europejskiej, objęte przepisami prawa krajowego (dalej: projekt Dyrektywy). Składa się ona z siedmiu rozdziałów obejmujących 22 artykuły, poprzedzonych obszerną preambułą liczącą 44 punkty, która objaśnia motywy i uwarunkowania wprowadzenia Dyrektywy. Równie istotne, jak preambuła w projekcie Dyrektywy, jest „Szczegółowe wyjaśnienie wniosku" (część 4 wniosku, s. 15–24). Stanowi ono swego rodzaju komentarz do kolejnych rozdziałów projektu Dyrektywy (poza ostatnim rozdziałem zawierającym przepisy końcowe), ujmujących następujące kwestie: zakres Dyrektywy i definicje, ujawnianie dowodów, skutki rozstrzygnięć krajowych, terminy przedawnienia oraz odpowiedzialność solidarną, przerzucanie nadmiernych obciążeń, ustalanie wysokości szkody, polubowne rozstrzyganie sporów.

Stosownie do art. 20 projektu Dyrektywy, państwa członkowskie miałyby dokonać stosownej transpozycji Dyrektywy w terminie dwóch lat, licząc od terminu przyjęcia Dyrektywy. Jeśli proces przyjęcia Dyrektywy będzie przebiegał w standardowym tempie, jej przyjęcia można się spodziewać w roku 2014 bądź 2015. Państwa członkowskie miałyby tekst odpowiednich regulacji przekazać Komisji niezwłocznie.

W razie przyjęcia Dyrektywy przez Parlament Europejski i Radę, w zasadzie pierwszą kwestią do rozstrzygnięcia przez polskiego ustawodawcę będzie umiejscowienie regulacji wdrażających postanowienia Dyrektywy. Jakkolwiek transpozycja dyrektyw nie zawsze wymaga formalnego i wyraźnego powtórzenia ich przepisów w przepisach krajowych, lecz może zostać dokonana poprzez odwołanie się do ogólnego kontekstu prawnego[16], uznać należy, że obowiązujące prawo polskie odbiega od rozwiązań zawartych w projekcie Dyrektywy na tyle, że konieczne będzie podjęcie działań prawodawczych. Wybór będzie dokonywany przez polskiego ustawodawcę pomiędzy włączeniem tych regulacji do obowiązujących ustaw a uchwaleniem nowej specjalnej ustawy. Gdyby wybrano pierwsze rozwiązanie, konieczny byłby wybór ustaw czy też pojedynczej ustawy, w której miałyby znaleźć się regulacje wdrażające postanowienia Dyrektywy. Nawet pobieżna analiza spisu treści Dyrektywy może prowadzić do przedwczesnego wniosku, że aktami prawnymi, które należałoby wybrać w tym celu, byłyby Kodeks postępowania cywilnego (kpc)[17] oraz Kodeks cywilny

[15] Zob. też A. Piszcz, *Polish civil procedure and antitrust enforcement – recent developments from the standpoint of efficiency*, [w:] International Conference Recent Trends in Economy and Efficiency of Civil Procedure, 9–10 May 2013, s. 292.

[16] Zob. motyw 44 wyr. TS z 5.07.2007 r., C-321/05, *Hans Markus Kofoed v. Skatteministeriet*, LEX nr 287343.

[17] Ustawa z 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. Nr 43, poz. 296, z późn. zm.).

(kc)[18]. Przeciwko takiemu rozwiązaniu przemawia jednak okoliczność, że projekt Dyrektywy zawiera szereg szczegółowych przepisów dotyczących relatywnie wąskiej kategorii spraw, których włączenie do kodeksów nadmiernie „obciążałoby" te akty. Kwestie takie, jak szczególne terminy przedawnienia, nie muszą być regulowane w Kodeksie cywilnym, lecz – jak pokazuje praktyka legislacyjna – mogą być wprowadzane ustawami odrębnymi. Podobna refleksja może dotyczyć Kodeksu postępowania cywilnego. Szczególne rozwiązania dotyczące postępowań w sprawach o naprawienie szkody wyrządzonej w wyniku naruszenia prawa ochrony konkurencji trudno byłoby umieścić w którejś z wyodrębnionych dotychczas jednostek redakcyjnych Kodeksu, zwłaszcza że postępowania takie nie są postępowaniami odrębnymi (odmiennie niż postępowanie w sprawach z zakresu ochrony konkurencji, o którym mowa w art. 479^{28}–479^{35} kpc).

Innymi obowiązującymi aktami prawnymi, które brano dotychczas pod uwagę jako miejsce na regulacje dotyczące postępowań w sprawach o naprawienie szkody wyrządzonej w wyniku naruszenia prawa ochrony konkurencji, były również[19]: ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji[20], ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym[21] oraz ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej: uokik)[22]. Obie ustawy wymienione w pierwszej kolejności należałoby wykluczyć z listy potencjalnych miejsc na regulacje wdrażające postanowienia Dyrektywy. Postanowienia te dotyczą egzekwowania zakazów, które nie mają podstawy prawnej w owych ustawach, a jedynie naruszenia tych zakazów mogą *in casu* stanowić zarazem czyny nieuczciwej konkurencji albo nieuczciwe praktyki rynkowe. Z kolei ujęcie regulacji wdrażających w przepisach uokik, która obejmuje swym zakresem zakazy o celach zbliżonych do celów art. 101 i 102 TFUE, choć wydaje się rozsądnym rozwiązaniem, może nastręczać istotnych wątpliwości. Zgodnie bowiem z art. 1 ust. 1 uokik, ustawa określa warunki rozwoju i ochrony konkurencji oraz zasady podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów. Powstaje zatem pytanie, czy poszerzenie zakresu uokik o regulacje dotyczące postępowań sądowych w sprawach o naprawienie szkody wyrządzonej w wyniku naruszenia prawa ochrony konkurencji wymagałoby redefinicji celów tej ustawy, zaliczanej do prawa publicznego i dotyczącej ochrony konkurencji w interesie publicznym. Czy należałoby na podobieństwo ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wskazać w art. 1 ust. 1 uokik, że ustawa reguluje (obok ochrony konsumentów) ochronę konkurencji w interesie publicznym, przedsiębiorców oraz klientów (pomijając albo wymieniając w tym wyliczeniu konsumentów jako kategorię klientów)? Może okazać się, że trudności z tym związane przesądzą o umieszczeniu regulacji wdrażających postanowienia Dyrektywy w nowej specjalnej ustawie, choć mnożenie aktów prawnych w celach związanych z transpozycją prawa unijnego może co do zasady zasługiwać na ocenę negatywną.

Kolejną kwestią jest technika transpozycji. Nie trzeba nikogo przekonywać, że technika transpozycji, którą można określić mianem „kopiuj i wklej", prawie zawsze przynosi systemom prawnym państw członkowskich więcej szkody niż pożytku. W sytuacji, gdy ustawodawca krajowy działa pod presją terminów i sankcji, a dyrektywa została przecież opublikowana w języku

[18] Ustawa z 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. Nr 16, poz. 93, z późn. zm.).

[19] Zob. A. Jurkowska-Gomułka, *Publiczne i prywatne egzekwowanie zakazów praktyk ograniczających konkurencję*, Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarzadzania UW, Warszawa 2013, s. 435.

[20] Ustawa z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn. Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503, z późn. zm.).

[21] Ustawa z 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (Dz.U. Nr 171, poz. 1206).

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

urzędowym danego państwa członkowskiego, pokusa zastosowania tej techniki może być silna. Należy jednak zauważyć, że owe wersje językowe aktów unijnych bywają niedoskonałe, często nie uwzględniają tradycji języka prawnego państwa członkowskiego. Zdarza się jednak, że jeśli nawet taka wersja językowa jest możliwie najstaranniejsza, to definicje, które dyrektywa wprowadza, nie mają swych odpowiedników w istniejącej siatce pojęciowej państwa członkowskiego i konieczna jest wówczas decyzja czy transpozycja będzie wymagać wzbogacenia języka prawnego państwa członkowskiego o zupełnie nowe pojęcia.

W przypadku projektu Dyrektywy, o którym mowa w niniejszym artykule, definicje zostały zawarte w art. 4 w siedemnastu punktach. Niektóre z nich są typowymi definicjami zmieniającymi (zawężającymi) powszechne rozumienie danego terminu ze względu na potrzebę zachowania ekonomii tekstu Dyrektywy (np. definicja „naruszenia prawa konkurencji" czy „krajowego prawa konkurencji"). Polska wersja językowa „słowniczka" obarczona jest jednak pewnymi niedoskonałościami. Dobrze byłoby, gdyby nie zostały one przeniesione do polskich regulacji prawnych w toku prac nad transpozycją Dyrektywy. Tytułem przykładu można wskazać na pojęcie „sąd kontrolny" (pkt 9), które nie występuje w polskim języku prawnym (i nie powinno się w nim pojawić), a którego zakresem będą objęte Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów oraz Sąd Apelacyjny w Warszawie. Nie byłaby potrzebna w polskim języku prawnym również taka nowość, jak „nadmierne obciążenie" (pkt 16), skoro jest to po prostu różnica w cenie sprzedaży (albo zakupu, choć z samej definicji to nie wynika) towaru w stosunku do ceny, która byłaby stosowana przez sprawcę naruszenia, gdyby nie doszło do naruszenia prawa konkurencji. Razi również „urozmaicanie" polskiej wersji językowej swego rodzaju synonimami. Przykładowo w art. 4 pkt 3 projektu Dyrektywy odpowiednikiem angielskiego sformułowania *brings a claim for damages* jest nie tylko określenie „dochodzi ona odszkodowania", ale również niestosowane w polskich aktach prawnych określenie „ubiega się o odszkodowanie". Z kolei *claim for damages* raz występuje jako roszczenie odszkodowawcze (pkt 4), a innym razem jako roszczenie o odszkodowanie (pkt 5), mimo że jest to pojęcie mające w pkt 4 swoją definicję legalną.

W art. 3 projektu Dyrektywy położono nacisk na zasady skuteczności i ekwiwalentności (równoważności) przepisów krajowych dotyczących dochodzenia roszczeń odszkodowawczych. Z kolei w art. 2 projektu Dyrektywy potwierdzono zasadę pełnego odszkodowania odnośnie do szkód wynikających z naruszenia krajowego lub unijnego prawa konkurencji (w rozumieniu Dyrektywy). Naprawienie szkody obejmować ma rzeczywistą szkodę (*damnum emergens*), utracone korzyści (*lucrum cessans*) oraz zapłatę odsetek za okres od zaistnienia szkody do faktycznej zapłaty odszkodowania. Powyższe ujęcie kwestii odsetek od odszkodowania pieniężnego wymusi na polskim ustawodawcy wprowadzenie wyjątku od art. 363 § 2 kc, zgodnie z którym jeżeli naprawienie szkody ma nastąpić w pieniądzu, wysokość odszkodowania powinna być ustalona według cen z daty ustalenia odszkodowania, chyba że szczególne okoliczności wymagają przyjęcia za podstawę cen istniejących w innej chwili. O ile taki wyjątek wydaje się uzasadniony w przypadku spraw o naprawienie szkody wynikłej z tzw. nadmiernych obciążeń, o tyle w innych sprawach *in casu* bardziej odpowiednia mogłaby być zasada z art. 363 § 2 kc, która w zasadzie determinuje naliczanie odsetek dopiero od daty wyrokowania[23].

[23] Por. np. wyr. SN z 22.11.2012 r., II CSK 736/11, LEX nr 1284731.

Obszerny fragment projektu Dyrektywy poświęcono dostępowi do dowodów. Projektowana regulacja w tym zakresie ma służyć zapewnieniu we wszystkich państwach członkowskich pewnego minimalnego poziomu dostępu do materiału dowodowego. Z art. 5 projektu Dyrektywy wynika, jakie przesłanki, których zaistnienie pozwala sądowi krajowemu polecić pozwanemu lub osobie trzeciej ujawnienie dowodów (ust. 1) bądź obliguje sąd do takiego polecenia (ust. 2), miałyby zostać ujęte w regulacjach krajowych państw członkowskich. Wspólną przesłanką obu tych przypadków miałaby być proporcjonalność (ust. 3). Polski ustawodawca będzie zmuszony do wprowadzenia tych dość kazuistycznych wyjątków od zasad ogólnych, w świetle których (obecnie) powód może wnosić o polecenie pozwanemu dostarczenia na rozprawę dokumentu będącego w jego posiadaniu, a potrzebnego do przeprowadzenia dowodu[24] lub przedmiotu oględzin, jak też o zażądanie na rozprawę dowodów znajdujących się w sądach, urzędach lub u osób trzecich (art. 187 § 2 pkt 3 i 4, art. 248, 249, 250 kpc), nie są jednak precyzyjnie wskazane granice obowiązku sądu w zakresie udzielania pomocy stronie w zbieraniu materiału dowodowego.

Niezależnie od powyższego, państwa członkowskie będą zobligowane respektować wyłączenia obowiązku ujawnienia dowodów (ust. 5), np. związane z tajemnicą zawodową. Art. 6 projektu Dyrektywy przewiduje z kolei konieczność zapewnienia przez państwa członkowskie ochrony poufności niektórych kategorii dowodów, mianowicie:

– ochrony tymczasowej (trwającej w czasie trwania postępowania przed organem ochrony konkurencji) – ma ona dotyczyć informacji przygotowanych przez daną osobę specjalnie do celów postępowania prowadzonego przez organ ochrony konkurencji (np. informacji przekazanych organowi na jego żądanie) oraz informacji, które zostały sporządzone[25] przez organ w trakcie postępowania;
– ochrony bezwzględnej – ma ona dotyczyć oświadczeń przedsiębiorców w ramach programu łagodzenia kar (zgodnie z ich definicją z art. 4 pkt 14 oraz definicją programu łagodzenia kar z art. 4 pkt 13 projektu Dyrektywy) oraz tzw. propozycji ugodowych (zgodnie z ich definicją z art. 4 pkt 15 projektu Dyrektywy).

W tym miejscu należy wskazać, że obecnie w prawie polskim brakuje odpowiednika tzw. propozycji ugodowych, natomiast w projekcie ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego, datowanym na 9 lipca 2013 r. i przyjętym przez Radę Ministrów 23 lipca 2013 r. (dalej: projekt ustawy nowelizującej)[26], przewidziano ich odpowiednik w postaci tzw. dobrowolnego poddania się karze pieniężnej. Transpozycja Dyrektywy w tym zakresie może być jednak o tyle utrudniona, że w świetle projektowanego art. 89a ust. 7 uokik, strona składa oświadczenie o dobrowolnym poddaniu się karze pieniężnej oraz potwierdzenie: (1) wysokości kary pieniężnej, jaka zostaje zaakceptowana przez stronę, (2) o poinformowaniu strony o zarzucanych jej naruszeniach i umożliwieniu zajęcia stanowiska, a także pouczeniu o skutkach wniesienia odwołania. Natomiast art. 89a uokik, jeśli zostanie przyjęty przez ustawodawcę w projektowanym kształcie, nie przewiduje przyznania się przedsiębiorcy do udziału w naruszeniu prawa konkurencji oraz do odpowiedzialności za to naruszenie ani wniosku do organu ochrony konkurencji o zastosowanie procedury przyspieszonej, które to elementy zdają

[24] Przy tym strona nie może odmówić przedstawienia dokumentu, jeżeli szkoda, na którą byłaby przez to narażona, polega jedynie na przegraniu procesu; zob. art. 248 § 2 zd. 3 kpc.

[25] W polskiej wersji językowej projektu Dyrektywy błędnie użyto wyrazu „zgromadzone" (jako odpowiednika angielskiego *drawn up*).

[26] Pobrano z:. http://legislacja.rcl.gov.pl/lista/2/projekt/85314/katalog/85381 (26.07.2013).

się przesądzać o uznaniu oświadczenia przedsiębiorcy za propozycję ugodową w rozumieniu art. 4 pkt 15 projektu Dyrektywy. Niemniej jednak ochrona informacji i dowodów uzyskanych przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: UOKiK) w związku z zastosowaniem procedury dobrowolnego poddania się karze pieniężnej ma być przewidziana w nowym art. 89a (w ust. 11), w zmienionym art. 70 (w ust. 1–6) oraz w zmienionym art. 73 ust. 3 pkt 2 uokik (jeśli projekt ustawy nowelizującej w tym zakresie zostanie uchwalony w proponowanym kształcie).

Dodać należy, że po przyjęciu Dyrektywy przez Parlament Europejski i Radę konieczne będzie wprowadzenie zmian do zasad dotyczących prowadzenia postępowania przez Komisję określonych w rozporządzeniu nr 773/2004, zwłaszcza w odniesieniu do dostępu do akt będących w posiadaniu Komisji oraz wykorzystywania pochodzących z nich dokumentów[27], a także szeregu dokumentów *soft law* opublikowanych przez Komisję.

Art. 8 projektu Dyrektywy dotyczy konieczności zapewnienia sądom krajowym możliwości nakładania sankcji na strony, osoby trzecie i ich przedstawicieli w przypadku niewykonania czy też nienależytego wykonania przez nich obowiązków związanych z ujawnieniem dowodów, w tym niszczenia dowodów. Sankcje te miałyby być skuteczne, proporcjonalne i odstraszające. Miałyby do nich należeć: nałożenie obowiązku zwrotu kosztów procesu, a także przyjęcie pewnych faktów za udowodnione, oddalenie powództwa bądź zarzutów w całości albo w części. Obecnie w polskim postępowaniu cywilnym istnieje możliwość nałożenia przez sąd na stronę lub interwenienta obowiązku zwrotu kosztów, wywołanych ich niesumiennym lub oczywiście niewłaściwym postępowaniem, w tym m.in. kosztów powstałych wskutek zatajenia dowodów (art. 103 § 1 kpc). Osobie trzeciej za nieuzasadnioną odmowę przedstawienia dokumentu grozi grzywna (art. 251 kpc). Natomiast pozwany, gdy na wniosek powoda sąd żąda od niego przedstawienia określonego dokumentu, może w praktyce twierdzić, że danego dokumentu nie posiada (nigdy nie posiadał, utracił itd.). Nie oznacza to przyznania jakichkolwiek twierdzeń powoda, a jedynie powód zgromadzi mniej dowodów na poparcie swoich twierdzeń. Transpozycja Dyrektywy może doprowadzić do istotnych zmian w tym zakresie.

Kolejną istotną kwestią poruszoną w projekcie Dyrektywy jest uregulowanie w prawie krajowym państw członkowskich kwestii wpływu decyzji krajowych organów ochrony konkurencji na powództwa o odszkodowanie (art. 9). W polskiej judykaturze przyjmuje się zasadę uwzględniania przez sądy powszechne skutków prawnych orzeczeń organów administracyjnych, która ma swoje źródło w prawnym rozgraniczeniu drogi sądowej i drogi administracyjnej, czego wyrazem są art. 2 § 3 i art. 177 § 1 pkt 3 kpc oraz art. 16 i art. 97 § 1 pkt 4 Kodeksu postępowania administracyjnego (kpa)[28], a także konstytucyjna idea podziału władz oraz działania organów władzy publicznej na podstawie i w granicach prawa[29]. Zasada ta sprowadza się też do tego, że związanie sądu w postępowaniu cywilnym decyzją administracyjną nie wyłącza dopuszczalności odmiennej oceny stanu faktycznego przyjętego za podstawę decyzji ani wnioskowania o skutkach prawnych innych niż te, dla których przewidziane zostało orzekanie na drodze administracyjnej[30]. Zdaniem judykatury, uprawnienie sądu do samodzielnego ustalania obiektywnych zdarzeń tworzących

[27] Zob. rozporządzenie Komisji (WE) nr 773/2004 z 7.04.2004 r. odnoszące się do prowadzenia przez Komisję postępowań zgodnie z art. 81 i art. 82 Traktatu WE (2013/L 123/18).

[28] Ustawa z 14 czerwca1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jedn. Dz.U. z 2000 r. Nr 98, poz. 1071, z późn. zm.).

[29] Tak uchwała SN z 9.10.2007 r., III CZP 46/07, LEX nr 298665.

[30] Tak np. uchwała SN z 16.06.1994 r., II PZP 4/94, LEX nr 9392.

podstawę faktyczną rozstrzygnięcia nie może być w świetle art. 233 kpc poddawane w wątpliwość, a ewentualne ograniczenia w tym względzie musiałyby wynikać z uregulowania ustawowego, co ma miejsce na przykład w przypadku skazującego wyroku karnego (art. 11 kpc). Sąd Najwyższy (SN) wykroczył poza ramy powyższej zasady w uchwale z 23 lipca 2008 r.[31], w której stwierdził, że sąd powszechny może samodzielnie stwierdzić naruszenie zakazu nadużywania pozycji dominującej, chyba że została już wydana ostateczna[32] decyzja Prezesa UOKiK stwierdzająca takie naruszenie. Z kolei z późniejszego orzecznictwa Sądu Apelacyjnego w Warszawie wynika, że samodzielne badanie przez sąd powszechny, czy dana czynność nie narusza zakazu praktyk ograniczających konkurencję, jest wykluczone nie tylko, gdy została już wydana ostateczna decyzja Prezesa UOKiK, lecz także, gdy jedynie toczy się w tym zakresie postępowanie przed organami ochrony konkurencji[33]. Rozbieżne orzecznictwo sądowe nie sprzyja pewności prawa i właściwej ochronie potencjalnych poszkodowanych, dlatego art. 9 projektu Dyrektywy przyjmuję z zadowoleniem. Do pewnego stopnia jest on wzorowany na art. 16 ust. 1 zd. 1 rozporządzenia 1/2003, co ułatwi jego wykładnię. Państwa członkowskie miałyby zapewnić, by sąd krajowy nie mógł wydawać orzeczeń sprzecznych z ostatecznym rozstrzygnięciem stwierdzającym naruszenie (w rozumieniu art. 4 pkt 10 i 11 projektu Dyrektywy), co w „Szczegółowym wyjaśnieniu wniosku" określono jako „skutek dowodowy" (*probative effect*) rozstrzygnięć krajowych.

W art. 10 projektu Dyrektywy ujęto pewne wymagające transpozycji zasady dotyczące terminu przedawnienia oraz rozpoczęcia i zawieszenia jego biegu. W szczególności państwa członkowskie miałyby zapewnić, aby termin przedawnienia dotyczący wystąpienia z powództwem o odszkodowanie (w rozumieniu art. 4 pkt 3 projektu Dyrektywy) wynosił przynajmniej pięć lat. Oznaczać to będzie konieczność wydłużenia przez polskiego ustawodawcę terminu przedawnienia w stosunku do obecnie obowiązującego. Z problematyką tą wiąże się również art. 17 projektu Dyrektywy, który nakazuje państwom członkowskim zapewnić zawieszenie biegu przedawnienia roszczeń odszkodowawczych względem tych stron, które biorą lub brały udział w polubownym rozstrzygnięciu sporu, na czas trwania procedury polubownego rozstrzygania sporów. Posiłkując się „Szczegółowym wyjaśnieniem wniosku", należy uznać, że będzie tu chodziło nie tylko o przypadki rozstrzygania sporu przez sąd polubowny (arbitrażowy) w rozumieniu przepisów kpc. Choć uznać należy, że tego rodzaju zawieszenie biegu przedawnienia roszczeń nie będzie miało miejsca w przypadku czynności zmierzających do ugodowego zakończenia sporu, podejmowanych przed sądem (np. zawezwania do próby ugodowej). W prawie polskim przewidziano dla takich przypadków korzystniejsze dla powodów rozwiązanie, mianowicie przerwanie biegu przedawnienia (art. 123 § 1 pkt 1 kc). Ze „Szczegółowego wyjaśnienia wniosku" zdaje się wynikać, że art. 17–18 projektu Dyrektywy dotyczą czynności pozasądowych (*out-of-court*).

Z kolei art. 11 projektu Dyrektywy przewiduje obowiązek wprowadzenia w prawie krajowym państw członkowskich solidarnej odpowiedzialności przedsiębiorców, którzy naruszyli prawo konkurencji w wyniku wspólnych zachowań (ust. 1). W obecnym stanie prawa polskiego możliwość przypisania takim przedsiębiorcom odpowiedzialności solidarnej może rodzić wątpliwości.

[31] III CZP 52/08, LEX nr 408406.

[32] W mojej ocenie wskazując na „ostateczną" decyzję Prezesa UOKiK, Sąd miał na myśli to, co wynika z art. 16 § 1 kpa w zw. z art. 83 uokik, a mianowicie decyzję, od której nie służy odwołanie. Inną koncepcję w tym zakresie przedstawiła A. Jurkowska-Gomułka; zob. *W stronę umocnienia prywatnoprawnego wdrażania zakazów praktyk ograniczających konkurencję – glosa do uchwały SN z 23.07.2008 r. (III CZP 52/08)*, „Europejski Przegląd Sądowy" 2010, nr 5, s. 45–47.

[33] Wyr. z 25.11.2009 r. VI ACa 422/09, LEX nr 1120262.

Przy założeniu, że stosujemy w tym przypadku przepisy Kodeksu cywilnego o odpowiedzialności za czyny niedozwolone, wykładnia art. 441 § 1 kc nastręcza trudności. W świetle orzecznictwa warunkiem solidarnej odpowiedzialności kilku osób jest jedność (niepodzielność) szkody[34]. Judykatura przyjmuje istnienie jednej szkody, gdy udział sprawców w jednym delikcie przesądza o niemożności podziału wywołanych nim skutków. W literaturze stwierdzono, że szkoda jest jedna, jeżeli stanowi rezultat łącznej działalności czynników szkodzących w taki sposób, że nie da się wyodrębnić, co każdemu z nich i w jakim zakresie powinno być przypisane[35]. Innymi słowy, okoliczności przypadku muszą wskazywać, że trzeba było współdziałania kilku czynników szkodzących, by skutek w postaci szkody powstał. W mojej ocenie, w przypadku porozumień ograniczających konkurencję, czynnikami szkodzącymi poszkodowanemu są zachowania wszystkich uczestników porozumienia składające się na to porozumienie, nawet jeśli większość uczestników porozumienia nie wchodzi w żaden kontakt z poszkodowanym (ich usługi czy jakiekolwiek zachowania nie „docierają" bezpośrednio do poszkodowanego). Tych zachowań natomiast nie da się rozdzielić w taki sposób, by przypisać poszczególne „części" szkody wyrządzonej naruszeniem prawa konkurencji poszczególnym uczestnikom porozumienia. Dlatego uznać należy, że uczestnicy zakazanego porozumienia wyrządzają jedną szkodę poszkodowanemu i ponoszą wobec niego solidarną odpowiedzialność odszkodowawczą[36]. Powyższy pogląd jest korzystny dla poszkodowanych naruszeniami prawa konkurencji, natomiast nie można przyjąć z całkowitą pewnością, że w razie sporu sądowego sąd, orzekając *ad casum*, by go podzielił. Transpozycja Dyrektywy może usunąć te wątpliwości.

Znacznie bardziej rewolucyjne rozwiązania przewidziano w kolejnych ustępach art. 11 projektu Dyrektywy. Państwa członkowskie miałyby zapewnić, by przedsiębiorca, wobec którego organ ochrony konkurencji odstąpił od nałożenia kary w ramach programu łagodzenia kar, nie ponosił odpowiedzialności odszkodowawczej wobec poszkodowanych niebędących jego bezpośrednimi lub pośrednimi nabywcami lub dostawcami (czyli np. poszkodowanych konkurentów), chyba że tacy poszkodowani wykażą, że nie są w stanie uzyskać pełnego odszkodowania od innych przedsiębiorców, którzy brali udział w tym samym naruszeniu prawa konkurencji (ust. 2)[37].

Z powyższego przywileju nie mieliby korzystać przedsiębiorcy, którzy w ramach programu łagodzenia kar:

– uzyskali obniżenie kary pieniężnej, a nie odstąpienie od jej nałożenia;
– zgłosili porozumienie wertykalne, gdyż odmiennie od art. 109 uokik, projekt Dyrektywy ogranicza zakres podmiotowy programu łagodzenia kar do uczestników tajnych karteli (porozumień horyzontalnych rozumianych zgodnie z art. 4 pkt 12 projektu Dyrektywy).

[34] Wyr. SN z 20.11.2002 r., II CKN 859/00, LEX nr 78881.

[35] Tak B. Lewaszkiewicz-Petrykowska, *Wyrządzenie szkody przez kilka osób*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1978, s. 62.

[36] Odpowiedzialność solidarną uczestników porozumienia ograniczającego konkurencję przyjmuje również P. Podrecki; zob. P. Podrecki, *Porozumienia monopolistyczne i ich cywilnoprawne skutki*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego" 2000, z. 24, s. 251–251; idem, *Civil Law Actions in the Context of Competition Restricting Practices under Polish Law*, YARS 2009, nr 2(2), s. 87.

[37] W podobny do pewnego stopnia sposób mieliby być premiowani sprawcy naruszenia, którzy zawarli z poszkodowanym ugodę w rozumieniu art. 4 pkt 17 projektu Dyrektywy; zob. art. 18 ust. 1 projektu Dyrektywy. Rozwiązanie to zasługuje na aprobatę, podobnie jak wszelkie inne rozwiązania, które mogą zachęcać przedsiębiorców naruszających prawo antymonopolowe do dobrowolnego naprawienia (kompensacji) wyrządzonych szkód czy zwrotu bezpodstawnego wzbogacenia; zob. też A. Piszcz, *Sankcje w polskim prawie antymonopolowym*, TEMIDA 2, Białystok 2013, s. 322.

W ustępie 3 wskazano z kolei, jaki kształt państwa członkowskie powinny nadać regulacji dotyczącej roszczeń regresowych pomiędzy przedsiębiorcami popełniającymi naruszenie w wyniku wspólnych zachowań[38].

Odrębny rozdział (IV) poświęcono w projekcie Dyrektywy tzw. przerzucaniu nadmiernych obciążeń. W świetle art. 12 ust. 1 oraz art. 14 ust. 2, państwa członkowskie mają zapewnić pozwanym w sprawach z powództwa o odszkodowanie (w rozumieniu art. 4 pkt 3 projektu Dyrektywy) możliwość podniesienia tzw. zarzutu przerzucenia nadmiernych obciążeń, z tym zastrzeżeniem, że ciężar udowodnienia takiego przerzucenia ma spoczywać na pozwanym. W świetle polskiej regulacji prawnej, z której wynika zasada pełnego odszkodowania (art. 361 § 2 kc), zarzut przerzucenia nadmiernych obciążeń zdaje się stanowić w istocie zarzut, iż powód – w razie zasądzenia na jego rzecz odszkodowania – byłby bezpodstawnie wzbogacony. Znacznie większe wątpliwości z perspektywy zasady pełnego odszkodowania oraz zakazu bezpodstawnego wzbogacenia budzi art. 12 ust. 2 projektu Dyrektywy, który wyłącza możliwość podniesienia omawianego zarzutu, jeżeli „nadmierne obciążenia zostały przerzucone na osoby znajdujące się na kolejnym poziomie łańcucha dostaw, które ze względów prawnych nie są w stanie dochodzić roszczeń odszkodowawczych".

Art. 13 projektu Dyrektywy został poświęcony tzw. nabywcom pośrednim. Nie wydaje się jednak, by mógł on doprowadzić do znaczącej poprawy ich sytuacji. Państwa członkowskie mają zapewnić, by w ramach powództwa o odszkodowanie w przypadkach, gdy istnienie roszczenia odszkodowawczego lub jego wysokość zależy od tego, czy lub w jakim stopniu nadmierne obciążenie zostało przerzucone na powoda, ciężar udowodnienia istnienia i zakresu takiego przerzucenia spoczywał na powodzie (ust. 1). Domniemanie takiego przerzucenia wymaga udowodnienia trzech innych okoliczności: (1) naruszenia prawa konkurencji przez pozwanego, co nie będzie sprawiało problemu w tzw. procesach następczych (*follow-on*), (2) faktu nabycia przez powoda produktów lub usług, które były przedmiotem naruszenia bądź też takich, które były pochodnymi produktów lub usług będących przedmiotem naruszenia lub je zawierały, co zasadniczo również nie powinno rodzić problemów, (3) faktu, że skutkiem naruszenia było nadmierne obciążenie bezpośredniego nabywcy pozwanego. Nie wydaje się, by tę ostatnią okoliczność (nadmierne obciążenie bezpośredniego nabywcy pozwanego pozostające w związku przyczynowym z naruszeniem prawa konkurencji) powód był w stanie wykazać w prosty sposób, w tym bez konieczności zasięgnięcia opinii biegłego. Z art. 15 ust. 1 projektu Dyrektywy wynika, że państwa członkowskie miałyby zapewnić, by sądy krajowe rozpatrujące powództwo o odszkodowanie, oceniając czy spełniono warunki dotyczące ciężaru dowodu wynikające z zastosowania art. 13, należycie uwzględniały (*take due account of*): (a) powództwa o odszkodowanie dotyczące tego samego naruszenia prawa konkurencji, ale wytaczane przez powodów działających na innych poziomach łańcucha dostaw; lub (b) orzeczenia wydane w takich sprawach[39]. Powyższe rozwiązanie będzie wymagało stworzenia przez państwa członkowskie systemu wymiany informacji w tym zakresie. Biorąc pod uwagę, że obecnie w Polsce nie wydziela się ze zbiorczych danych o sprawach sądowych informacji o powództwach o odszkodowanie z tytułu naruszenia prawa konkurencji, w pierwszej

[38] Komisja nie powieliła zatem rozwiązania przewidzianego w amerykańskim prawie federalnym, zgodnie z którym odpowiedzialność za wspólne naruszenie prawa antymonopolowego jest solidarna, ale bez prawa regresu; por. A.P. Victor, Ch.V. Roberts, *Consumer Enforcement of Federal and State Antitrust Laws in the United States*, [w:] E.A. Raffaelli (red.), VI Conference Antitrust between EC Law and National Law, Bruksela 2005, s. 349.

[39] A na potrzeby ustalenia części odszkodowania przypadających na poszczególnych współsprawców szkody – również ugody w rozumieniu art. 4 pkt 17 projektu Dyrektywy; zob. art. 18 ust. 2 projektu Dyrektywy.

kolejności konieczne będzie opracowanie zasad gromadzenia takich informacji przez polskie sądy powszechne.

Art. 16 projektu Dyrektywy dotyczy ustalania wysokości szkody. Po pierwsze, nakłada on na państwa członkowskie obowiązek zapewnienia stosowania wzruszalnego domniemania, że naruszenie popełnione przez kartel (w rozumieniu art. 4 pkt 12 projektu Dyrektywy) doprowadziło do powstania szkody (ust. 1). Po drugie, państwa członkowskie miałyby zapewnić, by realizacja przysługującego poszkodowanemu prawa do odszkodowania nie stała się praktycznie niemożliwa lub nadmiernie utrudniona ze względu na spoczywający na nim ciężar dowodu, poziom szczegółowości dowodu oraz obowiązek wykazania stanu faktycznego wymagane do ustalenia wysokości szkody, w szczególności by sąd był uprawniony do oszacowania wysokości szkody (ust. 2).

Reasumując, spośród dziewięciu kwestii wyodrębnionych w Białej Księdze z 2008 r. w projekcie Dyrektywy pominięto jedynie kwestię winy sprawcy szkody. Mogło to wiązać się z faktem, że Parlament Europejski sprzeciwił się propozycjom w tej kwestii zawartym w Białej Księdze z 2008 r., podkreślając, że warunkiem wstępnym roszczenia odszkodowawczego musi być zawsze działanie zamierzone oraz że naruszenie wspólnotowego prawa konkurencji musi przynajmniej nosić znamię zaniedbania, chyba że istnieje domniemanie lub wzruszalne domniemanie błędu w prawie krajowym w przypadku naruszenia wspólnotowego prawa konkurencji, gwarantujące spójne i jednolite egzekwowanie prawa konkurencji[40].

Przegląd Dyrektywy oraz przedstawienie Parlamentowi Europejskiemu i Radzie sprawozdania z przeglądu miałyby nastąpić w terminie pięciu lat od daty wyznaczonej państwom członkowskim na transpozycję Dyrektywy (art. 19 projektu Dyrektywy).

Wnioskowi Komisji dotyczącemu projektu Dyrektywy towarzyszy dokument roboczy Służb Komisji pt. „Ocena skutków – Powództwa odszkodowawcze z tytułu naruszenia unijnych reguł konkurencji" oraz jego streszczenie. W „Ocenie skutków…" w pierwszej kolejności przedstawiono w szczególności problemy, które należy rozwiązać, w tym podkreślono nierówność szans powodów na rynku wewnętrznym, która skutkuje koncentracją powództw w trzech jurysdykcjach na terenie UE, mianowicie w Wielkiej Brytanii, Niemczech i Holandii. Następnie zaprezentowano cztery dostępne warianty rozwiązania problemów oraz uzasadniono wybór preferowanego wariantu strategicznego, mianowicie wariantu nr 3 („Uregulowanie zależności pomiędzy publicznoprawnym a prywatnoprawnym egzekwowaniem prawa"). Wskazano, że wariant nr 3 najlepiej służy osiągnięciu założonych celów po możliwie najniższych kosztach. Wyjaśniono, że w toku prowadzonych przez Komisję konsultacji z większym poparciem spotkały się:

– wiążące działania na szczeblu UE (w odróżnieniu od inicjatyw niewiążących na szczeblu UE),
– bardziej wyważony (*a more balanced*) system egzekwowania prawa na drodze publicznoprawnej i prywatnoprawnej,
– odrębne, horyzontalne podejście do zbiorowego dochodzenia roszczeń.

Wybrany preferowany wariant przewidywał m.in. stworzenie niewiążących ram prawnych mających na celu określenie wysokości odszkodowania z tytułu naruszenia prawa konkurencji. Przypomnieć należy, że zwięzłą regulację dotyczącą ustalania wysokości szkody, która miałaby być wprowadzona do prawa krajowego państw członkowskich, zawarto w art. 16 projektu

[40] Zob. motyw 15 rezolucji Parlamentu Europejskiego z 26.03.2009 r. w sprawie białej księgi w sprawie roszczeń o naprawienie szkody wynikłej z naruszenia wspólnotowego prawa ochrony konkurencji (2010/C 117E/161).

Dyrektywy. Natomiast bardziej szczegółowe niewiążące wytyczne (*non-binding guidance*) zawarto w Komunikacie Komisji w sprawie ustalania wysokości szkody w dochodzeniu roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszenia art. 101 lub 102 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, a w szczególności w towarzyszącym mu dokumencie roboczym Służb Komisji pt. „Przewodnik praktyczny – ustalanie wysokości szkody w dochodzeniu roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszenia art. 101 lub 102 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej" (dalej: Przewodnik). Sam Komunikat sygnalizuje jedynie trudności związane z ustaleniem wysokości poniesionej szkody, wskazuje na wzajemną zależność reguł i zasad prawa UE i prawa krajowego oraz w kwestii wskazówek dotyczących ustalania wysokości szkody odsyła do Przewodnika, który ma służyć pomocą sądom oraz stronom powództw o odszkodowanie. W tym celu Przewodnik prezentuje różne rodzaje szkody wynikłej z naruszenia prawa konkurencji oraz metody i techniki ustalania jej wysokości, w tym metody porównawcze, modele symulacyjne, analizę opartą na kosztach, analizę finansową i inne metody. Przewodnik przedstawia również wady oraz zalety tych metod i technik oraz zawiera wiele praktycznych przykładów ich zastosowania. Opisano w nim sposób ustalania wysokości szkody spowodowanej:

– podwyżką cen, w tym wysokości tzw. nadmiernego obciążenia oraz wysokości szkody spowodowanej spadkiem wielkości sprzedaży;
– praktykami wyłączającymi, w tym wysokości szkody ponoszonej przez konkurentów oraz szkody ponoszonej przez klientów.

Przewodnik ma charakter stricte informacyjny i nie ma wpływu na krajowe regulacje dotyczące ciężaru dowodu, poziomu szczegółowości dowodu itp. Nie stanowi ani wyczerpującego, ani ostatecznego opisu dostępnych metod i technik ustalania wysokości szkody.

W związku w powyższym, w toku prac nad spójnym modelem kształcenia polskich sędziów, którego obecnie brakuje[41], należy uwzględnić konieczność wprowadzenia odnośnie do sędziów, którzy orzekają w sprawach z zakresu prawa cywilnego, szkoleń o tematyce dotyczącej polskiego i unijnego prawa konkurencji oraz szkody wynikłej z ich naruszenia, w tym metod i technik ustalania jej wysokości (z uwzględnieniem materiału objętego dokumentami Komisji, o których mowa powyżej).

III. Dokumenty dotyczące zbiorowego dochodzenia roszczeń

Jak już wskazałam powyżej, w toku prowadzonych przez Komisję konsultacji, z poparciem spotkało się odrębne, horyzontalne podejście do zbiorowego dochodzenia roszczeń. Wynika to głównie z faktu, że prawo konkurencji nie jest jedynym obszarem prawa unijnego, którego naruszenie skutkuje wystąpieniem szkód o charakterze rozproszonym, jakich naprawienia trudno jest dochodzić w szczególności konsumentom oraz małym i średnim przedsiębiorcom. Podobne zjawiska występują chociażby w przypadku naruszenia prawa ochrony konsumenta czy prawa ochrony środowiska.

W rezultacie przyjęcia powyższego podejścia Komisja przyjęła 11 czerwca 2013 r. i przekazała adresatom 12 czerwca 2013 r. Komunikat do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów pt. „W kierunku europejskich

[41] Zob. Krajowa Rada Sądownictwa, *Informacja prasowa z 9.05.2013 r. „Model szkolenia ustawicznego sędziów i jego realizacja*", pobrano z: http://www.krs.pl/admin/files/201868.pdf (26.07.2013).

horyzontalnych ram w zakresie zbiorowego dochodzenia roszczeń" (dalej: Komunikat). Załącznik do Komunikatu stanowi przyjęte 11 czerwca 2013 r. i opublikowane 26 lipca 2013 r. Zalecenie Komisji w sprawie wspólnych zasad dotyczących mechanizmów zbiorowego dochodzenia roszczeń o zaprzestanie bezprawnych praktyk oraz roszczeń odszkodowawczych w państwach członkowskich, dotyczących naruszeń praw przyznanych na mocy prawa Unii (dalej: Zalecenie). Dokumenty te stanowią zwieńczenie kilkuletnich prac Komisji, w toku których badała ona możliwości przyczyniania się przez mechanizm zbiorowego dochodzenia roszczeń do podnoszenia poziomu ochrony konsumentów oraz poprawy egzekwowania prawa unijnego, w tym prawa ochrony konkurencji.

Komunikat, poza wprowadzeniem i wnioskami, zawiera rozbudowany opis głównych wyników konsultacji społecznych oraz szczegółowe przedstawienie aspektów europejskich horyzontalnych ram dotyczących zbiorowego dochodzenia roszczeń. W Komunikacie (część 1.1 *in fine*) wskazano, że treść Zalecenia ma zastosowanie również do prawa ochrony konkurencji. W Zaleceniu zachęca się wszystkie państwa członkowskie do stosowania zasad w nim ujętych, podczas gdy w omawianym wyżej projekcie Dyrektywy uznaniu państw członkowskich pozostawiono decyzję czy wprowadzić zbiorowe dochodzenie roszczeń w ramach egzekwowania prawa konkurencji na drodze prywatnoprawnej.

Zalecenie składa się z preambuły liczącej dwadzieścia sześć punktów, siedmiu rozdziałów (liczących łącznie czterdzieści dwa punkty, a dotyczących kolejno: celu i przedmiotu Zalecenia, definicji i zakresu Zalecenia, zasad wspólnych dla zbiorowego dochodzenia roszczeń o zaniechanie bezprawnych praktyk i roszczeń odszkodowawczych, szczególnych zasad odnoszących się do każdej z tych dwóch kategorii roszczeń, informacji ogólnych, a także kontroli i sprawozdawczości) oraz przepisów końcowych. W punkcie 3 Zalecenia zawarto „słowniczek" obejmujący definicje: zbiorowego dochodzenia roszczeń (ang. *collective redress*), sytuacji wystąpienia szkody zbiorowej (ang. *mass harm situations*), powództwa odszkodowawczego (ang. *action for damages*), powództwa przedstawicielskiego (*representative action*) oraz zbiorowego powództwa następczego (*collective follow-on action*).

W punkcie 2 Zalecenia wskazano, że każde państwo członkowskie powinno mieć na szczeblu krajowym mechanizmy zbiorowego dochodzenia roszczeń (co do zasady *opt-in*[42]), zarówno roszczeń o zaprzestanie bezprawnych praktyk, jak i roszczeń odszkodowawczych, które to mechanizmy będą respektowały podstawowe zasady określone w Zaleceniu. Przyjęto założenie, że zasady te mają być wspólne w całej UE, ale jednocześnie mają respektować odmienne tradycje prawne poszczególnych państw członkowskich. Zalecenia nie mają mocy wiążącej (art. 288 *in fine* TFUE), jednak gdyby niezależnie od takiego ich charakteru prawnego polski ustawodawca postanowił w pełni dostosować obowiązujące regulacje prawne do zasad wynikających z Zalecenia, konieczne byłyby pewne istotne zmiany w przepisach uodrwpg. Po pierwsze, polskie powództwa w postępowaniu grupowym są powództwami przedstawicielskimi w rozumieniu punktu 3 lit. d. W świetle art. 4 ust. 1 i 2 uodrwpg, powództwo w postępowaniu grupowym wytacza reprezentant grupy, którym może być osoba będąca członkiem grupy albo powiatowy (miejski) rzecznik konsumentów w zakresie przysługujących im uprawnień. Tymczasem w świetle punktów 4–7 Zalecenia oczekuje się od państw członkowskich, by przyznały legitymację procesową do wnoszenia powództw przedstawicielskich jedynie:

[42] Zob. pkt 21 Zalecenia.

– urzędowo wyznaczonym podmiotom, które spełniają co najmniej kryteria wskazane w Zaleceniu, jak niezarobkowy charakter ich działalności, ich zdolność do reprezentowania wielu poszkodowanych ze względu na zasoby finansowe, zasoby kadrowe i specjalistyczną wiedzę prawniczą, czy wreszcie ich cele związane z uprawnieniami przyznanymi na mocy prawa UE, których naruszenie zarzuca się w wytaczanym powództwie w postępowaniu grupowym;
– podmiotom upoważnionym *ad hoc* przez władze krajowe bądź sądy w państwie członkowskim na potrzeby wytoczenia konkretnego powództwa przedstawicielskiego; lub
– organom publicznym.

Po drugie, Zalecenie w punkcie 8 wymaga, by na jak najwcześniejszym etapie postępowania przed sądem weryfikować, czy sprawa podlega rozpoznaniu w postępowaniu grupowym oraz czy powództwo nie jest całkowicie bezzasadne. W tym kontekście konieczna byłaby ocena, czy rozstrzygnięcie na rozprawie o dopuszczalności postępowania grupowego (art. 10 uodrwpg) może być poprzedzone zobowiązaniem powoda do złożenia kaucji na zabezpieczenie kosztów procesu (art. 8 uodrwpg). Z jednej strony zaangażowanie sądu w czynności związane z takim zobowiązaniem okaże się bowiem nieefektywne, gdy sprawa nie będzie podlegała rozpoznaniu w postępowaniu grupowym. Jednakże z drugiej strony niezłożenie kaucji w terminie skutkuje odrzuceniem pozwu, co może pomóc eliminować powództwa bezzasadne, wytaczane jedynie w celu skłonienia pozwanego do zawarcia z grupą ugody.

Po trzecie, polskie regulacje prawne wymagałaby uzupełnienia i modyfikacji w zakresie dotyczącym finansowania (*funding*) zbiorowego dochodzenia roszczeń. Zgodnie z punktem 14 Zalecenia, powód miałby być zobowiązany do składania na początku postępowania grupowego informacji co do pochodzenia środków finansowych, które zamierza wykorzystać w celu prowadzenia postępowania. Z kolei punkt 15 Zalecenia stanowi, że sąd powinien mieć możliwość zawieszenia postępowania grupowego w przypadkach w nim wskazanych, jeżeli do finansowania powództwa są wykorzystywane zasoby finansowe pochodzące od osób trzecich. Punkt 16 Zalecenia wprowadza pewne zasady dotyczące finansowania wytoczenia powództwa przez prywatną osobę trzecią, przykładowo zakaz finansowania powództw grupowych przeciwko konkurentowi podmiotu, od którego pochodzą środki finansowe.

Po czwarte, szereg nowych rozwiązań przewidziano odnośnie do zbiorowego dochodzenia roszczeń odszkodowawczych. W myśl punktu 27 Zalecenia bieg terminu przedawnienia roszczeń odszkodowawczych miałby ulegać zawieszeniu na czas, począwszy od uzgodnienia przez strony, że podejmą one próbę rozstrzygnięcia sporu w ramach procedury alternatywnego rozstrzygania sporów, co najmniej do chwili, w której strona albo obie strony w sposób wyraźny wycofają się z tej procedury.

Zalecenie w punkcie 23 wymaga ponadto, by co do zasady dopuszczalne było przystąpienie do grupy w każdym czasie przed prawomocnym rozstrzygnięciem sprawy (o ile nie stanowi to zagrożenia dla rzetelnego sprawowania wymiaru sprawiedliwości), podczas gdy zgodnie z art. 11 ust. 5 uodrwpg przystąpienie do grupy po upływie terminu wyznaczonego przez sąd (podanego w ogłoszeniu o wszczęciu postępowania grupowego) jest niedopuszczalne.

Przeglądu wymagałby również art. 5 uodrwpg, zgodnie z którym umowa regulująca wynagrodzenie pełnomocnika może określać wynagrodzenie w stosunku do kwoty zasądzonej na rzecz

powoda, nie więcej niż 20% tej kwoty. Punkt 30 Zalecenia co do zasady nie dopuszcza bowiem wypłacania prawnikom honorariów uzależnionych od wyniku sprawy (*contingency fees*)[43].

Istotną nowość przynosi punkt 33 Zalecenia. W przypadkach, w których organ publiczny jest właściwy do wydania decyzji stwierdzającej naruszenie prawa UE, postępowanie grupowe co do zasady mogłoby być wszczęte dopiero po przeprowadzeniu i ostatecznym zakończeniu postępowania przez ten organ. Gdyby jednak postępowanie grupowe zostało wszczęte przed wszczęciem postępowania przed właściwym organem, sąd nie powinien rozstrzygnąć sprawy w sposób sprzeczny z decyzją organu i w tym celu powinien mieć możliwość zawieszenia postępowania sądowego. Punkt 34 Zalecenia zdaje się przewidywać zawieszenie biegu przedawnienia roszczenia odszkodowawczego na czas trwania postępowania przed właściwym organem.

Znacznego wysiłku organizacyjnego będzie wymagało dostosowanie się przez państwa członkowskie do punktów 35–37 Zalecenia. Każde państwo członkowskie miałoby stworzyć jawny krajowy rejestr powództw w ramach zbiorowego dochodzenia roszczeń, publikowany na stronie internetowej. Pozyskiwanie informacji z rejestru następowałoby nieodpłatnie, za pomocą środków komunikacji elektronicznej bądź inną drogą. Państwa członkowskie, wspierane przez Komisję, miałyby dążyć do zapewnienia spójności informacji zgromadzonych w krajowych rejestrach.

Zasady przewidziane w Zaleceniu mają być wdrożone przez państwa członkowskie w ciągu 24 miesięcy od daty publikacji Zalecenia w Dzienniku Urzędowym, tj. do 26 lipca 2015 r. Państwa członkowskie będą zobligowane do corocznego sporządzania i przekazywania Komisji statystyk obejmujących liczbę pozasądowych i sądowych postępowań w zakresie zbiorowego dochodzenia roszczeń oraz informacje o ich stronach, przedmiocie sporu i wynikach takich postępowań. Komisja dokona oceny implementacji Zalecenia w ciągu 96 miesięcy od daty publikacji Zalecenia, tj. najpóźniej do dnia 26 lipca 2017 r.

* * *

Przegląd projektu Dyrektywy oraz Zalecenia stanowiących kluczową część omówionego „pakietu" dokumentów pokazuje, że jeśli dokumenty te zostaną przyjęte, polskie regulacje prawne – podobnie jak i regulacje prawne większości państw członkowskich – czeka szereg dość istotnych i niezbyt „łatwych" zmian. Chociaż art. 67 TFUE zapewnia, że Unia stanowi przestrzeń wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości w poszanowaniu praw podstawowych oraz różnych systemów i tradycji prawnych państw członkowskich, dopasowanie projektowanych rozwiązań do systemów i tradycji prawnych niektórych państw członkowskich może stanowić skomplikowane zadanie. Dzieje się tak niejednokrotnie, gdy UE zabiera się za harmonizowanie takich „obszarów" prawa, jak prawo procesowe.

Niezależnie od powyższego, polskie władze już obecnie powinny podjąć działania związane z dokumentami Komisji, takimi jak Zalecenie, a także Komunikat Komisji dotyczący ustalania wysokości szkody oraz dołączony do niego Przewodnik. Jak sygnalizowano powyżej, polscy sędziowie powinni zostać przeszkoleni w zakresie Komunikatu i Przewodnika. Osobną kwestią jest natomiast wdrożenie Zalecenia do polskiego prawa krajowego i szkolenie sędziów dotyczące Zalecenia, a także transpozycja i szkolenia po przyjęciu na szczeblu unijnym Dyrektywy.

[43] Podobnie punkt 32 co do zasady zakazuje uzależniania wynagrodzenia czy też odsetek płatnych podmiotowi finansującemu powództwo od kwoty odszkodowania zasądzonego przez sąd bądź też określonego w ugodzie stron.

Justyna Matuszczak-Piasta*

Argumenty jakościowe stosowane przy ocenie pozycji rynkowej przedsiębiorcy w postępowaniach antymonopolowych przed Prezesem UOKiK

Spis treści

I. Wstęp
II. Stosowanie analizy jakościowej w postępowaniach przed Prezesem UOKiK
III. Możliwość prezentowania przez przedsiębiorców argumentów jakościowych
IV. Analiza wybranych decyzji Prezesa UOKiK
  1. Uwagi wstępne
  2. Wyniki analizy
  3. Decyzje, w których przedsiębiorcy podejmowali analizę jakościową
  4. Decyzje, w których Prezes UOKiK podjął analizę jakościową
V. Możliwość poszerzenia podejścia do przeprowadzania analizy jakościowej
VI. Podsumowanie

Streszczenie

Artykuł przedstawia analizę stosowania argumentów jakościowych w postępowaniach antymonopolowych przed Prezesem UOKiK dotyczących nadużywania pozycji dominującej. Wskazano liczbę decyzji, w których ocena pozycji rynkowej przedsiębiorcy poparta była badaniem jakościowym, w odniesieniu do całkowitej liczby wydanych decyzji. Przeprowadzono analizę treści decyzji pod kątem wpływu zastosowanych argumentów jakościowych na ocenę pozycji rynkowej strony postępowania. Dodatkowo, dokonano przeglądu stosowanych argumentów jakościowych i zaproponowano poszerzone podejście do ich doboru.

Słowa kluczowe: pozycja rynkowa; analiza jakościowa; analiza ilościowa; pozycja dominująca; Prezes UOKiK.

I. Wstęp

Ocena pozycji rynkowej przedsiębiorstwa jest kluczowym etapem prowadzenia analizy antymonopolowej, przede wszystkim w sprawach dotyczących antykonkurencyjnych praktyk dominantów rynkowych oraz kontroli koncentracji przedsiębiorców. Niniejszy artykuł porusza kwestie oceny pozycji rynkowej przedsiębiorców w postępowaniach antymonopolowych przed Prezesem

* Analityk rynku w COMPER Fornalczyk i Wspólnicy sp. j.; absolwentka Centrum Kształcenia Międzynarodowego Politechniki Łódzkiej.

Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: Prezes UOKiK, Prezes Urzędu) dotyczących nadużywania pozycji dominującej.

Pierwszym etapem oceny pozycji rynkowej przedsiębiorcy jest analiza jego udziału rynkowego, liczona wartością lub wielkością sprzedaży. Następnie wartość oszacowanego udziału rynkowego odnoszona jest do obowiązującego ustawowego progu, stanowiącego wyznacznik do przyjęcia domniemania o zajmowaniu przez przedsiębiorcę pozycji dominującej.

Należy pamiętać, że statyczna, ilościowa analiza rynkowej pozycji przedsiębiorcy obciążona jest wieloma słabościami. Dlatego też określenie pozycji i siły rynkowej przedsiębiorcy, w kolejnym etapie, powinno zostać poparte analizą jakościową, czyli oceną sposobu funkcjonowania przedsiębiorcy, badaniem jego otoczenia konkurencyjnego i szeroko rozumianych warunków rynkowych.

Przedsiębiorca, w odniesieniu do którego toczy się postępowanie antymonopolowe w sprawie o nadużywanie pozycji dominującej (zwany również stroną), ma możliwość ustosunkowania się do kwestii posiadanej przez niego pozycji rynkowej. W tym celu, w toku prowadzonego postępowania może przedstawić Prezesowi UOKiK argumenty jakościowe, pozwalające na rzetelną i obiektywną ocenę jego pozycji na rynku właściwym. Niemniej, w praktyce decyzyjnej Prezesa UOKiK, w postępowaniach prowadzonych na podstawie art. 9 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów[1] (dalej: uokik z 2007 r.), niewiele jest decyzji, w których przeprowadzono jakościową analizę pozycji rynkowej przedsiębiorcy.

W niniejszym artykule przedstawione zostały wyniki analizy decyzji wydanych przez Prezesa UOKiK w sprawach o nadużywanie pozycji dominującej w latach 2008–2012. Treść decyzji została przebadana pod kątem wykorzystywania w nich argumentów jakościowych do oceny pozycji rynkowej przedsiębiorców. Ponadto, omówione zostały argumenty jakościowe wykorzystywane w toku tego rodzaju postępowań, a także wskazano możliwości poszerzenia podejścia do przeprowadzenia analizy jakościowej w celu oceny pozycji i siły rynkowej przedsiębiorców.

II. Stosowanie analizy jakościowej w postępowaniach przed Prezesem UOKiK

Stwierdzenie czy przedsiębiorca posiada pozycję dominującą na rynku nie jest procesem łatwym[2]. Treść definicji, na podstawie której dokonuje się oceny pozycji rynkowej zawarta jest w art. 4 pkt 9 uokik z 2007 r. Definicja wskazuje, że przedsiębiorca posiadający pozycję dominującą to przedsiębiorca mający możliwość zapobiegania skutecznej konkurencji na rynku właściwym przez działanie w znacznym stopniu niezależne od konkurentów, kontrahentów i konsumentów, przy czym domniemuje się, że przedsiębiorca, którego udział rynkowy przekracza 40% zajmuje pozycję dominującą na rynku. Analizując zatem szczegółowo treść definicji ustawowej, można wskazać, że pozycja dominująca przedsiębiorcy występuje wówczas, gdy spełnione są następujące przesłanki: (1) przedsiębiorca posiada możliwość zapobiegania skutecznej konkurencji na rynku właściwym oraz (2) przedsiębiorca posiada zdolność działania w znacznym zakresie niezależnie od swoich konkurentów, kontrahentów i konsumentów. Uznaje się, że obie przesłanki

[1] Dz.U. z 2007 r. Nr 50, poz. 331 ze zm.

[2] Por. T. Skoczny [w:] *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów Komentarz.* Pod redakcją T. Skocznego, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2009, s. 612.

jakościowe muszą być spełnione łącznie, aby można było uznać, że przedsiębiorca posiada pozycję dominującą[3].

Również Komisja w swoich wytycznych[4] (dalej: Wytyczne Komisji) wskazuje, że sformułowana przez ETS w wyrokach[5] definicja pozycji dominującej oznacza pozycję ekonomiczną przedsiębiorstwa, która umożliwia mu zapobieganie lub utrudnianie skutecznej konkurencji na rynku właściwym poprzez możliwość działania w znacznym stopniu niezależne od konkurentów, klientów, a w końcu także od konsumentów.

Należy zaznaczyć, że definicja pozycji dominującej ma również istotne znaczenie w kontroli koncentracji. Decyzje organów antymonopolowych podejmowane są bowiem przy użyciu tzw. testu SIEC (ang. *significant impediment of effective competition*) – testu istotnego ograniczenia konkurencji, którego szczególnym przypadkiem jest powstanie lub umocnienie pozycji dominującej na rynku[6].

W polskim prawie definicja ustawowa pozycji dominującej została uzupełniona o ilościowe domniemanie posiadania pozycji dominującej przez przedsiębiorcę, którego udział w rynku właściwym przekracza próg 40%. Ustalenie czy dany przedsiębiorca posiada pozycję dominującą nie może jednak zostać oparte wyłącznie na badaniu udziału rynkowego[7], wymaga bowiem odwołania się do dwóch rodzajów czynników: wielkości udziału w rynku przedsiębiorstwa w odniesieniu do siły rynkowej i liczby konkurentów (rzeczywistych i potencjalnych) działających na tym samym rynku oraz wskaźników dodatkowych (jakościowych). Wysoki udział rynkowy nie determinuje pozycji dominującej, na przykład w przypadku występowania na rynku właściwym skutecznej konkurencji[8]. Dodatkowo, podkreślenia wymaga fakt, że działalność rynkowa i konkurencja jest procesem dynamicznym. Dlatego też ocena pozycji rynkowej przedsiębiorcy czy presji konkurencyjnej, której poddawane jest przedsiębiorstwo, nie powinna opierać się na chwilowej sytuacji na rynku[9].

Obalenie ustawowego domniemania pozycji dominującej możliwe jest przez wykazanie, że pomimo posiadania udziału rynkowego przekraczającego próg 40%, przedsiębiorca nie posiada pozycji dominującej – nie spełnia przesłanek jakościowych (wówczas ciężar dowodu spoczywa po stronie przedsiębiorcy, wobec którego toczy się postępowanie) lub wykazanie, że przedsiębiorca posiada taką pozycję, mimo że jego udział w rynku nie osiąga ustawowego progu 40% (w takim przypadku ciężar dowodu spoczywa na organie antymonopolowym)[10].

Prezes UOKiK posiada zatem narzędzie w postaci domniemania prawnego, a zastosowanie przez niego analizy jakościowej konieczne jest jedynie w przypadku analizy pozycji rynkowej przedsiębiorcy o udziale rynkowym nieprzekraczającym progu 40%, wobec którego zachodzi podejrzenie, że posiada pozycję dominującą na rynku.

[3] Ibidem, s. 236. Zob. także K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów Komentarz*, Wolters Kluwer business, Warszawa 2008, s. 193; E. Modzelewska-Wąchal, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2002, s. 52–53.

[4] Komunikat Komisji – wytyczne w sprawie priorytetów, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. 82 Traktatu WE w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wyłączającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące (Dz. Urz. UE 2009 C 45/02).

[5] Wyr. ETS z 14.02.1978 r. w sprawie 27/76 *United Brands Company i United Brands Continental przeciwko Komisji* (Zb. Orz. 1978, s.207); wyr. ETS z 13.02.1979 r. w sprawie 85/76 *Hoffmann-La Roche & Co. przeciwko Komisji* (Zb. Orz 1979, s.461).

[6] T. Skoczny [w:] *Ustawa…*, s. 235.

[7] K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa…*, s. 199.

[8] Z. Brodecki (red.), *Konkurencja*, Wydawnictwo Prawnicze Lexis Nexis, Warszawa 2004, s. 239–240.

[9] Por. M. Szydło, *Nadużywanie pozycji dominującej w prawie konkurencji*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2010, s. 82.

[10] Por. T. Skoczny [w:] *Ustawa…*, s. 243.

Analiza decyzji Prezesa UOKiK pozwala zauważyć, że podejście Urzędu w kwestii stosowanych kryteriów oceny pozycji rynkowej strony postępowania nie jest jednolite. W decyzji w sprawie *PZU*[11] Prezes UOKiK zastosował domniemanie posiadania pozycji: „wprawdzie powołany przepis art. 4 pkt 9 ustawy o ochronie (…) opiera definicję pozycji dominującej na spełnieniu przez przedsiębiorcę dwóch kryteriów, tj.: możliwości działania w znacznym zakresie niezależnie od konkurentów, kontrahentów i konsumentów oraz możliwości zapobiegania skutecznej konkurencji, to jednak wprowadza *in fine* domniemanie prawne oparte na ilościowym kryterium udziału w rynku, które jest wiążące dla organu antymonopolowego. Skoro więc udział w rynku PZU jest wyższy niż udział wskazany w powołanym przepisie wynoszący 40%, to należy uznać, że Ubezpieczyciel ten posiada pozycję dominującą na rynku (…)". Prezes Urzędu informuje również po czyjej stronie powinna zaistnieć ewentualna inicjatywa w przeprowadzeniu analizy jakościowej – „kryterium ilościowe udziału w rynku (…) nie może być samodzielnym wyznacznikiem tejże pozycji, bowiem stwarza jedynie domniemanie prawne w rozumieniu art. 243 Kpc, które może być obalone przez stronę mającą w tym interes prawny"[12] czy też „(…) ciężar dowodów pozwalających obalić zawarte w art. 4 pkt 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów domniemanie posiadania pozycji dominującej, jakie przepis ten wiąże z przekroczeniem 40% udziału rynkowego, spoczywa na kwestionującym je przedsiębiorcy"[13].

Niemniej, w części decyzji to Prezes UOKiK podejmował analizę jakościową (zarówno wspierającą domniemanie o posiadaniu pozycji, jak i wskazującą na brak znaczącej siły rynkowej przedsiębiorcy), podczas gdy strona postępowania nie przedstawiła żadnych argumentów na swoją obronę. Przykładowo, w decyzji w sprawie nadużywania pozycji dominującej przez spółkę *PTC*[14], pomimo że udział PTC w rynku właściwym został określony jako „zbliżony i nieznacznie przekraczający 40%", Prezes Urzędu podkreśla, iż „(…) do uznania, że przedsiębiorca posiada pozycję dominującą na rynku nie wystarczy proste obliczenie udziału w oderwaniu od innych realiów rynkowych. Konieczne jest bowiem odniesienie się do rynku (specyfika, bariery wejścia na rynek), na jakim przedsiębiorca działa, a przede wszystkim określenie pozycji jego konkurentów (…)". Prezes UOKiK w treści tej decyzji akcentuje zatem wagę i znaczenie analizy jakościowej dla procesu wyznaczania pozycji rynkowej przedsiębiorcy, pomimo udziału rynkowego spełniającego domniemanie pozycji dominującej.

Niezależnie od powyższego, jak zostanie zaprezentowane w dalszej części artykułu, w większości decyzji Prezesa UOKiK dotyczących stosowania przepisów art. 9 uokik z 2007 r., badanie pozycji rynkowej przedsiębiorców ograniczone zostało wyłącznie do badania kryterium ilościowego. Można zatem uznać, że również przedsiębiorcy nie podejmowali próby obalenia domniemania prawnego. W relatywnie niewielu sprawach badano występowanie wskazanych w uokik z 2007 r. jakościowych przesłanek posiadania pozycji dominującej.

[11] Decyzja Prezesa UOKiK z 11.08.2009 r., RKR-12/2009.

[12] Postanowienie Sądu Antymonopolowego z 3.10.1994 r., sygn. akt XVII Amr 5/93, Wokanda Nr 9 z 1995 r. [w:] decyzja Prezesa UOKiK z 30.01.2009 r., RGD-1/2009.

[13] M.in. decyzja Prezesa UOKiK z 13.12.2010 r., RWA-23/2010.

[14] Decyzja Prezesa UOKiK z 20.12.2011 r., DOK-11/2011.

III. Możliwość prezentowania przez przedsiębiorców argumentów jakościowych

Stosowane przez Urząd domniemanie o posiadaniu pozycji dominującej może zostać wzruszone w przypadku, gdy istnieją obiektywne argumenty wskazujące na fakt, że przedsiębiorca nie może działać na rynku niezależnie od kontrahentów, konkurentów oraz konsumentów. W toku postępowania antymonopolowego przedsiębiorcy, wobec którego toczy się postępowanie, przysługuje prawo do przedstawiania argumentacji i podejmowania dyskusji z Prezesem UOKiK, w tym m.in.[15] w sprawie oceny zajmowanej przez niego pozycji rynkowej i domniemania posiadania pozycji dominującej.

Mając na uwadze treść art. 4 pkt 10 uokik z 2007 r. oraz dotychczasową praktykę decyzyjną Prezesa Urzędu, można wskazać, że w przypadku gdy przedsiębiorca będący stroną postępowania nie podejmie próby obalenia domniemania prawnego, wyznaczenie pozycji rynkowej przedsiębiorcy zostanie z dużym prawdopodobieństwem ograniczone do analizy wartości jego udziału rynkowego (na mocy domniemania prawnego).

W przypadku, gdy przedsiębiorca przedstawi w toku postępowania antymonopolowego argumenty jakościowe służące ocenie jego pozycji na rynku właściwym, argumenty takie powinny zostać przedstawione w treści decyzji. Zgodnie bowiem z treścią art. 107 § 3 kpa[16] „uzasadnienie faktyczne decyzji powinno w szczególności zawierać wskazanie faktów, które organ uznał za udowodnione, dowodów, na których się oparł, oraz przyczyn, z powodu których innym dowodom odmówił wiarygodności i mocy dowodowej (…)". Uznając zatem przedstawione przez przedsiębiorcę argumenty jakościowe za dowody w postępowaniu antymonopolowym, można zbudować założenie, że Prezes UOKiK ma obowiązek odniesienia się do każdego z nich, a tym samym wskazania każdego podniesionego przez zainteresowaną stronę argumentu w treści decyzji. Powyższe obowiązuje bez względu na fakt, czy przedstawione argumenty są w opinii Prezesa UOKiK zasadne. Możliwe jest więc przyjęcie założenia, że jeżeli Prezes UOKiK w treści decyzji nie odniósł się do analizy jakościowej przedstawionej przez przedsiębiorcę, przedsiębiorca takiej analizy nie przeprowadził i nie podjął dyskusji w tym względzie.

W związku z powyższym sprawdzenie, czy przedsiębiorcy wykorzystują możliwość przedstawiania jakościowych argumentów dla oceny swojej pozycji rynkowej w dyskusji podejmowanej w toku postępowania antymonopolowego, zostało oparte na analizie decyzji Prezesa UOKiK publikowanych na stronie Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: Urząd). Badaniu poddane zostały wybrane decyzje w sprawach o nadużywanie pozycji dominującej wydane przez Prezesa UOKiK w okresie 2008–2012 i opublikowane na stronie internetowej Urzędu[17].

[15] Należy zwrócić uwagę, że poprawne obliczenie (bądź oszacowanie) udziału rynkowego jest bezpośrednio związane z poprawnym zdefiniowaniem rynku właściwego, na którym działa przedsiębiorca i jego konkurenci. Podejście do definiowania rynku właściwego może stanowić kolejny obszar, w którym przedsiębiorca ma możliwość podjęcia dyskusji z Prezesem UOKiK, jeżeli uzna, że zgodnie z jego wiedzą i doświadczeniem rynkowym definicja rynku właściwego jest inna od tej przyjętej przez Urząd.

[16] Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U. z 2013 r. poz. 267).

[17] Pobrano z: http://uokik.gov.pl/decyzje_prezesa_uokik3.php.

IV. Analiza wybranych decyzji Prezesa UOKiK

1. Uwagi wstępne

Analizując treść decyzji pod kątem zaprezentowanego w nich podejścia do oceny pozycji rynkowej, można wyodrębnić trzy metody weryfikacji pozycji rynkowej przedsiębiorcy stosowane w postępowaniach przed Prezesem Urzędu. Na potrzeby niniejszego badania, podejścia te zostały podzielone na:

– prostą analizę ilościową – polegającą wyłącznie na obliczeniu udziału rynkowego przedsiębiorcy i odniesieniu go do ustawowego progu 40%;
– poszerzoną analizę ilościową – obejmującą, poza obliczeniem udziału rynkowego przedsiębiorcy, badanie stabilności udziału rynkowego przedsiębiorcy (lub wszystkich konkurentów) w długim okresie lub ilościowe badanie otoczenia rynkowego polegające na sprawdzeniu udziału rynkowego największego konkurenta przedsiębiorcy bądź na badaniu struktury rynku właściwego;
– analizę jakościową – w zakres której można włączyć wszelkie inne argumenty analizowane w postępowaniu, dotyczące siły rynkowej przedsiębiorcy i jego otoczenia rynkowego, takie jak np. bariery wejścia na rynek, siła przetargowa nabywców, faza rozwoju rynku; analizę jakościową opisano odrębnie dla postępowań, w których została ona podjęta z inicjatywy Prezesa Urzędu oraz odrębnie dla postępowań, w których została ona podjęta z inicjatywy przedsiębiorcy będącego stroną postępowania.

Zaproponowany podział, wynika z braku możliwości uznania wszystkich omawianych w decyzjach czynników, wybiegających poza obliczenie udziału rynkowego przedsiębiorcy, jako kryteria jakościowe. Nie można bowiem uznać, że odniesienie udziału rynkowego przedsiębiorcy będącego stroną postępowania do udziałów konkurentów, czy też zbadanie wskaźnika koncentracji rynku stanowią już analizę jakościową. Jednocześnie brak rozróżnienia między decyzjami, w których definiowanie pozycji rynkowej zostało oparte wyłącznie na udziale rynkowym przedsiębiorcy, a tymi, w których choćby częściowo zbadano również otoczenie rynkowe, mogłoby wpłynąć na zafałszowanie wyników analizy i wniosków.

Badanie treści decyzji Prezesa UOKiK w sprawach o nadużywanie pozycji dominującej polegało na sprawdzeniu w ilu, z analizowanych spraw przy ocenie pozycji rynkowej przedsiębiorcy:

– analizowane były wyłącznie argumenty ilościowe;
– analizowane były jakiekolwiek argumenty jakościowe;
– przedsiębiorcy podejmowali dyskusję z Prezesem UOKiK, prezentując argumenty jakościowe;
– analiza argumentów jakościowych wpłynęła na uznanie przez Prezesa UOKiK, że pomimo wysokiego udziału w rynku przedsiębiorca nie zajmuje dominującej pozycji rynkowej;
– analiza argumentów jakościowych nie wpłynęła na uznanie przez Prezesa UOKiK, że przedsiębiorca zajmuje dominującą pozycję rynkową.

Ponadto, sprawdzono również jakiego rodzaju argumenty jakościowe analizowane były w toku prowadzonych postępowań antymonopolowych.

2. Wyniki analizy

Spośród 388 decyzji wydanych przez Prezesa UOKiK w latach 2008–2012 w sprawach o nadużywanie pozycji dominującej, niniejszej analizie zostało poddanych 40. Analizą nie zostały

objęte decyzje dotyczące monopoli (głównie usługi wodociągowo-kanalizacyjne, usługi cmentarne i prosektoryjne, organizacja usług odbioru i składowania odpadów, składowanie i unieszkodliwianie odpadów, zarządzanie prawami autorskimi, dystrybucja energii elektrycznej, udostępnianie budynków pod instalacje telekomunikacyjne), quasi-monopoli (sytuacja, w której przedsiębiorcy nie są w stanie zagrozić jego konkurenci, ze względu na skalę przewagi siły rynkowej; quasi-monopolista dysponuje zwykle udziałem rynkowym przekraczającym 90%[18]), decyzje zmieniające decyzje wcześniejsze, dotyczące nałożenia kary ze zwłokę w wykonaniu wcześniejszej decyzji, a także w sprawy, które nie wchodziły w zakres kompetencji Prezesa UOKiK (postępowania te zostały umorzone).

Spośród przedmiotowych 40 decyzji, 2 nie spełniały kryteriów, które umożliwiały włączenie ich do analizy – dotyczyły kolektywnej pozycji dominującej, przy której Urząd nie dokonuje badania pozycji rynkowej przedsiębiorcy na podstawie definicji ustawowej, lecz wykorzystuje innego rodzaju przesłanki[19]. Szczegółowej analizie zostało poddanych zatem 38 decyzji Prezesa UOKiK.

W 15 spośród 38 analizowanych decyzji, a więc w ok. 40% decyzji, w których podjęto analizę pozycji rynkowej strony postępowania, nie dokonywano poszerzonej analizy ilościowej ani nie przedstawiono żadnych argumentów jakościowych przy ocenie pozycji rynkowej przedsiębiorcy. W decyzjach tych, ocena pozycji rynkowej prowadzona przez Prezesa UOKiK została oparta wyłącznie na prostej analizie ilościowej, tj. domniemaniu prawnym. Przyjęte wcześniej założenia, pozwalają więc wysnuć wniosek, że przedsiębiorcy, wobec których toczyły się przedmiotowe postępowania nie podejmowali dyskusji z Prezesem UOKiK w tej kwestii.

W 7 decyzjach (18%), poza prostą analizą ilościową, Prezes Urzędu zastosował poszerzoną analizę ilościową, badając również otoczenie rynkowe strony postępowania. Tego rodzaju badanie pomaga stwierdzić czy przedsiębiorca spotyka się na rynku z konkurencją ze strony porównywalnych (pod kątem udziału) przedsiębiorców. Na przykład, w decyzji nr RBG-12/2010[20] poszerzona analiza ilościowa pozwoliła stwierdzić, że na rynku oprócz strony postępowania, posiadającej relatywnie wysoki udział rynkowy, obecny jest również konkurent o zbliżonym udziale w rynku właściwym. Pozwoliło to Prezesowi Urzędu na stwierdzenie, że przedsiębiorca spotyka się na rynku z istotną presją konkurencyjną. Sytuacja ta została określona jako duopol, w przypadku którego można uznać, że żaden z przedsiębiorców nie posiada wystarczającej siły rynkowej, aby zajmować pozycję dominującą. Przeprowadzenie prostej analizy otoczenia rynkowego przedsiębiorcy doprowadziło w tym przypadku do wniosków odmiennych od tych, które można by wysnuć na podstawie wyłącznie prostej analizy ilościowej.

W każdej z pozostałych 16 decyzji (42%), poza analizą ilościową (prostą lub poszerzoną), przedstawiony został co najmniej jeden argument jakościowy pozwalający na szerszą ocenę pozycji rynkowej przedsiębiorcy. Niemniej jednak, jedynie w 4 postępowaniach, a więc jedynie w ok. 10% decyzji, argumenty takie przedstawiła strona postępowania. W przypadku pozostałych

[18] T. Skoczny [w:] T. Skoczny, *Ustawa*…, s. 239.

[19] Jak zostało wskazane m.in. w decyzji Prezesa UOKiK nr RWR-11/2008 z 12.03.2008 r. (za B. Majewska-Jurczyk, *Dominacja w polityce konkurencji Unii Europejskiej*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 1998, s. 116), kolektywna dominacja występuje na rynkach o strukturze oligopolistycznej, w przypadku gdy każdy z oligopolistów, poprzez swoje zachowanie może wywierać wpływ na pozycje konkurencyjne pozostałych oligopolistów. W przypadku kolektywnej pozycji dominującej, kryterium nie stanowi suma udziałów poszczególnych przedsiębiorców, lecz spełnienie warunków, takich jak: (1) wysoki poziom przejrzystości rynku, (2) długotrwałe utrzymywanie się stanu „milczącej koordynacji", (3) wspólna strategia, której nie mogą zagrozić konkurenci lub konsumenci.

[20] Decyzja Prezesa UOKiK z 29.07.2010 r.

32% (w 12 decyzjach), to Urząd był inicjatorem jakościowego badania pozycji rynkowej strony postępowania.

Przy ocenie skutków stosowania argumentów jakościowych w postępowaniach antymonopolowych w sprawach o nadużywanie pozycji dominującej istotne jest sprawdzenie jak stosowanie tego rodzaju argumentów wpłynęło na końcową ocenę pozycji rynkowej przedsiębiorców przez Prezesa UOKiK. Należy zatem wskazać, że na 16 postępowań, w których Prezes UOKiK przeprowadził analizę opartą na argumentach jakościowych, w 5 analiza ta pomogła stwierdzić, że przedsiębiorca, pomimo relatywnie wysokiego działu rynkowego (przekraczającego 40%), nie może zostać uznany za dominanta. W 11 pozostałych postępowaniach przeprowadzona analiza jakościowa potwierdziła domniemanie o zajmowaniu pozycji dominującej przez stronę postępowania bądź też nie pozwoliła Prezesowi UOKiK uznać, że przedsiębiorca nie zajmuje pozycji dominującej na rynku.

3. Decyzje, w których przedsiębiorcy podejmowali analizę jakościową

Jak zostało wskazane powyżej, jedynie w 10% spośród analizowanych decyzji przedsiębiorcy podjęli dyskusję z Prezesem UOKiK w kwestii oceny ich pozycji rynkowej. Argumenty przedstawiane przez strony w toku postępowań były nieliczne. Przedsiębiorcy wskazywali średnio trzy argumenty, pośród których dominowało twierdzenie o borykaniu się z silną konkurencją na rynku, niekiedy poparte informacjami o utracie klientów bądź części udziałów rynkowych na rzecz konkurentów.

Dwie spośród czterech decyzji odnosiły się do działalności rynkowej spółki PKP Cargo[21]. W obu sprawach, spółka ta wskazała na fakt, że rynek kolejowego transportu towarów jest rynkiem przetargowym, co wpływa na istotne zwiększenie siły przetargowej nabywców usług. Dodatkowo w sprawie DOK-4/2012, przedsiębiorca ten podnosił, że bariery wejścia na rynek usług kolejowego transportu towarów są na tyle niskie, że umożliwiają nowym przedsiębiorcom względnie łatwe podjęcie działalności, co skutecznie obniża jego siłę rynkową. Argumenty te nie zostały jednak uznane przez Prezesa UOKiK za zasadne. Po przeprowadzeniu poszerzonej analizy ilościowej pozycji rynkowej spółki PKP Cargo (analiza udziałów rynkowych w długim okresie oraz odniesienie udziału rynkowego do udziałów konkurentów), Prezes Urzędu uznał, że spółka jest dominantem rynkowym.

W drugim z postępowań, oprócz wskazania na występującą silną konkurencję na rynku właściwym oraz przetargowy charakter rynku, spółka PKP Cargo argumentowała, iż za niską pozycją rynkową przemawia niepowodzenie prowadzonej przez nią promocji cenowej. Również w tym postępowaniu zaprezentowane argumenty nie znalazły uznania Prezesa Urzędu.

W postępowaniu dotyczącym działalności Amadeus Polska sp. z o.o.[22] argumenty jakościowe przedsiębiorcy skupiały się na przedstawieniu Prezesowi UOKiK zmian technologicznych i postępu technicznego, jaki zaistniał na rynku właściwym w ciągu ostatnich lat. Zmiany te, zdaniem tego przedsiębiorcy, doprowadziły do pojawienia się i ekspansji na rynku konkurentów świadczących podobne usługi przy wykorzystaniu nowych technologii. W przedmiotowym postępowaniu Prezes UOKiK uznał jednak, że usługi świadczone we wskazywanych technologiach nie mogą zostać uznane za substytucyjne i nie wchodzą w zakres rynku właściwego. W efekcie przedstawione

[21] Decyzje Prezesa UOKiK z 26.07.2012 r., DOK-4/2012 oraz z 7.07.2009 r., DOK-3/2009.

[22] Decyzja Prezesa UOKiK z 13.12.2010 r., RWA-23/2010.

przez przedsiębiorcę argumenty jakościowe nie wpłynęły na ocenę pozycji rynkowej przez Prezesa UOKiK.

W ostatniej z czterech decyzji, w których przedsiębiorcy podjęli próbę dyskusji z Prezesem UOKiK w kwestii oceny ich pozycji rynkowej, spółka Multimedia Polska S.A.[23] w korespondencji z Urzędem wskazała, że nie jest w stanie „zapobiegać skutecznej konkurencji na rynku właściwym", ale twierdzenie to nie zostało poparte żadnymi argumentami. Prezes UOKiK po przeprowadzeniu poszerzonej analizy ilościowej oraz analizy jakościowej (badanie przepływu klientów między konkurentami, ocena skutków działań promocyjnych) uznał, że spółka nie zajmuje pozycji dominującej na rynku właściwym. Niemniej nie można uznać, że na decyzję tę wpływ miało twierdzenie przedsiębiorcy o braku wpływu jego działań rynkowych na konkurencję.

4. Decyzje, w których Prezes UOKiK podjął analizę jakościową

Decyzje, w których analiza jakościowa podejmowana była z inicjatywy Prezesa UOKiK można zasadniczo podzielić na te, w których badanie wsparło domniemanie prawne o posiadaniu przez stronę postępowania pozycji dominującej, oraz te, w których analiza jakościowa wykazała brak siły rynkowej, pozwalającej przedsiębiorcy na funkcjonowanie niezależne od konkurentów, konsumentów oraz kontrahentów. Niemniej analizując uzasadnienia decyzji Prezesa UOKiK, można zauważyć, że stosowane przez Urząd argumenty jakościowe nie są zróżnicowane. Co do zasady, Prezes Urzędu badał w podobnych sprawach te same czynniki, które w efekcie przemawiały za lub zaprzeczały istnieniu istotnej siły rynkowej przedsiębiorcy.

Do katalogu czynników badanych przez Prezesa UOKiK w postępowaniach, w których podejmował analizę jakościową, należą w szczególności: badanie barier wejścia na rynek, przynależność przedsiębiorcy do grupy kapitałowej i posiadana przewaga ekonomiczna (zaplecze finansowe).

Bariery wejścia na rynek właściwy, analizowane były m.in. w decyzji RGD-1/2009[24], dotyczącej przedsiębiorcy działającego na lokalnym rynku wywozu odpadów, ograniczonym do obszaru jednej gminy. W tej sprawie łatwość wejścia na przedmiotowy rynek, przez innych przedsiębiorców świadczących analogiczne usługi na obszarach sąsiednich gmin, przemawiała za relatywnie niską siłą rynkową strony postępowania. Natomiast w postępowaniu w sprawie praktyk stosowanych przez PKP Cargo[25] identyfikacja wysokich barier wejścia na rynek kolejowego transportu towarów dodatkowo wzmocniła domniemanie o silnej pozycji rynkowej przedsiębiorcy.

Posiadanie przez przedsiębiorcę zaplecza finansowego w postaci rozbudowanej grupy kapitałowej jest kolejnym z argumentów wykorzystywanych przez Prezesa UOKiK do wsparcia domniemania o silnej pozycji rynkowej przedsiębiorcy. Przewaga ekonomiczna stanowiła istotny argument jakościowy m.in. w sprawach dotyczących Krajowej Stacji Chemiczno-Rolniczej[26], będącej jednostką budżetową, oraz PKP Cargo[27], przedsiębiorcy zasiedziałego, należącego do grupy kapitałowej PKP S.A. o znacznym potencjale finansowym.

[23] Decyzja Prezesa UOKiK z 9.07.2010 r., RGD-9/2010.

[24] Decyzja Prezesa UOKiK z 30.01.2009 r.

[25] Decyzja Prezesa UOKiK z 26.07.2012 r., DOK-4/2012.

[26] Decyzja Prezesa UOKiK z 29.12.2008 r., RBG – 45/2008.

[27] Decyzja Prezesa UOKiK z 26.07.2012 r., DOK-4/2012.

Innymi argumentami jakościowymi wykorzystywanymi przez Prezesa UOKiK były: dostęp do niezbędnej i rzadkiej bądź kosztownej infrastruktury[28], rozpoznawalność marki[29], porównanie zdolności produkcyjnych przedsiębiorcy i konkurentów[30], faza rozwoju rynku[31], czy też rozwój nowych konkurencyjnych technologii wypierających technologie wykorzystywane przez przedsiębiorcę[32].

Katalog argumentów jakościowych wykorzystywanych w postępowaniach antymonopolowych nie jest szeroki. Jedynie w nielicznych decyzjach odnaleźć można odpowiednie argumenty jakościowe, które użyte w konkretnej sprawie, pozwoliły na trafną ocenę sytuacji rynkowej. Zastosowanie tego rodzaju argumentu jakościowego miało miejsce na przykład w decyzji dotyczącej Przedsiębiorstwa Farmaceutycznego JELFA[33], posiadającego znaczący udział w rynku. W tym przypadku Prezes UOKiK wykorzystał informacje historyczne o działalności rynkowej przedsiębiorcy, okazało się bowiem, że w przeszłości miała miejsce sytuacja pomocna w ustaleniu jego pozycji rynkowej. W roku 2007, na okres 4 miesięcy, JELFA znacząco podwyższyła ceny oferowanych przez siebie produktów. W odpowiedzi klienci zaprzestali nabywania jej produktów i zaczęli nabywać substytuty pochodzące od mniejszych konkurentów przedsiębiorcy. Zachowanie konsumentów pozwoliło stwierdzić, że mimo posiadania znaczącego udziału w rynku właściwym, JELFA nie ma możliwości działania niezależnie od konsumentów oraz pozostałych uczestników rynku.

Interesująca jest również treść uzasadnienia decyzji w sprawie dotyczącej działalności spółki Wrigley Poland sp. z o.o.[34], producenta gum do żucia. W postępowaniu tym, pomimo faktu, że udział rynkowy przedsiębiorcy został oszacowany na ok 90%, Prezes UOKiK przedstawił argumenty jakościowe wskazujące na specyfikę prowadzonej przez niego działalności i posiadanie siły rynkowej niższej niż można by przypuszczać w przypadku posiadania tak znaczącego udziału w rynku. W swojej decyzji, Prezes UOKiK podkreślił, że producent tak specyficznego produktu, jakim jest guma do żucia, nie ma istotnej siły przetargowej w relacjach handlowych z dystrybutorami. Sprzedaż tego rodzaju produktów generuje bowiem bardzo nieznaczny odsetek przychodów dystrybutorów. Dodatkowo Prezes UOKiK uznał, że siłę rynkową strony postępowania obniżają występujące na rynku dystrybucji tendencje konsolidacyjne. Ostatecznie pozycja rynkowa Wrigley Poland sp. z o.o. oceniona została jako dominująca, na co wpływ miała analiza barier wejścia na rynek oraz znaczna rozpoznawalność marki.

V. Możliwość poszerzenia podejścia do przeprowadzania analizy jakościowej

Dokumentem, na którym można opierać się przy doborze argumentów jakościowych, w celu przeprowadzenia jakościowej analizy pozycji rynkowej przedsiębiorcy, są Wytyczne Komisji. W treści dokumentu Komisja wskazuje na konieczność zbadania podstawowych czynników, takich jak: struktura konkurencji na rynku, struktura udziałów rynkowych czy bariery wejścia i wyjścia z rynku. Dodatkowo, wskazuje jednak również na inne aspekty, których badanie może pozwolić na

[28] Decyzje Prezesa UOKiK z 29.12.2008 r., RBG – 45/2008 oraz z 7.07.2009 r., DOK-3/2009.
[29] Decyzja Prezesa UOKiK z 29.12.2008 r., RBG – 45/2008.
[30] Decyzja Prezesa UOKiK z 30.01.2009 r., RGD-1/2009.
[31] Decyzja Prezesa UOKiK z 29.01.2009 r., DOK-1/2009.
[32] Decyzja Prezesa UOKiK z 9.07.2010 r., RGD-9/2010.
[33] Decyzja Prezesa UOKiK z 14.03.2008 r., RWR-14/2008.
[34] Decyzja Prezesa UOKiK z 26.08.2010 r., DOK-8/2010.

przeprowadzenie obiektywnej analizy jakościowej, np. badanie barier ograniczających ekspansję na rynku (takich jak uprzywilejowany dostęp do zasadniczych czynników produkcji, zasobów naturalnych lub ważnych technologii czy też uczestnictwo w ugruntowanej sieci dystrybucji), badanie wyrównawczej siły nabywczej czy badanie pozycji odbiorców i dostawców czynników produkcji.

Innym dokumentem zawierającym możliwe do wykorzystania argumenty jakościowe są Wyjaśnienia UOKiK w sprawie oceny zgłaszanych koncentracji[35] (dalej: Wyjaśnienia UOKiK) oraz Wytyczne w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw[36] (dalej: Wytyczne horyzontalne). Wyjaśnienia UOKiK oraz Wytyczne horyzontalne zostały stworzone w celu badania skutków procesów koncentracyjnych, niemniej część wskazanych w tych dokumentach metod identyfikacji ograniczeń konkurencji może być stosowana również do przeprowadzenia analogicznego badania w kontekście oceny pozycji rynkowej przedsiębiorcy w postępowaniach w sprawie nadużywania pozycji dominującej. Wyjaśnienia UOKiK zwracają uwagę na konieczność zbadania m.in. fluktuacji udziałów rynkowych, łatwości zmiany kontrahentów (stosowanie długoterminowych umów), fazy rozwoju rynku czy też specyfiki funkcjonowania danego rynku.

Należy podkreślić, że katalog możliwych do wykorzystywania argumentów jakościowych jest otwarty. Zasadniczo w postępowaniach antymonopolowych analizie powinny być poddawane argumenty dobrane do danej sprawy i do rodzaju działalności przedsiębiorcy. Dodatkowo, ocena pozycji rynkowej przedsiębiorcy może zostać poparta analizą wskaźników ekonomicznych, takich jak Indeks Lernera (dla strony postępowania oraz – jako punktu odniesienia – dla konkurentów), elastyczność cenowa popytu czy badanie preferencji konsumentów.

Argumenty jakościowe, będące elementami procesu oceny pozycji rynkowej przedsiębiorcy, mogą odnosić się do struktury przedsiębiorstwa i wpływu, jaki wywiera ono na kontrahentów lub do struktury rynku, na którym przedsiębiorca działa. Czynniki odnoszące się do struktury przedsiębiorstwa mogą opierać się na rozmiarze przedsiębiorstwa, pozwalającym na większą swobodę działania na rynku, jego zdolnościach gospodarczych, technicznych, produkcyjnych, międzynarodowej pozycji oraz stopniu integracji wertykalnej. Czynniki charakteryzujące strukturę rynku, to m.in. wielkość konkurentów, bariery wejścia oraz konkurencja potencjalna[37].

Pojęcie siły rynkowej czy też potencjału rynkowego nie jest zarezerwowane wyłącznie do postępowań antymonopolowych. Dziedziny nauki zgłębiające zasady funkcjonowania przedsiębiorców, takie jak ekonomia, marketing i nauki o zarządzaniu, charakteryzują i definiują silnego przedsiębiorcę zwykle jako model, do którego należy dążyć przy użyciu odpowiednich technik zarządczych. Przegląd literatury opisującej modelowego przedsiębiorcę o istotnym potencjale rynkowym może pomóc w znalezieniu cech i argumentów, których zbadanie w odniesieniu do strony postępowania antymonopolowego może doprowadzić do obiektywnych wniosków w kwestii oceny jego pozycji rynkowej. Czynniki te mogą stanowić również potencjalne argumenty dla przedsiębiorców, wobec których toczy się postępowanie antymonopolowe.

W ujęciu zarządzania strategicznego[38] silna pozycja rynkowa przedsiębiorstwa może wynikać z efektywności operacyjnej, skutkującej możliwością oferowania produktów wyższej jakości

[35] Wyjaśnienia dotyczące oceny przez Prezesa UOKiK zgłaszanych koncentracji, UOKiK (2012.06.11).

[36] Wytyczne w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw na mocy rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (2004/C 31/03).

[37] Z. Brodecki (red.), *Konkurencja*…, s. 240.

[38] M.E. Porter, *Porter o konkurencji*, PWE, Warszawa 2001, s. 47–80.

po niższej cenie. Zatem analiza możliwości bądź braku możliwości stosowania przez przedsiębiorcę działającego na rynku atrakcyjnych cen, a także porównanie efektywności operacyjnej przedsiębiorcy do efektywności konkurentów może pozwolić na sprawdzenie czy przedsiębiorcę tego cechuje istotna siła rynkowa. Dodatkowo, analizie podlegać może umiejętność tworzenia przewagi konkurencyjnej przez przedsiębiorcę (obniżanie kosztów, zwiększanie zróżnicowania oferty, zwiększenie zasięgu konkurowania) oraz jego zdolność do dostosowania się do nowych warunków konkurencyjnych.

W procesie przeprowadzania analizy jakościowej weryfikacji może podlegać również potencjał przedsiębiorcy[39], rozumiany nie tylko jako posiadane przez niego zasoby, również lecz także kompetencje, charakteryzują one bowiem aktualną jego zdolność ekonomiczną, organizacyjną i techniczną do przetrwania i rozwoju.

W ujęciu marketingowym silna pozycja przedsiębiorcy[40] przejawia się w prowadzonych przez niego różnorodnych działaniach marketingowych i promocyjnych, wspierających jego działalność rynkową. Niezwykle istotna jest również umiejętność przedsiębiorcy do dostosowywania się do zmian pojawiających się na rynku. Badając reakcje przedsiębiorcy na zachodzące na rynku zmiany, można wywnioskować czy zachowuje się on jak lider rynkowy czy też stara się nadążyć za konkurentami i nie ulec presji konkurencyjnej na rynku[41].

O pozycji konkurencyjnej przedsiębiorcy świadczy również jego standing finansowy[42]. Kondycja finansowa przedsiębiorstwa wiąże się bowiem z jego wiarygodnością i siłą ekonomiczną na rynku, co bezpośrednio wpływa na zaufanie kontrahentów. Należy zauważyć, że wyniki analizy finansowej działalności przedsiębiorcy nie są wyłącznie jego wewnętrzną sprawą. Finanse przedsiębiorcy mogą stanowić wyznacznik jego siły, ale również – narzędzie walki konkurencyjnej. W warunkach silnej konkurencji przedsiębiorstwa powinny interesować się standingiem finansowym konkurentów, aby móc wykorzystać tę wiedzę w najbardziej dogodnym momencie. Brak wiedzy o kontrahentach może stanowić zatem jedną z istotnych przesłanek posiadania silnej pozycji rynkowej.

Wykorzystując badanie standingu finansowego przedsiębiorcy jako argumentu przemawiającego za posiadaniem przez niego istotnej siły rynkowej, można spotkać się z zarzutem, iż „karze" się przedsiębiorców za dobrą organizację i umiejętność zarządzania oraz funkcjonowania na rynku. Niemniej należy pamiętać, że nie jest zabronione posiadanie pozycji dominującej na rynku. Zabronione jest jedynie jej nadużywanie[43].

VI. Podsumowanie

Badanie wykorzystywania analizy jakościowej w postępowaniach antymonopolowych dotyczących spraw o nadużywanie pozycji dominującej przed Prezesem UOKiK wykazało, że stosowanie tego narzędzia nie jest regułą. W ponad połowie (ok. 58%) postępowań, w których możliwe było zastosowanie tego rodzaju analizy, ocenę pozycji rynkowej strony postępowania oparto wyłącznie na kryterium ilościowym (analiza podstawowa lub poszerzona).

39 I. Penc-Pietrzak, *Planowanie strategiczne w nowoczesnej firmie*, Wolters Kluwer business, Warszawa 2010 s. 184.

40 P. Kotler, *Marketing, Analiza, planowanie, wdrażanie i kontrola*, Northwestern University, wyd. 8, Warszawa 1994, s. 46.

41 Ibidem, s. 81.

42 Witold Bień, *Zarządzanie finansami przedsiębiorstwa*, Difin, Warszawa 1999, s. 81.

43 M.in. K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa*…, s. 336.

Należy podkreślić, że zastosowanie analizy jakościowej pozwala na bardziej kompleksową i obiektywną ocenę sytuacji i pozycji rynkowej przedsiębiorcy. W przeciwieństwie do postępowań, w których ocenie pozycji rynkowej przedsiębiorcy służyła wyłącznie analiza ilościowa, w przypadku przeprowadzenia analizy jakościowej możliwe jest uznanie, że pomimo relatywnie wysokiego udziału, przedsiębiorca nie jest dominantem rynkowym bądź też, że relatywnie niski udział rynkowy nie przesądza o braku posiadania takiej pozycji. Prowadzenie analizy jakościowej powinno zatem stanowić regułę w postępowaniach antymonopolowych.

Wobec istnienia przewagi analizy jakościowej nad wyłącznym domniemaniem prawnym i prostą analiza ilościową należy się zastanowić, dlaczego przeprowadzanie takiej analizy nie jest stałym etapem podejmowania decyzji w postępowaniach antymonopolowych. Ważną konkluzją przeprowadzonego badania byłoby wskazanie po której stronie – Urzędu czy też strony postępowania – leży przyczyna takiej sytuacji.

Na podstawie treści przeanalizowanych decyzji trudno jest wskazać jednoznacznie, jaki jest stosunek Prezesa UOKiK do stosowania jakościowego badania pozycji rynkowej przedsiębiorców. Domniemanie prawne zawarte w art. 4 pkt 10 uokik z 2007 r. daje Prezesowi Urzędu możliwość braku stosowania tego rodzaju argumentów w sprawach, w których udział rynkowy przedsiębiorcy przekracza próg 40%. Niemniej treść decyzji wskazuje, że w części spraw Prezes Urzędu podejmuje szerszą analizę jakościową. Niezależnie jednak od podejścia Prezesa UOKiK, należy podkreślić, że każdorazowo stronie postępowania antymonopolowego przysługuje prawo do prezentowania własnych dowodów i argumentów w postępowaniu.

Postępowania, w których przedsiębiorcy stosowali argumentację jakościową w procesie wyznaczania ich pozycji na rynku właściwym są jednostkowe. Można jedynie przypuszczać, że przyczyną braku zainteresowania przedsiębiorców taką formą współpracy z Prezesem UOKiK może być brak świadomości o możliwości podjęcia tego rodzaju kroków lub brak obiektywnych informacji, które mogłyby zostać wykorzystane jako argumenty w postępowaniu. W niektórych sprawach niepodejmowanie tego rodzaju kroków może być również działaniem świadomym bądź wynikającym z przekonania o faktycznym zajmowaniu silnej pozycji rynkowej.

Przyczyny niekorzystania przez przedsiębiorców z przysługującego im prawa do podjęcia dyskusji z Prezesem Urzędu w tej kwestii nie są zatem jasne. Analizując treść decyzji Prezesa UOKiK można łatwo zauważyć, że zdecydowanie częściej przedsiębiorcy przedstawiają swoje uwagi do sposobu definiowania rynku właściwego. Należy jednak pamiętać, że również na etapie ustalania pozycji rynkowej przedsiębiorca może bronić się przed koniecznością poniesienia kary, w przypadku gdy uważa, że podejmowane przez niego działania są niezbędne do prowadzenia działalności na rynku.

Piotr Nowaczyk*, Szymon Syp**

Arbitraż a prawo konkurencji – wybrane zagadnienia teoretyczne i praktyczne

Spis treści

I. Wprowadzenie
   1. Uwagi ogólne
   2. Stan faktyczny – potencjalny kazus
II. Czy arbiter może stosować prawo konkurencji w kontekście dopuszczalności poddania sporu pod międzynarodowy arbitraż handlowy?
III. Które prawo konkurencji powinien stosować arbiter?
IV. Podsumowanie

Streszczenie

Przedmiotowy artykuł[1] stanowi ujęcie wybranych zagadnień prawnych dotyczących wzajemnych relacji pomiędzy międzynarodowym arbitrażem handlowym a prawem konkurencji. Dominująca perspektywa ujęcia tematyki zastosowana w artykule została określona jako perspektywa arbitra (rzecz jasna jako jedna z kilku możliwych). Autorzy wskazują na dwie kwestie węzłowe o znaczeniu uniwersalnym (międzynarodowym) będące odpowiedzią na pytania: 1) czy arbiter może (a może musi) stosować prawo konkurencji? (w kontekście dopuszczalności poddania sporu pod arbitraż); 2) które prawo konkurencji powinien stosować arbiter? Wywody w toku artykuły będą odnosiły się do abstrakcyjnego stanu faktycznego potencjalnego sporu, który zmuszony byłby rozstrzygnąć sąd arbitrażowy, a który zostanie rozstrzygnięty przez Autorów artykułu. Takie określenie tematyki pozwala następnie na wyciągnięcie wniosków *de lege lata* oraz *de lege ferenda* w zakresie relacji pomiędzy prawem konkurencji a międzynarodowym arbitrażem handlowym dla rozstrzygającego spory arbitra.

Słowa kluczowe: prawo konkurencji; arbitraż; międzynarodowy arbitraż handlowy; rozstrzyganie sporów,; prawo konkurencji UE.

* *Chartered Arbitrator*, Partner Dentons, adwokat w Warszawie i w Paryżu, członek Międzynarodowego Sądu Arbitrażowego ICC, Prezes Sądu Arbitrażowego przy KIG (2006–2009), członek zarządu Polskiego Stowarzyszenie Sądownictwa Polubownego.

** Doktorant stacjonarny w Zakładzie Prawa Międzynarodowego Prywatnego oraz Ochrony Konkurencji i Konsumentów, Szkoła Główna Handlowa, członek Polskiego Stowarzyszenie Sądownictwa Polubownego.

[1] Niniejszy artykuł stanowi **rozszerzenie i pogłębienie rozważań**, które wstępnie zostały zaprezentowane przez Autorów w ramach dwóch artykułów opublikowanych w tygodniku „Gazeta Finansowa". Por. P. Nowaczyk, Sz. Syp, *Arbitraż a prawo konkurencji*, „Gazeta Finansowa", 27 kwietnia 2012 r. (artykuł również dostępny na stronie internetowej: http://www.antitrust.pl/2012/04/arbitraz-a-prawo-konkurencji-piotr-nowaczyk-szymon-syp); P. Nowaczyk, Sz. Syp, *Które prawo konkurencji ma stosować arbiter?,* „Gazeta Finansowa", 29 czerwca 2012 r. (artykuł dostępny na stronie internetowej: http://korporacyjnie.pl/ktore-prawo-konkurencji-ma-stosowac-arbiter).

I. Wprowadzenie

1. Uwagi ogólne

Rola alternatywnych metod rozstrzygania (rozwiązywania) sporów w międzynarodowym obrocie handlowym (gospodarczym) wzrasta[2]. Dominującą metodą rozwiązywania sporów z komponentem międzynarodowym, a więc pomiędzy podmiotami uczestniczącymi w międzynarodowym obrocie handlowym, stał się międzynarodowy arbitraż handlowy[3] (ang. *international commercial arbitration*)[4]. Jak słusznie wskazuje J. Kociubiński „[…] warunkiem *sine qua non* rozwoju arbitrażu jest konkurencyjna gospodarka wolnorynkowa. Innymi słowy – **im większe znaczenie mechanizmów rynkowych, tym ważniejszą rolę odgrywa arbitraż**"[5].

Międzynarodowy arbitraż handlowy jest sytuacją, w której arbiter (innymi słowy – sędzia prywatny) ma za zadanie rozstrzygnąć spór handlowy pomiędzy stronami – podmiotami biorącymi udział w międzynarodowym obrocie gospodarczym, poprzez wydanie wyroku (orzeczenia) arbitrażowego. Co istotne, **uprawnienie arbitra (bądź arbitrów) wynika z woli stron**, które poddały (uprzednio bądź następczo) rozstrzygnięcie określonego sporu wynikającego z umowy handlowej (kontraktu handlowego) pod sąd arbitrażowy. Strony (zasadniczo spółki handlowe o zasięgu międzynarodowym) decydują się na zawarcie klauzuli arbitrażowej[6] w umowie handlowej ze względu na to, iż **ma ona dla nich znaczącą wartość ekonomiczną**[7]. Znaczenie arbitrażu (*ergo* jego korzyści ekonomiczne dla stron umowy handlowej zawierającej klauzulę arbitrażową) potęguje swoboda stron dotycząca wyboru wielu elementów postępowania arbitrażowego. Strony mogą wybrać konkretny sąd polubowny, skład arbitrów, sposób ich powołania, miejsce i czas postępowania, czy też zasady rozstrzygania sporu. Nie ulega wątpliwości, że zaletami arbitrażu są zasadniczo: prostsza niż sądownictwa powszechnego procedura postępowania, przewidywalne z góry koszty, jednoinstancyjność i szybkość postępowania. Ponadto, sąd polubowny jest dyskretny, postępowanie poufne, gwarantuje więc poszanowanie interesów stron i ich tajemnic handlowych (przedsiębiorstw)[8]. Powszechnie uważa się, że arbitrzy – jako wybitni specjaliści – lepiej rozumieją biznes niż sędziowie sądów powszechnych (ang. *more business-oriented*), co ma niebagatelne znaczenie dla stron sporu. *Last but not least*, wyroki arbitrażowe są powszechnie uznawane i wykonywane na całym świecie ze względu na międzynarodowe konwencje w szczególności – Konwencję o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych orzeczeń arbitrażowych z dnia 10 czerwca 1958 r. sporządzoną w Nowym Jorku[9].

[2] Zob. szerzej, kilka z wielu: A. Tynel, J. Funk, W. Chwalej, B. Fuchs, M. Pazdan (red.), *Międzynarodowe prawo handlowe,* wyd. II, brakuje wydawnictwa, Warszawa 2006, s. 331 i n.; A. Szumański (red.), *Arbitraż handlowy.* T. 8, *System Prawa Handlowego*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2010. Por. również w zakresie międzynarodowego arbitrażu handlowego w krajach Europy Środkowej – A. Tynel, *Międzynarodowy arbitraż handlowy w krajach Europy Środkowej*, Difin, Warszawa 1999.

[3] Inaczej: sądownictwo polubowne. Oba zwroty będą używane zamiennie w niniejszym artykule.

[4] O zaletach arbitrażu zob. A. Tynel, J. Funk, W. Chwalej, B. Fuchs, M. Pazdan (red.), *Międzynarodowe prawo handlowe*…, s. 336 i n.

[5] J. Kociubiński, *Arbitraż w europejskim prawie konkurencji – zarys problemu*, „Kwartalnik ADR" 2012, nr 2(18), s. 160.

[6] Por. modelowa klauzula arbitrażowa, dostępna na stronie internetowej Sądu Arbitrażoweg przy Krajowej Izbie Gospodarczej: „Wszelkie spory wynikające z niniejszej umowy lub powstające w związku z nią będą rozstrzygane przez Sąd Arbitrażowy przy Krajowej Izbie Gospodarczej w Warszawie stosownie do Regulaminu tego Sądu obowiązującego w dacie wniesienia pozwu". Pobrano z: http://www.sakig.pl/pl/arbitraz/modelowe-klauzule-arbitra%C5%BCowe.

[7] Tak: M.R. Lee, *Antitrust and Commercial Arbitration: An Economic Analysis*, "St. John's. Law Review" 1987, Vol. 62, No. 1, s. 1–2, który wskazuje, że dzięki klauzuli arbitrażowej w umowach handlowych strony uzyskują oszczędność kosztów transakcyjnych.

[8] Zob. szerzej: *Arbitration and Competition* (2010), Organisation for Economic Co-operation and Development, DAF/COMP, 2010, No. 40, s. 7–8 (dalej: *Arbitration and Competition*); pobrano z: www.oecd.org (10 lipca 2013).

[9] Tekst konwencji internetowej pobrano z: www.newyorkconvention.org. (10 lipca 2013).

Międzynarodowy arbitraż handlowy i jego powiązanie z prawem konkurencji[10] (lub prawem antytrustowym, ang. *antitrust law*, jak jest ono nazywane w Stanach Zjednoczonych Ameryki) są **przedmiotem żywej dyskusji** zarówno na gruncie reprezentowanym przez teoretyków prawa i ekonomii, jak i praktyków (w szczególności arbitrów[11])[12]. Wzajemne relacje (zależności) arbitrażu i prawa konkurencji pojawiają się wówczas, gdy spór handlowy pomiędzy podmiotami dotyka delikatnych kwestii sprowadzających się do następujących pytań: czy dopuszczalne jest poddanie sporu pod międzynarodowy arbitraż handlowy; czy arbiter może (a może musi) stosować prawo konkurencji; które prawo konkurencji powinien stosować arbiter? Stąd też celem niniejszego artykułu jest przybliżenie wzajemnych relacji międzynarodowego arbitrażu handlowego oraz prawa konkurencji i odpowiedź na wskazane pytania. Wspomnieć należy, że przedstawione wywody stanowić będą przemyślenia z perspektywy arbitra (jako perspektywy dominującej[13]) – jako arbitralnie wybranej przez Autorów.

2. Stan faktyczny – kazus

Zanim zostaną zaprezentowane kwestie węzłowe, pozwolimy sobie przedstawić pewien abstrakcyjny stan faktyczny, aby nadać artykułowi wymiar praktyczny.

Rozważmy przykład **umowy franchisingowej**[14] jako rodzaju dystrybucji, zawieranej przez trzy strony. Organizatorem sieci restauracji jest spółka działająca pod firmą **Dobrze Zjeść** z siedzibą w Londynie, Wielka Brytania (dalej: Franchisingodawca Nr 1), która dysponuje tzw. pakietem franchisingowym wraz z i przy udziale spółki pod firmą **Dobrze Wypić** z siedzibą w Kijowie, Ukraina (dalej: Franchisingodawca Nr 2). Kompletność pakietu franchisingowego zależy od współudziału w przedsięwzięciu dwóch odrębnych podmiotów organizacyjnych, tj. Dobrze Zjeść oraz Dobrze Wypić, przy czym ta druga spółka dostarcza jedynie określonych napojów w ramach pakietu. Wspomniane spółki zawierają umowę franchisingu ze spółką działającą pod firmą **Dobrze Zjeść i Wypić** z siedzibą w Warszawie, Polska (dalej: Franchisingobiorca). Spółka Dobrze Zjeść udziela Franchisingobiorcy prawa posługiwania się pakietem franchisingowym przy świadczeniu

[10] Prawo konkurencji będzie rozumiane w niniejszym artykule jako gałąź prawa publicznego, której fundamentem jest regulacja zachowań rynkowych przedsiębiorców. W zakresie prawa konkurencji można wyróżnić dwie grupy przepisów. Pierwsze dotyczą: zakazu stosowania praktyk ograniczających konkurencję (a więc porozumień, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji oraz nadużywania pozycji dominującej). Druga grupa przepisów dotyczy prewencyjnej kontroli koncentracji (obowiązkowa notyfikacja zamiarów określonych koncentracji w celu ograniczenia ryzyka dojścia do skutku transakcji, które mogą doprowadzić do istotnego ograniczenie konkurencji na danym rynku właściwym). Trzecim zagadnieniem prawa konkurencji jest nadzór nad pomocą publiczną udzielaną przez państwo bądź też ze środków publicznych (pomoc publiczna może bowiem prowadzić do zakłócenia konkurencji przez faworyzowanie niektórych przedsiębiorców). Artykuł dotyczy zasadniczo praktyk ograniczających konkurencję. Co do związków pomiędzy arbitrażem a prawem kontroli koncentracji zob. A. Jurkiewicz, *Rola arbitrażu w kontroli połączeń przedsiębiorstw w prawie Wspólnoty Europejskiej,* [w:] E. Piontka (red.), *Reforma wspólnotowego prawa konkurencji*, Kantor Wydawniczy Zakamycze, Warszawa 2005.

[11] Zob. przykładowo jako jeden z wielu: G. Blanke, P. Landolt (red.), *EU and US Antitrust Arbitration: A Handbook for Practitioners,* Wolters Kluwer, 2011.

[12] Również w polskim piśmiennictwie temat powiązań arbitrażu oraz prawa konkurencji jest coraz częściej przedmiotem rozważań, przy czym dominuje ujęcie uwzględniające prawo konkurencji Unii Europejskiej. Zob. publikacje o charakterze ogólnym: J. Kociubiński, *Arbitraż w europejskim prawie konkurencji – zarys problemu*, „Kwartalnik ADR" 2012, nr 2(18); M. Szpunar, *Sądownictwo polubowne wobec prawa konkurencji Wspólnoty Europejskiej,* [w:] L. Ogiegło, W. Popiołek, M. Szpunar (red.), *Rozprawy prawnicze. Księga pamiątkowa Profesora Maksymiliana Pazdana*, Kantor Wydawniczy Zakamycze, Kraków 2005; T. Zinkiewicz, *Rola arbitrażu międzynarodowego w rozstrzyganiu sporów z zakresu europejskiego prawa konkurencji,* [w:] M. Sendrowicz (red.), *Wybrane zagadnienia prawa ochrony konkurencji oraz regulacji w sprawie ochrony praw konsumentów. Publikacja jubileuszowa Koła Naukowego Ochrony Konkurencji i Konsumenta*, Warszawa 2013, pobrano z: http://www.antitrust.pl/2013/05/publikacja-jubileuszowa-kola-naukowego-ochrony-konkurencji-i-konsumenta/; A. Żabówka, *Stosowanie wspólnotowego prawa konkurencji w międzynarodowym arbitrażu handlowym,* [w:] E. Piontek (red.), *Nowe tendencje w prawie konkurencji UE*, Wolters KLuwer, Warszawa 2008. W sprawie relacji arbitrażu oraz prawa kontroli koncentracji w UE, L. Radicati di Brozolo, *Arbitration in EC Merger Control: Old Wine in a New Bottle,* „European Journal of Business Law", 2007, p. 7 i n..: A. Jurkiewicz, *Rola arbitrażu w kontroli połączeń przedsiębiorstw w prawie Wspólnoty Europejskiej,* [w:] E. Piontek (red.), *Reforma wspólnotowego prawa konkurencji*, Wolters Kluwer, Warszawa 2005.

[13] Oczywiście, przedstawione kwestie mają również znaczenie dla stron sporu handlowego, organów antymonopolowych czy też sądów kontrolujących wyroki sądów arbitrażowych. Konsekwentnie więc, na inne aspekty przedstawionej w artykule problematyki zwrócić mogą wspomnianne podmioty. Perspektywę zarówno sądów, jak i arbitrów opisuje m.in.: L. Radicati di Brozolo, *Arbitration and Competition Law: The Position of the Courts and of Arbitrators* [w:] *Arbitration and Competition…*, s. 31 i n.

[14] Szerzej o umowie franchisingu zob. S. Włodyka (red.), *Prawo umów handlowych.* T. 5, *System Prawa Handlowego*wyd. 3, Wydawnictwo C.H.Beck, Warszawa 2011, s. 639 i n.; A. Koch, *Umowa franchisingowa*, RPEiS 1980, z. 3, s. 3 i n.; L. Stecki, *Franchising*, TNOiK, Toruń 1993.

usług gastronomicznych i do stałego udzielania jej pomocy. Spółka Dobrze Wypić zobowiązuje się dostarczać spółce polskiej w ramach zawartej umowy określonych napojów, będących znakiem firmowym sieci franchisingowej (dystrybucji) rozwiniętej na całym świecie. Franchisingobiorca zobowiązuje się do prowadzenia we własnym imieniu i na własny rachunek działalności gospodarczej objętej umową w sposób wynikający z pakietu franchisingowego, do poddania się w tym zakresie kontroli obu franchisingodawców oraz do zapłaty umówionego wynagrodzenia. Dodatkowo, spółka Dobrze Wypić nalegała (dodajmy z sukcesem), aby w umowie franchisingu strony wpisały postanowienie umowne o następującego treści: Spółka Dobrze Zjeść i Wypić ma obowiązek realizowania sprzedaży oferowanych przez siebie napojów po cenie ustalonej przez Dobrze Wypić oraz do stosowania wszelkich zmian oraz obniżek promocyjnych, o których zostanie powiadomiony przez Dobrze Wypić[15]. Strony ponadto zawarły w umowie klauzulę arbitrażową o następującej treści: **Wszelkie spory wynikające z niniejszej umowy lub powstające w związku z nią będą rozstrzygane przez Sąd Arbitrażowy przy Krajowej Izbie Gospodarczej w Warszawie stosownie do Regulaminu tego Sądu obowiązującego w dacie wniesienia pozwu.** Prawo właściwe dla umowy franchisingowej zostało określone jako prawo polskie. Po czterech latach wzajemnie korzystnej współpracy, Franchisingobiorca zaczyna sprzedawać napoje po cenie odmiennej od tej ustalonej przez Franchisingodawcę Nr 2. Franchisingodawca pozywa o odszkodowanie Franchisingobiorcę przed Sądem Arbitrażowym przy Krajowej Izbie Gospodarczej z uwagi na naruszenie postanowienia umowy franchisingowej dotyczącej sprzedaży po cenie sztywnej napojów Franchisingodawcy Nr 2. Na arbitrów zostają wyznaczeni przez strony Piotr Nowaczyk oraz Szymon Syp. Arbitrzy zastanawiają się nad wyborem przewodniczącego zespołu orzekającego.

II. Czy arbiter może stosować prawo konkurencji w kontekście dopuszczalności poddania sporu pod międzynarodowy arbitraż handlowy?

W literaturze podkreśla się, że zakres uprawnień bądź zobowiązań arbitra do stosowania prawa konkurencji w toku postępowania arbitrażowego jest różny i zależy w dużej mierze od określonej jurysdykcji[16]. Chociaż coraz częściej kwestie dotyczące prawa konkurencji pojawiają się w sądach arbitrażowych, to jednak **brak jest ujednoliconego stanowiska**, które by formułowało wskazówki mówiące o tym, jak radzić sobie z takimi kwestiami. Istota pytania: czy arbiter może stosować prawo konkurencji, jest kwestią pierwotną dotyczącą zdatności poddania arbitrażowi sporów handlowych dotyczących prawa konkurencji. Odpowiedzi na wspomniane pytanie udzieliło jednoznacznie orzecznictwo amerykańskie i to ono wywarło wpływ na postrzeganie tegoż problemu przez społeczność arbitrażową.

Początkowo, na kanwie wyroku w sprawie *American Safety*[17], uznano, że **prawo konkurencji oraz wynikające z niego spory handlowe nie mogą być rozpatrywane w drodze arbitrażu**. Innymi słowy, sąd amerykański (Drugiego Okręgu) uznał, że prawo konkurencji nie nadaje się do

[15] O relacjach pomiędzy umową franchisingu a prawem konkurencji zob. M. Skrzek, E. Wojtaszek, *Reguły konkurencji a franchising*, Warszawa 1992. Zobacz w szczególności decyzję Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów nr DOK - 1/2013 z dnia 25 czerwca 2013 r. Zgodnie ze wspomnianą decyzją zawarcie przez franchisingodawcę z przedsiębiorcami prowadzącymi na zasadzie franczyzy restauracje objęte pakietem franchisingowym udzielonym przez franchisingodawcę porozumienia ograniczającego konkurencję polegającego na ustalaniu sztywnych cen sprzedaży produktów oferowanych w restauracjach jest zakazane, zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2007 r. Nr 50, poz. 331 z późn. zm.) (dalej: ustawa o ochronie konkurencji).

[16] *Arbitration and Competition*…, s. 11.

[17] American Safety Equipment Corp. v. J.P. Maguire & Co. 391 F. 2d 821 (2d Cir. 1968) (dalej: wyrok w sprawie *American Safety)*.

arbitrażu (ang. *not suitable for arbitration*). Argumenty wysunięte przez wspomniany sąd i będąca ich konsekwencją doktryna orzecznicza zostały potwierdzone *par excellence* przez sądy sześciu innych okręgów[18]. W istocie tzw. doktryna American Safety opierała się na czterech twierdzeniach wskazujących, że sądy nie powinny uwzględniać poddania sporów z zakresu prawa konkurencji pod arbitraż, gdyż: 1) postępowanie sądowe jest lepiej niż postępowanie arbitrażowe przystosowane do rozwiązywania skomplikowanych kwestii prawnych związanych z prawem konkurencji[19]; 2) arbitrzy są zasadniczo negatywnie nastawieni do prawa konkurencji[20]; 3) umowy handlowe zawierające klauzule arbitrażowe są zasadniczo umowami o charakterze adhezyjnym[21]; 4) spowoduje to zmniejszenie (redukcję) odstraszających (ang. *deterrence*) skutków (efektów) prawa konkurencji[22]. Ten ostatni argument jest najczęściej przywoływany przez proponentów doktryny American Safety[23].

Dopiero po kilkunastu latach od wydania wyroku w sprawie *American Safety*, w sprawie *Mitsubishi*[24] Sąd Najwyższy USA uznał, że **roszczenia wynikające z prawa konkurencji były w zamierzeniu stron sporu o charakterze międzynarodowym poddane arbitrażowi**[25]. Konsekwentnie, Sąd Najwyższy USA odszedł od wcześniejszego stanowiska dotyczącego niestosowania arbitrażu w rozwiązywaniu sporów dotyczących prawa konkurencji i potwierdził iż, pod pewnymi warunkami, kwestie związane z prawem konkurencji mogą być rozstrzygane na drodze arbitrażu. Wyrok w sprawie *Mitsubishi* odrzucił wspomniane wyżej trzy twierdzenia doktryny oraz znacząco obniżył wartość czwartego twierdzenia[26]. Wreszcie sędziowie stwierdzili, że w pewnych sytuacjach **arbitrzy mogą być zobowiązani do stosowania prawa konkurencji**[27].

Nieprzypadkowo rozpoczęliśmy rozważania od przywołania kwestii poddania pod arbitraż sporów wynikających z prawa konkurencji w USA, gdyż oddziałuje ona bezpośrednio na **stosowanie przez arbitrów prawa konkurencji**. Ponadto, wpływ orzecznictwa amerykańskiego na resztę porządków prawnych jest nieoceniony[28].

[18] Zob. *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc*., 723 F.2d 155 (1st Cir. 1983); *Cobb v. Lewis*, 488 F.2d 41 (5th Cir. 1974); *Buffler v. Electronic Computer Programming Inst., Inc*., 466 F.2d 694 (6th Cir., 1972); *Applied Digital Technology, Inc. v. Continental Casualty Co*., 576 F.2d 116 (7th Cir. 1978); *Helfenbein v. International Indus,* 438 F.2d 1068 (8th Cir., 1971); A. *& E. Plastik Pak Co. v. Monsanto Co*., 396 F.2d 710 (9th Cir. 1968).

[19] Ang. *the judicial process is better suited than the arbitral process to resolving the complex issues sometimes raised by these claims*, zob. M.R. Lee, *Antitrust and Commercial Arbitration...*, s. 3. Zob. wyr. w sprawie *American Safety*, s. 827.

[20] Ang. *commercial arbitrators are likely to harbor hostility toward antitrust law*, zob. ibidem, s. 3. Zob. wyrok w sprawie *American Safety*, s. 827.

[21] Ang. *the contracts containing the applicable arbitration clause are likely to be „contracts of adhesion"*, zob. ibidem, s. 3. Zob. wyrok w sprawie *American Safety* , s. 827 i n.

[22] Por. ibidem,, s. 4.

[23] Por. R. Pitofsky, *Arbitration and Antitrust Enforcement*, „New York University Law Review" 1969, Vol. 44, No. 1072. Zob. również: J.R. Allison, *Arbitration Agreements and Antitrust Claims: The Need for Enhanced Accommodation of Conflicting Public Policies*, „North Carolina Law Review" 1986, Vol. 64, No. 219. Warto podkreślić, że konkluzja wyrażająca doktrynę American Safety znajdowała odzwierciedlenie w prawie belgijskim oraz francuskim. Por. *Arbitration and Competition*…, s. 11.

[24] Wyr. SN Stanów Zjednoczonych – *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler- Plymouth, Inc*. 473 U.S. 614 (1985) (dalej: wyrok w sprawie *Mitsubishi*).

[25] Zob. również wyrok w sprawie *Shearson/American Express. Shearson/American Express, Inc. V. McMahon*, 482 U.S. 220 (1987). Dotyczył on rozwiązania sporów wynikających z amerykańskiego prawa papierów wartościowych drogą arbitrażu.

[26] M.R. Lee, *Antitrust and Commercial Arbitration…,* s. 7. Ponadto, przywoływany autor twierdzi, że poddanie sporów z zakresu prawa konkurencji pod arbitraż nie doprowadzi do redukcji odstraszającej funkcji prawa konkurencji, a nawet jeśli, to byłoby to efektywne w sensie ekonomicznym. Por. ibidem, s. 41.

[27] W sprawie *Gemco Latinoamerica, Inc. v. Seiko Time Corp*., 671 F. Supp. 972 9S.D.N.Y (1987) powołano się bezpośrednio na sprawę Mitsubishi i odrzuconą doktrynę American Safety *a limine*. Dodatkowo, sprawa dotyczyła roszczeń z prawa konkurencji i sporu krajowego (federalnego) a nie międzynarodowego, co sugeruje na uniwersalną wartość orzeczenia w sprawie *Mitsubishi*.

[28] Por. *Arbitration and Competition*…, s. 11. W związku ze specyfiką wysokości odszkodowań, jakie mogą zostać zasądzone zgodnie z prawem amerykańskim (tzw. *treble damages* – możliwość zasądzenia przez sąd trzykrotnej wysokości rzeczywiście poniesionej szkody), czy też rozpowszechnieniem pozwów zbiorowych (tzw. *class actions*), w orzecznictwie amerykańskim pojawiła się kwestia możliwości wyłączenia wspomnianych instytucji z zakresu arbitrażu. Sprawa została ostatecznie rozstrzygnięta przez Sąd Najwyższy w 2010 r. w sprawie *Stolt-Nielson SA* (Stolt-Nielsen S.A., et al. v. Animal Feeds International Corp. (08-1198), 2010). Mianowicie Sąd Najwyższy USA uznał, iż nie można dochodzić powództwa zbiorowego na drodze arbitrażu, jeśli klauzula arbitrażowa nie przewidziała tej kwestii. Innymi słowy, klauzula arbitrażowa musi jasno stwierdzać możliwość *class action*.

Analizując zdatność arbitrażową roszczeń z prawa konkurencji w Unii Europejskiej (czy szerzej w Europie), trzeba zauważyć, że większość przedstawicieli europejskiej doktryny prawniczej wskazuje, że w sposób pośredni przyzwolenie na poddanie sporów obejmujących kwestie związane z prawem konkurencji i stosowanie prawa konkurencji przez arbitrów zostało przedstawione w wyroku Trybunału Sprawiedliwości w sprawie *Eco Swiss China Time Ltd. v. Benetton International N.V.*[29].[30]. Na gruncie europejskim, w szczególności doktryna oraz sądy włoskie[31], szwajcarskie[32] i francuskie[33] uznają, że zdolność arbitrażowa sporów dotyczących prawa konkurencji znajduje zastosowanie również w ich porządkach prawnych. Konsekwentnie – Autorzy niniejszego artykułu zajmują stanowisko, że spory handlowe w Polsce, a dotyczące roszczeń z zakresu prawa konkurencji, mogą być poddane arbitrażowi na gruncie prawa polskiego oraz arbitrzy mogą stosować również polskie prawo konkurencji. Nie ma bowiem żadnych racjonalnych powodów, dla których arbitraż miałby zostać wyłączony, a arbitrzy nie mieli takich samych kompetencji w zakresie rozstrzygania sporów z zakresu prawa konkurencji, jakie mają sędziowie sądów powszechnych.

Tytułem podsumowania wątku dotyczącego zdatności arbitrażowej roszczeń wynikających z amerykańskiego oraz europejskiego prawa konkurencji, stwierdzić trzeba, że obecnie w przeważającej mierze doktryna oraz orzecznictwo w USA oraz w Europie stoją na stanowisku, że roszczenia wynikające z prawa konkurencji podlegają arbitrażowi, *ergo* **arbiter może stosować amerykańskie lub europejskie prawo konkurencji w celu rozstrzygnięcia danego sporu**.

Konsekwentnie, aktualnie na świecie szeroko rozpowszechniony jest konsensus, co do możliwości poddania sporów z zakresu prawa konkurencji pod arbitraż. Po pierwsze, wynika to z faktu, że arbitrzy to profesjonaliści, którzy nie mniej kompetentnie (a może i znacząco bardziej kompetentnie) od sędziów zastosują właściwe przepisy prawa konkurencji. Po drugie, ostateczne orzeczenie (wyroki) arbitrażowe podlegają kontroli przez sądy krajowe.

Koronny argument za przymusem stosowania[34] przez arbitrów prawa konkurencji zawiera się w twierdzeniu, które podzielamy *in toto*, iż **arbitrzy winni stosować przepisy wymuszające swoją właściwość[35] do rozwiązania sporu wynikającego z danej umowy handlowej**[36]. Konsekwentnie, uważamy, że arbitrzy rozpoznający daną sprawę **są zobowiązani do stosowania prawa konkurencji, mającego zastosowanie do danego sporu**[37]. Zgodnie z zasadą swobody kontraktowania – strony umowy same mogą ustalić, który reżim prawny należy stosować do określonej umowy. Jednak zarówno **europejskie, jak i amerykańskie prawo konkurencji jest uznawane za prawo obejmujące przepisy wymuszające swoją właściwość**. Są to więc takie

[29] Wyr. Trybunału Sprawiedliwości z 1.06.1999 r., *Eco Swiss China Time Ltd. v. Benetton International N. V.*, sprawa C-126/97, ECR 1999, I-3055. Więcej o wspomnianym wyroku, zob. A. Żabówka, *Stosowanie wspólnotowego prawa konkurencji*…, s. 482 i n. Autorka twierdzi, że „Jest to przełomowe orzeczenie, wskazujące na gotowość wspólnotowego porządku prawnego do zaakceptowania arbitrażu jako metody rozstrzygania zagadnień z zakresu prawa konkurencji oraz dające bardziej szczegółowe wytyczne co do sposobu gwarantowania jego wykonania. Ibidem, s. 476. I dalej: „[…] z rozważań ETS można wysnuć jasny wniosek, że dopuścił w świetle prawa UE sądy polubowne do rozstrzygania zarzutów wynikających z naruszenia prawa konkurencji." Ibidem, s. 496.

[30] Jednocześnie w orzeczeniu w sprawie 102/81, *Nordsee Deutsche Hochseefischerei BgbH v. Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG and Reederei Friedrich Busse Hochseefischerei Nordstern AG & Co.* KG, ECR 1982, 1095 – Trybunał Sprawiedliwości nie zaaprobował możliwości zwracania się przez arbitrów (sąd arbitrażowy) do Trybunału Sprawiedliwości z pytaniem prejudycjalnym (*ergo* sąd arbitrażowy nie został uznany za sąd państwa członkowskiego).

[31] F. Caporale, L'arbitrato e il diritto antitrust: verso un'estensione della competenza arbitrale', (1993) Riv. comm. Int.

[32] Tribunal Federal, 28.04.1992 r. [1992] A.S.A. Bull.

[33] *Societe Aplix v. Scoiete Belcro*, Appel Paris, 14.10.1993 r. [1994] Re. Arb. 165).

[34] Jakkolwiek teza ta jest kontrowersyjna. Wydaje się, że większość doktryny uważa, że arbitrzy mogą, ale nie muszą stosować prawa konkurencji.

[35] Takimi bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa są przepisy traktujące o prawie konkurencji.

[36] Por. L. Radicati di Brozolo, *Arbitration and Competition Law: The Position of the Courts and of Arbitrators* [w:] *Arbitration and Competition*…, s. 31.

[37] Trafnie wyraża to L. Radicati dr Brozolo: *Yet, there is an expectation, perhaps even a requirement, that arbitrators apply competition law*. Ibidem, s. 45.

przepisy prawne, z których wynikają normy bezwzględnie obowiązujące, a których zastosowania nie można wyłączyć umową o wybór prawa i które są stosowane bez względu na to, jakiemu prawu podlega dana umowa. W przeciwnym bowiem wypadku, poważne naruszenie prawa konkurencji czy też nieuzasadniony niczym fakt braku jego zastosowania przez arbitra w danej sprawie może być przyczyną uchylenia wyroku sądu arbitrażowego[38]. Zwraca uwagę Artykuł 41 Regulaminu Arbitrażowego Międzynarodowej Izby Handlowej (ICC), obowiązujący od dnia 1 stycznia 2012 r., zgodnie z którym Sąd i trybunał arbitrażowy działają w duchu regulaminu oraz podejmują wszelkie starania, aby **zapewnić wykonalność wyroku**[39].

Odwołując się do przedstawionego stanu faktycznego[40], niezbędna jest ocena przez arbitrów przejawiająca się w konkluzji, że zastosowanie musi mieć europejskie prawo konkurencji lub polskie prawo konkurencji. Wniosek ten wynika z tego, że w pierwszej kolejności arbitrzy powinni rozważyć czy i ewentualnie które prawo konkurencji może mieć zastosowanie w określonym stanie faktycznym, biorąc pod uwagę skutki danej umowy na określony rynek. *Prima facie*, w przedmiotowym stanie faktycznym skutek umowy franchisingowej nastąpi na terenie Rzeczypospolitej Polskiej, intuicyjnie więc to na tym rynku nastąpi ograniczenie konkurencji i to polskie prawo konkurencji należałoby stosować. Nie stoi to jednak na przeszkodzie, aby arbitrzy wzięli pod uwagę również potencjalne konsekwencje prawne wynikające z europejskiego prawa konkurencji. W omawianym przykładzie – arbitrzy powinni oddalić roszczenie Franchisingodawcy Nr 2 z uwagi na fakt, że powołuje się on na postanowienie umowne z mocy prawa nieważne[41]. Arbitrzy powinni więc podnieść tę kwestię, nawet jeśli Franchisingobiorca nie powoła się na nią. Podsumowując, to na arbitrach ciąży obowiązek (powinność) stosowania przepisów wynikających z prawa konkurencji[42].

Warto bowiem dodać, że wspomniany obowiązek stosowania prawa konkurencji przez arbitrów nie wynika z woli stron (podmiotów), które poddają daną sprawę pod rozstrzygnięcie sądu polubownego. Co więcej, podmioty te mogą nawet przypuszczać, że prawo konkurencji w ogóle nie znajdzie zastosowania w przedmiotowym sporze. Jednakże możliwa jest inna sytuacja – strony same zwrócą uwagę arbitrom na konieczność zastosowania właściwego prawa konkurencji. W praktyce ta druga sytuacja może być dosyć częsta, gdy jedna ze stron twierdzi, że umowa zawarta przez strony sporu jest dotknięta sankcją nieważności[43].

III. Które prawo konkurencji powinien stosować arbiter?

Nim przejdziemy do rozstrzygnięcia kwestii tytułowej, warto wskazać na ograniczenia stosowania prawa konkurencji przez arbitra. Wiąże się to z dystynkcją pomiędzy publicznoprawnym a prywatnoprawnym dochodzeniem roszczeń z prawa konkurencji[44]. Arbitraż jest możliwy w sto-

[38] Szerzej: A. Żabówka, *Stosowanie wspólnotowego prawa konkurencji*…, s. 531 i n.

[39] Regulamin Arbitrażowy ICC dostępny jest w wersji polskiej na stronie internetowej ICC: http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/Rules-of-arbitration/Download-ICC-Rules-of-Arbitration/ICC-Rules-of-Arbitration-in-several-languages/

[40] Por. Część I, pkt 2 artykułu.

[41] Por. art. 6 ust. 1 pkt 1 oraz ust. 3 ustawy o ochronie konkurencji. Zob. również art. art. 101 ust. 2 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz. U. z 2004 r. Nr 90, poz. 864, zał. 2 z późn. zm.; Dz. Urz. UE C 115 z 9 maja 2008 r., s. 47).

[42] W naszej ocenie, stosowanie prawa konkurencji nie zależy od następujących czynników: 1) woli stron stosowania określonego prawa konkurencji (arbiter może zastosować również inne prawa konkurencji); 2) faktu, że jedna ze stron podniesie kwestię stosowania prawa konkurencji – co wiąże się z sentencją *ne eat arbiter ultra petita partium*); 3) woli stron, aby nie stosować prawa konkurencji (wówczas arbitrzy powinni zignorować wolę stron, jeśli uznają, że prawo konkurencji danego porządku prawnego powinno znaleźć zastosowanie). Zob. szerzej: H. Holtzmann, *Powers and duties of arbitrators*, Competition and Arbitration Law, ICC 1993.

[43] Np. umowa zawiera porozumienie ograniczające konkurencję – ustalające ceny (ang. *price-fixing*).

[44] Zob. szerzej: A. Jurkowska-Gomułka, *Publiczne i prywatne egzekwowanie zakazów praktyk ograniczających konkurencję*, Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarzadzania UW, Warszawa 2013.

sunku do roszczeń prywatnoprawnych. Arbiter nie może powstrzymać ani uprzedzić właściwych organów antymonopolowych w zakresie ich kompetencji oraz stosowania przez nie prawa konkurencji[45]. W rezultacie arbiter **może jedynie decydować o cywilnoprawnych konsekwencjach wynikających z naruszenia prawa konkurencji**. Co to oznacza w praktyce? W praktyce oznacza to możliwość uwzględnienia przez arbitra roszczenia strony o odszkodowanie, w rezultacie naruszenia prawa konkurencji przez drugą stronę (prywatnoprawne dochodzenie roszczeń – ang. *private enforcement*) czy też uznania, że dane postanowienie umowne jest nieważne. Ograniczenia umocowania arbitra są widoczne, jeśli zestawimy je z uprawnieniem organu antymonopolowego w zakresie kontroli koncentracji czy też nadzoru nad pomocą publiczną.

Odpowiedź na pytanie: które prawo konkurencji powinien stosować arbiter, nie podlega generalizacji. Wszystko zależy od określonego stanu faktycznego oraz arbitralnej decyzji arbitra (arbitralnej, lecz uzasadnionej, mając na uwadze rozważania powyżej). Dlatego też w omawianym stanie faktycznym to arbitrzy zdecydują, które prawo konkurencji (europejskie lub polskie) znajdzie zastosowanie w ramach sporu. Przechodząc do rozwiązania kazusu, w naszej ocenie właściwe do zastosowania byłoby prawo polskie[46].

IV. Podsumowanie

Międzynarodowy arbitraż handlowy jest normalną, częstą metodą rozwiązywania sporów handlowych. W rezultacie jego znaczenie będzie rosnąć również w zakresie rozwiązywania sporów wynikających z prawa konkurencji. Arbitraż powinien być widziany jako narzędzie służące właściwemu stosowaniu prawa konkurencji na drodze prywatnoprawnej. Zagadnienie jest nowe. Na gruncie prawa polskiego nie było dotychczas szczegółowo badane. Nie doczekało się jeszcze także orzecznictwa. Stąd autorzy pozwalają sobie zwrócić na nie uwagę społeczności arbitrażowej. W przedmiotowym artykule staraliśmy się odpowiedzieć twierdząco na zasadnicze i kategoryczne pytanie: czy arbiter może stosować prawo konkurencji? Uwzględniliśmy również dominującą tezę, że spory z zakresu prawa konkurencji mogą być poddawane arbitrażowi (ang. *arbitrability*).

Wydaje się więc, że odpowiedź na pytanie, które prawo konkurencji powinien stosować arbiter **nie jest łatwa**. Mając na uwadze specyfikę porządku prawnego w USA, Unii Europejskiej czy nawet w Polsce (ich eksterytorialność) arbiter stanie przed koniecznością wyboru jednego lub też drugiego porządku prawnego. Arbiter będzie więc zmuszony, mając na uwadze różnice w poszczególnych systemach prawnych dotyczące prawa konkurencji, wybrać właściwy jego zdaniem porządek prawny. Jak ważny jest to wybór dla rozstrzygnięcia danego sporu, okazuje się najczęściej w przypadku różnego podejścia do tego samego zagadnienia organów ochrony konkurencji (*vide*: porozumienia wertykalne).

Przedstawiony przez nas stan faktyczny i jego rozwiązanie wydają się być proste. Zależy to jednak od konwergencji poszczególnych systemów prawnych (np. polskiego i europejskiego prawa konkurencji). W sytuacji, gdy arbitrzy są postawieni przed wyborem porządków prawnych charakteryzujących się rozbieżnością w wybranych kwestiach (np. prawo amerykańskie i prawo europejskie), wybór prosty już nie będzie.

[45] Wzajemne relacje postępowania arbitrażowego do postępowań toczących się przez organami ochrony konkurencji są poza obszarem niniejszego artykułu. Zob. więcej: M. Szpunar, *Sądownictwo polubowne wobec prawa...*, s. 503 i n. A. Żabówka, *Stosowanie wspólnotowego prawa konkurencji...*, s. 520 i n.

[46] Uwzględniające orzecznictwo antymonopolowe. Zob. zwłaszcza decyzja przywołana w przypisie 17 powyżej.

W przedmiotowym artykule Autorzy starali się przedstawić perspektywę arbitra i określić wzajemne relacje pomiędzy prawem konkurencji a międzynarodowym arbitrażem handlowym, arbitralnie odpowiadając na kilka węzłowych pytań. Reasumując, podkreślić należy, że wzajemne relacje pomiędzy tymi specyficznymi dziedzinami prawa winny charakteryzować się równowagą z korzyścią dla obu. Z jednej strony, właściwe rozumienie międzynarodowego arbitrażu może sprzyjać szerszemu egzekwowaniu prawa konkurencji na drodze prywatnoprawnej. Z drugiej zaś – zrozumienie specyfiki prawa konkurencji (amerykańskiego, europejskiego czy też polskiego) może pozwolić na sprawniejsze prowadzenie postępowania arbitrażowego i uniknięcie ryzyka negatywnej weryfikacji (tj. uchylenia) wyroku sądu arbitrażowego przez sąd państwowy.

Wreszcie, arbitrzy powinni rozumieć, jak wielką rolę odgrywają we wzajemnych relacjach pomiędzy międzynarodowym arbitrażem handlowym a prawem konkurencji.

Tabele orzeczeń Sądu Najwyższego i Sądu Apelacyjnego w Warszawie w sprawach konkurencji za I. półrocze 2013 r.

I. Tabela orzeczeń SN (sygn. akt III SK) wydanych w okresie od 1.01. do 31.06.2013 r.

A. Postanowienia o odmowie przyjęcia skargi kasacyjnej do rozpoznania

Lp.	Sygnatura. Data. Przedmiot sporu. Strony	Najważniejsze wskazane zagadnienia prawne	Uzasadnienie
1.	30/12 2013.03.06 **naruszenie zbiorowych interesów konsumentów** T.S.A. przeciwko Prezesowi UOKIK • Wyrok SA z 29.11.2011 • Wyrok SOKIK z 23.11.2010 • Decyzja Prezesa z 4.09.2009 skarga kasacyjna strony powodowej	1. Ustalenie wiążącej interpretacji art. 14 ust. 6 pkt 2 w związku z art. 17 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o usługach turystycznych". W uzasadnieniu wniosku podniósł, że wyrok SA oczywiście narusza prawo przez błędną interpretację art. 14 ust. 6 pkt 2 w związku z art. 17 pkt 1 ustawy o usługach turystycznych, co spowodowało nałożenie na powoda kary bez uzasadnionej podstawy i w nadmiernej wysokości. Do tej pory SN nie wypowiadał się w przedmiocie interpretacji powołanych przepisów, a wniosek jest dodatkowo uzasadniony potrzebą ich wykładni	W uzasadnieniu wniosku powód trafnie wywodzi, że brak wypowiedzi SN przedmiocie wykładni przepisów powołanych we wniosku o przyjęcie skargi kasacyjnej do rozpoznania może przemawiać za występowaniem w sprawie istotnego zagadnienia prawnego. Nie zwalnia to jednak powoda z obowiązku odpowiedniego sformułowania takiego zagadnienia oraz przedstawienia jurydycznej argumentacji wykazującej istnienie interesu publicznego w rozstrzygnięciu zagadnienia przez SN w określony sposób. Tymczasem „ustalenie wiążącej interpretacji art. 14 ust. 6 pkt 2 w związku z art. 17 ustawy o usługach turystycznych" niewątpliwie nie stanowi zagadnienia prawnego w rozumieniu art. 398^9 § 1 pkt 1 k.p.c.

2.	43/12 2013.04.04 **o ochronę konkurencji** Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo-Usługowe G.S.A. przeciwko Prezesowi UOKIK • Wyrok SA z 21.09.2011 • Wyrok SOKIK z 15.11.2010 • Decyzja Prezesa z 20.04.2007 skarga kasacyjna strony pozwanej	1. „Czy warunkiem wystarczającym do stwierdzenia stosowania praktyki określonej w art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy tj. zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję polegającego na pośrednim ustaleniu cen, jest wykazanie faktu zawarcia tego porozumienia poprzez dowody bezpośrednie w postaci aneksów do umów dystrybucyjnych, ustalających maksymalne rabaty do dalszej odsprzedaży towarów, czy też konieczne jest wykazanie zawarcia tego porozumienia innymi okolicznościami, jak np. wiedzą dystrybutorów o wysokości rabatów udzielonych innym dystrybutorom, wzajemnym kontrolowaniem stosowania maksymalnych rabatów określonych w umowach dystrybucyjnych?”. 2. Potrzeba wykładni przepisu art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy w zakresie kryteriów, jakie należy stosować przy wykładni pojęcia porozumienia w kontekście zaistnienia porozumienia między przedsiębiorcą a dystrybutorami produkowanych lub sprzedawanych przez niego towarów oraz sposobu udowodnienia tego porozumienia.	Z wniosku o przyjęcie skargi Prezesa Urzędu do rozpoznania wynika, że wykładnia tego samego przepisu budzi wątpliwości interpretacyjne skutkujące powstaniem na tle niniejszej sprawy istotnego zagadnienia prawnego; przepis ten jest rozbieżnie interpretowany w orzecznictwie sądowym; a dodatkowo wyrok SA jest w ewidentny sposób sprzeczny z oczywistą, nie budzącą żadnych wątpliwości oraz jednoznaczną i utrwaloną wykładnią art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy. Taka ambisentencja uniemożliwia precyzyjne wyjaśnienie tych sprzeczności, przez co uniemożliwia przyjęcie skargi kasacyjnej do rozpoznania. W uzasadnieniu wniosku o przyjęcie skargi kasacyjnej do rozpoznania ze względu na występowanie istotnego zagadnienia prawnego ograniczono się jedynie do przedstawienia problemu prawnego a nie wywodu prawnego. Dodatkowo zdefiniowany w skardze Prezesa Urzędu problem prawny nie pozostaje w związku z treścią art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy, który to przepis ustanawia zakaz porozumień ograniczających konkurencję w odniesieniu do porozumień cenowych. Chybione jest formułowanie na tle tego przepisu zagadnienia prawnego dotyczącego środków dowodowych, za pomocą których organ antymonopolowy może wykazywać zawarcie porozumienia. Zasadniczą przesłanką, jaką należy wykazać w przypadku powołania się na art. 398^9 § 1 pkt 2 k.p.c. jest występowanie orzeczniczych lub doktrynalnych rozbieżności w wykładni przepisu, a nie w praktyce jego stosowania.

3.	44/12 2013.04.12 **o ochronę konkurencji** N.S.A. przeciwko Prezesowi UOKIK z udziałem zainteresowanej TP.S.A. • Wyrok SA z 22.02.2012 • Wyrok SOKIK z 29.10.2007 • Decyzja Prezesa z 20.04.2007 skarga kasacyjna strony pozwanej	1. Czy sąd drugiej instancji orzekający na skutek uchylenia wyroku przez SN po przeprowadzeniu postępowania kasacyjnego, w ramach którego wiążącej wykładni przepisów prawa unijnego dokonał TSUE, może zastosować przepisy prawa unijnego z pominięciem wykładni dokonanej w tej sprawie przez TSUE. 2. Czy decyzja o umorzeniu postępowania antymonopolowego w przypadku ustalenia stanu faktycznego wskazującego na brak stosowania przez przedsiębiorcę praktyki ograniczającej konkurencję, o której mowa w przepisie art. 82 TWE (obecnie art. 102 TFUE), wyczerpuje zakres zdecydowania o braku podstaw do działania ze strony organu antymonopolowego w myśl art. 5 akapit drugi rozporządzenia 1/2003.	1. Powołane we wniosku zagadnienie prawne zostało już rozstrzygnięte zarówno w orzecznictwie TS (wyroki TS z 16 stycznia 1974 r. w sprawie 166/73 *Rheinmühlen Düsseldorf p. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, Rec. 1974, s. 33; z 12 lutego 1974 r. w sprawie 146/73 *Rheinmühlen Düsseldorf p. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, Rec. 1974, s. 139, a ostatnio z 9 marca 2010 r. w sprawie C-378/08 *ERG i in.*, Zb. Orz. 2010, s. I-1919, pkt 26), jak i SN (postanowienie z dnia 28 kwietnia 2010 r., III CZP 3/10). 2. Nie zachodzi również potrzeba rozstrzygania drugiego z przedstawionych zagadnień prawnych, ponieważ SN wypowiedział się w tej kwestii zarówno w uzasadnieniu postanowienia o przedłożeniu pytania prejudycjalnego w sprawie III SK 2/09, jak i w powołanym powyżej wyroku z dnia 8 czerwca 2011 r.
4.	53/12 2013.06.05 **naruszenie zbiorowych interesów konsumentów** Politechnika w W. przeciwko Prezesowi UOKIK • Wyrok SA z 22.03.2012 • Wyrok SOKIK z 16.09.2009 • Decyzja Prezesa z 08.09.2008 skarga kasacyjna strony powodowej	Czy art. 160 ust. 3 Prawa o szkolnictwie wyższym w brzmieniu sprzed wejścia w życie ustawy z dnia 18 marca 2011 r. nakłada na uczelnie obowiązek określenia w umowach o warunkach odpłatności za studia, zawieranych ze studentami studiów niestacjonarnych, również warunków odpłatności za powtarzanie zajęć, semestru lub roku z powodu niezadowalających wyników w nauce oraz za zajęcia nieobjęte planem studiów, czy też obowiązek ten obejmuje wyłącznie określenie wysokości opłaty za studia i nie dotyczy warunków odpłatności za usługi edukacyjne, o których mowa w art. 99 ust. 1 Prawa o szkolnictwie wyższym	Sformułowane przez powoda zagadnienie prawnego odnosi się do wzajemnych relacji między pojęciami „studiów" oraz „usług edukacyjnych". Relacje te wyjaśniono zaś we wcześniejszym wyroku SN z dnia 14.07.2011 r., III SK 6/11. SN przyjął w nim, że zawarte w art. 99 ust. 1 Prawa o szkolnictwie wyższym w brzmieniu obowiązującym do 1.10.2011 r. rozróżnienie między studiami stacjonarnymi i niestacjonarnymi co do szczegółowych usług świadczonych w ramach prowadzonych studiów wynikało z nieodpłatnego charakteru studiów stacjonarnych. Stąd pobieranie opłat za konkretne usługi świadczone w ramach studiów stacjonarnych wymagało wyraźnego upoważnienia. Natomiast uprawnienie do pobieranie opłat za takie same usługi świadczone w ramach studiów niestacjonarnych wynikało z art. 99 ust. 1 pkt 1 Prawa o szkolnictwie wyższym.

5.	56/12 2013.06.21 **naruszenie zbiorowych interesów konsumentów** Cyfrowy Polsat S.A.w W przeciwko Prezesowi UOKIK • Wyrok SA z 13.04.2012 • Wyrok SOKIK z 12.08.2011 • Decyzja Prezesa z 31.12.2009	1. Czy SO w postępowaniu w sprawach z zakresu ochrony konkurencji może przeprowadzić w całości postępowanie dowodowe z urzędu (art. 232 zd. 2 k.p.c.); 2. Czy na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 4 ustawy karalne są tylko 3 praktyki naruszające zik, czy także zachowania zagrażające zbiorowym interesom konsumentów 3. Czy praktyka naruszająca zik (art. 24 ust. 1 i ust. 2 ustawy) aby być czynem sankcjonowanym karą pieniężną z art. 106 ust. 1 pkt 4 ustawy musi być czynem karygodnym, to jest czynem społecznie niebezpiecznym, a zatem czy czyn (praktyka) nie będący społecznie niebezpieczny (lub będący społecznie niebezpiecznym w stopniu znikomym) jest takim deliktem administracyjnym zagrożonym sankcją administracyjną w postaci kary pieniężnej?	1. „Oparcie rozstrzygnięcia SOKiK o dowody zebrane w postępowaniu administracyjnym nie stanowi o ich przeprowadzeniu z urzędu, jak też możliwe jest ich wykorzystanie także przy braku stosownego postanowienia dowodowego”. Stanowisko to jest zgodne z zapatrywaniami wyrażonymi w uzasadnieniach wyroków Sądu Najwyższego z dnia 7 lipca 2011 r., III SK 52/10 oraz z dnia 13 lipca 2012 r., III SK 44/11. 2. i 3. Okoliczność, że stwierdzona w danej sprawie praktyka naruszająca zik jedynie zagraża tym interesom pozostaje bez znaczenia dla bytu samej praktyki. W niniejszej sprawie powodowi zarzucono dopuszczenie się praktyki naruszającej zik polegające na stosowaniu niedozwolonego postanowienia w wykorzystywanym przez powoda wzorcu. Dla bytu tej praktyki istotne jest, czy przedsiębiorca posługuje się w obrocie konsumenckim wzorcem zawierającym takie postanowienie. Na tym polega stosowanie postanowień wzorców umów w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy. Dla stwierdzenia stosowania tej praktyki nie ma znaczenia, czy przedsiębiorca faktycznie korzysta z uprawnień przysługujących mu na podstawie takiego postanowienia.

B. Wyrok w sprawie nadużywania pozycji dominującej

Lp.	Sygnatura. Data. Przedmiot sporu. Strony itd.	Sentencja decyzji Prezesa UOKIK	Sentencja. Uzasadnienie
1.	28/12 2013.04.12 **o ochronę konkurencji** M. M. P. sp. z o.o. w W. przeciwko Prezesowi UOKIK • Wyrok SA z 29.03.2011 • Wyrok SOKIK z 23.04.2010 • Decyzja Prezesa z 29.12.2008 skarga kasacyjna strony powodowej	Nadużywanie przez M. M. P. Sp. z o.o. w W. pozycji dominującej na krajowym rynku sportowej prasy codziennej poprzez: 1) stosowanie na terenie w. śląskiego nieuczciwych cen Przeglądu Sportowego, co jest niezgodne z art. 8 ust. 2 pkt 1 u.o.k.k. 2) przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do rozwoju konkurencji poprzez stosowanie na terenie w. śląskiego ceny detalicznej dziennika Przeglądu Sportowego w wysokości 1 zł, podczas gdy na pozostałym obszarze kraju cena ta jest wyższa i zróżnicowana w zależności od tygodnia, w celu eliminacji z rynku jedynego konkurenta, tj. wydawcy dziennika Sport, co jest niezgodne z art. 8 ust. 2 pkt 5 u.o.k.k.	**Uchylenie zaskarżonego wyroku oraz zmiana poprzedzający go wyrok SOKIK w punktach II-VII w ten sposób, że uchyla decyzję Prezesa UOKIK z dnia 12.06.2006 r., […] w punktach I-IV** Nie oznacza to, że w każdej sprawie antymonopolowej konieczne będzie przeprowadzanie skomplikowanych analiz ekonomicznych lub badań konsumenckich jako warunku *sine qua non* prawidłowego wyznaczenia rynku właściwego (por. wyrok SN z dnia 13.07.2012 r., III SK 44/11). Jednakże w sprawach o nadużycie pozycji dominującej, a zwłaszcza w sprawach precedensowych, (…) należy od organu antymonopolowego oczekiwać szczególnej „wrażliwości" przy wyznaczeniu rynku właściwego. Zachowania powoda może być bowiem różnie oceniane w zależności od przyjętych założeń aksjologicznych. I tak przy *stricte* ekonomicznym podejściu do stosowania reguł konkurencji zachowanie powoda polegające na selektywnej obniżce cen do poziomu niższego od cen konkurenta, lecz znajdującego się powyżej poziomu uznawanego za przejaw stosowania cen drapieżczych, nie powinno zostać uznane za antykonkurencyjne. Z kolei ocena zachowania powoda dokonywana z perspektywy wpływu na interesy konsumentów jest niejednoznaczna. Czytelnicy sportowej prasy codziennej na terenie województwa śląskiego odnosili bowiem wymierną korzyść z niższej ceny Przeglądu Sportowego. Równocześnie jednak zachowanie powoda mogło prowadzić do wywołania negatywnego skutku w postaci zmniejszenia zakresu wyboru tytułów poświęconych sportowi. Wreszcie, uwzględniając odwołanie do ochrony interesów przedsiębiorców z art. 1 ustawy, zachowanie powoda można oceniać negatywnie w przypadku traktowania reguł konkurencji jako instrumentu pozwalającego na ochronę interesów ekonomicznych słabszych gospodarczo podmiotów, czy utrzymywania konkurencyjnej struktury rynku.

			Brak analiz zachowań nabywców lub analiz prasoznawczych wskazujących na zamienność obu tytułów z punktu widzenia nabywców, których zdanie ma kluczowe znaczenie z punktu widzenia substytucyjności dwóch towarów, można byłoby wprawdzie zastąpić dowodami zawierającymi dane obrazujące reakcję nabywców obu dzienników na terytorium województwa śląskiego na powrót ceny Przeglądu Sportowego do poprzedniego poziomu. W oparciu o takie dane możliwe byłoby ustalenie substytucyjności Przeglądu Sportowego i Sportu na podstawie domniemań faktycznych. Z powyższego wynika, że brak podstaw do przyjęcia, że dzienniki sportowe Przegląd Sportowy i Sport wchodzą w skład tego samego rynku właściwego oraz że rynkiem właściwym w niniejszej sprawie, na którym powód ma pozycję dominującą i na którym to rynku powód tej pozycji nadużywa jest krajowy rynek dzienników sportowych, w którego skład wchodzą oba dzienniki.

II. Tabela orzeczeń Sądu Apelacyjnego w Warszawie (sygn. akt VI ACa) wydanych w okresie od 1.01.2013 do 31.06.2013 r.

A. Orzeczenia w sprawach z zakresu ochrony konkurencji

Lp.	Sygnatura. Data. Powód. Decyzja Prezesa UOKIK wraz z sentencją.	Sentencja i uzasadnienie wyroku SOKiK	Sentencja i uzasadnienie wyroku SA
1.	1204/12 2013.03.05 Gmina Miasto O. p. Prezesowi UOKIK Nadużywanie przez Gminę Miasta O. pozycji dominującej na lokalnym rynku organizowania usług zbiorowego zaopatrzenia w wodę na terenie miasta O. poprzez narzucanie uciążliwych warunków w umowach o zastępczą realizację sieci wodociągowej w postaci zapisu, iż: „po odbiorze technicznym sieci wodociągowej przez Przedsiębiorstwo (...) Sp. z o.o. w O. jej właścicielem staje się nieodpłatnie Gmina O., a eksploatatorem Przedsiębiorstwo (...) Sp. z o.o. w O.”	**SOKIK oddalił odwołanie:** Uciążliwość narzuconych warunków polegała na przyjęciu przez inwestorów obowiązku nieodpłatnego przekazania Gminie wybudowanych z własnych środków odcinków sieci wodociągowych, podczas gdy na rynku konkurencyjnym za przekazanie sieci o wymiernej wartości majątkowej inwestor otrzymałby ekwiwalent w postaci środków pieniężnych. Nie jest rzeczą Prezesa UOKiK ani Sądu ustalanie proporcji świadczeń ekwiwalentnych przy rozliczeniu analizowanych umów, gdyż nie jest to potrzebne dla ustalenia ich uciążliwości. Wystarczające jest ustalenie nieekwiwalentności świadczeń, a ściśle brak jakiegokolwiek ekwiwalentu dla inwestorów za powiększenie majątku Gminy.	**SA oddalił apelację** na uwzględnienie nie zasługuje argumentacja powódki, jakoby nieodpłatne wyzbycie się składnika majątku na rzecz powódki mogło być w danym wypadku uzasadnione chęcią uniknięcia przez przedsiębiorcę ponoszenia kosztów zarządzania infrastrukturą techniczną. Z akt postępowania administracyjnego wynika bowiem, że Spółdzielnia Mieszkaniowa (...) nie zgadzała się na nieodpłatne przeniesienie własności urządzeń wodociągowych, powołując się na art. 31 ust. 1 ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym zaopatrzeniu ścieków, przedstawiła również własny projekt umowy. Powyższe jednoznacznie świadczy o tym, że postanowienie o nieodpłatnym przekazaniu sieci, było kontrahentom narzucane przez powódkę, która odmawiała podjęcia negocjacji w tym zakresie.

B. Orzeczenia w sprawach z zakresu zbiorowych interesów konsumentów

Lp.	Sygnatura. Data.	Uzasadnienie wyroku SOKiK	Sentencja i uzasadnienie wyroku SA
1.	1069/12 2013.01.17 (...) sp. z o.o. w W. Przeciwko Prezesowi UOKIK	**SOKIK oddalił odwołanie** Nie można wykluczyć, że po zapoznaniu się z informacjami przedstawionymi przez powoda konsument odniesie błędne wrażenie co do przysługujących mu praw, co będzie miało wpływ na dalsze, podejmowane przez niego decyzje, związane z reklamacją towaru i doprowadzi do zaniechania dalszych czynności zmierzających do wyegzekwowania uprawnień zagwarantowanych przepisami ustawy o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej. Mając na uwadze treść powołanego wyżej przepisu oraz przedstawioną okoliczność Sąd stwierdził, że zarzuty powoda dotyczące nieudowodnienia przez pozwanego wystąpienia rzeczywistych, negatywnych skutków stosowanej praktyki, nie zasługują na uwzględnienie.	**SA oddalił apelację** Wprawdzie przepis art. 1 pkt 8 ustawy j.w. przez przeciętnego konsumenta rozumie konsumenta dostatecznie dobrze poinformowanego, uważnego i ostrożnego, jednakże jego oceny nakazuje dokonać m.in. z uwzględnieniem czynników społecznych, kulturowych, językowych. Notorium stanowi wiedza, iż przeciętny Polak, czyli również przeciętny konsument – przede wszystkim ze względów społecznych i kulturowych – posiada niską świadomość prawną. Poziom konsumenta dostatecznie dobrze poinformowanego, uważnego i ostrożnego w Polsce, czyli przeciętnego, nie może w żadnej mierze odnosić do poziomu przeciętnego konsumenta w Europie Zachodniej, który od wielu dziesięcioleci poddawany jest intensywnej edukacji konsumenckiej.

2.	931/12 2013.01.22 (...) z siedzibą w P. przeciwko Wyższej Szkole (...) w P.	**SOKIK zważył co następuje** Przedsiębiorca może stosować postanowienia wzorca umownego określające zasady odpowiedzialności finansowej konsumenta w przypadku wcześniejszego wypowiedzenia umowy, jednak zasady tej odpowiedzialności muszą pozostawać w związku z kosztami i ryzykiem przedsiębiorcy (vide: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 marca 2007 r. III SK 21/06 OSNP 2008/11-12/181).	**SA oddalił apelację** należy uznać, że zastrzeżenie odstępnego w wysokości niemal 20% opłaty rocznej za kształcenie na pozwanej uczelni jest rażąco wygórowane. O abuzywności przedmiotowego postanowienia świadczy również fakt, że nakłada ono wyłącznie na konsumenta obowiązek zapłaty odstępnego nie przewidując nałożenia takiego obowiązku na przedsiębiorcę. Nie ulega wątpliwości, że w analizowanym wzorcu umowy nie znalazły się żadne postanowienia, które nakładały by na pozwaną obowiązek zapłaty na rzecz studenta odstępnego z powodu czy to odstąpienia od umowy przez uczelnię czy też równoznacznego w skutkach, z punktu widzenia studenta, zawieszenia kierunku lub rezygnacji z jego uruchomienia.
3.	1141/12 2013.01.22 Stowarzyszenie na Rzecz Ochrony (...) z s. w W. przeciwko (...) Sp. z o.o. w W.		**SA uchylił zaskarżony wyrok i przekazał sprawę do ponownego rozpoznania** Uchybienie SO polegało na tym, iż przed wydaniem wyroku nie została dostrzeżona oczywista rozbieżność między treścią pozwu, odpowiedzi na pozew i pisma powoda z dnia 3 listopada 2011 r. Powyższe uchybienie ma taką wagę, że doprowadziło do tego, iż strona pozwana została pozbawiona obrony swych praw, gdyż w efekcie uniemożliwione zostało jej przedstawienie Sądowi swoich racji w kwestii postanowienia, którego dotyczył pozew. Należało uznać, iż mamy do czynienia z nieważnością postępowania, o której stanowi art. 379 k.p.c.

4.	830 /12 2013.01.31 (...) z siedzibą w P. przeciwko (...) Sp. z o.o. z siedzibą w Ł.	**SOKIK zważył co następuje** Kwestionowane postanowienie jest tzw. klauzulą szarą wskazaną w art. 385^3 pkt 8 k.c., ponieważ uzależnia spełnienie świadczenia przez przedsiębiorcę od okoliczności zależnych tylko od jego woli. Rozszerzona prawomocność wyroku uwzględniającego powództwo o uznanie postanowień wzorca umowy za niedozwolone (art. 479^{43} w zw. z art. 365 k.p.c.) nie wyłącza możliwości wytoczenia powództwa przez tego samego lub innego powoda przeciwko innemu przedsiębiorcy, niebiorącemu udziału w postępowaniu, w którym zapadł wyrok, stosującemu takie same lub podobne postanowienia wzorca, jak wpisane do rejestru, o którym mowa w art. 479^{45} § 2 k.p.c. (zob. uchwała SN z dnia 7 października 2008 r., sygn. akt III CZP 80/08, publ. OSNC 2009, nr 9, poz. 118). Możliwe więc było merytoryczne rozstrzyganie w przedmiotowej sprawie, pomimo iż pozwany stosował klauzulę o treści i sensie identycznym, jak klauzule już wpisane do rejestru klauzul niedozwolonych.	**SA oddalił apelację** Nie ma znaczenia, czy i w jaki sposób pozwany wykorzystywał abuzywne postanowienie regulaminu w umowach z konsumentami, skoro samo postanowienie było częścią Regulaminu, który potencjalnie mógł być stosowany w tych umowach. W ocenie Sądu odwoławczego, art. 385^2 k.c. w ogóle nie ma zastosowania do kontroli abstrakcyjnej postanowień umownych we wzorcach, a wyłącznie do kontroli incydentalnej umowy zawartej z wykorzystaniem takiego wzorca. Sąd Okręgowy nie mógł więc naruszyć powołanego przepisu, skoro dokonywał kontroli abstrakcyjnej postanowienia umownego wzorca.

5.	1187/12 2013.02.28 (...) w P. przeciwko (...) Sp. z o.o. w W.		**SA uchylił zaskarżony wyrok i przekazał sprawę do ponownego rozpoznania** W przedmiotowej sprawie sędzia delegowana do orzekania w sprawie upoważniona była do orzekania w wymiarze jednej sesji w miesiącu. Sesja ta miała miejsce w dniu 17 maja 2012 r. Skoro zatem ogłoszenie orzeczenia w sprawie nastąpiło w tym samym miesiącu – w dniu 30 maja 2012 r. uznać należy, że delegacja udzielona sędziemu nieobejmowała sporządzenia, podpisania sentencji wyroku i jego ogłoszenia. Wobec powyższego uznać należało, że postępowanie w zakresie posiedzenia w dniu 30 maja 2012 r. dotknięte jest nieważnością w rozumieniu art. 379 pkt 4 k.p.c., co skutkuje uchyleniem zaskarżonego wyroku, zniesieniem postępowania w zakresie posiedzenia w dniu 30 maja 2012 r. i przekazaniem sprawy SO do ponownego rozpoznania.

6.	1241/12 2013.03.06 E. H. przeciwko (...) S.A. z siedzibą w W.	**SOKIK zważył co następuje** (...) S.A. w W. posługuje się wzorcem umowy, na podstawie którego „Pisma kierowane do ubezpieczającego, ubezpieczonego lub uposażonego pod ich ostatni znany (...) S.A. adres korespondencyjny uważa się za doręczone i wywierające skutki prawne po upływie 30 dni od daty wysłania”. Klauzula ta nie odróżnia różnych sytuacji, które mogą być przyczyną niepodjęcia korespondencji przez klienta, jak chociażby jego pobyt w szpitalu, błąd operatora pocztowego, itd., a więc nie różnicuje przyczyn niepodjęcia przesyłki, zaś przyczyn nieodebrania przesyłki przez klienta może być wiele.	**SA oddalił apelację** Pozwany pomija istotny element zakwestionowanego postanowienia, mianowicie, że zgodnie z tą klauzulą skutek prawny doręczenia ubezpieczonemu korespondencji następuje po upływie 30 dni od dnia wysłania. Zatem pozwany w ogóle nie wiąże skutku doręczenia z dojściem oświadczenia woli do adresata. Z zakwestionowanego postanowienia wynika, że skutek doręczenia następuje zawsze, bez względu na to, czy przesyłka dotarła do adresata, czy np. zaginęła, co uniemożliwiało jej doręczenie adresatowi na jakikolwiek adres, czy z przyczyn losowych adresat nie podjął przesyłki. Tymczasem podkreślić należy, że w świetle przepisu art. 61 k.c. zdarzeniem istotnym dla skuteczności oświadczenia woli jest jego dojście do adresata w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią.
7.	1243/12 2013.03.06 J. K. przeciwko (...) Spółka Jawna (...) z siedzibą w S.		**SA uchylił zaskarżony wyrok i przekazał sprawę do ponownego rozpoznania** Sąd Apelacyjny uznał, iż nie ma żadnych wątpliwości co do tego, iż pozwana posługiwała się kwestionowanym zapisem regulaminu i stosowała go w obrocie z konsumentami. Sporny regulamin stanowił niewątpliwie wzorzec umowny w rozumieniu art. 384 kc. Należało zatem rozważyć, czy przedstawione przez powoda postanowienie jest niedozwolone, gdyż pozostaje w sprzeczności z dobrymi obyczajami i rażąco narusza interesy konsumenta, czy też nie. SO zaniechał jednak takich rozważań. Zdaniem SA, SO nie rozpoznał istoty sprawy, którą było stwierdzenie abuzywności (bądź nie) kwestionowanego postanowienia.

8.	1245/12 2013.03.15 J. K. przeciwko (...) Spółka Jawna (...) w S.	**SOKIK oddalił powództwo** Zdaniem SO, wobec nie udowodnienia, zgodnie z regułami art. 232 k.p.c., przez powoda faktu stosowania w praktyce przez pozwaną spółkę zakwestionowanego wzorca umownego „Regulaminu" tj. użycia go w konkretnym stosunku prawnym, roszczenie powoda należało oddalić. W szczególności, Sąd ten wskazał, że z treści załączonego do pozwu wydruku zamówienia nie wynika, że zamawiający potwierdza, że zapoznał się z treścią regulaminu oraz, że brak jest jakiegokolwiek odwołania się do jego treści. Samo zaś umieszczenie regulaminu na stronie internetowej nie świadczy jeszcze o jego stosowaniu praktyce, a także o tym, że stanowi on wzorzec umowy w rozumieniu art. 384 k.c. Strona powodowa jednocześnie nie przedstawiła żadnych dowodów na to, że pozwana regulamin rzeczywiście stosowała w kontaktach z konsumentami.	**SA oddalił apelację** Zakwestionowany regulamin został umieszony na stronie internetowej sklepu pozwanej i został udostępniony w zakwestionowanej treści konsumentom. Jako taki zaś, stanowi wzorzec umowy podlegający kontroli przez pryzmat art. 385^1 k.c. i 385^3 k.c. W tych okolicznościach zakwestionowane postanowienie regulaminu należy uznać za sprzeczne z ustawą, a zatem nieważne. Stwierdzenie to czyni zaś przeszkodę do dalszego badania spornego postanowienia regulaminu w aspekcie niedozwolonej klauzuli umownej. Zgodzić się trzeba, bowiem z poglądem Sądu Najwyższego wyrażonym w uchwale z dnia 13 stycznia 2011 roku wydanej w sprawie III CZP 119/10 (LEX 688470), że „Postanowienie wzorca umownego sprzeczne z bezwzględnie obowiązującym przepisem ustawy, nie może być uznane za niedozwolone postanowienie umowne (art. 385^1 § 1 k.c.)".
9.	1337/12 2013.03.15 B. W. przeciwko Bankowi (...) S.A. z siedzibą w K.	**SOKIK zważył co następuje** Egzekwowanie należnych od klientów opłat na drodze postępowania windykacyjnego jest zatem wyłącznie kwestią wyboru wierzyciela, nie jest bowiem podstawową, normalną formą egzekwowania świadczeń od dłużników. Tak więc skoro pozwany w przypadku nieterminowej spłaty zobowiązań swoich klientów decyduje się na prowadzenie procedury windykacyjnej to obowiązany jest również do jej pokrycia. Obciążanie natomiast dłużnika tymi kosztami jest sprzeczne z dobrymi obyczajami i rażąco narusza interesy konsumentów, gdyż nie są to czynności niezbędne, a koszty kontaktu z dłużnikiem mieszczą się w ramach obowiązku współdziałania przy wykonaniu zobowiązania przez wierzyciela zgodnie z art. 354 § 2 k.p.c.	**SA oddalił apelację** Należy podkreślić, iż postanowienie wzorców umownych tożsame z przedmiotową klauzulą zostały już wpisane do rejestru klauzul niedozwolonych prowadzonego przez Prezesa UOKiK. W tym miejscu należy podnieść, iż dla uznania, że klauzula wpisana do rejestru i klauzula z nią porównywana są tożsame w treści nie jest konieczna dokładna literalna identyczność tych postanowień. Rozbieżność użytych wyrażeń, zmiana szyku zdania czy zastosowanie synonimów nie eliminuje bowiem abuzywnego charakteru ocenianego postanowienia.

10.	894/12 2013.03.21 Bank (...) S.A. w W. przeciwko Prezesowi UOKIK	**SOKIK zważył co następuje** SOKiK uznał za uzasadnione odwoła-nie powoda jedynie w części tj. orzeczenia o karze. W pozostałym zakresie, analizując przepis art. 24 uokik Sąd ten stwierdził, że zarzucana powodowi praktyka spełniała wskazane w nim kryteria, ocenił też, że postanowienie wzorca o treści „w przypadku umów kredytu zawartych na okres powyżej 5 lat, Bank (...) zastrzega sobie prawo zmiany postanowień Regulaminu" jest tożsame co do istoty oraz skutków z postanowieniem wpisanym do rejestru więc odwołanie w tym zakresie podlegało oddaleniu. Odnośnie do punktu III decyzji, SOKiK wskazał, że Prezes UOKiK wykorzystał w nim kompetencję przyznaną mu przepisem art. 27 ust 2 w zw. z art. 26 ust 2 u.o.k.k. do wskazania przedsiębiorcy środków usunięcia trwających skutków naruszenia zbiorowych interesów konsumentów. Z kolei w odniesieniu do praktyki określonej w punkcie II decyzji, SO wyjaśnił, że skutki te występują pomimo zaprzestania przez powoda praktyki. W rezultacie odwołanie również i w tym zakresie podlegało oddaleniu.	**SA oddalił apelację** Zdaniem SA kara ustalona przez SO odpowiada bowiem kryteriom wskazanym w art. 111 okik w zw. z art. 106 ust 1 pkt 4 okik. Wbrew zarzutom apelacji, SO, mimo wadliwej oceny co do podstaw niewymierzenia powodowi kary za poprzednie naruszenie ustawy, samą okoliczność uprzedniego naruszenia przepisów przy ustalaniu wymiaru kary w przypadku naruszenia opisanego w punkcie II skarżonej decyzji brał pod uwagę. Za przesłankę obciążającą, uznał również ogólnopolski zasięg naruszenia. Obie wskazane przesłanki, jako wpływające na podwyższenie wymiaru kary, SO ocenił zarówno w odniesieniu do kary wymierzonej w punkcie IV. 1 jak i w punkcie IV. 2 decyzji, i wynika to jednoznacznie z pisemnych motywów zaskarżonego wyroku

11.	1323/12 2013.04.04 (...) w P. przeciwko (...) Bank (...) S.A. z siedzibą w G.	**SOKIK zważył co następuje** Zapis o treści „Bank zastrzega sobie prawo zmiany niniejszego Regulaminu [...].” ma charakter wyłącznie deklaratywny i potwierdza prawa i obowiązki wynikające z bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa. Przedmiotowa klauzula informuje jedynie, że stosowany przez pozwanego Regulamin może ulec zmianie. Brak jest zatem w ocenie Sądu I instancji podstaw do uznania, że zapis ten jest sprzeczny z dobrymi obyczajami i rażąco narusza interes konsumentów.	**SA oddalił apelację** Kwestionowane postanowienie umowne o treści nie narusza dyspozycji art. 385^1 k.c., co zarzucał skarżący. Słusznie stwierdził Sąd Okręgowy, iż brak jest podstaw by uznać, iż analizowana klauzula kształtowała prawa i obowiązki konsumenta w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, rażąco naruszając jego interesy. Zapis ten wyraża bowiem jedynie uprawnienie do modyfikacji trwającego stosunku umownego o charakterze ciągłym, co stanowi w istocie powtórzenie uprawnienia wynikającego z dyspozycji art. 3841 k.c. Konsumentowi zagwarantowano przy tym uprawnienie do wypowiedzenia umowy.
12.	1324/12 2013.04.04 K. B. przeciwko (...) Towarzystwu (...) S.A. z siedzibą w W.	**SOKIK zważył co następuje** Klauzula o treści „W razie odstąpienia od Umowy Ubezpieczenia Towarzystwo zwraca Ubezpieczającemu Wartość Rachunku Ubezpieczającego, ustaloną według wyceny Jednostek Uczestnictwa najpóźniej z dziewiątego Dnia Wyceny po dniu zaakceptowania przez Towarzystwo oświadczenia o odstąpieniu od Umowy Ubezpieczenia, zwiększoną o pobrane opłaty, wskazane w § 18 ust. l pkt. 1-6.” Stanowi niedozwolone postanowienie umowne, bowiem spełnia przesłanki klauzuli abuzywnej określonej w art. 385(3) pkt 12 k.c. Stosownie do treści art. 385^3 pkt 12 k.c. w razie wątpliwości uważa się, że niedozwolonymi postanowieniami umownymi są te, które w szczególności wyłączają obowiązek zwrotu konsumentowi uiszczonej zapłaty za świadczenie nie spełnione w całości lub części, jeżeli konsument zrezygnuje z zawarcia umowy lub jej wykonania.	**SA oddalił apelację** Przechodząc do zarzutów dotyczących klauzuli uznanej za abuzywną przez SO w punkcie I.1. zaskarżonego wyroku, zważyć należy, że żaden z nich nie znalazł aprobaty Sądu Apelacyjnego. Uregulowanie stosunku prawnego w sposób jaki uczynił to pozwany pozostaje niewątpliwie w sprzeczności z zasadą ekwiwalentności świadczeń powodując tym samym nierównomierne rozłożenie praw i obowiązków stron umowy ze szkodą dla konsumenta. Pozwany na podstawie przedmiotowego postanowienia w sposób dowolny zatrzymuje część opłat uiszczonych przez klienta w związku z jego rezygnacją z ochrony ubezpieczeniowej. W ten sposób pozwany otrzymuje część świadczenia klienta sam będąc zwolniony od spełnienia własnego świadczenia.

13.	1096/12 2013.04.17 (...) z siedzibą w P. przeciwko (...) w T.	**SOKIK zważył co następuje** kwestionowana przez powoda klauzula stanowi niedozwolone postanowienie umowne w rozumieniu art. 385(1) § 1 k.c. W ocenie SO obliczenie, a następnie ustalenie opłaty za drugi i kolejne lata studiów, jest zmianą umowy łączącej konsumenta – studenta z przedsiębiorcą – (...). Dotychczasowa wysokość opłat zostaje bowiem zastąpiona nową, której wysokości konsument w chwili podpisywania umowy z przedsiębiorcą nie znał i znać nie mógł, skoro zależy od wskaźnika wzrostu cen towarów i usług konsumpcyjnych. W tej sytuacji obowiązkiem przedsiębiorcy, zgodnie z treścią art. 384(1) k.c., jest powiadomienie konsumenta o zmianie treści umowy poprzez doręczenie informacji o zmianie wysokości opłat za drugi i kolejne lata studiów. Sporne postanowienie wyczerpuje treść klauzuli przewidzianej w art. 385(3) pkt 12 k.c. i przesądza o jej abuzywności.	**SA oddalił apelację** Przenosząc powyższe rozważania na grunt analizowanej sprawy stwierdzić należy, iż kwestionowany zapis wzorca umowy niewątpliwie godzi w równowagę kontraktową stron, stawiając konsumenta na pozycji daleko mniej korzystnej niż przedsiębiorcę. Za nieskuteczne uznać zatem należy podważanie oceny, iż przytoczone w pozwie postanowienie ma charakter abuzywny. W odniesieniu do zakwestionowanego postanowienia SO prawidłowo wskazał na spełnienie wszystkich przesłanek warunkujących uznanie danego postanowienia umownego za niedozwolone.

14.	1369/12 2013.04.17 (...) w P. przeciwko Gminie B.	**SOKIK oddalił powództwo** „Przepisy porządkowe…" uchwalone przez Radę Miejską B. stanowią przepisy prawa miejscowego. Treść tych przepisów nie podlega natomiast, jako akt prawa miejscowego, badaniu w trybie postępowania o uznanie postanowień wzorca umowy za niedozwolone przez SOKIK. Zgodnie z art. 479[38] § 1 k.p.c. legitymację bierną do występowania w sprawie posiada oferent, który mógłby zawrzeć z konsumentem umowę, zawierającą postanowienie zakwestionowane pozwem. Gmina B. nie występuje jako przedsiębiorca stosujący wzorzec umowy cywilnoprawnej, a tylko taki podmiot może być kontrolowany pod kątem abuzywności klauzul. Gmina jest organem władzy samorządowej stanowiącej zgodnie ze swymi uprawnieniami przepisy prawa miejscowego, które nie mogą być traktowane jako wzorzec umowy stosowany przez przedsiębiorcę w obrocie z konsumentami.	**SA oddalił apelację** Prawidłowo ocenił Sąd Okręgowy – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, że przepisy prawa miejscowego, uchwalone przez Radę Miejską B. podlegają ocenie przez sąd administracyjny co do swej legalności na podstawie przepisów ustawy o samorządzie gminnym, nie stanowią natomiast wzorca umowy, podlegającego ocenie w postępowaniu cywilnym.
15.	1371/12 2013.04.17 (...) w P. przeciwko Gminie B.		
16.	1373/12 2013.04.26 (...) w P. przeciwko Gminie B.		
17.	1435/12 2013.04.23 (...) w P. przeciwko R. Ł.	**SOKIK zważył co następuje** Więź łącząca pozwaną z uczestnikami konkursu winna być kwalifikowana jako umowa o udział w konkursie na zasadach określonych w regulaminie. Opracowany Regulamin stanowi ofertę zawarcia umowy o udział w konkursie, natomiast złożenie pisemnej deklaracji udziału należy uznać za złożenie oświadczenia woli przez przystępującego do konkursu uczestnika. W konsekwencji sporny zapis Regulaminu może podlegać ocenie SOKIK w zakresie abuzywności jego postanowień.	**SA zmienił zaskarżony wyrok w całości poprzez oddalenie powództwa** Organizowany przez pozwaną konkurs stanowił przyrzeczenie publiczne w rozumieniu przepisów kodeksu cywilnego i sporny regulamin nie może być uznawany za ofertę zawarcia umowy i nie stanowi wzorca umownego. W sprawie brak jest podstaw do przyjęcia, że strony łączyła umowa o udział w konkursie na zasadach określonych w regulaminie.

18.	1526/12 2013.04.26 (...) w P. przeciwko (...) Bank S.A. we W.	**SOKIK zważył co następuje** W ocenie Sądu, brak jest natomiast w przedmiotowej klauzuli dokładnego zakreślenia czasu i częstotliwości dokonywania poszczególnych czynności przez pozwanego. Nie można uznać za wystarczające, iż czynności te są dokonywane po stwierdzeniu faktu bezskuteczności poprzedniej czynności, gdyż jest to termin nieostry i może prowadzić do pokrzywdzenia konsumenta. Nie sposób również zgodzić się z wysokością stawek podanych przez pozwanego i uzasadnianiem ich kosztami jednostkowymi koniecznymi do poniesienia w celu realizacji danej czynności windykacyjnej. Czynności windykacyjne należą bowiem do zakresu obowiązków pracowników banku, a więc nie generują dodatkowych kosztów po stronie pozwanego, którego obciążają jedynie koszty związane z przesłaniem korespondencji dłużnikowi.	**SA oddalił apelację** Zakwestionowana w pozwie klauzula rzeczywiście spełnia wszelkie warunki abuzywności. Kwestię wygórowania opłat Sąd Okręgowy stwierdził zapewne na podstawie swego doświadczenia życiowego, a więc zbędnym było powoływanie się na konkretne dowody. SA podziela stanowisko SO w tej mierze; nie wiadomo bowiem, dlaczego wysłanie monitów (wezwań do zapłaty) kosztować ma kredytobiorcę aż 15 zł, skoro znaczek (w omawianym okresie) kosztował ok. 2 zł; czyżby koszty zatrudnienia pracownika działu windykacji wynosiły aż 13 zł?

19.	1509/12 2013.04.26 Prezes UOKIK przeciwko (...) S.A. w K.	**SOKIK zważył co następuje** klauzula o brzmieniu: „Strony zastrzegają sobie prawo negocjowania terminu realizacji przedmiotu Umowy w przypadku, gdy warunki atmosferyczne lub inne wymienione w § 9 ust. 6 przyczyny uniemożliwiają prowadzenie robót" została także przez sąd I instancji oceniona jako niedozwolona z uwagi na niesprecyzowanie zakresu użytego w niej pojęcia warunków atmosferycznych oraz użytego w § 9 ust. 6 umowy pojęcia siły wyższej, przez co narusza dobre obyczaje oraz rażąco narusza interes konsumenta zgodnie z art. 385^1 § 1 k.c. jak również z uwagi na to, że przyznaje kontrahentowi konsumenta uprawnienia do dokonywania wiążącej interpretacji umowy zgodnie z art. 385^3 pkt 9 k.c.. W ocenie Sądu użyte w zakwestionowanym postanowieniu sformułowanie „uniemożliwiają prowadzenie robót" jest niejednoznaczne.	**SA zmienił częściowo zaskarżony wyrok** Nie jest sprzeczne z dobrymi obyczajami nałożenie na konsumenta obowiązku renegocjowania terminu realizacji umowy, w sytuacji gdy termin ten jest niemożliwy do zachowania z przyczyn całkowicie niezależnych od drugiej strony umowy i wyjątkowych. Natomiast okoliczności, na które powołuje się Prezes UOKiK, iż pozwany zakwestionowane postanowienie umowne będzie starał się wykorzystywać w celu sterowania terminem wykonania przedmiotu umowy by uniknąć odpowiedzialności np. za swoje zaniedbania lub błędy, dotyczy już kwestii wykonywania umowy, które konsument będzie miał prawo zakwestionować odwołując się właśnie do literalnego brzmienia zakwestionowanego postanowienia wzorca umowy.

20.	1571/12 2013.04.26 Prezes UOKIK przeciwko z siedzibą w N. (Szwajcaria)	**SOKIK zważył co następuje** Klauzulę „Wnioskodawcy potwierdzają, że zrozumieli, akceptują i będą przestrzegać postanowień oświadczenia o prywatności, Regulaminu Stadionu i niniejszych Warunków, które to dokumenty można znaleźć na stronie internetowej (...). Za wiążącą uznaje się ostatnią wersję takich dokumentów opublikowaną dnia 1 czerwca 2012 roku” (2) – należało uznać za abuzywną. Zgodnie z art. 385(3) pkt 4 k.c., uważa się, że niedozwolonymi postanowieniami umownymi są te, z którymi konsument nie miał możliwości zapoznać się przed zawarciem umowy. Konsument nie może się zgodzić na postanowienia kontraktu, które nie są mu znane albo zostaną przedstawione dopiero po podpisaniu umowy.	**SA zmienił częściowo zaskarżony wyrok** Sąd II instancji podziela stanowisko strony pozwanej. Koniecznym staje się odwołanie do przepisów ustawy z dnia 20 marca 2009 r. o bezpieczeństwie imprez masowych. Właśnie w związku z zapewnieniem bezpieczeństwa imprezy masowej określone obowiązki powołana ustawa nakłada także na uczestników imprezy (widzów, kibiców). Z art. 8 ust. 1, art. 22 ust. 1 pkt 2 i art. 54 ust. 1 ustawy wynika obowiązek znajomości postanowień regulaminu obiektu imprezy masowej. Regulamin obiektu (tu każdego ze stadionów, na których są rozgrywane mecze w ramach (...)) może więc powstać później niż rozpoczęcie procedury sprzedaży biletów, bowiem opracowanie zasad bezpiecznego i prawidłowego przebiegu imprezy będzie zawsze podyktowane okolicznościami wpływającymi na np. na bezpieczeństwo, których zaistnienia nie można przewidzieć w dacie zakupu biletu, a związanie nimi uczestników imprezy nie jest ani rażącym naruszeniem interesów konsumenta, ani nie pozostaje w sprzeczności z dobrymi obyczajami, tym samym również nie może podlegać ocenie na podstawie art. 385(3) pkt 4 k.c.

21.	1433/12 2013.05.09 Stowarzyszenia na Rzecz Ochrony (...) z siedzibą w B. przeciwko (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W.	**SOKIK oddalił powództwo** W ocenie SO, pod pojęciem „każdej osoby prawnej, która w umowach objętych dyrektywą działa w celach dotyczących przedsiębiorstwa" nie mieści się pozwany, jako podmiot prowadzący stronę internetową o charakterze informacyjnym. Sąd ten wskazał, że wprawdzie art. 2 lit. c Dyrektywy nie przewiduje, aby sprzedawcą towarów (dostawcą usług) musiał być wyłącznie „sprzedawca" w znaczeniu ścisłym, a więc będący stroną umowy sprzedaży w rozumieniu kodeksu cywilnego, jednakże za pośrednictwem strony internetowej pozwany nie oferuje do sprzedaży żadnych towarów ani usług, a zatem nie dochodzi za jej pomocą do zwarcia jakiejkolwiek umowy pomiędzy konsumentem a przedsiębiorcą. Sąd pierwszej instancji uznał za wadliwy także pogląd powoda, że „Regulamin serwisu" spełnia rolę licencji na korzystanie z utworu, o jakiej mowa w ustawie z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych i z tej przyczyny spełnia warunki do uznania go za wzorzec umowy.	**SA zmienił zaskarżony wyrok w całości** Nie ulega wątpliwości, że serwis internetowy, którego dotyczą postanowienia wskazane w petitum pozwu, ma na celu skłonienie jak największej liczby konsumentów do zakupu produktów oferowanych w sklepach (...) poprzez podawanie informacji o firmie i oferowanych produktach, a w szczególności o zobowiązaniach konsumenckich pozwanego, lokalizacji jego sklepów, a także przykładowych oferowanych produktach. Nie jest więc prawdą twierdzenie pozwanego, że na skutek korzystania z serwisu konsument nie uzyskuje jakichkolwiek korzyści. Korzyści te uzyskuje niewątpliwie także pozwany, gdyż zadowoleni z możliwości korzystania z zasobów serwisu konsumenci chętniej robią u niego zakupy. W związku z powyższym należy przyjąć, że stosowany przez pozwanego „Regulamin serwisu" jest wzorcem umownym w rozumieniu art. 384 k.c., przez co możliwe jest dokonanie oceny zaskarżonych postanowień z punktu widzenia ich abuzywności.

22.	1479/12 2013.05.10 (...) w P. przeciwko (...) sp. z o.o. w W.	**SOKIK zważył co następuje** SO uznał za niedozwolone i zakazał pozwanemu wykorzystywania w obrocie z konsumentami postanowienia wzorca umowy o treści: „Odpowiedzialność Organizatora wobec Uczestnika z tytułu realizacji promocji zostaje ograniczona do wysokości udzielonego przez (...) rabatu, z zastrzeżeniem, że ten sam Uczestnik może wielokrotnie brać udział w Promocji"; zasądził od pozwanego na rzecz powoda tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego kwotę 360 zł.	**SA oddalił apelację** Klauzula jest sprzeczna z dobrymi obyczajami i rażąco narusza interesy konsumentów, bowiem przewiduje wyłączenie odpowiedzialności przedsiębiorcy względem konsumenta w sytuacji niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Z treści klauzuli jednoznacznie wynika ograniczenie odpowiedzialności do wysokości wartości rabatu, jaki zostanie udzielony przez (...). Pozwany jest odpowiedzialny za realizację promocji, on jest organizatorem konkursu i również on przyrzeka nagrodę, dlatego też on winien być zobowiązany z tego tytułu, zatem ograniczenie jego odpowiedzialności w tym zakresie stanowi niewątpliwie naruszenie interesów konsumentów.

„Wiem, że nic nie wiem", czyli jak uniknąć kary za naruszenie jednolite i ciągłe.

Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 6 grudnia 2012 r. w sprawie C-441/11 *Komisja Europejska przeciwko Verhuizingen Coppens NV*

I. Okoliczności powstania sporu

1. Decyzja Komisji

Omawiana sprawa dotyczy zaskarżenia przez Komisję wyroku Sądu z 16 czerwca 2011 r.[1], wydanego w wyniku wniesienia przez jednego z uczestników antykonkurencyjnego porozumienia – spółkę Verhuizingen Coppens NV (dalej: spółka lub Coppens) odwołania od decyzji Komisji z 11 marca 2008 r.[2] w sprawie tzw. kartelu przeprowadzek międzynarodowych.

W wyniku postępowaniu prowadzonego przeciwko kartelistom – Allied Arthur Pierre, Compas, Coppens, Gosselin, Interdean, Mozer, Putters, Team Relocations, Transworld oraz Ziegler Komisja ustaliła, iż ww. spółki zawarły porozumienie, o którym mowa w art. 81 TWE (obecnie art. 101 TFUE) w sprawie cen, w sprawie podziału rynku oraz w sprawie zmowy przetargowej[3]. Przedsiębiorstwa ustalały ceny, dokonywały podziału umów poprzez manipulowanie postępowaniem przetargowym za pomocą fikcyjnych (pozornych) kosztorysów, a także stworzyły system kompensacji finansowej zwany „prowizjami", które stanowiły ukryty element ceny końcowej, nakładanej na konsumenta[4].

W wydanej w sprawie decyzji Komisja wskazała *modus operandi* dotyczący pozornych kosztorysów polegający na tym, iż spółka przeprowadzkowa, która zamierzała zdobyć zlecenie, dbała o to, ażeby klient opłacający przeprowadzkę otrzymał kilka kosztorysów. W tym celu spółka wskazywała konkurentom cenę ogółem, na którą mieli oni oszacować planowaną przeprowadzkę, a która była wyższa aniżeli cena zaproponowana przez tę spółkę, co prowadziło do powstania fikcyjnych kosztorysów (spółki przedkładające kosztorysy nie zamierzały wykonać oszacowanej usługi).

W swej decyzji Komisja stwierdziła, że udział poszczególnych przedsiębiorstw w kartelu trwał od 3 miesięcy do ponad 18 lat i że owe złożone działania miały ten sam cel – ustalanie cen, podział rynku i zakłócanie w ten sposób konkurencji. Uwzględniając wszystkie powyższe elementy w decyzji, Komisja przyjęła, iż przedsiębiorstwa dopuściły się naruszenia przepisów art. 81 ust. 1 TWE oraz art. 53 ust. 1 porozumienia EOG, ustalając w sposób bezpośredni lub pośredni ceny usług w zakresie przeprowadzek międzynarodowych w Belgii, dzieląc między siebie część tego rynku i manipulując postępowaniem przetargowym. W stosunku do Coppens Komisja określiła czas trwania naruszenia od dnia 13 października 1992 r. do dnia 29 lipca 2003 r., nakładając w rezultacie grzywnę w wysokości EUR 104 000.

[1] Wyr. Sądu (ósma izba) z 16.06.2011 r., T-210/08 *Verhuizingen Coppens przeciwko Komisji* (Zb. Orz. 2011, s. II-03713).

[2] Zob.: decyzja Komisji z 11.03.2008 r.

[3] Press Release – Antitrust: Commission fines providers of international removal services in Belgium over €32.7 million for complex cartel, pobrano z: www.europa.eu

[4] Streszczenie decyzji z 11.03.2008 r. dotyczącej postępowania przewidzianego w art. 81 Traktatu WE oraz art. 53 Porozumienia EOG, pobrano z: http://ec.europa.eu/competition/cartels/cases/cases.html.

2. Wyrok Sądu

Od wydanej 11 marca 2008 r. decyzji Coppens wniosła do Sądu skargę o stwierdzenie nieważności tego aktu w części jej dotyczącej, a także – tytułem żądania ewentualnego – znaczne obniżenie wysokości grzywny ustalonej w maksymalnej wysokości 10% obrotu, jaki spółka osiągnęła na rynku usług w zakresie przeprowadzek międzynarodowych[5].

W pierwszym z zarzutów Coppens zakwestionowała twierdzenie dotyczące naruszenia art. 81 ust. 1 TWE oraz swojego udziału w złożonym kartelu, po pierwsze powołując się na swą ograniczoną rolę w samym kartelu, po drugie podważając ustalenia na temat czasu trwania swojego udziału w nielegalnym porozumieniu, po trzecie zaś zarzucając Komisji, iż nie uwzględniła ona względnej wagi jej uczestnictwa[6].

W ramach pierwszej części podniesionego zarzutu spółka wskazała, że zgadza się wyłącznie z zarzutem wystawiania pozornych kosztorysów. Komisja wyraźnie stwierdziła w motywach zaskarżonej decyzji, że Coppens była jedynym przedsiębiorstwem, które nie uczestniczyło w porozumieniach w sprawie prowizji, nie wykazała również, by spółka wiedziała o tych porozumieniach. W konsekwencji wniosek wyciągnięty przez Komisję w zaskarżonej decyzji, jakoby Coppens brała udział we wszystkich zarzucanych zachowaniach jest niedokładny[7].

Odnosząc się do powyższych zarzutów, Komisja stwierdziła, iż *de facto* małe znaczenie należy przypisać temu czy konkurencja została naruszona skutkiem stosowania pozornych kosztorysów, czy systemu prowizji, ponieważ w obu przypadkach chodzi o naruszenie konkurencji, które powoduje ogólny wzrost cen dla klientów. Tym samym, jak podkreśliła Komisja, różne formy kartelu mogą być uważane za jednolite i ciągłe naruszenie w rozumieniu art. 81 TWE[8].

Rozstrzygając w przedmiocie skargi, Sąd wskazał jako bezsprzeczne, że spółka działała jako aktywny członek kartelu jedynie w kwestii wystawiania pozornych kosztorysów, jednakże – zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem – nie można jej przypisać udziału w naruszeniu jednolitym i ciągłym. Opierając się na wyroku Trybunału w sprawie *Komisja przeciwko Anic Partecipazioni*[9], w którym *explicite* stwierdzono, iż przedsiębiorstwu, które uczestniczyło w wielopostaciowym naruszeniu reguł konkurencji poprzez własne zachowania, odpowiadające definicji porozumienia lub uzgodnionej praktyki, mające antykonkurencyjne cele w rozumieniu art. 81 ust. 1 TWE oraz przyczyniające się do realizacji naruszenia w całości, może być również przypisana odpowiedzialność za zachowania innych przedsiębiorstw składające się na to samo naruszenie za cały okres jego uczestnictwa w tym naruszeniu, jeśli zostanie wykazane, że przedsiębiorstwo to wiedziało o sprzecznych z prawem zachowaniach lub też mogło rozsądnie je przewidzieć i wyrażało na nie zgodę. *A contrario* zatem, brak wiedzy w zakresie zachowań noszących znamiona naruszenia innych uczestników kartelu, nie może powodować pociągnięcia do odpowiedzialności za jednolite i ciągłe naruszenia. Wskazano również na fakt, iż sama tożsamość przedmiotu istniejąca pomiędzy porozumieniem, w którym uczestniczy przedsiębiorstwo i ogólnym kartelem nie wystarczy,

[5] Pkt 20 wyr. Sądu.

[6] Pkt 24 wyr. Sądu.

[7] Spółka podniosła również, że porozumienia w sprawie pozornych kosztorysów nie miały same w sobie przedmiotu ani skutku ograniczającego konkurencję, Coppens nie mogła bowiem znać wszystkich swoich konkurentów, do których klient mógł zwrócić się o wystawienie kosztorysu, z tym skutkiem, że spółka nie mogła wiedzieć, czy wystawiała faktury opiewające na wyższe ceny. W konsekwencji rzeczywiście wykonała ona przeprowadzki w wyłącznie 23% przypadków, w których zwróciła się do innych członków kartelu o wystawienie pozornego kosztorysu. Tak: pkt 25 wyr. Sądu.

[8] Ponadto Komisja wskazała, że Coppens nie zaprzeczała, by wiedziała o istnieniu porozumień w sprawie prowizji; pkt 27 wyr. Sądu.

[9] Wyr. TS z 8.07.1999 r. w sprawie C-49/92 P *Komisja przeciwko Anic Partecipazioni* (Zb. Orz. 1999, s. I – 4125).

aby przypisać temu przedsiębiorstwu uczestnictwo w porozumieniu ogólnym. Dopiero bowiem w chwili, gdy przedsiębiorstwo uczestniczące w tym porozumieniu dowiedziało się lub powinno było się dowiedzieć, że działając w określony sposób, przystępuje do porozumienia ogólnego, jego uczestnictwo w tym porozumieniu może stanowić wyraz przystąpienia do tego ogólnego kartelu[10]. Zdaniem Sądu, Komisja nie wykazała, aby Coppens uczestnicząc w porozumieniach w sprawie pozornych kosztorysów, wiedziała o antykonkurencyjnej działalności innych przedsiębiorstw dotyczących prowizji lub mogła je rozsądnie przewidzieć. Tym samym zatem Komisja nie mogła przyjąć, iż spółka uczestniczyła w naruszeniu ciągłym i jednolitym[11].

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania, Sąd stwierdził nieważność art. 1 lit. i) oraz art. 2 lit. k) decyzji Komisji z dnia 11 marca 2008 r. w sprawie postępowania na podstawie art. 81 TWE i art. 53 porozumienia EOG[12].

II. Postępowanie przed Trybunałem Sprawiedliwości UE

1. Argumentacja Komisji

Powyższy wyrok Sądu został zaskarżony przez Komisję, która wniosła o uchylenie zaskarżonego wyroku, oddalenie skargi o stwierdzenie nieważności bądź – posiłkowo – o stwierdzenie nieważności jedynie odnośnie uznania naruszenia art. 81 TWE oraz art. 53 porozumienia EOG w zakresie, w jakim uznaje spółkę Coppens odpowiedzialną za porozumienie w sprawie prowizji, a także o ustalenie wysokości grzywny[13]. W uzasadnieniu odwołania Komisja wskazała ponadto na naruszenie przez Sąd art. 263 TFUE oraz art. 264 TFUE, a także zasady proporcjonalności[14].

Jak wskazała Komisja, ponieważ w sprawie nie został dowiedziony fakt, że spółka wiedziała bądź winna była wiedzieć o porozumieniu w sprawie prowizji, Sąd postąpił niesłusznie, nie orzekając jedynie stwierdzenia nieważności spornej decyzji w części, w której dotyczy ona spółki Coppens. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, stwierdzenie nieważności części decyzji jest możliwe, jeżeli elementy, których stwierdzenia nieważności się żąda, mogą zostać oddzielone od reszty decyzji, co miało miejsce w rozpatrywanej sprawie. Za nieproporcjonalne uznać należałoby stwierdzenie przez Sąd nieważności decyzji w całości, podczas gdy nie można wykazać jedynie części naruszenia[15].

Komisja podniosła ponadto, że w zaskarżonej decyzji spółka uznana została za odpowiedzialną naruszeń jednolitych i ciągłych, które w rozpatrywanym okresie składały się z dwóch różnych elementów, tj. porozumienia w sprawie prowizji i z porozumienia w sprawie pozornych kosztów. Tym samym Sąd byłby uprawniony do stwierdzenia nieważności decyzji w zakresie dotyczącym

[10] Tak wyr. Sądu z 20.03.2002 r. w sprawie T-28/99 *Sigma Tecnologie przeciwko Komisji* (Zb. Orz. 2002, s. II-1845.

[11] Bez znaczenia jest jednakże fakt, iż sentencja zaskarżonej decyzji nie wzmiankuje o charakterze jednolitego i ciągłego naruszenia, gdyż – jak wskazał Sąd – praktyka decyzyjna Komisji jest w tym względzie jednolita; wyr. Sądu, pkt. 31–33.

[12] Wyr. Sądu, pkt 38.

[13] Wyr. Trybunału (czwarta izba) z 6.12.2012 r. w sprawie C-441/11 P *Komisja Europejska przeciwko Verhuizingen Coppens* NV (Dz.U. UE C 26/14), pkt 18.

[14] Zauważyć jednakże należy, że oparcie się na zarzucie naruszenie zasady proporcjonalności zakwestionowane zostało już w opinii Rzecznika Generalnego Juliane Kokott przedstawiona w dniu 24 maja 2012 r., sprawa C – 441/11 P *Komisja Europejska przeciwko Verhuizingen Coppens* – zob. pkt 23 opinii.

[15] Trybunał nawiązał do kwestii tzw. wymogu rozdzielności (ang. *requirement of severability*), o którym wspomina się w opinii. Zgodnie z tym wymogiem, stwierdzenie nieważności aktu jest możliwe tylko pod warunkiem, że elementy, których stwierdzenia nieważności domaga się strona, mogą zostać oddzielone od reszty tego aktu. Wymóg ten nie jest jednak spełniony, jeśli konsekwencją stwierdzenia nieważności części aktu jest zmiana jego istoty. To zaś należy oceniać na podstawie obiektywnych kryteriów. Zob. pkt 28–29 opinii.

Coppens w całości, tylko gdyby mógł stwierdzić, że oprócz niewykazania przez Komisję, iż wiedziała ona (bądź mogła rozsądnie przewidzieć) o antykonkurencyjnych porozumieniach innych spółek, Komisja nie wykazałaby również, że Coppens uczestniczyła w porozumieniu w sprawie pozornych kosztów. Tymczasem, udział w porozumieniu dotyczącym pozornych kosztów stanowiącym *per se* naruszenie art. 81 TWE był bezsporny również dla Sądu[16].

Zdaniem Komisji, stwierdzenie nieważności w całości decyzji dotyczących karteli na tej podstawie, że część naruszenia nie została udowodniona, jest niezgodne z zasadą prawidłowego administrowania wymiarem sprawiedliwości i skutecznym stosowaniem reguł konkurencji, gdyż to zmuszałoby do powtarzania postępowań. W przeciwnym razie należałoby zgodzić się na to, by część naruszenia, która została dowiedziona, pozostała bezkarna. Poza tym, jak argumentowała Komisja, brak jest pewności co do tego, czy powtórzenie takich postępowań jest zgodne z zasadą *ne bis in idem*[17].

2. Argumentacja Coppens

Coppens wniosła o oddalenie powyższego odwołania, opierając się na trzech zasadniczych argumentach. Po pierwsze, jak wskazała spółka, w rozumieniu dotychczasowego orzecznictwa Trybunału brakuje takich elementów decyzji, które można byłoby wydzielić. Ponieważ Komisja stwierdziła w swej decyzji istnienie złożonego kartelu, stanowiącego jednolite i ciągłe naruszenie art. 81 TWE, Sąd był zobowiązany do ustosunkowania się do udziału spółki Coppens w takim kartelu. Sąd orzekł więc, że sam fakt, iż porozumienie, w którym wzięło udział dane przedsiębiorstwo, ma ten sam cel co ogólny kartel, nie może wystarczyć do zarzucania temu przedsiębiorstwu udziału w ogólnym kartelu. Nie ma zatem mowy o „części naruszenia"[18].

Po drugie, jak argumentowała spółka, dotychczasowe orzecznictwo pozwala na stwierdzenie nieważności części decyzji jedynie w przypadku, gdy nie zmienia ono istoty danej decyzji. W niniejszej sprawie chodziło jednak o kwalifikację naruszenia zarzucanego Coppens, a więc istoty spornej decyzji względem spółki. Stwierdzenie nieważności stanowi zatem konsekwencję braku wykazania udziału Coppens we wszystkich istotnych elementach kartelu, które pozwalałyby na wniosek, że doszło do naruszenia jednolitego i ciągłego.

Ostatni z argumentów zaprezentowanych przez Coppens oparty został na zasadzie legalności. Zgodnie z tą zasadą przedsiębiorstwo może zostać ukarane grzywną, wyłącznie jeżeli udowodnione zostanie, że popełniło ono zarzucane naruszenie. Tymczasem, ponieważ naruszeniem stwierdzonym we wspomnianej decyzji jest złożony kartel, a więc działanie składające się z wielu elementów, z których każdy jest istotny dla jego stwierdzenia, Sąd słusznie orzekł, że Komisja nie wykazała w wystarczający sposób, aby Coppens brała udział w różnych istotnych elementach tego naruszenia, wobec czego nie można było przyjąć udziału tej spółki we wspomnianym kartelu[19].

[16] Pkt 20–22 wyroku.

[17] Pkt 24 wyroku.

[18] Pkt 26 wyroku.

[19] Pkt. 26–29 wyroku. Posiłkowo Coppens wniosła również o uchylenie bądź obniżenie nałożonej grzywny. Na wypadek zaś, gdyby Trybunał uchylił zaskarżony wyrok i nie stwierdził nieważności spornej decyzji w zakresie dotyczącym tej spółki, wnosi do Trybunału, by ten, stosując swoje nieograniczone prawa orzekania, obniżył nałożoną na nią grzywnę, przedstawiając argumentację dotyczącą błędnego ustalenia kwoty podstawowej grzywny oraz naruszenia zasady proporcjonalności. Zob. pkt. 31–32 wyroku.

III. Rozstrzygnięcie Trybunału

1. Uwagi ogólne

Wyrokiem z 6 grudnia 2012 r. Trybunał rozstrzygnął powyższy spór, a wydanie wyroku poprzedziła opinia Rzecznika Generalnego Kokott przedstawiona 24 maja 2012 r.[20]. Rozpatrując przedmiotową sprawę, w pierwszej kolejności Trybunał wskazał na regulację traktatową odnoszącą się do kwestii stwierdzenia nieważności danego aktu. Zgodnie z art. 254 akapit szósty oraz art. 264 akapit pierwszy TFUE[21], jeżeli wniesiona skarga jest zasadna, Sąd orzeka o nieważności aktu[22].

Odnosząc się do zaskarżonego wyroku, Trybunał w pierwszym rzędzie wskazał, iż z jednej strony Sąd stwierdził, że Komisja uznaje Coppens odpowiedzialną za naruszenie jednolite i ciągłe, z drugiej zaś – nie wykluczył, że porozumienie w sprawie pozornych kosztorysów, udziału w którym Coppens nie kwestionowała, może samo w sobie stanowić naruszenie art. 81 WE.

Jak zauważył Trybunał, naruszenie art. 81 ust. 1 TWE może wynikać nie tylko z pojedynczego działania, lecz także z szeregu działań, a nawet z zachowania o charakterze ciągłym, nawet jeśli jeden lub większa liczba elementów tego szeregu działań lub tego zachowania mogłyby stanowić same w sobie odrębne naruszenie tegoż przepisu. Komisja jest przy tym uprawniona do przypisania odpowiedzialności za te działania w zależności od udziału w naruszeniu rozpatrywanym w całości[23].

Wskazując na rozstrzygnięcie w sprawie *Anic Partecipazioni*, Trybunał podkreślił, że przedsiębiorstwo uczestniczące w takim jednolitym i złożonym naruszeniu w drodze swoich własnych zachowań objętych porozumieniem lub praktyką uzgodnioną mającymi cel antykonkurencyjny w rozumieniu art. 81 ust. 1 TWE i które miały przyczynić się do realizacji naruszenia w jego całości, może być tym samym również odpowiedzialne za zachowania innych przedsiębiorstw w ramach tego samego naruszenia przez cały okres jego udziału w tym naruszeniu. Ma to miejsce w sytuacji, w której wykazane zostanie, że przedsiębiorstwo to zamierzało własnym zachowaniem przyczynić się do realizacji wspólnych celów wyznaczonych przez wszystkich uczestników tego porozumienia i że znało działania planowane lub wdrażane przez inne przedsiębiorstwa dla realizacji tych samych celów albo w sposób rozsądny mogło je przewidzieć oraz było gotowe ponieść związane z tym ryzyko[24].

Tym samym w sytuacji, gdy przedsiębiorstwo uczestniczyło jedynie w części zachowań antykonkurencyjnych stanowiących naruszenia jednolite i ciągłe, lecz posiadało wiedzę o wszystkich pozostałych antykonkurencyjnych zachowaniach uczestników kartelu zmierzających do realizacji tych samych celów lub gdy mogło w sposób rozsądny je przewidzieć i miało świadomość ryzyka, Komisja uprawniona jest do przypisania takiemu przedsiębiorstwu odpowiedzialności za wszystkie zachowania antykonkurencyjne stanowiące naruszenie i w konsekwencji uznania za naruszenie

[20] Opinia Rzecznika Generalnego Juliane Kokott przedstawiona 24.05.2012 r. w sprawie C-441/11 P *Komisja Europejska przeciwko Verhuizingen Coppens NV.*

[21] Zob. art. 254 oraz art. 264 TFUE.

[22] Jak jednak podkreślono w opinii Rzecznika Generalnego, art. 264 TFUE nie należy rozumieć jako uregulowania „wszystko albo nic". Jeśli skarga o stwierdzenie nieważności jest zasadna jedynie w części, to nie można jej uwzględnić w całości. Skarżący uzyskałby wówczas więcej, niż mu się należy z mocy prawa. Z tego względu art. 264 akapit pierwszy TFUE należy w razie potrzeby interpretować i stosować w ten sposób, że stwierdza się nieważność środka zaskarżonego w ramach skargi o stwierdzenie nieważności w zakresie, w jakim skarga jest zasadna.

[23] Dokonując tej konstatacji Trybunał wskazał na utrwaloną linię orzeczniczą, m.in. na wskazywany wcześniej wyrok w sprawie *Komisja przeciwko Anic Partecipazoni*, a także na wyrok z 7.01.2002 r. w połączonych sprawach C-204/00P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P oraz C-219/00 p *Aalborg Portland i in. przeciwko Komisji*; zob. pkt 41 wyroku.

[24] Zob. wyrok w sprawie *Anic Partecipazioni*, pkt 87.

w całości. Jeżeli jednak powyższe nie zostało wykazane, Komisja legitymowana będzie do przypisania odpowiedzialności jedynie za zachowania, w których uczestniczyło ono bezpośrednio[25]. Przedsiębiorstwu temu nie będzie można zarzucić udziału w owych innych naruszeniach, a w konsekwencji za naruszenia jednolite i ciągłe w całości, natomiast unijny sąd uzna, że zaskarżoną decyzję należy uznać za bezzasadną w tym tylko zakresie[26].

Powyższe, jak podkreślił Trybunał, nie może doprowadzić jednak do zwolnienia przedsiębiorstwa z odpowiedzialności za zachowania, w których bezspornie wzięło udział, lub za które może być faktycznie odpowiedzialne[27]. Dlatego też, fakt nieuczestniczenia we wszystkich elementach składowych kartelu lub nieodgrywania znaczącej roli w działaniach, w których uczestniczyło, nie ma znaczenia dla stwierdzenia, że popełniło ono naruszenie[28].

Podzielenie w ten sposób decyzji Komisji kwalifikującej cały kartel jako naruszenie jednolite i ciągłe jest jednak możliwe jedynie, gdy z jednej strony danemu przedsiębiorstwu umożliwiono w toku postępowania administracyjnego zrozumienie, że zarzuca mu się również każde z zachowań stanowiących ten kartel, a tym samym obronę w tym względzie, i jeżeli z drugiej strony decyzja ta jest wystarczająco jasna w tym względzie[29].

Jak zauważył Trybunał, z zaskarżonego wyroku wynika, iż w swojej decyzji Komisja wskazała na istnienie kartelu przeprowadzkowego pod trzema postaciami, a ponadto, że aktywny udział Coppens ograniczał się do porozumienia w sprawie pozornych kosztorysów i braku uczestnictwa w porozumieniu w sprawie prowizji. Tymczasem, z akt postepowania przed Sądem oraz z wyroku wynika z jednej strony, że spółce Coppens umożliwiono zrozumienie, iż przypisywano jej odpowiedzialność za rozpatrywane naruszenie jednolite i ciągłe, a także, że zarzucano jej udział w samym porozumieniu w sprawie pozornych kosztorysów. Trybunał podkreślił zatem, że sporna decyzja była wystarczająco jasna w tym względzie, Coppens zaś miała możliwość obrony w odniesieniu do każdego z zarzutów[30].

Ponieważ Sąd stwierdził, iż ze względu na fakt, iż Komisja nie udowodniła, że spółka w trakcie udziału w jednym z zachowań antykonkurencyjnych będących naruszeniem jednolitym i ciągłym wiedziała o innych zachowaniach sprzecznych z prawem pozostałych uczestników kartelu bądź też mogła w sposób rozsądny to przewidzieć, nie może prowadzić to do zwolnienia spółki z odpowiedzialności za tę część zachowań, co do których wykazano, że wzięła w nich udział, lub – w przypadku których jest bezsporne – że może ona zostać uznana odpowiedzialną, sąd Unii musi ograniczyć się do stwierdzenia nieważności części zaskarżonej decyzji.

Ze względu na to, że przedmiotem decyzji Komisji ustalającej udział przedsiębiorstwa w kartelu z naruszeniem art. 81 TWE jest właśnie stwierdzenie jednego lub większej liczby zachowań stanowiących takie naruszenie, częściowe stwierdzenie nieważności nie może zmienić istoty takiej decyzji. Stwierdzając nieważność spornej decyzji w całości, pomimo niezakwestionowania udziału

[25] Pkt. 43–44 wyr.

[26] Jak wskazano w opinii, brak przypisania udziału w części naruszenia składającego się na kartel bądź wiedzy o istnieniu porozumienia ogólnego nie oznacza z pewnością możliwości automatycznego zwolnienia spółki z jakiejkolwiek sankcji. Nic raczej nie przemawia przeciwko temu, aby pociągnąć go do odpowiedzialności za porozumienia szczególne, w których brał on czynny udział w sposób możliwy do wykazania, a które zmierzały do tych samych celów sprzecznych z regułami konkurencji. Tak pkt 37 opinii.

[27] Jak czytamy w opinii Rzecznika Generalnego, stwierdzenie udziału spółki w jednolitym i ciągłym naruszeniu oznacza „więcej" w porównaniu do samego stwierdzenia jej udziału w jednej lub kilku częściach tego naruszenia. Nie oznacza to jednak w żadnym wypadku, że ogólne porozumienie w porównaniu do porozumień szczególnych, z których ono się składa, stanowi inną jakość. Różnice polegają raczej na stopniu naruszenia. Tak pkt 33 opinii.

[28] Elementy te winny być uwzględnione jedynie przy ocenie zakresu wagi naruszenia i ewentualnie – wymiaru grzywny; pkt 45 wyroku.

[29] Pkt 46 wyr.

[30] Pkt 49 wyr.

spółki Coppens w porozumieniu w sprawie pozornych kosztorysów ani jego antykonkurencyjnego charakteru, Sąd naruszył prawo[31].

Rozstrzygając niniejsze zagadnienie, Trybunał skonstatował zatem, iż stwierdzając nieważność spornej decyzji w całości, w zakresie, w jakim dotyczy ona Coppens – chociaż jej udział w porozumieniu w sprawie pozornych kosztorysów i fakt, że sam ten udział może stanowić naruszenie art. 81 TWE nie zostały przez nią zakwestionowane, Sąd naruszył art. 264 akapit pierwszy TFUE. Tym samym za zasadne uznać należało zarzut Komisji i uchylić zaskarżony wyrok[32].

2. W przedmiocie zarzutów Coppens

Jak już wcześniej wskazano, w odpowiedzi na odwołanie Coppens podniosła dwa rodzaje zarzutów – zarzut główny w oparciu o naruszenia art. 81 ust 1 TWE, składający się z trzech części oraz zarzut ewentualny oparty na art. 23 ust. 2 i 3 rozporządzenia 1/2003, a zmierzający do uchylenia lub obniżenia nałożonej grzywny.

Po pierwsze zatem, spółka zakwestionowała co do zasady, aby Komisja miała możliwość przypisania jej odpowiedzialności za naruszenia jednolite i ciągłe, ponieważ udział w jednym z dwóch porozumień, które tworzą naruszenie w tym przypadku, nie został wykazany zgodnie z wymogami orzecznictwa. Jak jednak przypomniał Trybunał, jest bezspornym, że naruszenie jednolite i ciągłe, za które Coppens została uznana odpowiedzialną przez Komisję w okresie, w odniesieniu do którego zarzucono tej spółce udział w rozpatrywanym kartelu, składało się z dwóch porozumień.

Z jednej strony chodziło o porozumienie w sprawie pozornych kosztorysów, którego wykonanie i charakter ograniczający konkurencję zostały opisane w motywach spornej decyzji, a udziału w którym Coppens nie kwestionowała. Trybunał stwierdził jednak, że wbrew argumentacji spółki, nie można uznać, iż porozumienie to nie miało ani celu, ani skutków antykonkurencyjnych. Przedsiębiorstwa, które przedkładały takie kosztorysy, rezygnowały bowiem z konkurencji z przedsiębiorstwem przeprowadzkowym, które się o nie zwracało. Dodatkowo, ponieważ łączny udział w rynku przedsiębiorstw uczestniczących w kartelu wynosił około 50% rynku usług w zakresie przeprowadzek międzynarodowych w Belgii, czego Coppens nie kwestionuje, również nie można uznać, by skutki tego porozumienia wpłynęły na rynek właściwy jedynie w nieznacznym stopniu i by mogły nie być objęte zakazem przewidzianym w art. 81 ust. 1 TWE[33].

Odnosząc się do drugiego analizowanego naruszenia, tj. porozumienia w sprawie prowizji, Trybunał wskazał, iż w motywach spornej decyzji Komisja stwierdziła, że Coppens nie uzgodniła prowizji z innymi przedsiębiorstwami zaangażowanymi w omawiany kartel. W przedłożonych pismach procesowych Komisja utrzymuje jednak, iż można domniemywać, że Coppens posiadała wiedzę w zakresie antykonkurencyjnego działania pozostałych uczestników kartelu, uwzględniając w szczególności, że spółka nie neguje, iż została poinformowana o porozumieniu w sprawie prowizji. Takie twierdzenia nie znajdują jednakowoż poparcia w konkretnych dowodach[34].

[31] Jak podkreślił Trybunał, w okolicznościach niniejszej sprawy Sąd był ewentualnie uprawniony do stwierdzenia nieważności jedynie części spornej decyzji w zakresie, w jakim ta dotyczy spółki Coppens; pkt. 50–52 wyroku.

[32] Pkt 54 wyr.

[33] Jeżeli chodzi o rzekomo ograniczony udział spółki Coppens w tym porozumieniu, Trybunał przypomniał, że zgodnie z samym brzmieniem art. 81 ust. 1 TWE zastosowanie zakazu ustanowionego w tym postanowieniu wymaga jedynie upewnienia się, czy celem lub skutkiem porozumienia, w którym przedsiębiorstwo uczestniczyło wraz z innymi, było ograniczenie konkurencji i czy mogło ono wpływać na handel między państwami członkowskimi. W konsekwencji kwestia ustalenia, czy indywidualny udział przedsiębiorstwa w takim porozumieniu mógł sam w sobie, zważywszy na jego słabą pozycję na rynku właściwym, ograniczyć konkurencję lub wpływać na handel między państwami członkowskimi, nie ma znaczenia, jeżeli chodzi o ustalenie istnienia naruszenia; pkt, 62–64 wyroku.

[34] Pkt 66 wyr.

Uznając tę część zarzutu za zasadny Trybunał skonstatował, iż Komisja nie spełniła wymogów ciężaru dowodu w tej dziedzinie i w konsekwencji nie wykazała, że w trakcie swojego udziału w porozumieniu w sprawie pozornych kosztorysów Coppens wiedziała o porozumieniu w sprawie prowizji wdrożonym przez inne przedsiębiorstwa uczestniczące w kartelu lub że mogła w sposób rozsądny je przewidzieć[35]. W tych okolicznościach Komisja nie mogła zgodnie z prawem uznać Coppens odpowiedzialną za to ostatnie porozumienie i przypisać odpowiedzialności za wszystkie zachowania składające się na naruszenie jednolite i ciągłe[36].

Drugi element składający się na zarzut oparty na art. 81 ust. 1 TWE dotyczył braku dowodu na udział w naruszeniu w latach 1994–1995, gdyż zdaniem Coppens Komisja błędnie stwierdziła w spornej decyzji jej udział w wymiarze 10 lat i 9 miesięcy. Odnosząc się do tego zarzutu, Trybunał skonstatował, iż w dotychczasowym orzecznictwie wskazywano już, iż w większości przypadków istnienie praktyki lub porozumienia antykonkurencyjnego musi być wyprowadzone ze zbiegu szeregu okoliczności i poszlak, które w przypadku braku innego spójnego wyjaśnienia – rozpatrywane łącznie – mogą stanowić dowód naruszenia reguł konkurencji[37]. Tego rodzaju poszlaki i okoliczności – jak stwierdził Trybunał – jeżeli oceniane są całościowo, pozwalają na wykazanie istnienia zachowań lub porozumień antykonkurencyjnych, ale również czasu trwania ciągłego zachowania antykonkurencyjnego oraz okresu stosowania porozumienia zawartego z naruszeniem reguł konkurencji. Brak dowodu na istnienie porozumienia w pewnych konkretnych okresach lub przynajmniej na jego wykonywanie przez przedsiębiorstwo w danym okresie nie stoi jednak na przeszkodzie temu, by naruszenie to było postrzegane jako wykazane w okresie całościowym dłuższym niż te konkretne okresy, jeśli takie stwierdzenie opiera się na obiektywnych i zgodnych poszlakach.

I tak w przypadku naruszenia trwającego kilka lat, okoliczność, że kartel ujawniał się w różnych okresach, które mogą być oddzielone krótszymi lub dłuższymi przerwami, pozostaje bez wpływu na jego istnienie, o ile poszczególne działania składające się na to naruszenie służą osiągnięciu tego samego celu i wpisują się w ramy naruszenia o charakterze jednolitym i ciągłym[38].

Przedsiębiorstwo nie może również uwolnić się od swojej odpowiedzialności, powołując się na fakt, iż nie brało ono udziału we wszystkich działaniach składających się na kartel lub że odegrało mało znaczącą rolę w działaniach, w które było zaangażowane, gdyż okoliczności te nie mogą podważyć jego odpowiedzialności za naruszenie; są one bowiem uwzględniane dopiero przy ocenie wagi naruszenia oraz – w razie konieczności – przy ustalaniu wysokości grzywny[39].

Biorąc zatem pod uwagę brak dowodu wskazującego na to, by Coppens w tym okresie publicznie zdystansowała się do treści antykonkurencyjnego porozumienia, w szczególności informując pisemnie członków kartelu, iż nie zamierza już w nim uczestniczyć, oraz liczne dowody

[35] Jak czytamy w opinii Rzecznika Generalnego, nie tylko sankcja, lecz także leżące u jej podstaw antykonkurencyjne zachowanie jako takie musi zostać właściwie przedstawione w sentencji spornej decyzji. W przeciwnym razie osądzenie, którego dokonuje sporna decyzja wobec danego przedsiębiorstwa, wychodziłoby poza to, co może mu zostać zarzucone z mocy prawa. Mogłoby to z jednej strony oddziaływać negatywnie na dobre imię przedsiębiorstwa, a z drugiej zaś – mieć dla niego niekorzystny skutek w odniesieniu do cywilnoprawnych roszczeń osób trzecich i przyszłego postępowania kartelowego; pkt 58 opinii.

[36] Pkt 67 wyr. Warto również wskazać na opinię Rzecznika Generalnego, w której – rozważając kwestię stwierdzenia nieważności aktów prawnych Unii – wskazano na zasadę ekonomii procesowej. Jak stwierdził Rzecznik, zasada ta przemawia za tym, aby stwierdzać nieważność aktów prawnych Unii w razie wątpliwości jedynie częściowo, ponieważ w ten sposób można uniknąć ewentualnego powtórzenia postępowania administracyjnego i nowego postępowania sądowego albo przynajmniej ograniczyć ich przedmiot. Szczególnie w przypadkach z zakresu prawa ochrony konkurencji występuje sytuacja, w której powtórzenie postępowania administracyjnego w zależności od stanu sprawy mogłoby doprowadzić do konfliktu z zasadą *ne bis in idem*. Tak pkt 27 opinii.

[37] Tak np. w przytaczanym już wyroku w połączonych sprawach *Aalborg Portland i in. przeciwko Komisji*, a także w wyroku z 21.09.2006 r. w sprawie C-105/04 P *Nederlandese Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied przeciwko Komisji* (Zb. Orz. 2006, s. I- 8725).

[38] Jak wskazał Trybunał, również milcząca zgoda na niezgodną z prawem inicjatywę, bez publicznego zdystansowania się do jej treści lub bez zawiadomienia o niej władz, zachęca do kontynuowania naruszania i utrudnia jej wykrycie; pkt. 71–73 wyr.

[39] Pkt 74 wyr.

aktywnego udziału spółki Coppens w tym porozumieniu po tym okresie, zestawione w spornej decyzji, których Coppens nie kwestionuje, Komisja uprawniona była do uznania, że spółkę tę można uznać odpowiedzialną za udział w tym porozumieniu w sposób nieprzerwany w całym okresie od 13 października 1992 r. do 29 lipca 2003 r. Ta część zarzutu nie zasłużyła zatem na uwzględnienie[40].

W odniesieniu do trzeciego elementu zarzutu przedstawionego przez Coppens, dotyczącego jakoby niedokonania przez Komisję oceny względnej wagi udziału spółki w porozumieniu w sprawie pozornych kosztorysów, Trybunał stwierdził, iż o ile argumentacja ta może być istotna w przypadku oceny wysokości nałożonej grzywny, o tyle nie ma ona znaczenia w zakresie, w jakim służy do kwestionowania istnienia naruszenia art. 81 TWE, co też ma miejsce w przedmiotowej sprawie.

Odnosząc się do całości rozważań Trybunał stwierdził nieważności art. 1 lit. i) decyzji Komisji C(2008) 926 z 11 marca 2008 r. w zakresie, w jakim w przepisie tym Komisja, nie ograniczając się do stwierdzenia udziału spółki Verhuizingen Coppens NV w porozumieniu w sprawie systemu fałszywych kosztorysów, zwanych „pozornymi kosztorysami", od dnia 13 października 1992 r. do 29 lipca 2003 r., uznając tę spółkę odpowiedzialną za porozumienie w sprawie systemu kompensacji finansowych za odrzucone oferty lub za powstrzymanie się od złożenia ofert, zwanych „prowizjami" i przypisując jej odpowiedzialność za naruszenie jednolite i ciągłe[41].

IV. Podsumowanie

Rozstrzygając powyższą sprawę Trybunał niewątpliwie odniósł się do dwóch istotnych kwestii.

W pierwszej kolejności zwrócił on uwagę na kwestię możliwości stwierdzenia nieważności decyzji jedynie w części. O ile, realizując warunek nienaruszenia istoty samego aktu, możliwe jest swego rodzaju „wyodrębnienie" elementu objętego żądaniem stwierdzenia nieważności, o tyle, jak wskazano w wyroku, przemawiają za tym też inne względy w postaci ekonomiki procesowej oraz – co wydaje się o wiele istotniejsze w tym przypadku – odsunięcia realnej groźby naruszenia zasady *ne bis in idem*.

Po drugie zauważyć należy, że Trybunał po raz kolejny podkreślił, iż fakt milczącej akceptacji (przyzwolenia) działania pozostałych uczestników kartelu w ramach porozumienia ogólnego, a więc *de facto* bierny udział w takim antykonkurencyjnym porozumieniu podlega tej samej penalizacji, co aktywne uczestnictwo. Jak bowiem wskazano w wyroku, okoliczność uczestniczenia jedynie w porozumieniu szczególnym stanowiącym część kartelu złożonego nie wyklucza odpowiedzialności za porozumienie ogólne realizowane przez pozostałych uczestników kartelu w przypadku wykazania wiedzy lub chociażby realnego domniemania (rozsądnego przypuszczenia), że dane przedsiębiorstwo mogło wiedzieć o istnieniu takiego antykonkurencyjnego zachowania. Kluczowy w tej sytuacji okazuje się jednak zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, zwłaszcza w odniesieniu do owego „rozsądnego przypuszczenia". Pojawia się tutaj bowiem problem rodzaju dowodu, który miałby zostać przedstawiony na okoliczność posiadania przez dane przedsiębiorstwo braku „rozsądnego przypuszczenia", a także wskazania wyraźnej dystynkcji pomiędzy wiedzą a supozycją.

Ilona Szwedziak-Bork
Adwokat

[40] Pkt. 75–76 wyr.

[41] Zob. pkt 78 wyr.

Decyzje koncentracyjne w sprawach *Empik/Merlin* oraz *Czerwona Torebka/Merlin*, czyli dlaczego wszyscy chcieli złowić Merlina

Zgodnie z danymi zaprezentowanymi w sprawozdaniu z działalności Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: UOKiK lub Urząd) za rok 2011[1], spośród 187 spraw dotyczących kontroli koncentracji wydano jedynie dwie decyzje zakazujące jej dokonania – w sprawie przejęcia przez spółkę PGE S.A. spółki Energa S.A.[2] oraz w sprawie przejęcia przez NFI Empik Media & Fashion S.A. (dalej: Empik, Zgłaszający) kontroli nad Merlin.pl S.A.[3] (dalej: Merlin). I to właśnie ta druga decyzja zasługuje na szczególną uwagę w kontekście jej merytorycznego uzasadnienia, ale przede wszystkim ze względu na zakres badania rynku, który poprzedził jej wydanie[4]. Ponadto – co wydaje się interesujące – w kwietniu 2013 r. Merlin przejęty został przez spółkę niezwiązaną z rynkiem sprzedaży detalicznej bądź hurtowej książek czy nagrań muzycznych albo platformami handlu elektronicznego (*e-commerce*) – Czerwoną Torebkę S.A.[5]

I. Decyzja w sprawie *Empik/Merlin*

1. Uczestnicy koncentracji

Postanowieniem z 21 lipca 2010 r. UOKiK wszczął postępowanie w sprawie zgłoszenia zamiaru koncentracji, polegającej na przejęciu przez Empik kontroli nad Merlin poprzez objęcie akcji w podwyższonym kapitale zakładowym Merlin, które będą stanowić 60% kapitału zakładowego i głosów na walnym zgromadzeniu akcjonariuszy Merlin. Akcje w podwyższonym kapitale zakładowym Merlin miały zostać pokryte przez Zgłaszającego wkładem niepieniężnym w postaci 100% akcji nowo utworzonej spółki, która powstałaby w wyniku podziału Empik Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (spółki zależnej Empik) poprzez wydzielenie pionu sprzedaży internetowej tej Spółki[6].

Zgłaszającym była spółka holdingowa stojąca na czele grupy kapitałowej zbudowanej z 45 krajowych i zagranicznych spółek. Na terenie RP Empik prowadzi działalność w szczególności w zakresie sprzedaży detalicznej książek i prasy, nagrań muzycznych, filmów, multimediów, artykułów papierniczych oraz biletów na imprezy kulturalne[7]. Bogata oferta handlowa sprawia, że empik.com jest w czołówce najczęściej odwiedzanych witryn *e-commerce* w Polsce. Poza bogatym asortymentem, często dostępnym jedynie w empik.com, wirtualny salon oferuje komfortowe

[1] Sprawozdanie dostępne na stronie Urzędu: www.uokik.gov.pl.

[2] Decyzja nr DKK-1/201, dostępna na stronie UOKiK. Jak czytamy w sprawozdaniu, konsekwencją transakcji byłoby bowiem istotne ograniczenie konkurencji m.in. na krajowym rynku wytwarzania i sprzedaży detalicznej energii elektrycznej, s. 16.

[3] Decyzja z 3.02.2011 r., nr DDK-12/2011, dostępna na stronie UOKiK

[4] Jak poinformowano na stronie internetowej UOKiK w trakcie postępowania przeprowadzono największe w historii UOKiK badanie rynku. Na potrzeby analizy skierowano pytania do ponad 1100 potencjalnych konkurentów i kontrahentów uczestników transakcji, w tym – wydawnictw, dystrybutorów, sklepów internetowych sprzedających książki i płyty z muzyką oraz wytwórni muzycznych. Jedną z niezbędnych do ustalenia kwestii było określenie rynków, na które koncentracja mogłaby wywrzeć wpływ. Czyt. więcej na: http://www.uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=2456.

[5] Decyzja z 28.03.2013 r., nr DKK-49/2012., dostępna na stronie UOKiK.

[6] Ibidem, s. 4.

[7] W decyzji wskazano jeszcze na inne rodzaje działalności; zob. s. 3.

oraz szybkie zakupy z dostawą do domu czy też odbiór w salonie Empik przy zerowych kosztach dostawy[8]. Sieć salonów Empik zlokalizowana jest w całej Polsce.

Merlin to jeden z najstarszych polskich sklepów internetowych. Został zarejestrowany w 1998 roku, natomiast jego oficjalne otwarcie nastąpiło rok później. Od lat znajduje się w czołówce sklepów o największej liczbie transakcji realizowanych wysyłkowo. Spółka może pochwalić się ofertą blisko 320 tysięcy produktów, ponad 2 milionami zarejestrowanych klientów oraz prawie 150 tysiącami realizowanych zamówień miesięcznie[9]. W ofercie sklepu znajdują się m.in. książki, nagrania muzyczne, filmy, multimedia, artykuły elektroniczne, zabawki, akcesoria dla dzieci oraz kosmetyki[10].

2. Problem określenia rynku właściwego

W ocenie Empik, rynkami właściwymi w przedmiotowej sprawie w aspekcie produktowym były rynki sprzedaży detalicznej: książek, nagrań muzycznych, filmów, multimediów, elektroniki, zabawek, artykułów kosmetycznych oraz sportowych. Ponadto, zdaniem Zgłaszającego, oba kanały sprzedaży, tj. tradycyjny i internetowy stanowiły jeden rynek sprzedaży detalicznej określonych produktów bez potrzeby segmentacji tego rynku ze względu na kanały dystrybucyjne[11]. W kwestii rynku geograficznego, Empik wskazał, iż właściwym rynkiem geograficznym, w odniesieniu do powyższych rynków wspólnych, produktowo jest terytorium Polski.

Urząd nie podzielił wskazanego przez Zgłaszającego zakreślenia rynków produktowych, utrzymując, że jest to zbyt szerokie ujęcie. O ile niemożliwe było potraktowanie handlu detalicznego poszczególnymi produktami jako jednego rynku, o tyle w przypadku dwóch grup produktów tworzących ofertę uczestników koncentracji, a więc książek i nagrań muzycznych, konieczne jest zastosowanie węższych definicji rynku. Za nieakceptowalne uznano jednak potraktowanie obu kanałów dystrybucji za jeden rynek[12].

3. Substytucyjność książek i nagrań muzycznych

W pierwszej kolejności Urząd zwrócił uwagę, że nie wszystkie sprzedawane produkty można uznać za substytuty i to zarówno pod względem popytu, jak i podaży. W odniesieniu do książek[13] wskazano, że są one odrębnymi produktami, które dla nabywców nie będą stanowić substytutu. I tak dokonać można dystynkcji pomiędzy książkami niespecjalistycznymi[14], specjalistycznymi[15] oraz podręcznikami szkolnymi[16].

[8] Więcej na http://empikgroup.com/grupa-empik/empik-com/.

[9] Informacje pochodzą ze strony internetowej: www.merlin.pl.

[10] W decyzji zaznaczono, że Merlin jest podmiotem dominującym spółek: Sensowne Systemu Sp. z o.o. oraz Presco Medi Sp. z o.o., która jest właścicielem sklepu internetowego „e-cyfrowe.pl" zajmującego się sprzedażą artykułów foto-video oraz portalu poświęconego tematyce fotografii „fotal.pl"; s. 3–4 decyzji.

[11] Takie stanowisko Empik argumentował m.in. tym, iż sprzedaż towaru odbywa się poprzez księgarnie, supermarkety, kioski z prasą, Internet, sprzedaż na odległość i akwizycję; w sklepach tradycyjnych i w sprzedaży na odległość oferowane są klientom identyczne towary w identycznych bądź podobnych cenach, oferta asortymentowa jest podobna. Empik wskazał również na decyzję Komisji z 15.10.2007 r. w sprawie *EGMONT/BRONNIER*, w której Komisja stwierdziła, że w odniesieniu do rynku książek, nowoczesne oraz tradycyjne kanały dystrybucji składają się na jeden rynek sprzedaży detalicznej dla końcowego odbiorcy. Zob. Decyzja…, s. 5–7.

[12] Ibidem, s. 7.

[13] Z powodu niewystarczającej substytucyjności popytowej Urząd zrezygnował z zaliczenia e-booków i audiobooków do wyszczególnionych rynków.

[14] Sprzedawane głównie w niewyspecjalizowanych kanałach dystrybucyjnych, a więc niespecjalistycznych księgarniach w kanale tradycyjnym lub internetowym; zob. ibidem, s. 8.

[15] Ze względu na wąską i precyzyjnie zdefiniowaną grupę docelową skupiają się na innych formach dystrybucji niż sprzedaż w niespecjalistycznych księgarniach, takich jakie prowadzi Zgłaszający. Jak wskazano w decyzji, książki specjalistyczne są sprzedawane również w niespecjalistycznych księgarniach, takich jakie prowadzi Wnioskodawca, niemniej jest to tylko dodatkowy kanał dystrybucji i jeden z wielu (książki takie w szerszym zakresie dostępne są zresztą na półkach tylko dużych księgarni działających w kanale tradycyjnym), co powoduje, że nie można mówić o jednolitych warunkach konkurencji na rynku sprzedaży detalicznej wydawnictw specjalistycznych i niespecjalistycznych; zob. ibidem, s. 9–10.

[16] Ze względu na niezwykle precyzyjnie zdefiniowaną grupę docelową odbiorców oraz czynniki określające popyt i jego wyraźną sezonowość w przypadku podręczników szkolnych (jeszcze bardziej niż w przypadku książek specjalistycznych) mamy do czynienia z obecnością innych form dystrybucji niż

Ponadto każda z kategorii kierowana jest do określonej grupy docelowej, ze względu na swój charakter (np. zawodowy) różni się ceną, a poza tym może mieć charakter cykliczny. W opinii Urzędu należało zatem wyodrębnić pod względem tego samego asortymentu jako osobny rynek właściwy rynek sprzedaży detalicznej każdej ze wskazanych kategorii książek. Biorąc pod uwagę kwestie dotyczące braku substytucyjności popytowej i podażowej określonych grup książek, wyróżniono: rynek detalicznej sprzedaży internetowej książek niespecjalistycznych oraz rynek zakupu książek niespecjalistycznych.

W odniesieniu do nagrań muzycznych Urząd uznał, że niezasadne jest dzielenie rynku nagrań muzycznych pod względem typów muzyki, np. muzyka popularna, ludowa czy klasyczna. Urząd uznał jednak, że właściwie wszystkie typy muzyki służą zaspokajaniu potrzeby rozrywki i obcowania z dobrami kultury stąd przynajmniej w przedmiotowej sprawie traktuje je jako substytuty. Doprecyzowując jedynie produktową definicję rynku, do rynku sprzedaży detalicznej i zakupu nagrań muzycznych nie zaliczono sprzedaży prowadzonej w Internecie w postaci plików muzycznych[17].

4. Substytucyjność poszczególnych kanałów sprzedaży

Negując zaproponowane przez Empik przyjęcie jednego rynku kanałów sprzedaży, Urząd postanowił wyodrębnić sprzedaż internetową poszczególnych produktów i potraktować je jako osobne rynki. O takim rozstrzygnięciu zadecydowały przede wszystkim: wciąż ograniczony dostęp społeczeństwa do Internetu[18], wyraźne różnice demograficzne pomiędzy konsumentami korzystającymi z *e-commerce* a konsumentami korzystającymi z kanału tradycyjnego, różnice w przebiegu procesu zakupu wpływające na sukces sprzedaży i zachowania konsumentów, zróżnicowanie w cenach i kosztach transakcji pomiędzy zakupami internetowymi a tradycyjnymi[19].

W odniesieniu do rynku w ujęciu geograficznym Urząd zgodził się, iż rynki produktowe w aspekcie geograficznym mają zasięg krajowy. Tym samym stwierdzono, że przedmiotowa koncentracja wywiera wpływ w układzie horyzontalnym na krajowy rynek detalicznej sprzedaży internetowej książek niespecjalistycznych, nagrań muzycznych na nośnikach tradycyjnych, krajowy rynek książek niespecjalistycznych oraz krajowy rynek zakupu nagrań muzycznych na nośnikach tradycyjnych[20].

5. Charakterystyka rynków właściwych w sprawę

5.1. Krajowy rynek sprzedaży internetowej książek niespecjalistycznych

Analizując rynki właściwe w sprawie, w pierwszej kolejności wskazano na markę handlową będącą istotnym parametrem konkurencji. Jak stwierdzono w decyzji, rynek detalicznej sprzedaży internetowej charakteryzuje się dużą liczbą podmiotów na rynku. To z kolei powoduje, że znakomita

księgarnie niespecjalistyczne. Bardzo ważnym, szczególnie poza dużymi miastami, elementem handlu detalicznego tym asortymentem jest działalność przedstawicieli handlowych bezpośrednio docierających do poszczególnych placówek dydaktycznych. Zob. ibidem, s. 11.

17 Ibidem, s. 12.

18 Urząd posłużył się tutaj raportem o stanie rynku telekomunikacyjnego w Polsce w 2009 r. przygotowanym przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej, zgodnie z którym prawie 55% gospodarstw domowych posiadało dostęp do szerokopasmowego Internetu. Zob. ibidem, s. 13–14.

19 Jak wskazano w decyzji, w transakcjach internetowych cena produktu nie jest, tak jak w tradycyjnych, równa kosztowi transakcji. To co w istocie różni zakupy w Internecie i w kanale tradycyjnym to zmienność ich kosztu w zależności od sposobu dostawy, sposobu płatności oraz wielkości zamówienia. Stąd też konkurencja pomiędzy sklepami internetowymi jest wyraźnie uzależniona od ich elastyczności w zakresie tych parametrów. Większość konsumentów kupujących w Internecie musi liczyć się z ponoszeniem kosztów dostawy. Wyjątkiem jest odbiór własny w tradycyjnych sklepach lub innych punktach odbioru zazwyczaj należących do właściciela sklepu internetowego. Większość sklepów internetowych oferuje możliwość obniżenia kosztów dostawy w zależności od wielkości zamówienia. Przy odpowiednio dużych zamówieniach sklepy rezygnują z kosztów dostawy. Zob. ibidem, s. 17–19.

20 Ibidem, s. 24.

część nie jest w ogóle znana konsumentom. Tym samym podmioty rozpoznawalne, posiadające dobrze wykreowaną markę osiągają znaczącą pozycję na rynku[21]. Z badań przygotowanych na zlecenie uczestników koncentracji jednoznacznie wynikło, że ich marki cechowały się najwyższą rozpoznawalnością, a także były głównymi konkurentami w kategoriach „miejsce dokonywania zakupów w ciągu ostatnich 12 miesięcy" czy „ulubione miejsce"[22].

Kolejnym analizowanym aspektem były punkty odbioru zamówionych produktów. Oprócz tradycyjnej przesyłki pocztowej oraz kurierskiej, najtańszą ofertą był odbiór osobisty przez klientów. W przypadku Empiku był to odbiór w salonach, natomiast w przypadku Merlin w punktach własnych oraz w wybranych salonach Empiku. Możliwe było również odbieranie przesyłek w salonach RUCH lub paczkomatach Inpost (za dopłatą kilku złotych). W związku z koniecznością ponoszenia znacznych kosztów w przypadku opcji przesyłki kurierskiej (nawet przy przesyłkach niskiej wartości), koszty dostawy stały się ważną determinantą dokonywania wyboru sklepu internetowego[23].

Rzeczywistym problemem, przed którym stanął Urząd, okazało się zbadanie krajowego rynku sprzedaży internetowej książek niespecjalistycznych. Jak wskazano w decyzji trudności te wynikły z dwojakiego rodzaju przyczyn. Po pierwsze książki te są częściowo obecne w księgarniach niespecjalistycznych, a prowadzący je przedsiębiorcy nie ewidencjonują ich w odrębny sposób, stąd zazwyczaj nie są w stanie ich wydzielić ze swojej sprawozdawczości inaczej niż „ręcznie". Po drugie, problematyczne było już samo rozróżnienie książek specjalistycznych od książek niespecjalistycznych[24]. Na podstawie przeprowadzonych analiz Urząd określił łączny udział uczestników koncentracji w krajowym rynku detalicznej sprzedaży książek niespecjalistycznych.

W ocenie UOKiK dane uzyskane w toku przeprowadzonego badania rynku należało uznać za pełniejsze i bardziej wiarygodne od danych przedstawionych w tym zakresie przez Zgłaszającego, nie opierały się one bowiem na szacowaniu wielkości przychodów ze sprzedaży uczestników tego rynku, a na danych faktycznych pochodzących od tych przedsiębiorców. Choć badaniem tym nie zostały objęte wszystkie podmioty prowadzące działalność w zakresie internetowej sprzedaży książki, to z całą pewnością przeważająca większość. Mając na względzie ogromne rozdrobnienie tego rynku oraz fakt, iż wybór podmiotów, których objęto badaniem dokonany był na podstawie kryterium wielkości przychodów uzyskanych ze sprzedaży należało przyjąć, iż dane pochodzące od podmiotów nieobjętych badaniem nie miały istotnego wpływu na wielkość tych rynków[25].

Badając atrybuty księgarni internetowych, Urząd jednoznacznie stwierdził, iż empik.com oraz merlin.pl z racji wielkości udziałów rynkowych, rozpoznawalności marki, wizerunku, szerokości asortymentu i liczby punktów odbioru są wobec siebie głównymi konkurentami. Ze względu na

[21] Dzieje się tak nawet w przypadku, gdy znany sklep internetowy jest niewiele droższy od działającego pod nieznaną marką. Znane sklepy internetowe mogą również pochwalić się większym zaufaniem konsumenta przy wyborze sposobu płatności (płatności online); zob. ibidem, s. 25–26.

[22] M.in. analiza MillwardBrown SMG/KRC sporządzona na zlecenie Merlin. Z trzech analizowanych sklepów internetowych (tj. merlin.pl, empik.com i Świątksiążki.pl), empik.com i merlin.pl mają też najbardziej zbliżony do siebie wizerunek. Spośród 31 badanych atrybutów, oba sklepy bardzo zbliżone lub zbliżone wyniki otrzymały w 24 atrybutach, z których najważniejsze to dobra opinia sklepu, bogata oferta książek, wiarygodność, dotrzymywanie obietnic, nowoczesność, przejrzystość, godny polecenia. Zob. ibidem, s. 29–30 decyzji.

[23] Empik umożliwia odbiór zakupionych produktów w 166 własnych punktach na terenie kraju, a Merlin w 5 własnych punktach (4 w Warszawie i 1 w Piasecznie). Pozostałe (1229) to punkty, z których Merlin korzysta na podstawie umów o świadczenie usług zawartych z podmiotami zewnętrznymi, takimi jak Ruch S.A. Odbiór w tych punktach zamówionego towaru nie jest jednak bezpłatny.

[24] O przyjętych przez Urząd założeniach badań zob. ibidem, s. 32–40.

[25] Zob. ibidem, s. 40.

niewielki udział uczestników koncentracji w rynku zakupu książek specjalistycznych, wyznaczone przedziały nie doszacowały analogicznych przedziałów dla rynku właściwego. Nie doszacowano również przedziału zmiany indeksu HHI [26].

5.2. Krajowy rynek detalicznej sprzedaży internetowej nagrań muzycznych na nośnikach tradycyjnych

W odniesieniu do krajowego rynku detalicznej sprzedaży internetowej nagrań muzycznych na nośnikach tradycyjnych Urząd również dokonał badania, dzieląc przedsiębiorców działających na tym rynku na trzy grupy: wytwórnie muzyczne i dystrybutorzy, sklepy internetowe oraz serwis aukcyjny „Allegro"[27]. Jak wskazano w decyzji, analizowany rynek jest w swej specyfice zbliżony do krajowego rynku sprzedaży detalicznej książek niespecjalistycznych. Dlatego też analiza udziałów nie oddaje do końca rzeczywistego poziomu konkurencji. Podobnie jak w przypadku internetowej sprzedaży książek, ważnymi aspektami konkurencji są marka sklepu, punkty odbioru czy szerokość asortymentu. Również biorąc pod uwagę te aspekty głównymi konkurentami na tym rynku są Empik i Merlin[28].

5.3. Krajowy rynek książek niespecjalistycznych

W dalszej kolejności Urząd zbadał krajowy rynek książek niespecjalistycznych, wskazując, iż dokładne obliczenie udziałów Empik oraz Merlin na tym rynku przysparza wiele trudności. Ogólna liczba wydawnictw funkcjonujących w kraju wynosi kilka tysięcy, choć zdecydowana większość to podmioty, dla których wydawanie książek stanowi działalność dodatkową. Dane rynkowe przedsiębiorców oszacowano na dwa sposoby: zakup książek odniesiono do łącznej sprzedaży przebadanych wydawców i hurtowników[29] oraz zakup książek odniesiono do łącznej sprzedaży przebadanych wydawców z pominięciem hurtowników, czyli pośrednich szczebli dystrybucji. Rzeczywiste wartości udziałów w analizowanym rynku zakupów hurtowych znalazły się w przedziałach wyznaczonych udziałami mierzonymi oboma sposobami. Na podstawie zgromadzonych danych obliczono, że zmiana wskaźnika HHI wywołana koncentracją mieściłaby się pomiędzy 166 a 239 punktami, co wskazywałoby na istotną zmianę stopnia koncentracji[30].

Dodatkowym elementem badania rynku było przeprowadzenie przez Urząd ankiety wśród wydawców dotyczącej pozycji Empik na rynku i związanej z tym konieczności korzystania z kanałów dystrybucji tego podmiotu. Z udzielonych odpowiedzi o charakterze twierdzącym wynikało, że Empik jest podmiotem, który, dzięki skali oraz specyfice działalności, jest w stanie świadczyć wydawcom dodatkowe usługi promocyjne. Brak współpracy znacznie utrudnia wprowadzenie na rynek i osiągnięcie zadowalających wyników sprzedażowych nowych pozycji[31].

[26] Ibidem, s. 42.

[27] Badaniem objęto 272 przedsiębiorców; zob. ibidem, s. 43.

[28] Ibidem, s. 45.

[29] Sposób ten jest korzystniejszy dla uczestników koncentracji, sprzedaż części książek (sprzedawanych za pośrednictwem hurtowników) jest bowiem liczona dwa lub więcej razy (przez pośrednie szczeble dystrybucji), a tym samym wartość, do której odniesiono zakupy detalistów jest przeszacowana, a udziały rynkowe niedoszacowane; zob. ibidem, s. 47–48.

[30] W celu uzyskania lepszego przybliżenia udziałów uczestników koncentracji w rynku właściwym – krajowym rynku zakupu książek niespecjalistycznych – Urząd postanowił dodatkowo obliczyć łączny udział Empik i Merlin w rynku po wyłączeniu wydawnictw, które jednoznacznie dały się przypisać do kategorii książek specjalistycznych oraz wydawnictw, które posiadają własne wydzielone kanały dystrybucji. O założeniach przyjętych przy wyliczaniu udziałów zob. ibidem, s. 49–50.

[31] W dalszej kolejności zapytano wydawców o wpływ na rynek hurtowej sprzedaży w kontekście ewentualnego połączenia Empik i Merlin; zob. ibidem, s. 51–54.

5.4. Krajowy rynek nagrań muzycznych na nośnikach tradycyjnych

W odniesieniu do krajowego rynku nagrań muzycznych na nośnikach tradycyjnych Urząd posłużył się sposobem podobnym do określenia udziału w rynku zakupu książek, a zatem wartość zakupu nagrań muzycznych odniesiono do łącznej sprzedaży nagrań muzycznych przez wytwórnie muzyczne, z pominięciem hurtowników, czyli pośrednich szczebli dystrybucji.

6. Opinie uczestników rynków właściwych

Dokonując największego w historii Urzędu badania, szczególną rolę przypisano również opinii pozostałych uczestników rynków właściwych. Z uzyskanych odpowiedzi *explicite* wynikało, że wpływ koncentracji na te rynki będzie negatywny. Zdaniem przedsiębiorców konsolidacja firm mogłaby doprowadzić do monopolizacji, uzyskania potężnej przewagi konkurencyjnej Empiku przy jednoczesnej postępującej marginalizacji pozostałych uczestników. Powstały podmiot mógłby również wymóc na wydawcach wydłużenie terminów płatności czy obniżkę cen detalicznych[32].

7. Rozstrzygnięcie Urzędu

W wyniku przeprowadzonego postępowania Prezes UOKiK uznał, iż koncentracja wywiera wpływ w układzie horyzontalnym na krajowy rynek detalicznej sprzedaży internetowej książek niespecjalistycznych, nagrań muzycznych na nośnikach tradycyjnych oraz krajowym rynku zakupu książek niespecjalistycznych[33]. Analiza skutków koncentracji wykazała, iż w wyniku jej przeprowadzenia dojdzie do istotnego ograniczenia konkurencji na ww. rynkach[34].

Jak wskazano w odniesieniu do krajowego rynku internetowej sprzedaży książek niespecjalistycznych, w niniejszej sprawie doszłoby do przejęcia lidera rynku przez jego najbliższego konkurenta, zajmującego drugie miejsce, przy pozostałych uczestnikach rynku posiadających niewielkie udziały i nie zawsze stanowiących bezpośrednią konkurencję dla Empik i Merlin. Nie tylko zatem uczestnicy koncentracji są dla siebie najbliższymi konkurentami, rywalizującymi o klientów o zbliżonym profilu, lecz także zdecydowanie górują potencjałem rynkowym nad swoimi rywalami, dla których nawiązanie bezpośredniej walki rynkowej z Empik po przeprowadzeniu koncentracji byłoby bardzo trudne[35]. Za istotną przewagę nad konkurentami uznano również ciągle rozbudowywaną sieć salonów, którą dysponuje Zgłaszający. W wyniku rozpatrywanej koncentracji, konsumenci zostaliby pozbawieni korzyści z konkurencji pomiędzy NFI Empik a Merlin, która miałaby miejsce gdyby oba podmioty się nie połączyły, jak również byliby narażeni na niekorzystne dla nich zachowania ze strony pozbawionego najbliższego konkurenta i niespotykającego się ze znaczącą konkurencją, ze strony innych podmiotów NFI, Empik[36].

W odniesieniu do krajowego rynku detalicznej sprzedaży internetowej nagrań muzycznych na nośnikach tradycyjnych łączny udział uczestników koncentracji kształtuje się powyżej 40%, a sama transakcja dotyczyłaby przejęcia lidera rynku. Koncentracja doprowadziłaby zatem do sytuacji, w której pozostali uczestnicy rynku nie stanowiliby przeciwwagi dla połączonych przedsiębiorców[37].

[32] Zob. ibidem, s. 56–59.

[33] Konkurencja nie zostałaby istotnie naruszona na krajowym rynku zakupu nagrań muzycznych na nośnikach tradycyjnych.

[34] W toku przeprowadzonego postępowania nie zidentyfikowano żadnych rynków, na które przedmiotowa koncentracja wywiera wpływ w układzie wertykalnym (pionowym) bądź konglomeratowym; zob. ibidem, s. 61.

[35] Zob. ibidem, s. 65.

[36] Ibidem, s. 66.

[37] Pomimo schyłkowej tendencji rynku nagrań muzycznych na nośnikach tradycyjnych.

Analizując krajowy rynek zakupu książek niespecjalistycznych, Urząd określił pozycję Zgłaszającego jako bardzo silną, natomiast obliczony udział (po dokonaniu koncentracji) w rynku zakupu książki nie odzwierciedlałby w pełni jego siły rynkowej, ponieważ w odniesieniu do szeregu dostawców Empik dysponowałby znacznie większą siłą niż średnia siła rynkowa (na którą wskazuje udział rynkowy) i byłby ją w stanie wykorzystać w praktyce[38].

Wskazane w treści decyzji okoliczności – istnienie grupy uzależnionych od Empik dostawców, w powiązaniu z już obecnie silną pozycją tego przedsiębiorcy, specyfiką dodatkowych usług świadczonych przez sprzedawców detalicznych na rzecz wydawców lub hurtowników oraz zabezpieczeniem bardzo silnej pozycji na perspektywicznym rynku internetowej sprzedaży książek niespecjalistycznych, przy jednoczesnym braku przeciwważącej siły ze strony dostawców – czynią zasadnym wniosek, iż w wyniku koncentracji NFI Empik uzyska możliwość działania niezależnie od istotnej części swoich kontrahentów i konkurentów[39].

Odnosząc się do krajowego rynku zakupu nagrań muzycznych na nośnikach tradycyjnych, Urząd wskazał, że na podstawie przeprowadzonego badania, siła uczestników koncentracji na tym rynku równoważona jest przez inny podmiot, którego pozycja rynkowa nie pozwala Empikowi (po przejęciu Merlina) na zachowanie od niego niezależne[40].

Oceniając skutki koncentracji, Prezes Urzędu wskazał, iż nie znalazł możliwości wydania w sprawie decyzji warunkowej, gdyż brak jest warunków, które można byłoby uznać za odpowiednie (tj. w sposób satysfakcjonujący wyeliminowałyby zakłócenia konkurencji)[41].

III. Decyzja w sprawie *Czerwona Torebka/Merlin*

1. Aktywny uczestnik koncentracji

Po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego, wszczętego na wniosek Zgłaszającego – spółki Czerwona Torebka S.A. z siedzibą w Poznaniu w dniu 28 marca 2013 r., Prezes UOKiK wydał zgodę na dokonanie koncentracji, polegającej na przejęciu przez Czerwoną Torebkę S.A. z siedzibą w Poznaniu kontroli nad Merlin.pl S.A.[42]

Czerwona Torebka to pierwsza w Polsce platforma dla handlu detalicznego. Celem grupy jest stworzenie największej sieci pasaży handlowych w kraju w atrakcyjnych komercyjnie lokalizacjach. Docelowo planowane jest powstanie 4500 obiektów[43]. Zgodnie z założeniami spółki, tworzone obiekty handlowe Czerwona Torebka łączą w sobie zalety formatu małopowierzchniowego, tj. miłą obsługę, asortyment dopasowany do klienta czy obecność lokalnych przedsiębiorców z atutami, jakie posiada format średniopowierzchniowy – bogatym wyborem towarów, dodatkowymi usługami i nowoczesną infrastrukturą. Pasaże Czerwona Torebka powstają w lokalizacjach o atrakcyjnym potencjale handlowym obszarów gęsto zaludnionych – osiedla z zabudową wielorodzinną, głównych ulice miast, okolic supermarketu lub dyskontu jako tzw. magnesu, terenów przy drogach dojazdowych do sypialni miejskich[44].

[38] Ibidem, s. 71.

[39] Ibidem, s. 73.

[40] Ibidem, s. 74.

[41] Ibidem, s. 75.

[42] Zob. decyzja Prezesa z 28.03.2013 r. UOKiK w sprawie DKK-49/2012.

[43] Informacje pochodzą ze strony internetowej spółki www.czerwonatorebka.pl.

[44] Ibidem.

2. Rozstrzygnięcie Urzędu

Zgodnie z treścią decyzji, która zapadła w sprawie ze względu na fakt, iż wydany akt w całości uwzględnia żądanie strony, nie rozstrzyga przy tym spornych interesów stron, Prezes Urzędu odstąpił od sporządzenia uzasadnienia[45].

IV. Podsumowanie

Obie z wyżej przedstawionych decyzji dotyczą przejęcia niezwykle popularnego wśród internautów sklepu internetowego.

W przypadku decyzji zakazującej oraz wskazanych w niej argumentów warto również zwrócić uwagę na kilka innych kwestii. Po pierwsze zakaz koncentracji liderów nie rozwiązuje problemu rozproszenia na rynku detalicznej internetowej sprzedaży książek niespecjalistycznych, ponieważ brak większych podmiotów o dostatecznie silnej i rozpoznawalnej marce co do zasady determinować będzie postępowanie konsumentów (nabywców) na tym rynku.

Po drugie – w odniesieniu do krajowego rynku zakupu książek oraz przeprowadzonych wśród wydawców ankiet, zauważyć należy, że podobnie jak w przypadku rynku detalicznej internetowej sprzedaży książek specjalistycznych, z jednej strony mamy do czynienia z rozdrobnieniem na rynku wydawnictw, z drugiej zaś – z silną pozycją rynkową uczestników niedoszłej do skutku koncentracji (zwłaszcza Empiku). Ilość salonów, dostępne kanały, dodatkowe usługi promocyjne sprzedaży powodują, że najszybszą drogą dotarcia do odbiorcy końcowego jest umieszczenie wydanych pozycji właśnie w największych i najlepiej rozpoznawalnych salonach liderów, gdyż co do zasady zapewnia to sukces sprzedażowy. Tym samym oczywistym jest, że kierując się maksymalizacją zysków, wydawcy przede wszystkim będą się kierować do liderów rynku, aby właśnie tam ulokować wydane pozycje.

W końcu wskazać należy na postępującą tendencję konsolidacji w odniesieniu do platform handlu elektronicznego. Postępująca konsolidacja prowadzi do stopniowego zmniejszania się liczby platform handlu elektronicznego, przy jednoczesnym wzroście liczby ich użytkowników[46].

O wiele bardziej interesująca wydaje się wizja rozwoju Merlina przez Czerwoną Torebkę. W tym wypadku należałoby zadać sobie pytanie, czy twórca sukcesu kilku sieci handlowych stworzy z kojarzonego dotychczas jedynie z platformą *e-commerce* sklepu sieć księgarni tradycyjnych i to w sytuacji, gdy aktualne prognozy przewidują schyłek papierowych wydań książek oraz tradycyjnych nośników muzyki.

Ilona Szwedziak-Bork
Adwokat

[45] Na podstawie art. 107 § 4 ustawy z 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego w zw. z art. 83 ustawy z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów.

[46] Tak: B. Targański, *Ochrona Konkurencji w Działalności Platform Handlu Elektronicznego*, Oficyna a Wolters Kluwer business, Warszawa 2010.

Regulamin Arbitrażowy Międzynarodowej Izby Handlowej

I. Istota Regulaminu Arbitrażowego ICC

Międzynarodowy Sąd Arbitrażowy przy Międzynarodowej Izbie Handlowej (International Chamber of Commerce, ICC) w Paryżu[1] jest najbardziej renomowanym, jednym z największych i najczęściej[2] wybieranych sądów arbitrażowych na świecie[3]. Międzynarodowy Sąd Arbitrażowy jest niezależnym organem arbitrażowym Międzynarodowej Izby Handlowej i jest wspomagany w swojej pracy przez Sekretariat Sądu pod kierownictwem Sekretarza Generalnego.

Regulamin Arbitrażowy Międzynarodowej Izby Handlowej (dalej: Regulamin) posiada najwyższą renomę[4]. Aktualna wersja Regulaminu obowiązuje od 1 stycznia 2012 r.[5] i została opracowana przez specjalistów z zakresu rozwiązywania sporów i interesariuszy z różnych systemów prawnych, kultur i grup zawodowych[6]. Konieczność zmiany poprzednio obowiązującego Regulaminu Arbitrażowego ICC wynikała z „potrzeb współczesnego biznesu"[7]. Innymi słowy decyzja o zmianie Regulaminu Arbitrażowego ICC była uzasadniona koniecznością dostosowania zasad w nim zawartych do zmieniających się praktyki i warunków biznesowych.

Zachowuje on podstawowe zasady i etos postępowania podobne do poprzedniego regulaminu. Na Regulamin składa się **41 artykułów pogrupowanych w 8 kategorii** (którymi to kategoriami są kolejno: postanowienia wstępne; wszczęcie postępowania arbitrażowego; wielość stron, wielość umów i łączenie arbitraży; trybunał arbitrażowy; postępowanie arbitrażowe; wyroki; koszty; postanowienia różne).

Standardowa klauzula arbitrażowa zalecana przez Międzynarodowy Sąd Arbitrażowy brzmi następująco:

> „Wszelkie spory wynikające z niniejszej umowy lub w związku z nią będą ostatecznie rozstrzygane zgodnie z Regulaminem Arbitrażowym Międzynarodowej Izby Handlowej przez jednego lub więcej arbitrów powołanych zgodnie z tym Regulaminem"[8].

II. Zawartość Regulaminu Arbitrażowego

Rozpoczynając krótką charakterystykę Regulaminu, w pierwszej kolejności wskazać należy, iż Międzynarodowy Sąd Arbitrażowy nie rozstrzyga sporów, lecz administruje sprawami

[1] Por. informacje na stronie internetowej: http://www.iccwbo.org (11.07. 2013).

[2] W ciągu 90 lat działalności Sąd sprawował nadzór administracyjny nad ponad 19 000 spraw.

[3] Zob. szerzej: A. Kąkolecki, P. Nowaczyk, [w:] A. Szumański (red.), *Arbitraż handlowy.* T. 8, *System Prawa Handlowego*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2010, s. 83 i n. oraz A. Kąkolecki, P. Nowaczyk, *Nowy Regulamin Arbitrażowy Międzynarodowej Izby Handlowej*, „Biuletyn Arbitrażowy" styczeń 2012, Nr 17, s. 55–70.

[4] Ibidem, s. 84.

[5] Uprzednio obowiązywał Regulamin Arbitrażowy z 1998 r. W 2008 r. podjęto prace nad zmianą regulaminu.

[6] Za M. Kocurem można podać, że praca nad Regulaminem nie obyła się bez zgrzytów. Zob. Blog M. Kocura; http://spory-arbitraz.blogspot.com/2011/09/nowy-regulamin-arbitrazu.html

[7] Broszura zawiera Regulamin Arbitrażowy i Regulamin ADR, s. 2.

[8] Przy czym, jeśli strony nie chcą aby miały do nich zastosowanie postanowienia o tzw. arbitrze doraźnym (nowa instytucja wprowadzona przez Regulamin – przyp. autorzy) powinny *explicite* wskazać to w klauzuli arbitrażowej (tj. dopisać następujące zdanie: Przepisów o arbitrze doraźnym nie stosuje się).

rozstrzyganymi przez trybunały arbitrażowe (jeden lub więcej arbitrów) zgodnie z Regulaminem[9]. Regulamin definiuje następujące terminy: trybunał arbitrażowy, powód, strona (strony), roszczenie (roszczenia) oraz wyrok[10]. W dalszej części określa on tryb zawiadomień, korespondencji oraz sposób liczenia terminów[11].

Kolejną kwestią zawartą w Regulaminie jest regulacja rozpoczęcia postępowania arbitrażowego (co następuje poprzez złożenie wniosku o arbitraż)[12]. Regulamin określa wymagane dane, które powinny być zawarte we wniosku o arbitraż. Powód wnoszący wniosek powinien pamiętać o wymaganej przy złożeniu liczbie egzemplarzy oraz o wniesieniu opłaty rejestracyjnej zgodnie z Załącznikiem III do Regulaminu. Następnie wniosek zostaje przekazany przez Sekretariat Sądu pozwanemu, który w terminie 30 dni od dnia otrzymania wniosku powinien złożyć odpowiedź na wniosek[13]. Odpowiedź powinna zawierać określone w Regulaminie dane oraz wszelkie roszczenia wzajemne. Postępowanie arbitrażowe prowadzone jest zgodnie z Regulaminem obowiązującym w dniu wszczęcia arbitrażu (tj. w dniu otrzymania wniosku przez Sekretariat Sądu)[14]. Regulamin zawiera również kwestie dotyczące: przystąpienia dodatkowych stron do arbitrażu (zarówno materialnoprawne, jak i proceduralne wymogi temu towarzyszące)[15], dochodzenia roszczeń pomiędzy wieloma stronami[16], dochodzenia roszczeń z wielu umów[17] oraz łączenia arbitraży (co oczywiście jest możliwe)[18].

Kolejna grupa zagadnień dotyczy Trybunału Arbitrażowego. Warto zwrócić uwagę na paradygmat, zasadę, iż „każdy z arbitrów musi być i pozostać bezstronny oraz niezależny od stron zaangażowanych w arbitraż"[19]. Regulamin wskazuje sposób ukonstytuowania trybunału arbitrażowego, chyba że strony postanowią inaczej (liczba arbitrów[20], wyznaczenie i zatwierdzenie arbitrów[21]). Arbiter może być wyłączony na wniosek strony, z powodu podnoszonego przez nie braku bezstronności, niezależności czy też z innego powodu[22]. Dodatkowo możliwe jest zastąpienie arbitrów po zaakceptowaniu przez Międzynarodowy Sąd Arbitrażowy lub też z inicjatywy własnej Sądu[23].

Postępowanie arbitrażowe jest prowadzone po przekazaniu przez Sekretariat Sądu akt trybunałowi arbitrażowemu po jego ukonstytuowaniu oraz pod warunkiem, że zaliczka na koszty żądana przez Sekretariat została opłacona[24]. Ponadto, postępowanie przed trybunałem arbitrażowym podlega, co do zasady, Regulaminowi[25]. Strony mają prawo wyboru prawa stosowanego przez trybunał arbitrażowy, a w braku jego wyboru, trybunał arbitrażowy stosuje prawo, które

[9] Art. 1 Regulaminu.
[10] Art. 2 Regulaminu.
[11] Art. 3 Regulaminu.
[12] Art. 4 Regulaminu.
[13] Art. 5 Regulaminu.
[14] Por. art. 6 w zw. z art. 4 Regulaminu.
[15] Art. 7 Regulaminu.
[16] Art. 8 Regulaminu.
[17] Art. 9 Regulaminu.
[18] Art. 10 Regulaminu.
[19] Art. 11 Regulaminu.
[20] Art. 12 Regulaminu.
[21] Art. 13 Regulaminu.
[22] Art. 14 Regulaminu.
[23] Art. 15 Regulaminu.
[24] Art. 16 Regulaminu.
[25] Por. art. 19 Regulaminu.

uzna za właściwe. **Trybunał arbitrażowy jest uprawniony do decydowania *ex equo et bono* jedynie, gdy strony zgodziły się na przyznanie takiego uprawnienia**[26]. Specyficzną kwestią zawartą w Regulaminie jest wymóg sporządzenia przez trybunał arbitrażowy tzw. Aktu Misji[27][28]. Kolejne postanowienia Regulaminu regulują: posiedzenie organizacyjne trybunału arbitrażowego, kalendarz procedury, który trybunał zamierza stosować[29], sposób ustalania faktów[30] czy zasady dotyczące rozpraw[31]. Regulamin określa również zasady stosowania środków zabezpieczających i tymczasowych[32]. Art. 29 Regulaminu reguluje kwestię tzw. **arbitra doraźnego**.

Kolejna grupa przepisów Regulaminu dotyka bodaj najistotniejszej kwestii – tj. wydania wyroku. Termin, w którym trybunał arbitrażowy musi wydać wyrok końcowy wynosi sześć miesięcy (liczony, co do zasady, od dnia złożenia ostatniego podpisu na Akcie Misji)[33]. Jeżeli w skład trybunału arbitrażowego wchodzi więcej niż jeden arbiter, wówczas wyrok zapada większością głosów[34]. Wyrok zawiera motywy rozstrzygnięcia. Możliwe jest wydanie wyroku na podstawie ugody[35]. Warto podkreślić charakterystyczną cechę zawartą w Regulaminie – kontrolę wyroku (ang.: *scrutiny*) przed jego podpisaniem dokonywaną przez Międzynarodowy Sąd Arbitrażowy[36].

Wreszcie, Regulamin w art. 36 i 37 normuje kwestie kosztów postępowania, a w ostatnich czterech artykułach różne, dodatkowe postanowienia. Na koniec przywołać należy tzw. zasadę ogólną, zgodnie z którą – **we wszelkich sprawach nieuregulowanych wyraźnie w regulaminie Międzynarodowy Sąd Arbitrażowy i trybunał arbitrażowy działają w duchu Regulaminu oraz podejmują wszelkie starania, aby zapewnić wykonalność wyroku**.

III. Zmiany (nowości) w regulaminie arbitrażowym

Najważniejsze zmiany wprowadzone przez Regulamin można podzielić na **3 kategorie:**

1. Zmiany wprowadzone w celu poprawy efektywności postępowania i obniżenia jego kosztów. Wśród nich wymienić można: możliwości dokonywania powiadomień oraz przeprowadzania posiedzeń za pomocą elektronicznych środków komunikacji; uproszczenie sposobu powoływania arbitrów. Nadto, osoba wskazana do roli arbitra winna złożyć oświadczenie o dyspozycyjności (obok oświadczenia o niezależności i bezstronności). Zmianą mającą na celu zwiększenie efektywności jest wymaganie, aby kandydat na arbitra wskazał wszystkie aktualnie prowadzone sprawy (pozwoli to na sprawdzenie czy arbiter może bez przeszkód zająć się kolejną sprawą). Istotą nowego modelu jest przeprowadzenie arbitrażu w szybki i efektywny kosztowo sposób[37].

[26] Art. 21 Regulaminu.

[27] Szerzej zob. A. Kąkolecki, P. Nowaczyk, [w:] A. Szumański (red.), *Arbitraż handlowy*…, s. 86. Por. również art. 23 Regulaminu, a także A. Kąkolecki, P. Nowaczyk, *Nowy Regulamin Arbitrażowy*…, s. 55–70.

[28] Szerzej zob. A. Kąkolecki, *Akt misji w postępowaniu według Regulaminu Arbitrażowego Międzynarodowej Izby Handlowej*, „Biuletyn Arbitrażowy" styczeń 2013, Nr 19, s. 125–128.

[29] Art. 24 Regulaminu.

[30] Art. 25 Regulaminu.

[31] Art. 26 Regulaminu.

[32] Art. 28 Regulaminu.

[33] Por. art. 30 Regulaminu.

[34] Art. 31 Regulaminu.

[35] Art. 32 Regulaminu.

[36] Art. 33 Regulaminu.

[37] Techniki zarządzania sprawami stanowią Załącznik nr IV do Regulaminu.

2. Zmiany dotyczące złożonych postępowań arbitrażowych, w tym połączenia spraw do wspólnego rozpoznania oraz wezwania do udziału w sprawie osoby trzeciej. Wspomniana grupa zmian stanowi skodyfikowanie już obowiązującej praktyki i dotyczy złożonych arbitraży (wielostronne umowy, wiele umów, wiele sporów).
3. Instytucja tzw. arbitra doraźnego, który rozstrzygać ma sprawy dotyczące zabezpieczenia roszczenia. W przypadku, gdy strona chciałaby w trybie pilnym uzyskać zabezpieczenie swoich roszczeń przed ukonstytuowaniem się sądu arbitrażowego w sprawie, może złożyć wniosek o zastosowanie tego nadzwyczajnego trybu.

IV. Znaczenie dla Polski

Staraniem Polskiego Komitetu Narodowego ICC Poland Regulamin ukazał się drukiem w formie broszury w języku polskim.

W wyniku zmian Regulaminu sprawy arbitrażowe będą z pewnością rozstrzygane szybciej i skuteczniej. Ma to znaczenie dla polskich przedsiębiorców, którzy planują zawrzeć klauzulę arbitrażową i wskazać Międzynarodowy Sąd Arbitrażowy jako właściwy[38]. Odsetek polskich spraw w stosunku do ogólnej liczby trafiających do niego sporów nie jest jeszcze wysoki. Istotna część naszych najważniejszych, największych spraw gospodarczych jest jednak rozstrzygana właśnie przed sądem ICC[39].

Starając się przybliżyć podstawowe zasady oraz zmiany w Regulaminie, które weszły w życie w 2012 r., mamy nadzieję, że przyczyniliśmy się do lepszego zrozumienia reguł, jakie polski przedsiębiorca weźmie pod uwagę, decydując się na oddanie sprawy do arbitrażu oferowanego przez Międzynarodową Izbę Handlową.

Piotr Nowaczyk
Dentons, partner
Szymon Syp
Zakład Prawa Międzynarodowego Prywatnego oraz
Ochrony Konkurencji i Konsumentów SGH,
doktorant

[38] Przy okazji warto wspomnieć, że Sąd Arbitrażowy przy Polskiej Konfederacji Pracodawców Prywatnych Lewiatan również zmienił swój regulamin (nowy obowiązuje od dnia 1 marca 2012 r.).

[39] Por. wywiad z M. Asłanowiczem pt. *Sprawy arbitrażowe są rozstrzygane szybciej i sprawniej*, pobrano z: http://prawo.rp.pl/artykul/937036.html.

Agata Jurkowska-Gomułka, *Publiczne i prywatne egzekwowanie zakazów praktyk ograniczających konkurencję: w poszukiwaniu zrównoważonego modelu współistnienia.* CARS. Podręczniki i monografie 12, Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 2013, ss. 486

Książka A. Jurkowskiej-Gomułki stanowi podsumowanie wieloletnich badań autorki, dotyczących zagadnień dochodzenia roszczeń z tytułu naruszenia reguł konkurencji. Jak wskazuje w recenzji wydawniczej Profesor Tadeusz Skoczny, opisywana publikacja stanowi pierwsze, kompleksowe studium zależności pomiędzy publicznym (administracyjnym i karnym) a cywilnym wdrażaniem reguł konkurencji w Polsce.

Przeprowadzone badanie dostarcza licznych przykładów niedoskonałości stosowanego w Polsce modelu ochrony konkurencji, wykazanych w oparciu o analizę modeli przyjętych przez państwa posiadające silnie ukształtowane zasady zarówno publiczno-, jaki i prywatnoprawnego egzekwowania prawa antymonopolowego. Ze względu na kompleksowe przedstawienie problemu badawczego, a w szczególności reguł prywatnoprawnych, książkę należy polecić nie tylko praktykom specjalizującym się w prawie antymonopolowym, lecz także m.in. prawnikom zainteresowanym podnoszeniem roszczeń odszkodowawczych w procedurze cywilno-prawnej.

We wstępie autorka wskazuje, że prywatno- oraz publicznoprawne reguły egzekwowania prawa konkurencji stanowią dwa submodele, których korelacja powinna prowadzić do wytworzenia zrównoważonego całościowego modelu stosowania prawa antymonopolowego. Prezentując założenia właściwej koegzystencji submodeli, autorka przedstawia liczne postulaty *de lege ferenda*. Przeprowadzona analiza ma w większości charakter dogmatyczno-prawny, a także porównawczo-prawny, opierający się na literaturze oraz zasadach kierujących prawami ochrony konkurencji na całym świecie.

Pierwszy rozdział opisywanej publikacji stanowi wstęp do dalszych rozważań nad opisywanym tematem. Przedstawia główne założenia, wartości oraz problemy badawcze. Autorka przedstawia tu elementy modelu egzekwowania prawa antymonopolowego, a także dychotomię systemu prawa będącą kontekstem dla rozróżnienia submodelu publicznego oraz prywatnego. Jednocześnie akcentuje m.in. coraz widoczniejsze wzajemne przenikanie się prawa publicznego oraz prywatnego, skutkujące zacieraniem się dychotomii systemów prawa. Podczas opisywania głównego problemu badawczego autorka wskazuje m.in. główne obszary oddziaływania submodeli zarówno podczas inicjacji, przebiegu, jak i zakończenia postępowań. W rozdziale tym zdefiniowane zostały również elementy będące przedmiotem dalszego badania oraz rozważań, które mają na celu określenie takiej relacji pomiędzy submodelami, by całościowy model egzekwowania prawa antymonopolowego, określić nie tylko jako kompleksowy i komplementarny, lecz także zrównoważony.

Kolejne dwa rozdziały publikacji poświęcone są odtworzeniu głównych założeń i identyfikacji zasadniczych cech dwóch opisywanych submodeli. Autorka przedstawia w nich regulacje ustanawiające podstawy prawne niezbędne dla ich funkcjonowania oraz charakterystyczne elementy.

W części poświęconej publicznoprawnemu trybowi egzekwowania reguł konkurencji odnajdziemy opis regulacji zarówno administracyjno-prawnych, jak i prawno-karnych. Autorka w pierwszej kolejności charakteryzuje tryb prawno-administracyjny, opisując regulacje europejskie oraz krajowe. Szczególną uwagę warto jednak zwrócić na opis regulacji dotyczących trybu prawno-karnego. Autorka na wstępie porusza tu m.in. kwestię przesłanek kryminalizacji praw ochrony konkurencji, problem odpowiedzialności karnej podmiotów zbiorowych oraz definicję przestępstwa monopolizacji. W dalszej części opisano stan zaawansowania kryminalizacji prawa antymonopolowego. Poruszone zostały aktualne możliwości kwestionowania praktyk antykonkurencyjnych w świetle polskiego prawa karnego, m.in. przez analizę przestępstwa zmowy przetargowej i przestępstwa nadużycia zaufania zawartego w normie artykułu 296 kodeksu karnego. W opisywanym rozdziale zaprezentowany został również problem współistnienia dwóch publicznoprawnych trybów egzekwowania prawa antymonopolowego. Co warte uwagi, w świetle trwających prac nad nowelizacją ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów autorka przedstawia tu tezę, że pożądanym jest by obydwa tryby ze sobą współistniały, gdyż sankcje karne należy postrzegać jako komplementarne dla sankcji korporacyjnych (administracyjnych), ponieważ zagrożenie tymi pierwszymi nie eliminuje odstraszającego efektu sankcji nakładanych na przedsiębiorców jako jednostki organizacyjne. Według autorki model publicznoprawnego trybu egzekwowania zakazów antykonkurencyjnych, w którym odpowiedzialność karna przewidziana jest dla osób fizycznych, a administracyjna dla osób prawnych, można określić jako umiarkowany, wypośrodkowany, a jego wprowadzenie nie wymagałoby nazbyt rewolucyjnych zmian legislacyjnych.

Rozdział poświęcony prywatnoprawnemu trybowi egzekwowania prawa ochrony konkurencji przedstawia możliwość egzekwowania zakazów praktyk ograniczających konkurencję w trybie cywilnych postępowań sądowych. Rozdział ten został podzielony na trzy części. W pierwszej z nich autorka prezentuje zagadnienie prywatnoprawnego egzekwowania reguł konkurencji w UE, przedstawiając zarówno źródła uprawnień do dochodzenia roszczeń z tytułu naruszenia art. 101 oraz art. 102 TFUE, jak i jej ramy proceduralne. Czytelnik znajdzie tutaj również akty prawne odnoszące się do prywatnoprawnego stosowania prawa konkurencji oraz związane z tym orzecznictwo sądów Unii Europejskiej. Druga część rozdziału poświęcona jest prywatnoprawnemu egzekwowaniu prawa ochrony konkurencji w Polsce. Autorka identyfikuje tu podstawy prawne dla sądowego dochodzenia roszczeń, opisując jakie możliwość wynikają z kodeksu cywilnego czy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W ostatniej części rozdziału czytelnik odnajdzie proceduralne oraz instytucjonalne aspekty prywatnego egzekwowania prawa antymonopolowego będące ogólnym zarysem zagadnienia, opisujące postępowanie przed sądem powszechnym oraz polubownym. Autorka prezentuje tu m.in. stwierdzenie, że prywatnoprawny tryb dochodzenia roszczeń za naruszenia reguł konkurencji dysponuje przewagą informacyjną podmiotów prywatnych nad publicznoprawnym organem ochrony konkurencji, co sprawia, że skuteczne reguły jego egzekwowania mogą przyczyniać się do zmiany warunków funkcjonowania rynku, dzięki poprawie efektywności i konkurencyjności.

Kolejny rozdział książki porusza temat interesu publicznego i prywatnego w egzekwowaniu zakazów praktyk ograniczających konkurencję. W pierwszej kolejności autorka opisuje rolę interesu publicznego w realizowaniu polityki ochrony konkurencji. Większa część rozdziału została poświęcona interesowi prywatnemu. W części tej autorka podejmuje problem braku jednolitości

i spójności pojęcia interesu prywatnego. Przedstawia możliwość realizacji zarzutu naruszenia zakazów konkurencji przez dwie podstawowe taktyki: „miecza" oraz „tarczy". Większa część rozdziału poświęcona została podstawowemu, ale komentowanemu w sposób ograniczony w dotychczasowym dorobku polskiej doktryny prawa ochrony konkurencji *locus standi* w prywatnoprawnym dochodzeniu roszczeń z tytułu naruszeń prawa antymonopolowego. Autorka opisuje krąg podmiotów, które mogą korzystać z możliwości występowania z prywatnoprawnymi roszczeniami, odwołując się do orzecznictwa unijnego oraz amerykańskiego. Szczególnie warto zwrócić uwagę na różnice pomiędzy możliwością stosowania tzw. *no-pass-on-offense* oraz *non-pass-on-defence* w amerykańskim prawie antymonopolowym a rozwiązaniami dotyczącymi tych aspektów kreowanymi przez Komisję Europejską oraz przedstawicieli polskiej doktryny. Poza tym autorka przybliża również możliwość pozywania w trybie prywatnoprawnym przez konkurentów (słusznie zauważając stanowisko doktryny amerykańskiej, że szkoda doznana w wyniku takich praktyk, w szczególności ta dotycząca utraconych zysków, niekoniecznie musi być szkodą antymonopolową, ponieważ możliwym jest, że generowana utrata jest efektem wzmożonej walki antykonkurencyjnej). Czytelnik odnajdzie tutaj również analizę możliwości podnoszenia roszczeń prywatnoprawnych przez samych uczestników porozumienia, konsumentów oraz inne podmioty, takie jak akcjonariuszy oraz państwa. Pozostała część rozdziału poświęcona została opisowi pozwów zbiorowych, a w szczególności możliwości stosowania takiego rozwiązania w Polsce.

Następny rozdział książki traktuje o dostępności dowodów dla celów prywatnego egzekwowania praktyk ograniczających konkurencję. Autorka skupia się tu m.in. na możliwości wzajemnego wykorzystywania dowodów w postępowaniu przed organami ochrony konkurencji oraz w postępowaniu sądowym. Opisuje również potencjalny status tych dowodów. Podejmuje temat możliwości dostępu do informacji gromadzonych przez organy ochrony konkurencji na podstawie regulacji o dostępie do informacji publicznej, zasad realizacji takiego prawa dostępu do dokumentów Komisji Europejskiej w świetle orzecznictwa czy stosowania ustawy o dostępie do informacji publicznej w celu dostępu do informacji zgromadzonych w postępowaniu przez Prezesem UOKiK. Następnie podejmuje temat ujawniania dowodów pomiędzy stronami, odwołując się m.in. do stosowanego w amerykańskim systemie prawnym *discovery* a możliwości ujawniania dowodów w polskim postępowaniu cywilnym. Podsumowując, autorka stwierdza brak komplementarności lub subsydiarności w relacjach pomiędzy publicznoprawnym a prywatnoprawnym trybem egzekwowania prawa konkurencji w obszarze dostępności dowodów. Wskazuje jednak na możliwość dostępu do informacji m.in. na podstawie ustawy o dostępie do informacji publicznej. Wskazuje również na przepisy kodeksu postępowania cywilnego mogące ułatwić taki dostęp. W końcu zaznacza, że rozwiązania prawa własności intelektualnej dotyczące wniosków o udzielenie informacji mogą być punktem odniesienia dla podobnych regulacji w prawie antymonopolowym.

Kolejny rozdział książki skupia się na wzajemnym oddziaływaniu rozstrzygnięć publicznego i prywatnego trybu egzekwowania zakazów praktyk ograniczających konkurencję. W rozdziale tym autorka wskazuje m.in., że przyjęcie prejudycjalnego charakteru decyzji organów ochrony konkurencji należy postrzegać jako czynnik intensyfikujący prywatne egzekwowanie prawa konkurencji – pozwalający na uruchomienie tzw. roszczeń następczych. Poparta została tu także teza o wiążącym charakterze decyzji ostatecznych Prezesa UOKiK dla sądów cywilnych. Autorka

opowiedziała się również za traktowaniem jako decyzji ostatecznych decyzji umarzających postępowania ze względu na niespełnienie ustawowych przesłanek zakazów.

Przedostatni, ponad stu stronnicowy, rozdział książki przedstawia dokładną charakterystykę sankcji i środków ochrony prawnej w postępowaniu przed urzędami antymonopolowymi oraz przed sądami cywilnymi. Na uwagę zasługuje tu m.in. dokładna analiza roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszenia zakazów praktyk ograniczających konkurencję. Według autorki, pożądanym stanem jest takie współistnienie trybów egzekwowania prawa konkurencji, aby każdy z nich, co do zasady, samodzielnie realizował swoje podstawowe funkcje, a podmioty zainteresowane egzekwowaniem zakazów praktyk antykonkurencyjnych miały poczucie efektywności sankcji i środków ochrony prawnej, z której korzystają. Zrównoważony model prawa konkurencji nie powinien według autorki opierać się na dowartościowaniu sankcji jednego trybu względem drugiego w celu zapewnienia skuteczności materialnych norm prawa konkurencji.

Książkę wieńczy podsumowanie, w którym autorka stwierdza, że model egzekwowania prawa ochrony konkurencji w Polsce jest modelem co do zasady dekomplemetarnym, niepozwalającym na kwalifikowanie go jako modelu zrównoważonego. Do stworzenia zaś takiego modelu potrzebne są ramy prawne dotyczące prywatnego egzekwowania prawa konkurencji lub zmiany w pewnych obszarach prawa bądź odpowiednie ukształtowanie praktyki orzeczniczej. Autorka wskazuje na brak efektywności istniejących instrumentów prywatnoprawnego egzekwowania prawa konkurencji w Polsce. Przedstawia postulaty *de lege ferneda* dla takiego rozwiązania. Tekst kończy stwierdzenie, że zapewnienie funkcjonowania zintegrowanego i zrównoważonego modelu egzekwowania zakazów antykonkurencyjnych praktyk można postrzegać jako jedno z najważniejszych wyzwań współczesnego prawa ochrony konkurencji. Kompletność przedstawionego przez autorkę badania powoduje, że książka w każdym rozdziale zawiera niezwykle istotne dla każdego praktyka informacje oraz przykłady właściwego stosowania zarówno publiczno-, jak i prywatnoprawnego trybu egzekwowania prawa konkurencji. Na uwagę zasługuje też niezwykle szeroki zakres wniosków i postulatów *de lege ferenda* mogących z pewnością służyć ukształtowaniu właściwie działającego modelu prawa konkurencji w Polsce. Z tych powodów niniejszą publikację należy bez wątpienia polecić osobom zainteresowanym prawem antymonopolowym bez względu na to czy zainteresowania te mają cel praktyczno-prawny, akademicki, czy nawet legislacyjny.

Dariusz Aziewicz
Absolwent LL.M in Comparative Law, University of Florida G. Levin College of Law;
prawnik w BWHS sp. j; e-mail darek.aziewicz@gmail.com.

Małgorzata Król-Bogomilska, *Zwalczanie karteli w prawie antymonopolowym i karnym*, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa 2013, ss. 511

Każdy, kto uczestniczył w organizowanych przez Stowarzyszenie Prawa Konkurencji warsztatach poświęconych tematyce zwalczania karteli środkami prawa administracyjnego i karnego, prowadzonych przez Panią Prof. Małgorzatę Król-Bogomilską, niewątpliwie z niecierpliwością czekał na empiryczny wynik badań Pani Profesor w postaci publikacji, podejmującej – jak mogłoby się wydawać nieco „egzotyczną" – kwestię połączenia sfery prawa antymonopolowego oraz karnego. Oto więc do rąk czytelnika trafia praca, określana przez recenzentów jako „wytyczająca kierunki dalszego rozwoju [wiedzy z zakresu prawa konkurencji – przyp. własny]"[1] czy też zawierająca „analizy mające charakter pionierski"[2].

Jak w przedmowie stwierdza sama autorka, podjęcie tematyki na płaszczyźnie prawa antymonopolowego i karnego wynikało z przekonania, że w nauce najciekawsze rzeczy dzieją się na styku różnych dziedzin. Co istotne, praca ta stanowi również wyraz zarówno naukowych zainteresowań Pani Profesor, jak i doświadczenia zawodowego zdobytego w obu gałęziach prawa.

Zagadnienia poruszone w monografii ujęte zostały w dwunastu rozdziałach oraz oddzielnym podsumowaniu wraz z wnioskami końcowymi.

W rozdziale pierwszym – stanowiącym wprowadzenie – autorka czyni wstępne uwagi na temat problematyki zwalczania karteli, źródeł współczesnego prawa konkurencji czy trendu kryminalizacji antykonkurencyjnych porozumień. W rozdziale I wskazała również na cele opracowania oraz pytania badawcze, a także płaszczyzny i metody przyjęte w prowadzonych badaniach.

W rozdziale drugim omówiona została problematyka prawno-ekonomiczna zwalczania karteli. Porozumienia kartelowe przedstawione zostały tutaj jako forma walki rynkowej oraz inne metody stosowane w rywalizacji na rynku (marketing, strategie działania, paralelne działania). Rozdział wieńczy zagadnienie znaczenia nurtu ekonomizacji w praktyce stosowania prawa konkurencji.

Kolejna część monografii poświęcona została podstawom odpowiedzialności za naruszenia kartelowe w unijnym i polskim prawie antymonopolowym. W pierwszej kolejności autorka wskazała na porozumienie kartelowe jako delikt administracyjny, stanowiący w polskim systemie prawa naruszenia odrębnej kategorii w stosunku do przestępstw i wykroczeń. W dalszej kolejności omówiony został m.in. rozwój prawa konkurencji (w Polsce oraz Unii Europejskiej) oraz zróżnicowanie źródeł prawa we współczesnym prawie konkurencji, pojęcie i rodzaje porozumień kartelowych, zakaz takich porozumień oraz wyłączenia spod zakazu.

W rozdziale czwartym rozwinięto kwestię porozumień kartelowych w odniesieniu do szczególnych form uczestnictwa w nich. Wskazano tutaj na różnorodność form zjawiskowych (znanych przede wszystkim z prawa karnego) takiego antykonkurencyjnego porozumienia, koncentrując

[1] Z recenzji dr. hab. Pawła Podreckiego, WPiA UJ.

[2] Z recenzji prof. dr. hab. Lecha Gardockiego, WPiA UW.

się przede wszystkim na pomocnictwie. Osobna część rozdziału poświęcona została odpowiedzialności biernego uczestnika porozumień kartelowych.

Kolejny rozdział zatytułowany *Podmiotowe umiejscowienie odpowiedzialności za naruszenia kartelowe* kieruje uwagę czytelników m.in. na odpowiedzialność za naruszenia w ramach grupy kapitałowej, wskazując w szczególności na problem odpowiedzialności podmiotu dominującego, kwestię winy, odpowiedzialności w ramach joint ventures czy solidarnej odpowiedzialności za grzywnę. Profesor Król-Bogomilska porusza również problem odpowiedzialności następcy prawnego, zwłaszcza w świetle orzecznictwa unijnego oraz polskiego. Oba główne wątki rozdziału piątego wzbogacone zostały o wątpliwości i uwagi krytyczne autorki.

W obszernym szóstym rozdziale monografii skupiono się na sankcjach z tytułu naruszeń kartelowych w unijnym i polskim prawie antymonopolowym. Osobno omówione zostały sankcje administracyjnoprawne (rodzaje decyzji wydawanych przez Komisję oraz Prezesa UOKiK, rodzaje sankcji administracyjnych), penalne (m.in. podstawy oraz zasady wymiaru kar pieniężnych w prawie polskim oraz unijnym, zagadnienie dobrowolnego poddania się karze) oraz cywilne (roszczenia cywilnoprawne).

Po omówieniu sankcji w kolejnej części publikacji autorka koncentruje się na zagadnieniu łagodzenia kar (*leniency*). W rozdziale znaleźć można zatem założenia programów *leniency* funkcjonujących w Stanach Zjednoczonych, Unii Europejskiej oraz Polsce, a także aktualne tendencje w zakresie programów łagodzenia kar. Odnosząc się do poszukiwania nowych rozwiązań, Prof. Król-Bogomilska wskazuje m.in. na empiryczne przykłady wprost z systemów w państwach członkowskich UE, a także wprowadza wątek projektu polskiej ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz zaproponowanych tam zmian w programie łagodzenia kar.

Rozdział ósmy poświęcony został praktyce orzeczniczej sądownictwa strasburskiego oraz unijnego w odniesieniu do charakteru sankcji penalnych w sprawach o administracyjne delikty kartelowe. W pierwszym rzędzie wskazany zostaje spór o charakter (naturę) grzywien w sprawach antymonopolowych, w dalszej kolejności autorka zajęła się kierunkami wytyczonymi przez orzecznictwo – tak Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, jak i sądów unijnych. W ostatnim podrozdziale M. Król-Bogomilska wskazuje na tak istotne aspekty, jak internalizacja standardów praw w UE, nadanie mocy prawnie wiążącej Karcie Praw Podstawowych UE czy możliwość (perspektywę) przystąpienia Unii Europejskiej do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka.

Kolejna część monografii została poświęcona przestępstwom kartelowym w kontekście kryminalizacji. Omawiając to zagadnienie, w pierwszej kolejności wskazano na amerykańskie korzenie kryminalizacji w sprawach kartelowych oraz relację pomiędzy sankcjami karnymi w niektórych krajowych systemach prawa konkurencji oraz prawem unijnym. W dalszej części autorka dokonuje wskazania postaw kryminalizacji antykonkurencyjnych naruszeń w wybranych państwach członkowskich UE. W kontekście polskim szeroko omówione zostało przestępstwo zmowy przetargowej stypizowane w art. 305 kodeksu karnego. Za niezwykle ciekawe uznać należy również zagadnienie postawione w formie pytania, a dotyczące argumentów przemawiających na rzecz kryminalizacji naruszeń kartelowych, Pani Profesor porusza tu bowiem kluczowe problemy kryminalizacji, jak rodzaje kar (kara więzienia, grzywna, dyskwalifikacja dyrektora), kwestie odszkodowawcze czy *whistle blowing programmes*.

W rozdziale dziesiątym książki autorka omawia zagadnienie zbiegu podstaw odpowiedzialności w sprawach kartelowych z zasadą proporcjonalności oraz *ne bis in idem*. Jak wskazuje, jedną z przyczyn decydujących o szczególnym znaczeniu tej problematyki jest często występujący transgraniczny charakter porozumień kartelowych, gdyż w tego rodzajach przypadkach powstaje możliwość uruchomienia mechanizmów ochrony należących do różnych systemów prawnych. Omawiając powyższe zagadnienie Prof. Król-Bogomilska koncentruje uwagę czytelnika przede wszystkim na wariantach zbiegu podstaw odpowiedzialności związanej z sankcjami penalnymi, zbiegiem podstaw odpowiedzialności powiązanym z zastosowaniem prawa unijnego, prawa krajowego, a także w systemach prawnych państw spoza Unii Europejskiej. Poruszone zostaje tu również zagadnienie zbiegu podstaw odpowiedzialności w systemie paralelnych kompetencji organów państw członkowskich UE oraz – w szerokim zakresie – zagadnienie podstaw odpowiedzialności w krajowym systemie prawa.

W przedostatnim rozdziale zatytułowanym *Perspektywy współpracy na rzecz kryminalizacji karteli po wejściu w życie Traktatu z Lizbony* omówiona została m.in. ewolucja zasad współpracy w sprawach karnych w świetle postanowień TFUE, możliwości kryminalizacji karteli na szczeblu unijnym w obrębie dawnego I filaru oraz w ramach współpracy państw UE w sprawach karnych w obrębie III filaru – przed traktatem lizbońskim. Autorka porusza również kwestię współczesnych perspektyw kryminalizacji na szczeblu unijnym oraz możliwości działań na rzecz kryminalizacji karteli w ramach współpracy państw UE w sprawach karnych.

W ostatnim, dwunastym rozdziale przedstawiono zagadnienie programów zgodności (*compliance*) jako nowej formy zapobiegania kartelom. Prof. Król-Bogomilska zwraca tu uwagę na istotę i cele *compliance*, ich rozwój oraz praktyczne aspekty programów zgodności w przedsiębiorstwach, a także wpływ takich programów na wymiar kary w świetle orzecznictwa unijnego.

Monografię wieńczy *Podsumowanie i wnioski końcowe*. W *résumé* autorka wskazuje m.in. na konieczność poszukiwania rozwiązań prawnych oraz perspektywy kryminalizacji karteli, podnosząc kluczowe wątpliwości wynikające z wprowadzania sankcji w kontekście stosowania odpowiedzialności ich względem osób fizycznych. Ponadto, podkreśla potrzebę wykorzystania w prawie antymonopolowym dorobku prawa karnego dotyczącego postaci zjawiskowych, jak również wzorów prawnokarnych w zakresie określania podstaw odpowiedzialności za popełnienie czynu zabronionego w formie postaci zjawiskowych w odniesieniu do zasad karania.

W podsumowaniu formułuje ona szereg krytycznych uwag w odniesieniu do zasady *ne bis in idem* w prawie unijnym, a także wskazuje na nierozwiązane problemy zbiegu odpowiedzialności za przestępstwa i delikty administracyjne w krajowym porządku prawnym.

Z zainteresowaniem i aprobatą można przyjąć wniosek płynący z podsumowania, iż przyszłość zwalczania karteli należy do *compliance*, gdyż programy te umożliwiają przeciwdziałanie naruszeniom prawa samym przedsiębiorstwom. Wreszcie, zauważona (i podkreślona) zostaje konieczność dalszego rozwoju współpracy międzynarodowej w ramach Europejskiej oraz Międzynarodowej Sieci Konkurencji.

Omawiana publikacja – choć skierowana przede wszystkim do prawników zajmujących się zagadnieniami prawa konkurencji – z pewnością zainteresuje także tych, którzy w swojej pracy zawodowej lub naukowej badają zupełnie inne gałęzie prawa, jak chociażby prawo karne

czy administracyjne. Co istotne, ze względu na poruszenie takich problemów, jak walka rynkowa czy programy zgodności, książka stanowić może ciekawą i pożyteczną lekturę dla kadry zarządzającej przedsiębiorstw, które na co dzień są aktywnymi uczestnikami gry i rywalizacji rynkowej. Wielość poruszonych w monografii zagadnień oraz ich wyczerpująca analiza sprawiają, iż monografia Pani Profesor traktowana być winna jako wiodąca pozycja z zakresu prawa konkurencji.

Ilona Szwedziak-Bork
Adwokat

Anna Piszcz, *Sankcje w polskim prawie antymonopolowym*, Wydawnictwo Temida 2, Białystok 2013, ss. 483

W pierwszej połowie 2013 roku, nakładem białostockiego Wydawnictwa Stowarzyszenia Absolwentów Wydziału Prawa Uniwersytetu w Białymstoku Temida 2, ukazała się książka Anny Piszcz pt. *Sankcje w polskim prawie antymonopolowym*.

Celem książki jest dokładne zaprezentowanie istniejących w polskim prawie antymonopolowym sankcji związanych z naruszeniem krajowego prawa antymonopolowego pod kątem ustalenia czy sankcje te są na tyle skuteczne, tj. zdolne realizować postawione przed nimi funkcje, aby realizować podstawową funkcję prawa antymonopolowego, jaką jest ochrona konkurencji. Aby osiągnąć ten cel, autorka analizuje pod kątem normatywnym istniejące w obecnym porządku prawnym sankcje prawa antymonopolowego opisując je, ukazując ich słabe strony oraz oceniając ich stosowanie oraz skutki ich (nie)stosowania. Za tezę badawczą zostało bowiem obrane twierdzenie, iż w obecnym stanie prawnym sankcje w polskim prawie antymonopolowym są niespójne, niezupełne i nie są w stanie zapewnić realizacji swojego celu. Jednak jako pewien rodzaj odpowiedzi ustawodawcy na zachowania sprzeczne z prawem sankcje te mogą stanowić pewną bazę, siatkę, na którą należałoby w odpowiedni sposób nałożyć istniejące już elementy sankcjonowania prawa oraz ewentualnie dodać nowe, aby system ten uszczelnić i usprawnić, czyniąc go przez to skuteczniejszym i wypełniającym nałożoną na niego rolę.

Książka składa się z 4 rozdziałów. W pierwszym z nich czytelnikowi zostało zaprezentowane ogólne pojęcie oraz funkcje sankcji w polskim prawie antymonopolowym oraz zarysowany problem ich skuteczności. Dokonano tu prezentacji podstawowych rodzajów sankcji prawnych ze względu na różne kryteria:

– kryterium funkcji dotkliwości stosowanego przymusu państwowego (sankcje represyjne, sankcje restytucyjne oraz nieważność);
– kryterium sposobu wyrażania w przepisach prawa (sankcje bezwzględnie nieokreślone, bezwzględnie określone oraz względne określone);
– kryterium liczby sankcji przypadających na jedno zachowanie naruszające prawo;
– kryterium źródła obowiązku, którego naruszenie wiąże się z sankcją itd.

W prawie antymonopolowym autorka wyróżnia m.in. następujące rodzaje sankcji:

– ze względu na metodę regulacji stosunków prawnych: sankcję cywilnoprawną (nieważność) oraz sankcje administracyjnoprawne;
– ze względu na źródło obowiązku, którego naruszenie wiąże się z realizacją sankcji: sankcje wynikające z naruszenia obowiązku określonego w ustawie oraz z nałożonego czy stwierdzonego przez właściwy organ;
– ze względu na rodzaj dolegliwości – sankcje polegające na utracie uprawnień oraz nałożeniu obowiązków.

Ostatecznie aktorka skupia swoją uwagę na podziale sankcji w prawie antymonopolowym według kryterium ich funkcji, przy czym wyróżnia funkcje ogólne sankcji, tj. funkcję prewencyjno-wychowawczą, restytucyjną oraz represyjną, a także funkcję szczególną, mianowicie – egzekucyjną (przymuszającą). W kolejnych rozdziałach książki autorka poświęca więcej uwagi poszczególnym grupom sankcji.

Drugi rozdział książki poświęcony jest analizie sankcji restytucyjnych. Funkcja restytucyjna sankcji istniejących w prawie antymonopolowym ukierunkowana jest na przywrócenie stanu rzeczy do sytuacji zgodnej z prawem, a więc do rekonstrukcji stanu, który istniałby, gdyby adresat normy zastosował się do jej nakazu albo zakazu. Autorka opisuje ewolucję tych sankcji począwszy od okresu międzywojennego, poprzez okres powojenny (przed akcesją Rzeczpospolitej Polskiej do UE w 2004 r. oraz po akcesji), aż po obecnie obowiązujące przepisy prawa (ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów z 2007 r.). Jako rodzaje sankcji restytucyjnych wymienione i opisane są tu: nieważność, pozbawienie uprawnień przysługujących podmiotowi (która to sankcja ma zastosowanie w przypadku naruszeń związanych z dokonywaniem koncentracji), sankcję w postaci obowiązku określonego zachowania się oraz sankcję w postaci podziału przedsiębiorcy w drodze decyzji administracyjnej. Przy każdej z opisywanych w tym rozdziale grupie sankcji autorka odnosi się do prawa europejskiego, jak również do regulacji w polskim porządku prawym. Przedstawione jest stanowisko wypracowane przez praktykę orzeczniczą oraz wnioski *de lege ferenda*.

W trzecim rozdziale zaprezentowana jest analiza sankcji o funkcji represyjnej. Do tego typu sankcji należą przede wszystkim kary pieniężne nakładane na przedsiębiorcę, jak również kary pieniężne nakładane na osoby zarządzające przedsiębiorstwem. W rozdziale możemy znaleźć kilka praktycznych zestawień w formie tabel zawierających dane z lat poprzednich, np. o wysokości kar pieniężnych nakładanych przez Prezesa UOKiK w stosunku do przychodu przedsiębiorstwa czy do opłaty za zgłoszenie zamiaru koncentracji, statystyki ujmujące liczbę decyzji Prezesa UOKiK w stosunku do liczby przedsiębiorców ponownie naruszających prawo antymonopolowe albo też zestawienie liczby decyzji, w których Prezes UOKiK odstąpił od nałożenia kary pieniężnej ze względu na spełnienie warunków *leniency*. Rozdział zakończony jest uwagami autorki dotyczącymi propozycji zmian w przepisach prawa – wnioskami *de lege ferenda*.

Sankcjom o funkcji egzekucyjnej poświęcony jest rozdział czwarty omawianego opracowania. Jest tu mowa o sankcjach przymuszających nakładanych w celu wyegzekwowania wykonania określonych obowiązków. Autorka prezentuje w tej części swojej pracy uregulowania dotyczące omawianego zagadnienia również począwszy od okresu międzywojennego, poprzez regulacje powojenne, aż do obecnego stanu prawnego, wymieniając przykłady omawianych w tym miejscu sankcji egzekucyjnych. Zaprezentowane zostały też zasady nakładania kar przymuszających oraz przegląd praktyki orzeczniczej w tej materii m.in. w formie tabelarycznej. Z racji wielu nieścisłości i niekonsekwencji w obowiązujących przepisach przy zagadnieniu sankcji egzekucyjnych autorka ponownie przedstawia swoje słuszne uwagi *de lege ferenda*.

Podsumowanie omawianej pracy zawiera szereg postulatów autorki dotyczących zagadnień, które można by wprowadzić do obowiązujących regulacji lub propozycji, w jaki sposób te regulacje zmienić, aby bardziej służyły ich celowi – ochronie konkurencji. Biorąc pod uwagę

aktualnie toczące się prace nad nowelizacją prawa antymonopolowego, omawiana wyżej lektura jest doskonałym sposobem, aby uświadomić sobie konieczność zmian, ale również aby móc określić ich kierunek, a nawet konkretne przykłady. Znając powody potrzebnych zmian, czytelnik książki może bardziej świadomie obserwować zachodzące zmiany nowelizacyjne.

Halina Suchodolska
Absolwent Wydziału Prawa Uniwersytetu w Białymstoku
oraz Westfälische Wilhelms Universität w Münster (LL.M.);
prawnik w jednej z ogólnopolskiej sieci handlowych

Bartosz Turno, *Leniency. Program łagodzenia kar pieniężnych w polskim prawie ochrony konkurencji*, Lex a Wolters Kluwer business, Warszawa 2013, ss. 812

Program łagodzenia kar pieniężnych w polskim prawie ochrony konkurencji jest przedmiotem opracowania autorstwa Bartosza Turno, wydanego w 2013 r. przez Wolter Kluwers Polska. Jest to pierwsza monografia w polskim piśmiennictwie podejmująca kompleksowo tematykę funkcjonowania krajowego programu *leniency*. U podstaw przeprowadzonej przez autora analizy leży weryfikacja hipotezy badawczej: czy istnieje model optymalnego programu *leniency*. Model taki ma umożliwiać realizację celu tego programu, tj. zwiększania (do osiągnięcia maksymalnego poziomu) odstraszania *ex ante* (zniechęcania przedsiębiorców do angażowania się w nielegalne porozumienia) oraz odstraszania *ex post* (zachęcania przedsiębiorców do dobrowolnego wycofania się z nielegalnych porozumień). Osiągnięcie takiego celu wymaga, w opinii autora, nie tylko adekwatnej konstrukcji normatywnej programu *leniency*, również lecz także odpowiedniej polityki antymonopolowej opierającej się na surowym i konsekwentnym karaniu przedsiębiorców oraz kryminalizowaniu czynów osób fizycznych. Dodatkowo, niezbędny jest duży autorytet organu antymonopolowego, jak również transparentność i przewidywalność jego działań. Wobec przyjętej hipotezy badawczej, autor za cel pracy obrał sobie odpowiedź na pytanie: czy stosowany przez Prezesa UOKiK program łagodzenia kar prowadzi do odstraszania *ex ante* oraz *ex post*. Innymi słowy, czy polski model *leniency* jest skutecznym mechanizmem w zwalczaniu porozumień ograniczających konkurencję.

Publikacja podzielona jest na siedem rozdziałów. Pierwszy rozdział stanowi przybliżenie zakazu porozumień ograniczających konkurencję w prawie Unii Europejskiej oraz prawie polskim. Poczynając od celów prawa konkurencji, przez treść i przedmiotowy zakres zakazu oraz zdefiniowanie takich pojęć, jak „przedsiębiorca" i „porozumienie", autor przedmiotem rozważań czyni warunki, jakie musi spełniać porozumienie, aby mogło stać się ono przedmiotem wniosku *leniency*.

Rozdział drugi, stanowiący dopełnienie problematyki pierwszej części, podejmuje tematykę sankcji za naruszenie zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję. Autor analizuje sankcje administracyjnoprawne, karne, o charakterze cywilnoprawnym i wszelkie inne, przewidziane w ramach publicznoprawnego sankcjonowania naruszenia zakazu antykonkurencyjnych porozumień. W odniesieniu do kar administracyjnych, autor przykłada szczególną wagę do celu i funkcji kar nakładanych przez Prezesa UOKiK.

Założenie, cele oraz geneza programów łagodzenia kar jako środków zwalczania karteli stanowią temat rozdziału trzeciego. Autor dokonuje prawnoporównawczej analizy zarówno polityki zwalczania karteli, jak i założeń programów *leniency* w Stanach Zjednoczonych, Unii Europejskiej oraz Polsce. Rozważa on również korzyści, zagrożenia i wątpliwości etyczne, jakie wynikają z korzystania z omawianych programów.

Rozdział czwarty, będący jednym z kluczowych elementów pracy, stanowi konstrukcja normatywna optymalnego modelu łagodzenia kar, jak również towarzyszących elementów polityki antymonopolowej, mających przyczynić się do osiągnięcia celów wskazanych w hipotezie badawczej. Model budowany jest na podstawie doświadczeń funkcjonowania amerykańskiego oraz unijnego programu *leniency*, ale również rezultatów badania zachowań i organizacji przedsiębiorców. Konstrukcja optymalnego modelu ma w zamierzeniu autora pozwolić na porównanie go z funkcjonującym w Polsce programem łagodzenia kar i wyciągnięcie wniosków, czy i w jakim stopniu odbiega on od optymalnego rozwiązania.

Rozdział piąty poświęcony jest zagadnieniom materialnoprawnym związanym z polskim programem łagodzenia kar pieniężnych. Autor przybliża zakres podmiotowy i przedmiotowy programu, analizuje instytucję odstąpienia od wymierzenia kary, jak i jej obniżenia oraz przesłanki do ich zastosowania. Podejmuje on również szeroko dyskutowaną obecnie tematykę ochrony poufności wniosków *leniency*.

W rozdziale szóstym autor podejmuje analizę zagadnień formalnoprawnych w odniesieniu do polskiego programu *leniency*. Przybliżone zostają rodzaje wniosków *leniency*, procedura ich składania, a także zagadnienie praktyczne z tym związane.

Rozdział siódmy stanowi szczegółową analizę dotychczasowej praktyki UOKiK w zakresie stosowania programu łagodzenia kar pieniężnych. Autor przeprowadza analizę danych ilościowych i jakościowych, dotyczących m.in. liczby złożonych wniosków w ramach polskiego programu *leniency* oraz decyzji wydawanych w tych sprawach przez UOKiK. Ta analiza prowadzi autora do wniosku, że obecny stan realizacji celów polskiego programu jest niesatysfakcjonujący. W dalszej kolejności, autor szczegółowo analizuje przyczyny takiego stanu, jak i przedstawia propozycje zmian legislacyjnych w zakresie praktyki stosowania polskiego programu łagodzenia kar pieniężnych oraz w zakresie polityki antymonopolowej.

W podsumowaniu autor potwierdza w pełni swoją hipotezę badawczą, uznając, że możliwe jest skonstruowanie optymalnego modelu programu *leniency* przyczyniającego się do realizacji celów odstraszania *ex ante* i *ex post*. Jednocześnie autor stwierdza, że odpowiedź na główne pytanie, będące przedmiotem analizy, jest negatywna. Innymi słowy, polski program łagodzenia kar pieniężnych nie może być uznany za skuteczny instrument zwalczania porozumień ograniczających konkurencję. W opinii autora na taki stan wpływają: „zbyt łagodna i niekonsekwentna polityka karania przez Prezesa UOKiK, pasywna polityka antykartelowa Prezesa UOKiK, zbyt szerokie (hojne) stosowanie korzyści płynących z łagodniejszego traktowania, brak jasnych i czytelnych priorytetów Prezesa UOKiK, brak w UOKiK odpowiednich zasobów finansowych i kadrowych przeznaczonych na ściganie karteli, obecny status ustrojowy Prezesa UOKiK, w programu łagodzenia kar pieniężnych, nieprawidłowa i budząca niepokój praktyka stosowania niektórych aspektów polskiego programu łagodzenia kar pieniężnych". Zdaniem autora następujące zmiany mogą przyczynić się do poprawy funkcjonowania polskiego programu *leniency*: surowa polityka karania, uwzględniająca odpowiedzialność spółek-matek za działania spółek zależnych naruszających prawo konkurencji, kryminalizacja kartelowej aktywności osób fizycznych w powiązaniu z umożliwieniem im korzystania z programów łagodzenia kar, urealnienie stosowania przepisów karnych dotyczących odpowiedzialności pracowników kadry kierowniczej za

zaangażowanie w kartel polegającej na ich czasowej dyskwalifikacji zawodowej, podjęcie przez Prezesa UOKiK proaktywnej polityki wykrywania karteli w powiązaniu ze wzmocnieniem jego pozycji instytucjonalnej.

Anna Laszczyk
Junior Associate, kancelaria Linklaters;
doktorantka na Wydziale Prawa Uniwersytetu Łódzkiego

Uroczyste wręczenie „Nagrody CARS 2013”. Warszawa, 6 czerwca 2012 r.

Uroczystość wręczenia „Nagrody CARS 2013” odbyła się 6 czerwca 2013 r. w Pałacu Kazimierzowskim na Uniwersytecie Warszawskim. Nagroda, ufundowana przez PKO Bank Polski, przyznawana jest za najlepsze prace naukowe z zakresu prawa i ekonomii konkurencji w konkursie organizowanym przez Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych (CARS), działające na Wydziale Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego.

Ceremonię uświetniła obecność prof. dr. hab. Alojzego Z. Nowaka, prorektora ds. badań naukowych i współpracy Uniwersytetu Warszawskiego, Pani Elżbiety Anders, dyrektor Departamentu Komunikacji Korporacyjnej PKO Banku Polskiego, fundatora „Nagrody CARS 2013”, członków Kapituły Nagrody CARS, byłych prezesów polskiego organu ochrony konkurencji, jak i licznie zgromadzonych gości.

Uroczystość wręczenia „Nagrody CARS 2013” składała się z dwóch części – ogłoszenia wyników konkursu oraz wykładu okolicznościowego sędziego Trybunału Konstytucyjnego prof. dr. hab. Andrzeja Wróbla z Instytutu Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk, pt. *Swobody unijne a prawa podstawowe po Traktacie z Lizbony*.

Prorektor prof. dr hab. A.Z. Nowak otworzył pierwszą część uroczystości, podkreślając wysoki poziom merytoryczny biorących udział w konkursie prac. Zauważył również, że mają one wymiar zarówno naukowy, jak i praktyczny. Prorektor Uniwersytetu Warszawskiego wskazał także na interdyscyplinarny charakter badań nad konkurencją, które łączą aspekty prawne, ekonomiczne oraz z dziedziny zarządzania.

Następnie prof. UW dr hab. Tadeusz Skoczny, przewodniczący Kapituły Nagrody CARS oraz kierownik CARS, po przedstawieniu regulaminu, zasad oraz przebiegu konkursu, ogłosił jego wyniki[1]. Do „Nagrody CARS 2013” zostało nominowanych pięcioro autorów:

1) dr Maciej Bernatt z Samodzielnego Zakładu Europejskiego Prawa Gospodarczego Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego za pracę pt. *Sprawiedliwość proceduralna w postępowaniu przed organem ochrony konkurencji*;
2) dr Zbigniew Jurczyk z Wyższej Szkoły Bankowej we Wrocławiu za pracę pt. *Kartele w polityce konkurencji Unii Europejskiej*;
3) dr hab. Konrad Kohutek z Wydziału Prawa i Administracji Krakowskiej Akademii im. A. Frycza-Modrzewskiego w Krakowie za pracę pt. *Praktyki wykluczające przedsiębiorstw dominujących. Prawidłowość i stosowalność reguł prawa konkurencji*;
4) dr Krystyna Kowalik-Bańczyk z Katedry Nauk Społecznych i Filozoficznych Wydziału Zarządzania i Ekonomii Politechniki Gdańskiej oraz z Zakładu Prawa Konkurencji INP PAN za pracę pt. *Prawo do obrony w unijnych postępowaniach antymonopolowych. W kierunku unifikacji standardów proceduralnych w Unii Europejskiej* oraz

[1] Szczegółowe informacje dotyczące przebiegu i wyników konkursu są dostępne pod adresem: http://www.cars.wz.uw.edu.pl/o_nas-06.html.

5) prof. INP PAN dr hab. Dawid Miąsik z Zakładu Prawa Konkurencji INP PAN za pracę pt. *Stosunek prawa ochrony konkurencji do prawa własności intelektualnej*.

„Nagrodą CARS 2013” został uhonorowany prof. INP PAN dr hab. Dawid Miąsik.

Uzasadnienie decyzji Kapituły Nagrody CARS przedstawił jej członek, prof. UWr dr hab. Marek Szydło z Zakładu Prawa Konkurencji i Regulacji Sektorowej Instytutu Nauk Administracyjnych Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego, laureat „Nagrody CARS 2012”. Przypomniał on, że prof. INP PAN dr hab. Dawid Miąsik w swojej monografii analizował relacje prawa konkurencji i prawa własności intelektualnej. Jak zauważył laureat „Nagrody CARS 2012”, wskazane dziedziny prawa oparte są na podobnej aksjologii oraz wzajemnie się uzupełniają, stąd dzięki takiemu określeniu obszaru badawczego przez autora zwycięska praca przyczyniła się do rozwoju dogmatyki prawa. Zdaniem prof. UWr dr. hab. M. Szydło w związku z faktem, iż prawo konkurencji i prawo własności intelektualnej cechują się nastawieniem na cele, które można uznać za rywalizujące, takie jak efektywność czy ochrona innowacji, dla ich stosowania szczególne znaczenie ma ich aksjologia. Podkreślił on, że nagrodzona praca ma dodatkową wartość, gdyż w jego opinii stosowanie zwykłych norm kolizyjnych nie jest w tym przypadku wystarczające. Uzasadniając decyzję Kapituły Nagrody CARS, prof. UWr dr hab. M. Szydło wskazał także, iż prof. INP PAN dr hab. Dawid Miąsik z sukcesem badał w swojej pracy teorie relacji między prawem konkurencji a prawem własności intelektualnej, tj. teorie formalne, rozróżniające sytuacje, w których prawo konkurencji może zostać zastosowane do oceny wykonywania praw własności intelektualnych, oraz teorie materialne, które analizują ewentualną niezasadność czy też aksjologiczną niecelowość stosowania prawa konkurencji do wykonywania praw własności intelektualnej, nawet gdyby było to formalnie możliwe. Prof. UWr dr hab. M. Szydło zauważył również, iż w nagrodzonej monografii autor porządkuje koncepcje badawcze i dokonuje empirycznej analizy porządków prawnych Stanów Zjednoczonych, Unii Europejskiej oraz Polski, jak również norm prawa międzynarodowego, czyniąc interesujące uwagi *de lege ferenda*.

Drugą część uroczystości wręczenia „Nagrody CARS 2013” stanowił wykład okolicznościowy prof. dr. hab. Andrzeja Wróbla pt. *Swobody unijne a prawa podstawowe po Traktacie z Lizbony*. Prelegent przedstawił strukturę analityczną praw podstawowych po wejściu w życie 1 grudnia 2009 r. traktatu lizbońskiego i omówił implikacje prawne tego wydarzenia. Sędzia Trybunału Konstytucyjnego w ramach wykładu analizował trzy istotne aspekty, tj. stosunek Karty Praw Podstawowych[2] i praw w niej ujętych do ogólnych zasad prawa, strukturę tych praw oraz przede wszystkim relację swobód unijnych i praw podstawowych.

Odnosząc się do kwestii relacji praw podstawowych ujętych w Karcie Praw Podstawowych oraz ogólnych zasad prawa, prof. dr hab. A. Wróbel zauważył, iż wspólnie tworzą one układ horyzontalny, będąc równoważnymi. Sędzia Trybunału Konstytucyjnego wyjaśnił, że prawa podstawowe ujęte w Karcie Praw Podstawowych stanowią katalog zamknięty. Prelegent wskazał także na wątpliwość czy związku z tym faktem nadal otwarte pozostaje pytanie, czy TSUE może wynosić do rangi ogólnych zasad prawa nowe prawa podstawowe. W obecnym stanie prawnym TSUE nie został pozbawiony tego uprawnienia, jednakże zdaniem prof. dr. hab. A. Wróbla prawa podstawowe nie powinny być multiplikowane, gdyż przeczyłoby to idei Karty Praw Podstawowych. Wyraził

[2] Dz. U. UE 2008 r., C 115/13.

on także pogląd, iż nie będą już powstawały nowe prawa podstawowe, jednakże ogólne zasady prawa mogą być z powodzeniem wykorzystywane do interpretacji Karty Praw Podstawowych.

Sędzia Trybunału Konstytucyjnego przedstawił również strukturę praw podstawowych ujętych w Karcie Praw Podstawowych, wskazując na ich dualistyczny podział wynikający z przyjętego w omawianym akcie prawnym pozytywnoprawnego rozróżnienia pomiędzy prawami i zasadami. Prelegent zauważył, iż żadna norma nie może być jednocześnie prawem i zasadą. Taka sytuacja nie jest możliwa ze względu na inny standard ochrony, który jest im przyznany. Analizując strukturę praw podstawowych ujętych w Karcie Praw Podstawowych, prof. dr hab. A. Wróbel odniósł się do koncepcji R. Dworkina zasad jako norm optymalizacyjnych, które mogą zostać zrealizowane w większym lub mniejszym stopniu. Z kolei prawo może jedynie zostać zrealizowane lub nie. Sędzia Trybunału Konstytucyjnego odwołał się również do koncepcji J. Wróblewskiego i Z. Ziembińskiego, którzy uważali, że zasady określają pewne najistotniejsze kwestie prawne. Koncepcja ta nie jest zdaniem prelegenta przydatna do analizy Karty Praw Podstawowych, gdyż mogłaby prowadzić do uznania niektórych praw za ważniejsze od innych, co jest według niego niedopuszczalne. Skonkludował on, iż teoria R. Dworkina jest zatem właściwsza do interpretacji Karty Praw Podstawowych.

Prof. dr hab. A. Wróbel wskazał dodatkowo, że okoliczności, które powinny być brane pod uwagę przy ocenie czy dana norma jest prawem, czy też zasadą, były już analizowane w orzecznictwie TSUE. Jak zauważył, aby prawa podstawowe ujęte w Karcie Praw Podstawowych mogły być stosowane, sądy będą musiały rozstrzygnąć, do której z kategorii należy każde z nich. Rozważając dualistyczny podział praw podstawowych w omawianym akcie prawnym, odniósł się również do art. 52(5) Karty Praw Podstawowych, zgodnie z którym zasady służą do wykładni prawa krajowego oraz można się na nie powoływać przed sądem. Powstaje zatem pytanie co do zakresu stosowania praw podstawowych będących zasadami w postępowaniach przed organami administracji publicznej. Mając na uwadze powyższe rozważania, struktura praw podstawowych ujętych w Karcie Praw Podstawowych nie jest jedynie zagadnieniem teoretycznym, lecz będzie miała praktyczne konsekwencje dla obywateli Unii Europejskiej.

Po przedstawieniu rozróżnienia pomiędzy prawami i zasadami w Karcie Praw Podstawowych prof. dr hab. A. Wróbel przystąpił do omówienia relacji pomiędzy prawami podstawowymi a swobodami unijnymi po 1 grudnia 2009 r. Prelegent zauważył, iż problematyka ta była przedmiotem rozważań TSUE, np. w orzeczeniach *Schmidberger* [3] czy też *Laval*[4], zatem w związku ze zmianą stanu prawnego po wejściu w życie traktatu lizbońskiego powstało pytanie: czy zasady wyrażone w orzecznictwie TSUE mają nadal sens normatywny. Sędzia Trybunału Konstytucyjnego wyraził również pogląd, iż Karta Praw Podstawowych nie traktuje swobód w sposób równomierny, gdyż niektóre z nich inkorporuje, inne zaś zdaje się pozostawiać poza swoim zakresem, jak np. swobodę przepływu kapitału. Analizując relacje pomiędzy swobodami unijnymi i prawami podstawowymi, prelegent odwołał się do art. 52(2) Karty Praw Podstawowych, zgodnie z którym prawa uznane w Karcie Praw Podstawowych będące przedmiotem postanowień traktatów, są wykonywane na warunkach i w granicach w nich określonych. Jako że za takie prawa można uznać swobody unijne, postawił pytanie: czy Karta Praw Podstawowych ma do nich zastosowanie. Mając na uwadze

[3] Wyr. TSUE z 12.06.2003 r. w sprawie C-112/00 *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge przeciwko Republice Austrii*.

[4] Wyr. TSUE z 18.12.2007 r. w sprawie C-341/05 *Laval un Partneri Ltd przeciwko Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan*.

rozróżnienie pomiędzy istotą a wykonywaniem prawa, jego zdaniem dopuszczalne jest jej stosowanie jedynie w sferze wykonywania swobód. Taka interpretacja stwarzałaby TSUE możliwość do kształtowania prawa w tym zakresie. Prof. dr hab. A. Wróbel przypomniał, iż w orzeczeniu *Laval* TSUE wskazał na wzajemne oddziaływanie swobód unijnych i praw podstawowych. Oznacza to, że zarówno swobody unijne mogą ograniczać prawa podstawowe, jak i prawa podstawowe – swobody unijne. Co więcej, zdaniem prelegenta ewentualne ograniczenie wykonywania swobód unijnych powinno nastąpić na zasadach wskazanych w traktatach, natomiast praw podstawowych wyrażonych w Karcie Praw Podstawowych – na podstawie ujętej w niej klauzuli generalnej. W tym aspekcie następuje bowiem kolizja dwóch równoważnych systemów. Prof. dr hab. A. Wróbel przedstawił także stanowisko, iż Karta Praw Podstawowych nie jest jedynie rejestracją istniejących praw podstawowych, lecz tworzy nową sytuację prawną, która będzie musiała być wyjaśniona w orzecznictwie Sądu i TSUE.

W podsumowaniu sędzia Trybunału Konstytucyjnego zauważył, iż Karta Praw Podstawowych stworzyła nowe prawa podstawowe. Zaproponował także przejęcie dogmatyki R. Dworkina oraz R. Alexego do interpretacji struktury praw podstawowych w niej ujętych. Sędzia Trybunału Konstytucyjnego wskazał również, że rozstrzygniecie czy dane prawo podstawowe jest prawem, czy też zasadą musi być brane pod uwagę przy rozstrzyganiu ewentualnych kolizji pomiędzy swobodą unijną a prawem podstawowym. Podkreślił zarazem, że Karta Praw Podstawowych może być impulsem do ponownego rozważenia zawartych w prawie UE praw podstawowych mających zastosowanie we wszystkich państwach członkowskich.

W nawiązaniu do wykładu okolicznościowego głos zabrał laureat „Nagrody CARS 2013”, prof. INP PAN dr hab. D. Miąsik. Zauważył on, iż ogólne zasady prawa wywodzą się z porządków konstytucyjnych państw członkowskich, zadając jednocześnie pytanie o rolę konstytucji państw członkowskich w świetle Karty Praw Podstawowych.

W odpowiedzi prof. dr hab. A. Wróbel wskazał, iż art. 52(4) Karty Praw Podstawowych uznaje tradycje konstytucyjne państw członkowskich, jednakże nie odwraca zasady pierwszeństwa prawa UE. Interpretując pojęcie tradycji konstytucyjnych, sędzia Trybunału Konstytucyjnego odwołał się do art. 4(2) TFUE wyrażającego obowiązek szanowania tożsamości narodowej oraz związanej z nią tożsamości konstytucyjnej. Prof. dr hab. A. Wróbel rozumie tożsamość konstytucyjną szeroko, stąd jego zdaniem obejmuje ona również prawa i wolności konstytucyjne. Zauważył również, iż teoretycznie sądy konstytucyjne państw członkowskich mogą na tej podstawie podejmować próby przeciwstawiania się zasadzie pierwszeństwa prawa UE, gdyż jest to klauzula istotna dla kształtowania relacji pomiędzy porządkami prawnymi UE i państw członkowskich. Prelegent pozostawił jednakże otwartym pytanie: czy dopuszczalne jest, aby tożsamość konstytucyjna jednego państwa członkowskiego mogła wpływać na całą UE lub inne państwa członkowskie.

Uroczystość wręczenia „Nagrody CARS 2013” zakończył prof. UW dr hab. T. Skoczny, ponownie gratulując laureatowi oraz nominowanym. Podziękował on również prof. dr. hab. A. Wróblowi za wygłoszenie wykładu okolicznościowego, uczestnikom zaś za przybycie.

Wojciech Podlasin
Prawnik w kancelarii Linklaters w Warszawie

5. Warsztat CARS. Zastosowanie zakazu porozumień ograniczających konkurencję do umów agencyjnych w świetle rozporządzenia Rady Ministrów z 30 marca 2011 r. 20 czerwca 2013 r., Wydział Zarządzania UW

Uczestników 5. warsztatu CARS powitał prof. Tadeusz Skoczny (CARS), który zaprezentował genezę spotkania, zarysował jego podstawową tematykę oraz przedstawił prelegenta (dr Grzegorz Materna, INP PAN i UOKiK) i moderatora warsztatu (dr Łukasz Grzejdziak, WPiA UŁ).

Swoje wystąpienie dr Grzegorz Materna rozpoczął od wyjaśnienia, że wątpliwości co do kwalifikowania umów agencyjnych jako porozumień wertykalnych wzięły się z rozbieżności definicyjnych nabywcy w polskim i wspólnotowym rozporządzeniu wyłączającym dla porozumień (ograniczeń) wertykalnych. Polskie rozporządzenia wyłączające (i obecnie obowiązujące, i to z 2002 r.) definiują nabywcę jako „przedsiębiorcę, który kupuje towary objęte porozumieniem wertykalnym" (§ 3 pkt 8). W obecnie obowiązującym rozporządzeniu wyłączającym zrezygnowano przy tym z dopowiedzenia, że nabywcą jest także dystrybutor. W projekcie rozporządzenia wyłączającego z 2011 r. takie dopowiedzenie było, ale ostatecznie zniknęło.

Według dr. Materny nie ma potrzeby szczegółowego definiowania umów agencyjnych. Ważne jest wskazanie, że w polskim prawie umowy agencyjne są definiowane w Kodeksie cywilnym, natomiast brak jakiejkolwiek definicji w prawie konkurencji. W prawie konkurencji UE mamy wytyczne dot. ograniczeń wertykalnych, które kazuistycznie określają co jest umową agencyjną w świetle prawa konkurencji. Wytyczne KE wskazują, że z punktu widzenia prawa antymonopolowego nie ma znaczenia, w jaki sposób umowy agencyjne są definiowane w prawie krajowym. Prawo unijne idzie w tym kierunku, że do umów agencyjnych nie stosuje się przepisów prawa konkurencji, jeśli spełnione są pewne warunki (zwłaszcza, gdy ryzyko jest zdjęte z agenta i ponoszone przez dającego zlecenie). Brak natomiast automatycznego wyłączenia umów agencyjnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję. Istnieje orzecznictwo wskazujące, że jeśli agent może być traktowany jako samodzielny przedsiębiorca, umowa może podlegać art. 101 TFUE; do umów agencyjnych znajduje zastosowanie także doktryna *single economic unit*.

Zdaniem dr. Materny możliwość zastosowania do umów agencyjnych (polskiego) rozporządzenia wyłączającego w sprawie ograniczeń wertykalnych wynika z § 4 („wyłączeniu podlegają porozumienia wertykalne, w tym..."). Zakres zastosowania rozporządzenia wyłączającego wymaga zdefiniowania „porozumienia wertykalnego". Definicja porozumienia wertykalnego wydaje się obejmować umowy agencyjne o tyle, o ile są to umowy zawierane między przedsiębiorcami (tak, jak wynika to z Kodeksu cywilnego). Oznacza to, że umowy agencyjne mogłyby być objęte zakresem wyłączenia z rozporządzenia wyłączającego. Możliwość interwencji organu w odniesieniu do umów agencyjnych zależy od tego, jak interpretować § 11 i 12. Zakres rozporządzenia wyłączającego dałoby się rozciągnąć na umowy agencyjne (bez analizy czy rzeczywiście przedmiotem umowy agencyjnej są warunki zakupu, sprzedaży, odsprzedaży itp., a tym samym bez rozstrzygania, czy któraś ze stron ma status nabywcy), gdyby nie to, że § 11 i 12 już bezpośrednio posługują się pojęciem „nabywcy".

Wykładnia językowa rozporządzenia wyłączającego prowadzi do wniosku, że umowy agencyjne mogą być objęte rozporządzeniem wyłączającym, ale klauzule z § 11 i 12 niekoniecznie muszą odnosić się do umów agencyjnych. Zniknięcie elementu „dystrybutora" z definicji nabywcy, zdaniem G. Materny, nie ma znaczenia ani dla samej definicji nabywcy, ani dla objęcia umów agencyjnych rozporządzeniem wyłączającym.

Nie należy jednak poprzestawać na wykładni językowej rozporządzenia wyłączającego. W odniesieniu do umów agencyjnych istnieje już wszak orzecznictwo sądowe (wyrok SA w Warszawie w sprawie Hand-Prod), które należy uwzględnić w interpretacji rozporządzenia. W projekcie rozporządzenia wyłączającego bardzo wyraźnie wskazywano, że źródłem inspiracji dla rozwiązań krajowych było prawo unijne, celem rozporządzenia krajowego miało być zaś zapewnienie przejrzystości dla polskich przedsiębiorców, co oznaczało uwzględnienie także unijnych reguł konkurencji. Analiza odpowiednich przepisów rozporządzenia 330/2010 wskazuje co prawda na różnicę między definicją nabywcy w prawie unijnym i polskim (według prawa unijnego nabywca kupuje, według prawa polskiego...), zbieżność polega na tym, że w obydwu porządkach prawnych mówi się o nabywcy.

Wykładnia pozajęzykowa rozporządzenia wyłączającego uzasadnia wniosek, aby umowy agencyjne traktować na gruncie prawa polskiego, tak jak w prawie unijnym. W konsekwencji dla umów agencyjnych brak jest wyłączenia grupowego.

Dr Materna odczytuje z wyroku Sądu Apelacyjnego konkluzję, że skoro Sąd zachęca do stosowania wytycznych KE, to jest to równoznaczne z odstąpieniem od stosowania prawa konkurencji do umów agencyjnych. Takie stanowisko, zdaniem Grzegorza Materny, jest nieuzasadnione, bo w prawie unijnym brakuje takiego generalnego wyłączenia. Przykładowo, w końcu 2012 r. KE wydała decyzję zobowiązującą w sprawie e-booków – wynika z niej, że możliwe jest zakwestionowanie takich praktyk przedsiębiorców, które prowadzą do zawarcia umów agencyjnych.

W komentarzu do wystąpienia dr. Materny moderator warsztatu dr Łukasz Grzejdziak podkreślił, że, po podstawieniu definicji nabywcy do klauzuli cenowej (z § 11), sprawa wydaje się prosta. Zgodnie z zasadą *clara non sunt interpretanda*, jeśli wynik wykładni językowej jest jasny, to nie ma potrzeby poszukiwania innych sposobów wykładni, zwłaszcza biorąc pod uwagę fakt, że mamy do czynienia z prawem konkurencji, tj. prawem publicznym, stanowiącym podstawę władczej ingerencji organu.

Aby zastosować koncepcję dr. Materny, konieczne jest przyjęcie rozszerzającej wykładni pojęcia nabywcy. Jeśli warunkiem zastosowania klauzuli czarnej jest nabycie (kupienie) towaru, to inna interpretacja jest niedozwolona.

Po wystąpieniach prelegenta i moderatora rozpoczęła się część dyskusyjna warsztatu – na pytania uczestników odpowiadał dr Materna.

Dr Tomasz Bagdziński zapytał, czy na pewno wszystkie umowy agencyjne są porozumieniami wertykalnymi? Czy zastosowanie rozporządzenia wyłączającego nie będzie prowadziło do dualizmu prawnego?

W odpowiedzi dr Grzegorz Materna stwierdził, że trzeba raczej zadać pytanie o to, czy umowa agencyjna jest w ogóle porozumieniem ograniczającym konkurencję. Umowa agencyjna jest na pewno porozumieniem, ale niekoniecznie takim, które podlega art. 6 uokik. Konieczna jest ocena, na ile relacje między przedsiębiorcami są relacjami między samodzielnymi przedsiębiorcami,

uzasadniającymi zastosowanie zakazu z art. 6. Utrwalone orzecznictwo stanowi, że zakazowi porozumień ograniczających konkurencję podlegają stosunki między niezależnymi przedsiębiorcami – taką „niezależną" relacją nie jest np. sytuacja, gdy agent jest w zasadzie jakąś postacią pracownika podmiotu dającego zlecenie.

Mec. Robert Gago postawił następujące pytanie: zakładając, że mamy do czynienia z umową między samodzielnymi przedsiębiorcami, to czy taka umowa agencyjna podlega RW i w konsekwencji, czy stosuje się zakaz zawierania w takiej umowie klauzul czarnych. Jeśli definiujemy agenta jako nabywcę, to należy stosować zakaz ustalania cen odsprzedaży, co nie jest właściwe dla relacji agencyjnych. Tam, gdzie można zidentyfikować relacje agenta ze światem zewnętrznym – stosujemy prawo konkurencji (jak w hiszpańskiej sprawie CEPSA), jeśli chodzi o kształtowanie relacji wewnętrznych między agentem a dającym zleceniem – brakuje możliwości oceny w świetle prawa konkurencji.

Kolejne pytanie postawione przez mec. Gago dotyczyło tego, w jaki sposób należy oceniać umowy agencyjne zawierane przez firmy ubezpieczeniowe? Grzegorz Materna uchylił się od odpowiedzi.

Dr Małgorzata Kozak podkreśliła, że dotychczasowe sprawy związane z zagadnieniem antymonopolowej oceny umów dotyczyły drobnych i „nieklasycznych" umów agencyjnych. Powstaje zatem pytanie, w jaki sposób oceniać umowy zawierane z dużymi agentami? Dr Tomasz Bagdziński zadał dodatkowe pytanie, czy producent sprzętu AGD może zawierać umowy agencyjne z siecią sklepów? Grzegorz Materna odpowiedział, że nie ma znaczenia czy agent jest dużym, czy małym podmiotem. Niewątpliwie łatwiej wykazać, że agent jest quasi-pracownikiem, gdy chodzi o podmioty mniejsze.

Maciej Fornalczyk (COMPER) stwierdził, że dla kwalifikacji umów agencyjnych najważniejsza jest ocena modelu biznesowego: jeśli jest nim tylko pośredniczenie w sprzedaży (gdy towar pozostaje nadal własnością producenta), to relacja taka pozostaje agencją, bez względu na rozmiar.

Dr Jarosław Sroczyński stwierdził, że istotą kwalifikacji umowy jest ryzyko, faktycznie jesteśmy przyzwyczajeni do tego, że małe podmioty (np. kioskarze) nie ponoszą ryzyka. Nie można jednak powiedzieć, że duzi lub mali nie ponoszą ryzyka i że traktuje się ich inaczej. Na przykład, w sektorze farmaceutycznym mamy do czynienia z przekształcaniem dystrybutorów w agentów (system AstraZeneca).

Dr Materna odpowiedział, że nie było dotąd w Polsce oceny umów w sektorze farmaceutycznym. Podzielił ponadto pogląd, że kluczowa jest sprawa ryzyka.

Pytanie sformułowane przez Annę Laszczyk dotyczyło problemu kwantyfikacji ryzyka i jej oceny. Zostaje zawarta umowa, w której agent nie ponosi ryzyka, ale w pewnym momencie dochodzi do przejścia własności – czy taką umowę należy nadal traktować jako umowę agencyjną?

Mec. Robert Gago wyraził wątpliwość czy rzeczywiście, gdy prawo polskie milczy, to naczelną dyrektywą powinno być stosowanie prawa unijnego? Grzegorz Materna podkreślił, że do prounijnej interpretacji prawa polskiego bardziej skłonny jest Prezes UOKiK niż sądy, które w tym względzie są raczej ostrożne.

Dr Antoni Bolecki wyraził pogląd, że przejście prawa własności na agenta jest jednym z tych rodzajów ryzyka, które pozbawiają umowy charakteru agencyjnego. Z perspektywy dostawcy umowa agencyjna jest nieatrakcyjna. Umowa agencyjna z punktu widzenia ustalania cen odsprzedaży

nie różni się od umów dystrybucyjnych ustalających ceny maksymalne – KE w swoich wytycznych pozwala na to, by agenci dzielili się swoją prowizją z konsumentami.

Dr Łukasz Grzejdziak podkreślił, że z punktu widzenia praktyki agencyjne umowy *genuine* mają niewielkie znaczenie.

Dr Michał Strzelecki stwierdził z kolei, że problematyczny może być również przepis Kodeksu cywilnego dotyczący prowizji *del credere* – pierwszym ryzykiem agenta jest „odpowiedzialność za zły dług".

W podsumowaniu dyskusji dr Grzejdziak podkreślił, że doprowadziła ona w sumie do jednej konkluzji: sprawy należy rozpatrywać *ad casu*, a rezultat jest niewiadomy. Wykładnia językowa rozporządzenia wyłączającego prawdopodobnie nie jest tą, która obowiązuje (według stanowiska G. Materny). Dr Grzejdziak wyraził swoją dezaprobatę wobec takiego stanowiska.

Maciej Fornalczyk ponownie podkreślił, że dla kwalifikacji umowy agencyjnej istotne są dwa czynniki: ryzyko i model biznesowy agenta, konieczne ich kwantyfikowanie.

Prof. Tadeusz Skoczny podsumował, że tam, gdzie ekonomiczna analiza rozkładu rodzajów ryzyka wyraźnie i jednoznacznie wskazuje, że zarówno dostawca, jak i agent chcieli, aby pełne ryzyko ponosił dostawca, nie mamy do czynienia z zakazem (takie relacje są poza zakresem prawa konkurencji). Co z sytuacjami, gdy jeden podmiot jest jednocześnie dystrybutorem i agentem? W biznesie konstruuje się umowy „para agencyjne" (w taki sposób nazywane), pod którymi mogą kryć się umowy dystrybucyjne. Praktyki takie mają na celu umożliwienie ustalania cen. Jeśli dostawca jest duży, dzięki takim umowom może poprawiać swoją pozycję rynkową, a nawet dążyć do dominacji. Ostateczna ocena umów zależy od ekonomicznego sensu i celu gospodarczego stron. Jeśli mamy do czynienia ze złożonym stanem faktycznym, to ocena zasadności interwencji organu ochrony konkurencji powinna być dokonywana z uwzględnieniem wykładni prounijnej.

Dr Agata Jurkowska-Gomułka
Samodzielny Zakład Europejskiego Prawa Gospodarczego WZ UW

Sprawozdanie z działalności Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych za rok 2012

1. Informacje ogólne

W szóstym roku działalności CARS podejmował różne rodzaje aktywności, przewidziane w dokumentach założycielskich Centrum. W roku 2012 po raz pierwszy przyznana została Nagroda CARS za wybitne publikacje z zakresu prawnych i ekonomicznych aspektów ochrony konkurencji. Laureatem „Nagrody CARS 2012", ufundowanej przez PKO BP, został prof. dr hab. Marek Szydło (Uniwersytet Wrocławski).

W roku 2012 CARS rozpoczął wydawanie nowego periodyku – „internetowego Kwartalnika Antymonopolowo-Regulacyjnego" (iKAR); obok niego ukazały się dwa numery „Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies" [numer specjalny YARS 2012, vol. 5(6) oraz numer regularny YARS, 2012, vol. 5(7)]. Ponadto opublikowana została kolejna monografia w serii Podręczniki i Monografie Antymonopolowe i Regulacyjne.

W 2012 r. odbyły się również dwa spotkania Otwartego Seminarium Doktoranckiego.

W minionym roku CARS był organizatorem dwóch seminariów naukowych oraz współorganizatorem (wraz z INP PAN) konferencji naukowej.

CARS uczestniczył w konsultacjach prac UOKiK nad projektem nowelizacji ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, jak również w konsultacjach unijnego rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych spod zakazu antykonkurencyjnej pomocy państwa.

2. Otwarte Seminarium Doktoranckie (OSD)

2.1. Kontrola sądowa decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej

Czternaste spotkanie OSD odbyło się w dniu 18 września 2012 r. W roli prelegenta wystąpił Mateusz Chołodecki, doktorant z WPiA UAM, natomiast komentarz do wystąpienia głównego wygłosił prof. dr hab. Stanisław Piątek (WZ UW). Zasadniczym referowanym zagadnieniem była dwubiegunowość modeli kontroli sądowej decyzji wydawanych przez Prezesa UKE (kontrola wykonywana przez sądy administracyjne i przez SOKiK). Prelegent wskazał na podstawy prawne obydwu trybów kontroli, podobieństwa i różnice między nimi, a także wynikające z tych różnic skutki. Ponadto przez pryzmat trybu kontroli sądowej analizowane były różne rodzaje decyzji wydawanych przez organ regulacyjny.

2.2. Program łagodzenia kar pieniężnych jako instrument zwalczania porozumień ograniczających konkurencji w polskim systemie prawa ochrony konkurencji

Piętnaste spotkanie OSD, które odbyło się w dniu 10 października 2012 r., poświęcone było problemowi funkcjonowania programu łagodzenia kar pieniężnych (*leniency*) w polskim systemie ochrony konkurencji. Wyniki swoich badań w tym zakresie prezentował dr Bartosz Turno z kancelarii WKB Wierciński, Kwieciński, Baehr. Prelegent przedstawił założenia stworzonego

przez siebie optymalnego programu łagodzenia kar, jaki mógłby znaleźć zastosowanie w Polsce. Poszczególne elementy tego modelu zdefiniowane zostały w sferze normatywnej, praktyki stosowania *leniency*, jak również polityki antymonopolowej. Istotną część rozważań nad postulowanym modelem polskiego programu *leniency* stanowiła krytyka dotychczasowego funkcjonowania tej instytucji w ochronie konkurencji.

3. Publikacje

3.1. Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies (YARS)

W kwietniu 2012 r. ukazał się numer specjalny YARS [vol. 5(6)], a w grudniu 2012 r. – numer regularny YARS [vol. 5(7)]. Numer specjalny dotyczył problematyki ochrony praw przedsiębiorców w postępowaniu antymonopolowym przed polskim i unijnym organem ochrony konkurencji. W periodyku znalazły się artykułowe wersje dwunastu referatów zaprezentowanych na konferencji organizowanej w kwietniu 2012 r. przez Instytut Nauk Prawnych PAN i CARS. Ponadto, numer ten zawierał dwie glosy (w tym jedną do decyzji Prezesa UOKiK zakazującej koncentracji), recenzję książki i wykaz bibliograficzny polskich publikacji dotyczących procedury antymonopolowej.

Numer regularny YARS po raz pierwszy zawierał artykuły przygotowane nie tylko przez polskich autorów, lecz także przez specjalistów prawa ochrony konkurencji z innych państw Europy Środkowej (Chorwacja, Słowacja). Numer 5(7) periodyku zawiera sześć artykułów, siedem przeglądów legislacyjnych i orzeczniczych w obszarze prawa ochrony konkurencji i regulacji sektorowej (w tym obszerny przegląd orzecznictwa unijnego w sprawach konkurencji), trzy glosy i trzy recenzje książek, raport roczny CARS za 2011 r. i bibliografię polskich publikacji z obszaru prawa antymonopolowego i regulacji.

3.2. internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny

W 2012 roku CARS rozpoczął wydawanie czasopisma dostępnego online na stronie www.ikar.wz.uw.edu.pl. Podstawową (referencyjną) wersją czasopisma jest wersja elektroniczna, egzemplarze papierowe pełnią jedynie rolę marketingową. iKAR jest otwarty na publikacje prawnicze i ekonomiczne oraz leżące na pograniczu tych dyscyplin i nauk o zarządzaniu czy nawet nauk technicznych. Dwa podstawowe obszary tematyczne publikacji stanowią: (1) ochrona konkurencji (w tym praktyki ograniczające konkurencję i kontrola koncentracji) oraz (2) regulacje sektorowe. Ten drugi obszar został początkowo ograniczony tylko do sektorów infrastrukturalnych; wraz z rozwojem pisma będzie on mógł obejmować także wszelkie inne sektory szczególne (jak usługi audiowizualne czy usługi finansowe) lub dziedziny pokrewne (np. pomoc państwa, ochronę konsumentów, relacje między ochroną konkurencji a PWI). iKAR publikuje zarówno artykuły naukowe, jak i inne mniejsze formy (glosy, omówienia wyroków, recenzje, omówienia książek) nie tylko na tematy polskie, ale także mające wymiar unijny lub globalny.

W 2012 r. opublikowanych zostało sześć numerów iKAR, dwa z nich [nr 5(1) i 6(1)] są w całości poświęcone telekomunikacji.

3.3. „Zgody szczególne w prawie kontroli koncentracji" (ISBN: 978-83-61276-99-9)

Kolejna (dziesiąta) monografia z serii wydawniczej „Podręczniki i Monografie" CARS autorstwa prof. Tadeusza Skocznego poświęcona jest praktycznie najważniejszemu elementowi prewencyjnej kontroli koncentracji – materialno- i formalnoprawnym podstawom udzielania zgód

szczególnych na dokonanie koncentracji. U podstaw pracy leży teoretyczna koncepcja zgód szczególnych, dla których wydania nie wystarczy stwierdzenie, że zamiar koncentracji nie prowadzi do istotnego ograniczenia konkurencji (jak w sytuacji zgody zwykłej) lub które muszą być wydane, mimo że zamierzona koncentracja do istotnego ograniczenia konkurencji prowadzi i powinna zostać zakazana. Przedmiotem analiz autora są trzy rodzaje zgód szczególnych: zgody wyjątkowe, wydawane wówczas, gdy zakaz dokonania koncentracji jest niedopuszczalny z uwagi na to, że istotne ograniczenie konkurencji miałoby miejsce nawet wtedy, gdyby powodująca je koncentracja została zakazana; zgody nadzwyczajne na dokonanie koncentracji antykonkurencyjnych na podstawie innego interesu publicznego niż ochrona konkurencji; zgody warunkowe, wydawane dla uniknięcia zakazu dokonania zamierzonej koncentracji w sytuacji, w której strony dokonają takiej jej modyfikacji, która eliminuje potencjalną szkodę dla konkurencji. Autor dowodzi, że zgody takie powinny mieć pierwszeństwo przed wydawaniem zakazów dokonania koncentracji.

4. Konferencje i seminaria

4.1. Prawa przedsiębiorcy w postępowaniu antymonopolowym

Konferencja, która odbyła się w dniu 23 kwietnia 2012 r., była współorganizowana przez Instytut Nauk Prawnych PAN i CARS, a finansowana ze środków programu Fundacji na rzecz Nauki Polskiej – Pomost/Powroty/2010-1/1/NQC.

Konferencja miała na celu podjęcie dyskusji nad prawami przedsiębiorcy w postępowaniach antymonopolowych prowadzonych na poziomie krajowym i unijnym. Wśród problemów dyskutowanych w czasie konferencji znalazły się: charakter prawny postępowania antymonopolowego, stosowanie w sprawach antymonopolowych Europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka, poszczególne uprawnienia i gwarancje służące przedsiębiorcy w toku postępowania antymonopolowego (dostęp do akt, prawo do wysłuchania itp.), sądowa kontrola decyzji wydawanych przez organy antymonopolowe jako instrument wypracowywania standardów działania organu ochrony konkurencji.

Artykuły bazujące na referatach przedstawionych w czasie konferencji opublikowane zostały w YARS 2012, vol. 5(6) [por. pkt 3.1. powyżej].

4.2. Bezpieczeństwo i efektywność funkcjonowania portów lotniczych

Seminarium współorganizowane przez CARS i Przedsiębiorstwo Państwowe „Porty Lotnicze" (PPL) odbyło się w dniu 24 maja 2012 r. Stanowiło ono platformę dla prezentacji wyników projektu badawczego pt. *Usługi portów lotniczych w Unii Europejskiej i Polsce II – wybrane zagadnienia*, opublikowanych w książce pod tym samym tytułem, wydanej w 2011 r. w serii „Podręczniki i Monografie" CARS. Jako prelegenci wystąpili pracownicy naukowi Wydziału Zarządzania UW, prof. dr hab. Anna Fornalczyk (Politechnika Łódzka), Krzysztof Banaszek (Prezes PAŻP) oraz Filip Czernicki (Kierownik Zespołu Analiz i Projektów w Biurze Nadzoru Właścicielskiego PPL). Wystąpienia dotyczyły bezpieczeństwa żeglugi powietrznej, kontroli osobistej na lotniskach, budowy strategii biznesowej portów lotniczych, konkurencji na rynkach związanych z funkcjonowaniem portów lotniczych; zaprezentowana została również analiza benchmarkingowa wybranych portów lotniczych na terenie UE.

4.3. Model kontroli sądowej w sprawach ochrony konkurencji i regulacji

Konferencja zorganizowana przez CARS w dniu 4 lipca 2012 r. zgromadziła przedstawicieli nauki i praktyków zainteresowanych problematyką kontroli sądowej decyzji wydawanych przez Prezesa UOKiK i organy regulacyjne. W konferencji w charakterze panelistów udział wzięli prof. Zbigniew Kmieciak, sędzia NSA, prof. Stanisław Piątek z Katedry Prawnych Problemów Administracji i Zarządzania WZ UW, prof. Tadeusz Skoczny (Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych UW), prof. Karol Weitz (członek Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego) oraz prof. Andrzej Wróbel, sędzia TK.

Wśród zagadnień omawianych w toku konferencji znalazły się m.in.: wymogi konstytucyjne i konwencyjne kontroli postępowań administracyjnych, sprawowanie pełnej i specjalistycznej kontroli sądowej postępowania administracyjnego w sprawach z zakresu ochrony konkurencji i regulacji w obecnym modelu, kontrola sądowa postępowania przed Komisją w sprawach konkurencji, kontrola sądowa postępowania w sprawach konkurencji i regulacji z perspektywy sądów administracyjnych i z perspektywy legislacyjnej.

5. Działalność doradcza

W maju 2012 roku CARS przedstawił opinię w sprawie założeń nowelizacji ustawy o ochronie konkurencji i konkurentów przedstawionych przez Prezesa UOKiK. Opinię sporządziła Grupa Robocza powołana przez CARS, w której skład weszli przedstawiciele doktryny i praktycy. Opinia obejmuje nie tylko ocenę zmian zaproponowanych przez Prezesa UOKiK, lecz także propozycje zmian pożądanych, ale nie ujętych w założeniach nowelizacji. Opinia została udostępniona na stronie internetowej CARS (http://www.cars.wz.uw.edu.pl/tresc/doradztwo/06/Opinia_GR_CARS-fin.pdf) i stała się przyczynkiem do ożywionej dyskusji na temat nowelizacji prowadzonej na łamach iKAR.

We wrześniu 2012 r. CARS przekazał Komisji dokument odzwierciedlający stanowisko Grupy Roboczej w konsultacjach publicznych Komisji Europejskiej dotyczących wytycznych w sprawie wyłączeń grupowych spod obowiązku zgłaszania pomocy państwa ustanowionego przez art. 108(3) TFUE. Wszystkie uwagi przesłane w toku konsultacji stały się przedmiotem przeglądu rozporządzenia wyłączającego w 2013 r. Stanowisko Grupy Roboczej CARS (pod kierownictwem dr. Ł. Grzejdziaka z Wydziału Prawa i Administracji UŁ) zostało udostępnione na stronie internetowej Centrum (http://www.cars.wz.uw.edu.pl/tresc/doradztwo/07/gber_questionnaire_pl_CARS_final.pdf).

Warszawa, sierpień 2013 r.

Dr Agata Jurkowska-Gomułka
Sekretarz Naukowy CARS

iKAR as a place for further discussions and polemics as well as for taking up new issues
(From the Editor-in-Chief)

Articles

Grzegorz Materna, **Application of the prohibition of anticompetitive agreements to agency agreements under block exemption regulation of 30 March 2011**
Table of Contents:
I. Introduction
II. Agency agreements in Polish and EU competition law
III. Agency agreements and the objective scope of the block exemption Regulation of 30 March 2011
IV. Agency agreements and the Polish block exemption Regulation of 30 March 2011
V. Conclusions

Summary: Relationships between members of a distribution system can be based on agency agreements and agreements similar to them. From the perspective of Polish competition law, the status of agency relations does not seem clear, however. Arrangements between an agent and a principal within a distribution system are indisputably vertical agreements between undertakings. Nevertheless, a deeper analysis is required with respect to the application to agency agreements of the restrictive agreements prohibition and the rules of the Polish Council of Ministers' Regulation of 30 March 2011 on the exemption from the prohibition of competition restricting agreements of certain vertical agreements. The article presents a proposal on how to approach agency agreements for the purpose of the application of the ban on anticompetitive agreements, taking into account both the literal interpretation of the 2011 block exemption, previous legislation and relevant case-law. The article presents arguments for an EU competition law inspired approach when assessing agency agreements under Polish competition law.

Key words: agency; competition law, prohibition of anti-competitive agreements; exemption of certain categories of vertical agreements.

Bartosz Targański, **Active and passive sales in online marketing services**
Table of contents:
I. Introduction
II. Specifics of online sales
III. Division into active and passive sales
IV. Online marketing services
1. Search engine optimization
2. Sponsored links
3. Mailing
4. Promotion in social networks
V. Conclusions

Summary: Using competition law concepts and classifications, which were developed for "brick and mortar" commerce, may lead to many practical problems in the e-commerce environment. The article aims (i) to apply the distinction between active and passive sales to the most popular online marketing services (search engine optimization, sponsored links, mailing, promotion in social networks) and (ii) to identify the limits for the use of these services that suppliers would be allowed to impose on their exclusive retail distributors in accordance with Polish and EU competition law.
Keywords: active sales; passive sales; Internet; online marketing; vertical restraints; search engine optimization; sponsored links; mailing; social networks.

Piotr Semeniuk, **Who holds a dominant position in the internet? Some remarks on internet services and the nature of advertising under Polish and European competition law**

Table of Contents:

I. Introductory remarks
II. Practice of European and Polish competition authorities regarding the analysis of online markets
  1. European Commission
    1.1. Internet portals and provision of paid content
    1.2. Search engines and internet advertising
  2. Polish Competition Authority
  3. Google case in Europe and United States
III. Markets of internet advertising
  1. Advertising markets
  2. Definition of a relevant market and market power on markets for internet advertising
  3. Cases of the Polish Competition Authority and the European Commission
    3.1. European Commission
    3.2. Polish Competition Authority
  4. Who holds a dominant position on markets for online services?
    4.1. Substitution between offline and online advertising
    4.2. Substitution within online advertising (search and non-search advertising)
IV. Is the market power of internet services providers anticompetitive?
  1. Who is protected by Polish competition law?
  2. Can a violation of the interests of advertisers lead to a violation of consumer interest?
    2.1. Direct anticompetitiveness of a decrease in the supply of advertising (passing-on of losses)
    2.2. Indirect anticompetitiveness of a decrease in the supply of advertising (is advertising "pro-competitive"?)
  3. Conclusions: is the market power of internet service providers anticompetitive?
V. Non-competition related temptations of competition law

Summary: The paper discusses the practice of the Polish and the EU competition authorities with regard to the definition of relevant markets and market power in the internet (excluding internet sales). It is concluded that competition authorities should show more restraint in their interference

with the business of internet services providers because demand substitution on internet advertising markets is relatively high and a decrease in the supply of internet advertising would be unlikely to be anticompetitive under competition law.

Key words: competition law, internet markets, advertising markets, demand substitution, anticompetitive nature of advertising, online services, market power, dominant position, contextual advertising, targeting, search advertising, portals.

Anna Piszcz, **Commission "package" on actions for damages based on EU competition law infringements and collective redress**

Table of contents:

I. Introduction
II. Documents regarding actions for damages for infringements of EU competition rules
III. Documents regarding collective redress

Abstract: This article presents Commission documents ("package") on actions for damages based on infringements of EU competition rules and collective redress which were published on 11 June 2013. The article provides a brief overview of the measures contained in the package and indicates potential difficulties if it became necessary to transpose or implement them into the domestic legal system by the Polish legislature.

Key words: EU competition rules, actions for damages, collective redress**.**

Justyna Matuszczak-Piasta, **Qualitative arguments used in the evaluation of the market position of an undertaking within antimonopoly proceedings**

Table of contents:

I. Introduction
II. Use of a qualitative analysis in the proceedings before the Polish Competition Authority
III. Opportunity to present qualitative arguments by entrepreneurs
IV. Analysis of selected decisions of the Polish Competition Authority
V. Possibility of extending the use of a qualitative analysis
VI. Summary

Summary: This paper assesses the use of qualitative arguments in antitrust proceedings before the Polish Competition Authority relating to abuse of dominance. The article indicates in what number of decisions was the evaluation of market position supported by qualitative research, in relation to the total number of decisions. The paper analyses the content of relevant decisions with respect to the impact of quality-related arguments on the evaluation of the market position of the participant. Presented also is a review of qualitative arguments. Finally, propositions are made concerning an extended approach to the selection of qualitative arguments.

Keywords: market position, qualitative analysis, quantitative analysis, dominant position, President of the OCCP.

Piotr Nowaczyk, Szymon Syp, **International commercial arbitration and competition law – selected legal issues from the perspective of an arbitrator**

Table of contents:

I. Introduction
   1. International commercial arbitration and competition law – general remarks
   2. Case scenario – facts
II. (Can) the arbitrator apply competition law as far as the admissibility of the submission of a dispute to international commercial arbitration?
III. Which competition law should the arbitrator apply?
IV. Recapitulation

Summary: The subject-matter of this article encompasses selected legal issues on the relationship between international commercial arbitration and competition law. The main perspective used in this paper is that of an arbitrator (clearly being only one of several possible). The paper points to two main issues of universal (international) meaning in response to the following questions: 1) Can (or in fact must) the arbitrator apply competition law (in terms of admissibility of the submission of the dispute to arbitration)? 2) which competition law should the arbitrator apply? The arguments presented in the paper refer to a potential fact scenario of a dispute (one that would have to be settled by arbitration), which will be settled by the Authors. A few conclusions will be drawn *de lege lata* and *de lege ferenda* concerning the relationship between competition law and international commercial arbitration for the main actor resolving disputes – an arbitrator.

Key words: competition law; arbitration; international commercial arbitration; dispute resolution; EU competition law.

Legislation and case law reviews

Tables of judgments of the Supreme Court for the period of time between January and June 2013 (Elżbieta Krajewska)

Tables of judgments of the Court of Appeals in Warsaw for the period of time between January and June 2013 (Elżbieta Krajewska)

"I know that I don't know anything" – how to escape a penalty for a single continues infringement? Judgment of the Court of Justice of the European Union of 6 December 2012 in case C-441/11 *KE v. Verhuizingen Coopens NV* (*Ilona Szwedziak-Bork*)

***Empik/Merlin* and *Czerwona Torebka/Merlin* merger decisions – why did everyone want to get Merlin?** (Ilona Szwedziak-Bork)

ICC Rules of Arbitration (Piotr Nowaczyk, Szymon Syp)

Book reviews

Agata Jurkowska, *Publiczne i prywatne egzekwowanie zakazów praktyk ograniczających Konkurencję* *[Public and Private Enforcement of the Prohibitions of Anti-competitive Practices]*, Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 2013, 486 s. (Dariusz Aziewicz)

Małgorzata Król-Bogomilska, *Zwalczanie karteli w prawie antymonopolowym i karnym* *[Combating Cartels in Antitrust and Criminal Law]***,** Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa 2013, 511 s. (Ilona Szwejdziak-Brok)

Anna Piszcz, *Sankcje w polskim prawie antymonopolowym* *[Sanctions in Polish Antitrust Law]*, Wydawnictwo Temida 2, Białystok 2013, 483 s. (Hanna Suchodolska)

Bartosz Turno, *Leniency. Program łagodzenia kar pieniężnych w polskim prawie ochrony konkurencji* *[Leniency. Programme of Immunity from and Reduction of Fines in Polish Antitrust Law]*, Lex a Wolters Kluwer business, Warszawa 2013, 812 s. (Anna Laszczyk)

Event and activity reports

Award ceremony for the CARS Price 2013

Warsaw, 6 June 2012 (Wojciech Podlasin)

5. CARS Workshop. Application of the Prohibition of Anticompetitive agreements to agency agreements in the light of Council of Ministers Regulation of 30 of March 2011.

Warsaw, 20 June 2013 (Agata Jurkowska-Gomułka)

CARS Activity Report 2012 (Agata Jurkowska-Gomułka)

internetowy
KWARTALNIK
ANTYMONOPOLOWY I
REGULACYJNY

Rekomendowany skrót cytowania iKAR

Podstawowe informacje dla Autorów

Teksty do opublikowania w iKAR winny być dostarczane na skrzynkę mailową redakcji (ikar@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 powinny zawierać nie mniej 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 numerze 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 niekomercyjnych oraz nietworzenia na ich bazie utworów zależnych.

Udostępnianie

iKAR jest publikowany pierwotnie 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)