internetowy

KWARTALNIK ANTYMONOPOLOWY I REGULACYJNY

9(3)
2014

- Programy nagradzania informatorów w prawie państw europejskich
- Kontrola nabywania pakietów mniejszościowych przez Komisję Europejską w planowanej reformie rozporządzenia 139/2004
- Opłaty półkowe a mechanizmy cenotwórcze
- O efekcie zachęty w prawie pomocy publicznej
- Prawidłowe określenie statusu MŚP w kontekście korzystania z pomocy publicznej przez przedsiębiorstwa
- Efekty „parasola cenowego". Uwagi na tle wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 5 czerwca 2014 r. w sprawie C-557/12 *Kone AG i in.*
- Koncepcja asymetrycznej presji konkurencyjnej. Decyzje Prezesa UOKiK w sprawach Auchan Polska i Jeronimo Martins w perspektywie doświadczeń brytyjskich

ISSN 2299-5749

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

internetowy
KWARTALNIK ANTYMONOPOLOWY I REGULACYJNY

9(3)
2014

53. publikacja Programu Wydawniczego CARS

31. publikacja Programu Wydawnictw Elektronicznych CARS

Redaktor naczelny: Prof. 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; EBOR) – 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. 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** (Katedra Europejskiego Prawa Gospodarczego Wydziału Prawa i Administracji UŁ) – członek.

Prof. INP PAN dr hab. **Dawid Miąsik** (Zakład Prawa Europejskiego INP PAN) – 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. USz dr hab. **Rajmund Molski** (Katedra Prawa Gospodarczego Publicznego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Szczecińskiego) – 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; sędzia NSA) – członek

Prof. UG dr hab. **Andrzej Powałowski** (kierownik Zakładu Prawa Gospodarczego Publicznego w Katedrze Prawa Gospodarczego Publicznego i Ochrony Środowiska Wydziału Prawa i Administracji UG) – członek.

Prof. UŁ dr hab. **Maciej Rogalski** (Uczelnia Łazarskiego; 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. dr hab. **Tadeusz Skoczny** (kierownik CARS i Samodzielnego Zakładu Europejskiego Prawa Gospodarczego Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego) – redaktor naczelny i nadzór nad publikacjami z zakresu prawa ochrony konkurencji; adresy mailowe: tadeuszskoczny@gmail.com; skoczny@mail.wz.uw.edu.pl; tel. kom.: 604.75.97.06.

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.: 601.29.39.22.

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. 601.21.46.11.

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. 602.24.55.91.

Prof. KA dr hab. **Konrad Kohutek** (kierownik Katedry 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.: 600.34.62.15.

Prof. ALK dr hab. **Bartłomiej Nowak** (Katedra Prawa Międzynarodowego i Prawa UE Akademii Leona Koźmińskiego) – redaktor tematyczny ds. prawa i regulacji w energetyce; adres mailowy: bnowak@kozminski.edu.pl; tel. kom.: 605.23.58.01.

Dr hab. **Anna Piszcz** (adiunkt w Katedrze Prawa Gospodarczego Publicznego Wydziału Prawa Uniwersytetu w Białymstoku) – redaktor tematyczna ds. prawa ochrony konkurencji zagranicą; adres mailowy: piszcz@uwb.edu.pl; tel. kom.: 608.77.72.36.

Dr **Maciej Bernatt** (adiunkt w Samodzielnym Zakładzie Europejskiego Prawa Gospodarczego Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego) – red. tematyczny ds. reguł wdrażania prawa ochrony konkurencji; adres mailowy: mbernatt@wz.uw.edu.pl.

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.: 501.06.07.76.

Dr **Magdalena Olender-Skorek** (adiunkt w Katedrze Gospodarki Narodowej Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego) – redaktor tematyczny ds. ekonomii konkurencji i regulacji; adres mailowy: M.Olender@itl.waw.pl; tel. kom.: 505.11.88.60.

Spis treści

Prawo konkurencji czy prawo ochrony konkurencji?
(*od redaktora prowadzącego*) 6

Dr Monika Zielińska. Wspomnienie (Maria Królikowska-Olczak) 8

Artykuły

Jan Polański, **Programy nagradzania informatorów w prawie państw europejskich** 10

Dariusz Aziewicz, **Kontrola nabywania pakietów mniejszościowych przez Komisję Europejską w planowanej reformie rozporządzenia 139/2004** 34

Maciej Marek, **Opłaty półkowe a mechanizmy cenotwórcze** 47

Bartosz Wojtaczka, **O efekcie zachęty w prawie pomocy publicznej** 62

Justyna Kulawik-Dutkowska, **Prawidłowe określenie statusu MŚP w kontekście korzystania z pomocy publicznej przez przedsiębiorstwa** 73

Przegląd prawa i orzecznictwa

Robert Stefanicki, **Efekty „parasola cenowego". Uwagi na tle wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 5 czerwca 2014 r. w sprawie C-557/12 *Kone AG i in.*** 90

Justyna Matuszczak-Piasta, **Koncepcja asymetrycznej presji konkurencyjnej. Decyzje Prezesa UOKiK w sprawach Auchan Polska i Jeronimo Martins w perspektywie doświadczeń brytyjskich** 100

Rozszerzona skuteczność wyroków SOKiK w sprawach dotyczących klauzul niedozwolonych.
Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 12 lutego 2014 r., sygn. akt III SK 18/13
(Paweł Gutkowski, Miłosz Malaga) 108

Systemy rabatowe stosowane przez przedsiębiorstwa dominujące – czy najnowsze orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości UE można obronić?
Glosa do wyroku Sądu (siódma izba w składzie powiększonym) z dnia 12 czerwca 2014 r. w sprawie T-286/09 *Intel Corp. przeciwko Komisji Europejskiej*
(Emilia Wardęga) 121

Początek biegu terminu dla wszczęcia postępowania antymonopolowego w przypadku zaprzestania stosowania praktyki ograniczającej konkurencję.
Wyrok Sądu Najwyższego z 20 lutego 2014 r. III SK 26/13 (Ilona Szwedziak-Bork) 132

Kontrola koncentracji a rynki instrumentów finansowych – wyznaczanie rynku właściwego w praktyce Komisji Europejskiej.
Decyzje Komisji Europejskiej w sprawach Nr COMP/M.6166 *Deutsche Börse/NYSE Euronext* oraz Nr COMP/M.6873 *Intercontinental Exchange NYSE Euronext* (Dariusz Aziewicz). 137

Pomoc publiczna – zakaz nabywania udziałów jako środek służący ograniczeniu pomocy publicznej do niezbędnego minimum.
Wyrok Sądu z dnia 8 kwietnia 2014 r. W sprawie T-319/11 – *ABN Amro przeciwko Komisji Europejskiej* (Wojciech Podlasin) 144

Przegląd piśmiennictwa

Sarah Riddell, William Schubert, Spencer Weber Waller, *Antitrust in Pop Culture: A Guide For Antitrust Gurus,* Institute for Consumer Antitrust Studies, Chicago 2014 (Maciej Bernatt). 151

Sprawozdania

Ogólnopolska konferencja naukowa pn. „Ustawa o prawach konsumenta – szanse i zagrożenia", 15 września 2014 r., Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego 153

Sprawozdanie z konferencji naukowej pn. „Egzekwowanie reguł konkurencji w Polsce – prawo i praktyka", Warszawa, 28 listopada 2014 r. 157

Contents, Summaries and Key words 160

Prawo konkurencji czy prawo ochrony konkurencji?

(od redaktora prowadzącego)

Przedmiotem zainteresowania doktryny prawa są często zagadnienia definicyjne i klasyfikacyjne. W obszarze tematycznym internetowego Kwartalnika Antymonopolowego i Regulacyjnego (iKAR) za istotne może być uznane rozróżnienie prawa ochrony konkurencji od prawa konkurencji. To pierwsze uznać można za węższe – obejmuje ono bowiem swoim zakresem publicznoprawną regulację zakazów praktyk ograniczających konkurencję oraz regulację kontroli koncentracji przedsiębiorców. Prawo konkurencji można widzieć natomiast szerzej i, poza wskazanymi obszarami, odnosić je również do prawa nieuczciwej konkurencji (regulacja prywatnoprawna), prawa konsumenckiego (regulacja zarówno publiczno-, jak i prywatnoprawna) oraz prawa pomocy publicznej (regulacja publicznoprawna).

Przekazywany Czytelnikom numer 9/2014 iKAR-a obejmuje swoim zakresem właśnie tak szeroko rozumiane prawo konkurencji. Znajdziemy w nim teksty poświęcone publicznoprawnej ochronie konkurencji, prawu konsumenckiemu, prawu nieuczciwej konkurencji i prawu pomocy publicznej.

Artykuły poświęcone publicznoprawnej ochronie konkurencji koncentrują się na zagadnieniach proceduralnych. Jan Polański z perspektywy prawnoporównawczej przedstawia programy nagradzania informatorów, które widzieć można jako istotne uzupełnienie znacznie bardziej rozpowszechnionych programów *leniency*. Dariusz Aziewicz poddaje analizie planowaną reformę unijnego systemu kontroli koncentracji w zakresie odnoszącym się do nabywania pakietów mniejszościowych. W części zatytułowanej „Przegląd prawa i orzecznictwa" na szczególną uwagę zasługują natomiast rozbudowane refleksje dotyczące ważnych wyroków sądów Unii Europejskich: wyroku Sądu UE w sprawie *Intel* i wyroku TSUE w sprawie *Kone AG i in*., których autorami są odpowiednio Emilia Wardęga i Robert Stefanicki.

Prawu konsumenckiemu poświęcona jest z kolei krytyczna glosa do wyroku Sądu Najwyższego z lutego 2014 r., w którym SN opowiedział się przeciwko rozszerzonej skuteczności wyroków SOKiK w sprawach dotyczących klauzul niedozwolonych, autorstwa Pawła Gutkowskiego i Miłosza Malagi. Tematykę niezwykle aktualną – dotyczącą nowej ustawy o prawach konsumenta – porusza sprawozdanie z łódzkiej konferencji poświęconej szansom i zagrożeniom związanym z przyjęciem tek ustawy, autorem którego jest Mateusz Izbicki.

Prawa nieuczciwej konkurencji dotyczy natomiast artykuł Macieja Marka, który prezentuje, nie raz już dyskutowany na łamach iKAR-a, problem opłat półkowych. Pobieranie opłat półkowych jako przejaw czynu nieuczciwej konkurencji utrudniania dostępu do rynku z pewnością będzie przedmiotem dalszego zainteresowania doktryny. Świadczy o tym październikowy wyrok Trybunału Konstytucyjnego w sprawie SK 20/12.

Prezentowany numer iKAR-a zawiera także teksty poświęcone prawu pomocy publicznej. Ich redakcyjne opracowanie wymaga specjalistycznej wiedzy z tego obszaru – stąd moje podziękowania za udzieloną pomoc kieruję do dr. Łukasza Grzejdziaka z Uniwersytetu Łódzkiego. Bartosz Wojtaczka analizuje efekt zachęty w prawie pomocy publicznej, dowodząc, że pomoc ta musi

służyć polityce gospodarczej państwa, nie zaś tylko poprawie sytuacji finansowej beneficjenta wsparcia. Justyna Kulawik-Dutkowska w swoim artykule proponuje poprawną definicję pojęcia MŚP. Tematykę pomocy publicznej zamyka omówienie wyroku Sądu UE w sprawie *ABN Amro Group* autorstwa Wojciecha Podlasina.

Numer otwiera Wspomnienie o dr Monice Zielińskiej. Społeczność polskiego prawa konkurencji i regulacji poniosła wielką stratę.

Przygotowanie niniejszego numeru nie byłoby możliwe bez pomocy recenzentów. Dlatego też serdecznie dziękuję za przekazane uwagi, które niejednokrotnie zmuszały autorów artykułów do doskonalenia swoich tekstów.

Koniec roku to czas odpoczynku i przyjemności. Osobom, które nie mają jeszcze pomysłu na prezent świąteczny (dla bliskich bądź dla siebie) polecam omówienie przewodnika po popkulturze antytrustu.

Zapraszamy do lektury.

dr Maciej Bernatt

Dr Monika Zielińska. Wspomnienie

W dniu 1 listopada 2014 roku odeszła od nas, po długiej chorobie, dr Monika Zielińska, adiunkt w Katedrze Europejskiego Prawa Gospodarczego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego.

Dr Monika Zielińska ukończyła prawo na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego w 2001 roku. W trakcie studiów była zaangażowana w różnorodne inicjatywy studenckie, a w szczególności była członkiem-założycielem łódzkiego oddziału Europejskiego Stowarzyszenia Studentów Prawa ELSA oraz wiceprezesem ds. działalności naukowej ELSA Łódź (1998–2000).

Od początku była Ona związana z Katedrą Prawa Gospodarczego jako seminarzystka, doktorantka, adiunkt. Pracę magisterską, a następnie rozprawę doktorską przygotowała pod kierunkiem prof. dr hab. Marii Królikowskiej-Olczak. Rezultaty Jej pracy naukowej zawsze były znakomite. Została laureatką ogólnopolskiego konkursu „Luminarz" na najlepszą pracę magisterską z zakresu prawa europejskiego. Celem pracy magisterskiej pt. „Działalność przedsiębiorstw prasowych a reguły konkurencji w Polsce i w Unii Europejskiej" (2001 r.) była analiza specyfiki działalności prasowej i przez ten pryzmat wskazywała na konieczność podjęcia działań zmierzających do określenia szczególnego statusu oraz ustanowienia zasad dotyczących prasy w kontekście działalności gospodarczej. Podnosiła, że jest to szczególnie istotne z punktu widzenia koncentracji własności w prasie, który to proces zagraża realizacji wolności prasy poprzez zmniejszenie dostępnych źródeł informacji dla społeczeństwa oraz niemożność odzwierciedlenia realnego pluralizmu opinii i poglądów funkcjonujących w społeczeństwie.

Była również absolwentką studiów podyplomowych: Rynek Nieruchomości (Wydział Ekonomiczno-Socjologiczny UŁ, rok 2002) oraz Fundusze Unii Europejskiej (WPiA UŁ, rok 2004). Jej zainteresowania naukowe, oprócz zagadnień prawnych, obejmowały także wybrane aspekty psychologii. Ukończyła w tym zakresie 2-letnie zawodowe studia podyplomowe: Terapia i Trening Grupowy, kierunek: Trener Grupowy (Uniwersytet Warszawski, rok 2008).

Dr Monika Zielińska została laureatką konkursu projektów badawczych Ministerstwa Nauki i Szkolnictwa Wyższego. Otrzymała grant na realizację promotorskiego projektu badawczego dotyczącego świadczenia usług pocztowych (2006 r.). Problematyka prawa pocztowego stanowiła drugi obszar Jej zainteresowań naukowych. W ramach grantu odbyła m.in. konsultacje naukowe na Uniwersytecie w Zurychu, w Parlamencie Europejskim, w Bundesnetzagentur (Bonn) oraz w Wissenschaftliches Institut für Infrastruktur und Kommunikationsdienste (Bad Honnef).

Stopień doktora nauk prawnych uzyskała na podstawie rozprawy pt. „Polityka świadczenia usług pocztowych w prawie Unii Europejskiej" (2006). Rozprawa ta otrzymała entuzjastyczne recenzje. Według głównej hipotezy badawczej rozprawy doktorskiej prawa wyłączne (monopol) nie są koniecznym warunkiem zagwarantowania powszechnej usługi pocztowej. Słuszne były więc były postulaty dr M. Zielińskiej dotyczące ograniczania lub znoszenia praw wyłącznych do świadczenia określonych usług pocztowych, gdyż to właśnie postawa państw członkowskich, przyznających przedsiębiorstwom użyteczności publicznej prawa wyłączne, utrudniała funkcjonowanie rynku

wewnętrznego w sektorze usług pocztowych. Dr Monika Zielińska konsekwentnie opowiadała się zatem za pełną liberalizacją świadczenia usług pocztowych.

Od 2012 roku Dr Monika Zielińska była też stałym współpracownikiem Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych (CARS). W ramach tej współpracy zredagowała zeszyt pocztowy *internetowego Kwartalnika Antymonopolowego i Regulacyjnego* (iKAR 2014, 2(3)); miała też redagować zeszyty pocztowe iKAR corocznie. Z prof. dr hab. Tadeuszem Skocznym zamierzała także napisać komentarz do prawa pocztowego. Ciężka choroba zniweczyła te plany.

Doktor Monika Zielińska odeszła w pełni sił twórczych. Jej śmierć pozbawiła Wydział Prawa i Administracji UŁ lubianego i cenionego nauczyciela akademickiego, człowieka niezwykle wrażliwego i otwartego, traktującego bardzo poważnie każdą dyskusję naukową i z bezstronną życzliwością wsłuchującego się w odmienne poglądy. Wszyscy, którzy mieli okazję Ją poznać pozostaną pod Jej urokiem.

Maria Królikowska-Olczak

Jan Polański*

Programy nagradzania informatorów w prawie państw europejskich

Spis treści

I. Wstęp
II. Nagrody dla informatorów
  1. Wdrażanie prawa a nagrody dla podmiotów prywatnych
  2. Destabilizacja karteli
  3. Motywacja do współpracy
III. Programy nagradzania informatorów w praktyce
  1. Wielka Brytania
  2. Węgry
  3. Słowacja
  4. Dwa modele
IV. Implementacja
  1. Kategorie naruszeń
  2. Wysokość nagród
    2.1. Analiza porównawcza
    2.2. Oczekiwania informatorów
    2.3. Nagrody a redukcje na gruncie programów *leniency*
    2.4. Rekomendacje
  3. Kategorie informatorów
  4. Współpraca
V. Wnioski końcowe

Streszczenie

W artykule przedstawiono instytucję programów nagradzania informatorów stanowiącą jeden z nowych, w prawie konkurencji, mechanizmów ułatwiających wykrywanie porozumień karteloWych. Programy te mają w założeniu usprawnić wykrywalność karteli metodami reaktywnymi m.in. poprzez ograniczenie uzależnienia organów ochrony konkurencji od programów *leniency* we wczesnych fazach postępowania. W artykule zostały wskazane generalne założenia teoretyczne leżące u podstaw koncepcji oferowania nagród pieniężnych w zamian za dostarczanie wysokiej

* Absolwent prawa na Uniwersytecie Warszawskim oraz studiów LLM z zakresu ekonomicznej analizy prawa (*Law and Economics*) na Uniwersytecie w Utrechcie; e-mail: jan.j.polanski@gmail.com.

jakości informacji, rozwiązania przyjęte w prawie brytyjskim, węgierskim oraz słowackim, a także rekomendacje co do implementacji tego rodzaju programów w praktyce.

Słowa kluczowe: wdrażanie prawa; kartele; programy nagradzania; nagrody; informatorzy; wykrywalność; Wielka Brytania; Węgry; Słowacja.

I. Wstęp

Pośród zmian wprowadzonych w 2014 roku do polskiego systemu ochrony konkurencji, zmiany dotyczące instytucji umożliwiających skuteczną walkę z kartelami można uznać za jedne z najbardziej istotnych. Uwzględniają one wprowadzenie do prawa polskiego takich rozwiązań, jak: możliwość nałożenia kar pieniężnych na osoby zarządzające umyślnie dopuszczające do naruszenia przez przedsiębiorcę wskazanych przez ustawę antymonopolową zakazów, objęcie tych osób programem łagodzenia kar (*leniency*), wykorzystywanie programu *leniency plus* oraz instytucji dobrowolnego poddania się karze. *Prima facie* mogłoby się wydawać, że zakres tych zmian uwzględnia wszystkie najnowsze rozwiązania prawne wykorzystywane w zwalczaniu karteli. W praktyce jednak narzędzia zwalczania i wykrywania karteli ulegają ciągłem rozwojowi, a organy ochrony konkurencji opracowują nowe metody wdrażania reguł konkurencji. Chociaż zatem zakres zmian wprowadzonych do polskiego prawa konkurencji jest znaczący, to trudno uznać je za swego rodzaju antymonopolowy odpowiednik historiozoficznego „końca historii".

W niniejszym artykule omówiono jedną z nowych metod wykorzystywanych w wykrywaniu karteli, tj. oferowanie nagród pieniężnych informatorom współpracującym z organami ochrony konkurencji. Tego rodzaju programy ukierunkowane są co do zasady na wynagradzanie osób fizycznych, które nie ponoszą odpowiedzialności za funkcjonowanie kartelu, ale zarazem posiadają dostęp do dowodów lub dobrej jakości informacji na temat ich działania. W założeniu instytucja ta odróżnia się zatem od programów łagodzenia kar. Obejmuje ona też krąg podmiotów mających lepszy dostęp do informacji niż zwykli zawiadamiający, np. konsumenci podejrzewający zmowę. Chociaż tego typu rozwiązania nie są jeszcze powszechnie stosowane, wzrost zainteresowania takimi mechanizmami jest dostrzegalny. Programy te zostały w ostatnich latach wprowadzone w Wielkiej Brytanii, na Węgrzech, a w roku 2014 również na Słowacji. Na gruncie czysto teoretycznym możliwość przyjęcia takiego programu została odnotowana przez przedstawicieli niderlandzkiego organu ochrony konkurencji[1]. Bardziej szczegółowej analizie podlegała w Stanach Zjednoczonych[2]. Funkcjonowanie programów nagradzania spotkało się również z zainteresowaniem w literaturze polskiej[3].

Niniejszy artykuł koncentruje się na kwestii tego, jak programy nagradzania mogą być ukształtowane w praktyce i odwołuje się w tym zakresie do rozwiązań implementowanych do tej pory w państwach europejskich. Artykuł podzielony jest na trzy części. Pierwsza ma charakter teoretyczny, kolejne dwie praktyczny. W pierwszej części przedstawiono główne powody zainteresowania

[1] Wzmianka o możliwości rozważenia implementacji programu nagradzania pojawia się, przykładowo, w wypowiedziach przewodniczącego niderlandzkiego organu ochrony konkurencji, zob.: C. Fonteijn, *The importance of innovation in the detection of anticompetitive practices*, „Concurrences" 2014, Nr 2, s. 17.

[2] Government Accountability Office (GAO), *Criminal Cartel Enforcement: Stakeholder Views on Impact of 2004 Antitrust Reform Are Mixed, but Support Whistleblower Protection*. Raport. Pobrano z: http://www.gao.gov/assets/330/321794.pdf.

[3] Do koncepcji stosowania nagród pieniężnych w prawie konkurencji odwołuje się, między innymi, dr Bartosz Turno, który analizuje poglądy doktryny zagranicznej w tym zakresie i uznaje możliwość implementacji tego rodzaju programu do prawa polskiego za „wartą rozważenia", zob.: B. Turno, *Leniency. Program łagodzenia kar pieniężnych w polskim prawie ochrony konkurencji*, Wolters Kluwer, Warszawa 2013, rozdział IV, pkt 2.10 oraz rozdział VII, pkt 4.3.

nagrodami pieniężnymi jako potencjalnym elementem systemu wdrażania prawa. W części drugiej zostały omówione rozwiązania przyjęte w Wielkiej Brytanii, na Węgrzech oraz na Słowacji. Po tym omówieniu, w części trzeciej, przedstawiono rekomendacje, co do sposobu kształtowania tego rodzaju programów.

II. Nagrody dla informatorów

Chociaż jak do tej pory stosunkowo niewiele organów ochrony konkurencji zdecydowało się na wykorzystanie programów nagradzania informatorów, w praktyce istnieje niewiele zdecydowanych argumentów przeciwko ich funkcjonowaniu[4]. Jednocześnie można wskazać na istotne przesłanki przemawiające za wynagradzaniem informatorów, którzy są w stanie dostarczyć organowi ochrony konkurencji informacji lub dowodów dobrej jakości. Poniżej przedstawiono generalne założenia leżące u podstaw koncepcji stosowania programów nagradzania oraz podstawowe argumenty ekonomiczne i społeczno-prawne przemawiające za funkcjonowaniem tego rodzaju programów.

1. Wdrażanie prawa a nagrody dla podmiotów prywatnych

Problem oferowania nagród pieniężnych za udział podmiotów prywatnych we wdrażaniu norm prawa publicznego osadzić można w szerszym kontekście relacji pomiędzy podmiotami prywatnymi a podmiotami publicznymi na gruncie systemu wdrażania prawa. Co do zasady nie jest bowiem wykluczone istnienie systemu prawnego, który przewidując istnienie norm mających gwarantować ochronę interesu publicznego, pozostawia zarazem wdrażanie tych norm podmiotom prywatnym. Innymi słowy, udział podmiotów publicznych we wdrażaniu norm prawa publicznego może zostać ograniczony do minimum, przy jednoczesnym zachowaniu faktycznego egzekwowania nakazów wyrażonych w przepisach prawa.

Można wskazać cztery główne fazy procesu wdrażania prawa: nadzorowanie przestrzegania prawa oraz wykrywanie naruszeń, prowadzenie postępowań zmierzających do ukarania podmiotów naruszających prawo, rozstrzygnięcie, wykonanie kary[5]. W każdej z tych faz zadania związane z wdrażaniem prawa przypisane mogą być organom publicznym lub prywatnym[6]. Historia amerykańskiego systemu wdrażania prawa dostarcza najbardziej wyraźnego, bo wciąż dobrze zachowanego, obrazu systemu wdrażania prawa o znacząco „sprywatyzowanym" charakterze. W fazie nadzorowania przestrzegania prawa i wykrywania naruszeń przykładem takiego rozwiązania jest rozbudowany system listów gończych i nagród, jaki w praktyce amerykańskiej funkcjonował jeszcze pod koniec XIX w. na obszarach zachodnich Stanów Zjednoczonych, a dziś wykorzystywany jest w odniesieniu do osób podejrzanych o działalność terrorystyczną i inne najpoważniejsze naruszenia prawa[7]. W odniesieniu do fazy postępowania, element ten zachował się w tzw. pozwach *qui*

[4] Argumenty te mają zazwyczaj charakter podobny do zastrzeżeń podnoszonych w kontekście funkcjonowania programów *leniency*. Odnoszą się one przede wszystkim do kwestii wiarygodności świadków, możliwego negatywnego wpływu tych programów na zachowania przedsiębiorców oraz przeciwskazań „etycznych". Przegląd tego rodzaju zastrzeżeń przedstawiono w ramach prac nad reformą amerykańskiego systemu wdrażania prawa, zob.: GAO, *Criminal Cartel Enforcement*…, s. 36–45. Uwagi w tym zakresie przedstawia również Andreas Stephan, zob.: A. Stephan, *Is the Korean Innovation of Individual Informant Rewards a Viable Cartel Detection Tool?*, CCP Working Paper 14-3 (2014), s. 19–22.

[5] W. Kovacic, *Private Monitoring and Antitrust Enforcement: Paying Informants to Reveal Cartels*, „The George Washington Law Review" 2001, Vol. 69, s. 773.

[6] Ograniczenia w tym zakresie są jednak bardziej widoczne w odniesieniu do fazy rozstrzygania, która z uwagi na przesądzenie o winie i decyzję o zastosowaniu kary (tj. przymusu) będzie raczej powierzana organom publicznym.

[7] C. Aubert, P. Rey, W. Kovacic, *The Impact of Leniency and Whistleblowing Programs on Cartels*, „International Journal of Industrial Organization" 2006, Vol. 24, s. 1243.

tam[8]. Podobnie w przypadku wymierzenia kary, np. pozbawienia wolności, sama kara może zostać wykonana przez organy publiczne lub podmioty prywatne za przyzwoleniem władzy publicznej.

W tym kontekście, mając na uwadze to, że niniejszy artykuł koncentruje się na etapie wykrywania karteli, zasadne jest wyszczególnienie rodzajów metod, jakimi naruszenia prawa konkurencji mogą być wykrywane. Wyróżnić można dwie takie grupy metod: reaktywne i proaktywne[9]. Metody reaktywne obejmują te sposoby wykrywania naruszeń, które opierają się na podejmowaniu działań w odpowiedzi na informacje napływające do organu ochrony konkurencji „z zewnątrz". Tym samym jako reaktywne sposoby wykrywania naruszeń sklasyfikować można przede wszystkim: działanie w oparciu o zawiadomienia lub skargi, współpracę z informatorami oraz współpracę z samymi podmiotami naruszającymi prawo. Proaktywne sposoby wykrywania obejmują z kolei przykładowo takie działania, jak obserwacja rynków lub obserwacja podmiotów, które dawniej naruszyły prawo. W odniesieniu do metod proaktywnych znaczna uwaga poświęcana jest w ostatnich latach również ekonomicznemu badaniu rynków (*market screening*)[10].

Mimo rozwoju proaktywnych metod wykrywania porozumień antykonkurencyjnych, należy jednak zwrócić uwagę, że już na płaszczyźnie teoretycznej można wskazać, iż wykrywanie porozumień kartelowych wymaga dobrze funkcjonującego systemu wykrywalności reaktywnej. Uzasadnienie dla takiego ukształtowania systemu wykrywalności naruszeń prawa wynika w praktyce ze sposobu alokacji informacji o naruszeniach prawa[11]. Mając na uwadze, że organy ochrony konkurencji odpowiadają za wdrażanie prawa na w zasadzie nieograniczonej liczbie rynków, bieżące przetwarzanie pochodzących z nich informacji przez jeden centralnie ulokowany organ jest niemożliwe. Naruszenia prawa dokonywane są bowiem „daleko" od organów ochrony konkurencji i samodzielne zdobycie informacji o nich przez te organy jest kosztowne. Koszt zdobycia tego rodzaju informacji jest tym niższy, im „bliżej" naruszenia znajduje się podmiot obserwujący. W praktyce każdy z podmiotów występujących na gruncie reaktywnych mechanizmów wykrywania naruszeń posiada informacje lepsze niż organ ochrony konkurencji i napotyka na mniejszy koszt zdobycia tych informacji.

Większość organów ochrony konkurencji opiera swoją zdolność wykrywalności reaktywnej na dwóch zinstytucjonalizowanych mechanizmach wykrywania naruszeń. Należą do nich systemy skarg lub zawiadomień oraz programy łagodzenia kar[12]. W przypadku podmiotów skarżących lub zawiadamiających informacje udostępniane przez te podmioty są jednak zazwyczaj niewystarczające do szybkiego i sprawnego przeprowadzenia postępowania. Skargi i zawiadomienia jako instytucje prawne nie odpowiadają zarazem potrzebom informatorów „wewnętrznych", którzy podejmując współpracę z organami ochrony konkurencji, narażają się na negatywne konsekwencje takiej współpracy. Natomiast w przypadku programów łagodzenia kar samodzielne wyjawienie swojego udziału w naruszeniu wiąże się z koniecznością rezygnacji z antykonkurencyjnych zy-

[8] Zwrot *qui tam* pochodzi z łaciny i stanowi dwa pierwsze słowa sentencji: *qui tam pro domino rege quam pro si ipso in hac parte sequitur*, co można przetłumaczyć jako: „[ten] który pozywa w tej sprawie w imieniu Króla, jak i w swoim własnym". Obszerną analizę tego rodzaju postępowań przedstawia William Kovacic, zob.: W. Kovacic, *Whistleblower Bounty Lawsuits as Monitoring Devices in Government Contracting*, „Loyola of Los Angeles Law Review" 1996, Vol. 29.

[9] International Competition Network (ICN), *Anti-Cartel Enforcement Manual: Cartel Case Initiation*, s. 6. Pobrano z: http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc628.pdf.

[10] R. Abrantes-Metz, *Proactive vs Reactive Anti-Cartel Policy: The Role of Empirical Screens*. Pobrano z: http://ssrn.com/abstract=2284740.

[11] Dotyczy to nie tylko wdrażania prawa konkurencji, lecz także innych form nadzoru nad rynkami, zob.: A. Dyck, A. Morse, L. Zingales, *Who Blows the Whistle on Corporate Fraud?*, NBER Working Paper No. 12882, s. 36–38.

[12] ICN, *Anti-Cartel Enforcement Manual*…, s. 10.

ków. Ponadto samodzielne wyjawienie naruszenia jest mało atrakcyjne, jeżeli organ ochrony konkurencji i tak nie byłyby w stanie wykryć danego porozumienia, a samo porozumienie jest zyskowne i stabilne[13].

Na gruncie teoretycznym wyróżnić można dwa rodzaje programów nagród pieniężnych. Pierwszy z nich ukierunkowany jest na przedsiębiorców mogących obecnie korzystać z programów łagodzenia kar. Na gruncie tego rodzaju programów, które określić można mianem „rozszerzonych programów *leniency*", podmiot występujący z wnioskiem *leniency* poza odstąpieniem od nałożenia kary mógłby również skorzystać z dodatkowej nagrody finansowanej z kar nałożonych na innych członków kartelu[14]. W przypadku drugiego typu programów, nagradzany jest nie przedsiębiorca zgłaszający naruszenie, ale podmiot indywidualny, np. pracownik przedsiębiorcy, który zdobył informacje o naruszeniu. Chociaż na gruncie teoretycznym te dwa rodzaje programów nagradzania omawiane są niekiedy łącznie, niniejszy artykuł koncentruje się na nagrodach dla informatorów indywidualnych, ponieważ jedynie ten rodzaj programów został obecnie poddany praktycznemu stosowaniu.

2. Destabilizacja karteli

Podobnie jak w przypadku samego faktu obowiązywania reguł konkurencji, przede wszystkim natomiast podobnie jak w przypadku programów łagodzenia kar, oferowanie nagród za dostarczanie informacji o naruszeniach ma na celu destabilizację karteli[15]. Chociaż kartele mogą w pewnych okresach swojego istnienia zyskiwać stabilność, ich istotą jest to, że w swej naturze pozostają one formą koordynacji o charakterze niestabilnym. Wzrost kosztów funkcjonowania kartelu jest w tym kontekście czynnikiem sprawiającym, że kartel albo upada, albo w ogóle nie powstaje.

Wzrost kosztów funkcjonowania karteli w przypadku istnienia w systemie prawnym programów nagradzania informatorów wynika z dwóch faktów. Po pierwsze, istnienie tego rodzaju programu może zmuszać przedsiębiorcę do „przekupywania" swoich pracowników poprzez wręczanie im „łapówek" za niekorzystanie z programów nagradzania[16]. Pojęcia „przekupywania" i „wręczania łapówek" mają w tym kontekście charakter umowny. Chociaż w praktyce proces ten może przybierać inną formę, jego istotą jest to, że przedsiębiorca, chcąc uniknąć sytuacji, w której jego pracownik zgłosi się do organu ochrony konkurencji, zaczyna podejmować działania mające na celu zabezpieczenie się przed taką możliwością. Zagwarantowanie satysfakcji finansowej swoim pracownikom w ramach wypłacenia ekwiwalentu hipotetycznej nagrody (ewentualnie sumy mniejszej, ale wypłacanej na przestrzeni pewnego okresu), stanowi takie właśnie zabezpieczenie. Wręczanie takich „łapówek" powoduje jednak, że działalność kartelu staje się mniej zyskowna. Po drugie, należy zwrócić uwagę, że nawet w przypadku braku rzeczywistej wypłaty tego rodzaju „świadczeń" przedsiębiorca decydujący się na działalność w kartelu również ponosi dodatkowe koszty. Są to koszty związane z większym ryzykiem wykrycia kartelu. Innymi słowy, działalność kartelu staje się mniej atrakcyjna, ponieważ większa jest szansa, że kartel zostanie wykryty, a na

[13] Ciekawe uwagi w zakresie skuteczności programów *leniency* w wykrywaniu najbardziej szkodliwych karteli przedstawia Maarten Pieter Schinkel, zob.: M.P. Schinkel, *Balancing Proactive and Reactive Cartel Detection Tools*, OECD, DAF/COMP(2013)23, s. 3–5.

[14] Analizę „rozszerzonych" programów *leniency* przeprowadzają: C. Aubert i inni, *The Impact of Leniency*…; P. Buccirossi, G. Spagnolo, *Optimal Fines in the Era of Whisteblowers*, Lear Research Paper No. 05-01 (2005).

[15] C. Aubert i inni, *The Impact of Leniency*…, s. 1251–1252.

[16] Ibidem, s. 1252.

przedsiębiorcę zostanie nałożona kara finansowa. Wzrost ryzyka nałożenia kary stanowi tym samym dodatkowy koszt.

Co więcej, aby doprowadzić do destabilizacji przynajmniej części karteli, nagroda oferowana przez organ ochrony konkurencji nie musi być skrajnie wysoka. Wynika to z faktu, że członek kartelu nie wie, który z pracowników może być chętny do skorzystania z programu[17]. Dotyczy to zarówno pracowników byłych, obecnych, jak i tych, co do których zachodzi realne ryzyko, że o działalności kartelowej przedsiębiorcy mogą dowiedzieć się w każdej chwili. Tym samym ogólny efekt destabilizacyjny nagrody oferowanej na gruncie programu ulega zwielokrotnieniu w stopniu odpowiadającym liczbie podmiotów mogących potencjalnie skorzystać z programu. Takie ekonomiczne wytłumaczenie zasadności korzystania z programów nagradzania odpowiada zarazem rozumowaniu czysto intuicyjnemu. Działalność kartelowa jest mniej atrakcyjna, gdy członkowie kartelu muszą liczyć się nie tylko z tym, że z powodów finansowych „zdradzić" może ich tylko konkurent, lecz także muszą nadzorować działania każdej innej osoby, która może dojść do przekonania, że opłacalne jest skorzystanie z nagrody[18]. Konstrukcja kartelu zaczyna tym samym przypominać konstrukcję domku z kart, który może się zawalić w każdej chwili, o ile tylko jeden z jego elementów okaże się niestabilny.

3. Motywacja do współpracy

Argument ekonomiczny przemawiający za funkcjonowaniem programów nagród opiera się na założeniu, że kartele można destabilizować i zwalczać poprzez zwiększanie kosztu ich funkcjonowania. W ujęciu tym zakłada się zarazem, że informatorzy są „amoralni" i działają „racjonalnie", a co za tym idzie nie będą zgłaszać organom ochrony konkurencji naruszeń, o ile nie będą odnosili z tego rzeczywistych korzyści. Praktyka pokazuje jednak, że informatorzy zgłaszają naruszenia organom ochrony konkurencji także z powodu „poczucia obowiązku"[19]. Przykład takiej sytuacji stanowi chociażby historia Stanleya Adamsa, który w latach osiemdziesiątych wyjawił Komisji Europejskiej fakt naruszeń reguł konkurencji na rynkach witamin[20]. Fakt, że informatorzy niekoniecznie działają zgodnie z założeniami leżącymi u podstaw uproszczonych ekonomicznych modeli wymaga odniesienia się do powodów, dla których nagrody dla informatorów są rozwiązaniem zasadnym z uwagi na okoliczności inne niż samo tylko uzasadnienie ekonomiczne.

Przede wszystkim należy zauważyć, iż sam fakt, że niektórzy informatorzy są skłonni współpracować z organami ochrony konkurencji z pobudek moralnych, nie oznacza, że jest to postawa typowa. Należy zwrócić uwagę, że co do zasady informatorzy mogą być nieskłonni do jakiejkolwiek kooperacji z organami publicznymi, ponieważ wiąże się to ze znaczącym ryzykiem wystąpienia negatywnych konsekwencji takiej współpracy. W tym kontekście nagroda pieniężna wypłacana za współpracę stanowi element równoważący wpływ tych potencjalnie negatywnych skutków na decyzje podejmowane przez osoby mogące stać się informatorami.

[17] Ibidem, s. 1253.

[18] Tym samym efekt destabilizujący programu nagradzania może być nawet silniejszy niż w przypadku programu *leniency*, ponieważ członkowie kartelu muszą monitorować zachowania większej liczby podmiotów, zob.: W. Kovacic, *Bounties as Inducements to Identify Cartels,* [w:] C-D. Ehlermann, I. Atanasiu (red.), *European Competition Law Annual 2006: Enforcement of Prohibition of Cartels*, Hart Publishing, 2007, s. 588. Z polskiego punktu widzenia warto też zauważyć, że taki destabilizujący efekt programu nagradzania może być szczególnie istotny w przypadku, gdy w odniesieniu do danej kategorii naruszeń osłabiona jest efektywność programu *leniency*. Niektórzy autorzy zwracają uwagę na to, że w przypadku prawa polskiego skuteczność *leniency* może być osłabiona w odniesieniu do zmów w przetargach publicznych, vide: B. Turno, *Leniency*…, rozdział V, pkt 1.2.

[19] W odniesieniu do wdrażania prawa w obszarze nadzoru nad obrotem papierami wartościowymi: G. Rapp, *Mutiny by the Bounties? The Attempt to Reform Wall Street by the New Whistleblower Provisions of the Dodd-Frank Act*, „Brigham Young University Law Review" 2012, Issue 1, s. 110–111.

[20] Sprawa Stanleya Adamsa omawiana jest przez Andreasa Stephana, zob.: A. Stephan, *Is the Korean*…, s. 11–15.

Sprawa Stanleya Adamsa, o której wspominano powyżej, stanowi dobry przykład tego, jakie konsekwencje mogą wypływać z podjęcia współpracy z organem ochrony konkurencji. Warto zatem przypomnieć, jak zakończyła się sprawa Adamsa. W wyniku udostępnienia materiału dowodowego zebranego przez Komisję Europejską stronom postępowania, w tym dowodów dostarczonych przez informatora, tożsamość informatora została ujawniona. W efekcie tego, Adamsowi postawiony został zarzut szpiegostwa przemysłowego na gruncie prawa szwajcarskiego, czego dalszym następstwem było skazanie na karę pozbawienia wolności. Adams stracił również wszystkie środki do życia, a jego własna działalność gospodarcza musiała zostać zakończona z uwagi na bankructwo. Współpraca Adamsa z Komisją Europejską skutkowała także negatywnymi następstwami w odniesieniu do członków rodziny informatora[21].

Chociaż sprawa Adamsa ma charakter historyczny i w znacznej mierze może przejaskrawiać zagrożenia, jakie muszą brać pod uwagę informatorzy, to co do zasady odzwierciedla ona najistotniejsze problemy, jakie wiążą się z działalnością informatorów. Nawet bowiem w sytuacji zagwarantowania przez organ ochrony konkurencji pełnej anonimowości informatorowi, ryzyko ujawnienia jego tożsamości nie zanika. Członkowie kartelu wciąż mogą samodzielnie ustalić, np. w ramach postępowań wewnętrznych, w jaki sposób informacje dotarły do organu ochrony konkurencji. Ryzyko to jest istotne przede wszystkim w odniesieniu do tych informatorów, którzy nadal są pracownikami przedsiębiorcy będącego członkiem kartelu[22]. Po pierwsze, wiąże się to ze znaczącym prawdopodobieństwem utraty zatrudnienia[23]. Po drugie, ze stygmatyzacją społeczną wynikającą z faktu „zdradzenia" współpracowników oraz samego przedsiębiorcy, który zatrudniał informatora[24]. Problem ten ma również wymiar psychologiczny, ponieważ informator aktywnie występuje przeciwko swojemu pracodawcy, względem którego dotychczas był lojalny[25]. W praktyce stres związany z występowaniem w charakterze informatora, a także napięcie psychologiczne mogące być wynikiem współwystępowania sytuacji opisanych powyżej, wpływają też na ogólną sytuację życiową informatorów, w tym ich życie rodzinne i osobiste[26].

Decyzja o dobrowolnej współpracy przynosi zarazem informatorowi niewiele ponad ewentualne poczucie moralnej satysfakcji[27]. Mając na uwadze, że współpraca z organami publicznymi nie przynosi żadnych rzeczywistych korzyści, a sprowadza jednocześnie realne ryzyko wystąpienia skutków negatywnych, bierność potencjalnego informatora staje się postawą naturalną. Postawa taka jest tym bardziej uzasadniona, gdy weźmie się pod uwagę, że w społecznym odczuciu działalność karteli może być oceniana mniej krytycznie niż przez prawników lub ekonomistów zajmujących się prawem antymonopolowym. W tym kontekście współpraca z organem ochrony konkurencji, o którym informator wie jedynie, że walczy on ze „zmowami cenowymi", a także sprowadzanie

[21] Ibidem, s. 14.

[22] Nawet w przypadku istnienia regulacji zabezpieczających przed aktami zemsty, były informator może utracić jakiekolwiek realne możliwości osiągania postępów w swojej karierze oraz awansów, zob.: W. Kovacic, *Bounties as Inducements*…, s. 576.

[23] Niekiedy może to oznaczać, że były informator może być zmuszony do zmiany branży, w której dotychczas pracował, zob. A. Dyck i in., *Who Blows the Whistle*…, s. 30–31; A. Stephan, *Is the Korean*…, s. 16; G. Rapp, *Mutiny*…, s. 113–114.

[24] A. Dyck i in., *Who Blows the Whistle*…, s. 30; W. Kovacic, *Bounties as Inducements*…, s. 576.

[25] Jak zwraca na to uwagę Andreas Stephan: „struktury korporacyjne są zazwyczaj tak skonstruowane, aby zagwarantować, że pracownicy będą zachowywać się w zgodzie z interesem korporacji i że nie będą przedstawiać informacji poufnych lub zastrzeżonych osobom spoza korporacji. Nawet jeżeli nie określa się w tym zakresie żadnych formalnych reguł postępowania, pracownicy będą zazwyczaj rozumieli, że *brudów nie pierze się w miejscu publicznym*", zob.: A. Stephan, *Is the Korean*…, s. 11.

[26] W sprawach, w których tożsamość informatorów staje się publicznie znana, co może prowadzić do aktów zemsty inspirowanych przez strony, których interesy zostały naruszone w wyniku wyjawienia faktu naruszenia prawa, sytuacje takie mogą skutkować nawet takimi zdarzeniami, jak rozpad życia rodzinnego informatorów, nadużywanie alkoholu, zażywanie narkotyków, zob.: G. Rapp, *Mutiny*…, s. 116–117, A. Stephan, *Is the Korean*…, s. 17–18.

[27] Na temat porównania korzyści i kosztów związanych z udzielaniem informacji o zabronionej działalności: A. Dyck i in., *Who Blows the Whistle*…, s. 62–63.

na siebie konieczności udzielania pracownikom administracji pomocy na przestrzeni długotrwałego postępowania, choć może być uznane za przejaw pozytywnej postawy obywatelskiej, jest zarazem zachowaniem, które trudno uznać za prawdopodobne.

III. Programy nagradzania informatorów w praktyce

Jak wskazano wcześniej, znaczna liczba programów nagradzania informatorów funkcjonuje np. w Stanach Zjednoczonych. Dotyczy to zarówno postępowań *qui tam* w odniesieniu do wyłudzeń, jak i spraw z zakresu prawa podatkowego oraz nadzoru nad obrotem papierami wartościowymi[28]. Podobna sytuacja zachodzi w Korei Południowej, tj. kraju kulturowo znacznie różnym od Stanów Zjednoczonych, gdzie nagrody przyznawane są za dostarczanie informacji o takich naruszeniach prawa, jak np.: kłusownictwo, uchylanie się od poboru, uchylanie się od płacenia podatków oraz dystrybuowanie zakazanych produktów spożywczych[29]. Chociaż programy nagradzania nie stanowią standardowego instrumentu wspomagającego wykrywalność karteli, można odnieść wrażenie, że zyskują one coraz większe zainteresowanie ze strony organów ochrony konkurencji. W niektórych państwach zyskały one natomiast jednoznaczne poparcie wyrażające się w praktycznej implementacji. Pierwszy tego rodzaju program został wprowadzony w życie już w 2002 roku przez południowokoreański organ ochrony konkurencji[30]. Poza Koreą programy nagradzania informatorów wykorzystywane są też przez niektóre inne azjatyckie organy ochrony konkurencji[31]. Poniżej analizie poddano programy wprowadzone dotychczas w państwach europejskich, tj. program brytyjski, węgierski oraz słowacki.

1. Wielka Brytania

Na gruncie programu wprowadzonego w 2008 roku w Wielkiej Brytanii nagrody wypłacane mogą być informatorom, którzy dostarczają organowi ochrony konkurencji informacji o najpoważniejszych naruszeniach kartelowych (*hard-core cartels*)[32]. Brytyjski organ ochrony konkurencji posiada znaczący zakres uprawnień dyskrecjonalnych w odniesieniu do procesu przyznawania nagród, których poziom może wynieść do 100 000 funtów[33]. Wysokość ta stanowi jedynie górny pułap nagród i w praktyce wypłacane nagrody mogą być niższe. Poza górną granicą wysokość nagród nie jest określona w żaden szczególny sposób, a sam program nie przewiduje żadnej formalnej metody obliczania wysokości wypłacanych nagród. Na gruncie programu wskazuje się jednak, jakie okoliczności mają istotne znaczenie z punktu widzenia organu ochrony konkurencji przy ustalaniu ostatecznej wysokości nagród[34]. Kwestie te dotyczą, przykładowo, jakości dostarczonych informacji, skali negatywnych efektów wywołanych przez naruszenie, a także wysiłku

[28] W pierwszym przypadku nagrody wypłacane są na gruncie Civil False Claims Act. W obszarze nadzoru nad obrotem papierami wartościowymi, system nagród dla informatorów wykorzystywany jest na gruncie Dodd-Frank Act. W obszarze prawa podatkowego, nagrody przyznawane są informatorom przez amerykańskie urzędy skarbowe.

[29] W Korei Południowej funkcjonuje około 50 programów nagradzania informatorów, zob.: D. Kim, *Alternative Means of Cartel Detection: Introduction of Korea's system for detecting cartels*, s. 10. Pobrano z: http://www.icncartel2013.co.za/assets/10h00-12h00-dae-young-kim.pptx.

[30] A. Stephan, *Is the Korean*…, s. 5. Należy zauważyć, że program ten obejmuje nie tylko dostarczanie informacji o kartelach, ale także szeregu innych naruszeń, zob.: D. Kim, *Alternative Means of*…, s. 11.

[31] A. Stephan, *Is the Korean*…, s. 8. Zobacz również: OECD, DAF/COMP/AR(2012)36, s. 19. Program nagradzania informatorów został również wprowadzony w Singapurze, zob.: http://www.ccs.gov.sg/content/ccs/en/Reporting-to-CCS/reward-scheme.html.

[32] Na gruncie programu porozumienia kartelowe definiuje się jako zawierane pomiędzy konkurentami porozumienia: cenowe, kontyngentowe, podziałowe, a także zmowy przetargowe, zob.: Competition and Markets Authority (CMA), *Informant rewards policy*, s. 1. Pobrano z: https://www.gov.uk/government/publications/cartels-informant-rewards-policy.

[33] Ibidem, s. 1.

[34] Ibidem, s. 4.

i ryzyka podejmowanego przez informatora. Wysokość ostatecznie przyznanych nagród nie podlega publikacji, program nie przewiduje też żadnego formalnego mechanizmu zaskarżania wysokości nagród przez informatorów niezgadzających się z oceną przydatności informacji dokonaną przez brytyjski organ konkurencji. Fakt, że brytyjski program pozostawia znaczący margines swobody decyzyjnej organowi ochrony konkurencji nie oznacza jednak, że wczesne szacunki nagrody możliwej do uzyskania nie są dokonywane w praktyce. Przeciwnie, na gruncie brytyjskiego programu nagradzania wskazuje się, że wszelkie istotne ustalenia z informatorem powinny mieć miejsce na wczesnych etapach procesu współpracy[35].

Swoboda decyzyjna co do wysokości nagród na gruncie brytyjskiego programu nagradzania połączona jest również z brakiem formalnych przesłanek wykluczających jakiekolwiek podmioty będące osobami fizycznymi z możliwości ubiegania się o nagrodę. Co za tym idzie, nagrody mogą być przyznawane pracownikom przedsiębiorców będących członkami kartelu, informatorom zewnętrznym, a także informatorom bezpośrednio zaangażowanym w działalność kartelu. Program brytyjski w sposób jednoznaczny wymienia jednak informatorów zewnętrznych oraz informatorów bezpośrednio zaangażowanych w działalność kartelową jako te kategorie informatorów, którym zazwyczaj nagrody nie będą wypłacane[36]. W przypadku informatorów zewnętrznych powodem takiego rozwiązania jest fakt, że informatorzy zewnętrzni nie posiadają zazwyczaj łatwego dostępu do informacji o wysokiej jakości. W przypadku informatorów bezpośrednio zaangażowanych w działalność kartelową, którym grozi tym samym odpowiedzialność prawna związana z naruszeniem, przyznanie nagrody nie jest wykluczone z mocy prawa, jednak przyjmuje się, że jakiekolwiek wypłaty nagród będą miały miejsce jedynie w wyjątkowych sytuacjach.

Brytyjski program nagradzania nie wskazuje żadnego zamkniętego katalogu rodzajów informacji, które budziłyby zainteresowanie organu ochrony konkurencji. Ponadto, program nie określa żadnych ścisłych reguł dotyczących procesu współpracy, zamiast tego wskazuje jedynie jego najważniejsze etapy, których istnienie powinno być zarazem brane pod uwagę przez osoby rozważające nawiązanie kontaktu z organem ochrony konkurencji. W pierwszej kolejności dotyczy to przeprowadzenia wywiadu informacyjnego z informatorem. Wywiady mają na celu określenie czy w danej sprawie rzeczywiście można mówić o jakimś problemie rynkowym, jaka jest motywacja informatora do podjęcia współpracy oraz w jaki sposób informator może wspomagać organ ochrony konkurencji[37]. Wstępny wywiad informacyjny może być przeprowadzony przy zachowaniu anonimowości osoby kontaktującej się z organem. Co więcej, sam program kładzie nacisk na zachowanie w tajemnicy tożsamości informatora także na późniejszych etapach współpracy i co do zasady zmierza do zachowania w tajemnicy przed przedsiębiorcami, przeciwko którym wszczynane jest postępowanie, także samego faktu współpracy z informatorem. Co za tym idzie informacje dostarczane przez informatorów wykorzystywane są zazwyczaj jedynie jako „dane operacyjne" (*intelligence*), a nie dowody w postępowaniu (*evidence*)[38].

Prima facie mogłoby się wydawać, że brytyjski program nagradzania nie przewiduje istotnych „zabezpieczeń" o charakterze proceduralnym chroniącym prawa podstawowe przedsiębiorcy ani nie formułuje istotnych ograniczeń co do korzystania z pomocy informatorów. Niemniej, w praktyce

[35] Ibidem, s. 4.

[36] Ibidem, s. 6.

[37] Ibidem, s. 3.

[38] Ibidem, s. 5.

program ten stanowi jedynie część znacznie bardziej rozbudowanego systemu wdrażania prawa[39]. Istotna część tego systemu jest współtworzona przez uprawnienia śledcze przyznane brytyjskiemu organowi ochrony konkurencji. Co za tym idzie, informatorzy mogą odgrywać różne role i mogą być im przydzielane różne zadania w zależności od okoliczności towarzyszących danej sprawie. Możliwe jest tym samym, że współpraca ogranicza się do spontanicznego dostarczenia organowi ochrony konkurencji informacji stanowiących jedynie dane operacyjne. Brytyjski organ ochrony konkurencji jest jednak również upoważniony do nawiązywania bliższej współpracy z informatorami.

W takich sytuacjach informatorzy mogą działać jako „tajne osobowe źródła informacji" (*covert human intelligence sources*), które dostarczają danych operacyjnych lub dowodów[40]. Samo w sobie wykorzystanie tajnych osobowych źródeł informacji nie stanowi kompetencji przyznanej jedynie brytyjskiemu organowi ochrony konkurencji, ale jest kompetencją wykorzystywaną przez wybraną grupę instytucji publicznych w Wielkiej Brytanii[41]. Działając jako tajne osobowe źródła informacji, informatorzy mogą przykładowo uczestniczyć w spotkaniach członków karteli po to, aby później przekazać istotne informacje organowi ochrony konkurencji[42]. Status „tajnego osobowego źródła informacji" przyznany może być jedynie po autoryzacji wydanej przez uprawnionego do tego pracownika brytyjskiego organu ochrony konkurencji[43]. Funkcjonowanie instytucji tajnych osobowych źródeł informacji podlega regulacji aktów prawnych o ogólnym zastosowaniu (tj. aktom innym niż akty dotyczące ochrony konkurencji), jak również aktom gwarantującym przestrzeganie praw podstawowych[44]. W praktyce oznacza to, że np. wykorzystywanie przez brytyjski organ ochrony konkurencji wskazanych powyżej kompetencji podlega nadzorowi Office of Surveillance Commissioners[45]. Chociaż niniejszy artykuł nie ma na celu omówienia uprawnień śledczych poszczególnych organów ochrony konkurencji, warto zauważyć, że programy nagradzania mogą stanowić jedynie jeden z elementów znacznie bardziej rozbudowanego systemu wykrywania naruszeń prawa.

2. Węgry

Węgierski program nagradzania został wprowadzony do prawa węgierskiego w 2010 roku i stanowi pierwszy tego rodzaju program implementowany do systemu prawnego państwa należącego do europejskiego kręgu państw prawa stanowionego. Program ten ukierunkowany jest na wykrywanie najpoważniejszych ograniczeń konkurencji pomiędzy przedsiębiorcami operującymi na tym samym szczeblu rynku (*hard-core cartels*)[46]. W porównaniu z programem brytyjskim program węgierski przewiduje bardziej restrykcyjne warunki określania wysokości nagród i ich przyznawania. Wszystkie nagrody wypłacane przez węgierski organ ochrony konkurencji przyjmują

[39] S. Blake, *Alternative Means of Cartel Detection*, s. 6 i nast. Pobrano z: http://www.icncartel2013.co.za/assets/icn-cartel-workshop-2013-plenary-i-s.-blake-oft-final.pptx.

[40] Ibidem, s. 11.

[41] Vide: załącznik 1 (schedule 1) do Regulation of Investigatory Powers Act 2000.

[42] R. Whish, *Competition Law*, OUP, 2008, s. 418.

[43] W zakresie procedury autoryzacyjnej: *Covert Human Intelligence Sources: Code of Practice*, s. 32 i nast. Pobrano z: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/97958/code-practice-human-intel.pdf.

[44] Dotyczy to, między innymi, Regulation of Investigatory Powers Act 2000, Human Rights Act 1998, a także Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Regulation of Investigatory Powers Act 2000 dostarcza głównej podstawy prawnej określającej sytuacje, w których tajne osobowe źródła informacji mogą być użyte, zob.: S. Blake, *Alternative Means of…*, s. 6.

[45] S. Blake, *Alternative Means of…*, s. 12.

[46] Nagrody mogą być przyznawane jedynie informatorom przekazującym informację o porozumieniach cenowych, kontyngentowych oraz podziałowych (w tym zmowach przetargowych), zob.: art. 79/A (1) ustawy LVII z 1996 roku o ochronie konkurencji (ze zmianami; dalej: ustawa węgierska). Angielska wersja aktu dostępna pod adresem: http://www.gvh.hu/en//data/cms998626/jogihatter_magyarpiac_versenytorveny_2010_04_01_a.pdf.

formę wynagrodzenia dla informatora (*informant fee*) zależnego od wysokości kar nałożonych w danej sprawie kartelowej. Co za tym idzie, węgierska metoda przyznawania nagród przypomina do pewnego stopnia sposób obliczania nagród w ramach spraw *qui tam* w państwach *common law*. Poziom procentowy wypłacanych nagród określony jest ustawowo i wynosi 1% wysokości kar pieniężnych nałożonych na wszystkich przedsiębiorców w danej sprawie kartelowej[47]. Maksymalna wysokość nagród ograniczona jest jednak do 50 000 000 forintów (około 650 000 złotych), co przybliża maksymalną wysokość tych nagród do poziomu najwyższych nagród, jakie mogą być przyznane przez brytyjski organ ochrony konkurencji[48]. Należy jednak zwrócić uwagę, że powiązanie wysokości nagród z wysokością kar nakładanych na przedsiębiorców oznacza, że większość z przyznawanych na Węgrzech nagród może pozostawać znacznie niższa od poziomu maksymalnego[49].

Nagrody wypłacane są jedynie na wniosek informatora[50]. Zarazem węgierski program nagradzania nie określa żadnego ustawowego limitu nagród, jakie mogą być wypłacone w pojedynczej sprawie kartelowej[51]. Co za tym idzie, węgierski organ ochrony konkurencji może współpracować z kilkoma informatorami w jednej sprawie i wypłacić nagrody każdemu z nich, o ile tylko dostarczane przez nich informacje spełniają ustawowo określone wymogi[52]. Chociaż każdy informator może być wynagrodzony jedynie jednokrotnie, dostarczanie jak największej ilości informacji leży w interesie informatora, ponieważ zwiększa to prawdopodobieństwo wykazania naruszenia, a co za tym idzie nałożenia kar, co z kolei jest warunkiem wypłaty nagrody.

Fakt, że nagrody wypłacane są w formie ułamka od wysokości nałożonych kar ma dwie istotne konsekwencje. Po pierwsze, wypłata nagród nie jest uzależniona od środków dostępnych w budżecie węgierskiego organu ochrony konkurencji. Po drugie, w niektórych przypadkach nagroda może nie zostać wypłacona, nawet jeżeli informator współpracował z organem ochrony konkurencji i dostarczał istotnych informacji. Przypadek, w którym postępowanie nie prowadzi do stwierdzenia naruszenia reguł konkurencji, stanowi najbardziej naturalną sytuację tego rodzaju. W bardziej nietypowych okolicznościach nagroda może również nie zostać wypłacona, jeżeli naruszenie miało miejsce, a informator współpracował z węgierskim organem ochrony konkurencji. Dotyczy to sytuacji realokowania sprawy do Komisji Europejskiej[53]. W takiej sytuacji bowiem, kary pieniężne nakładane są i podlegają egzekucji przez Komisję Europejską. Jednakże w bardziej standardowych sytuacjach pozycja informatorów na gruncie programu węgierskiego jest pomocniejsza niż w programie brytyjskim, ponieważ informatorzy mają możliwość zainicjowania kontroli sądowej ostatecznych decyzji o wypłacie nagród[54].

[47] Art. 79/A (3) ustawy węgierskiej.

[48] Art. 79/A (3) ustawy węgierskiej.

[49] Zgodnie z analizą przeprowadzoną przez autora w odniesieniu do węgierskiej praktyki orzeczniczej, całkowita wysokość kar pieniężnych nakładanych w postępowaniach dotyczących porozumień antykonkurencyjnych i wszczętych po 2008 roku, nigdy nie osiągnęła poziomu bliskiego 16 500 000 euro, tj. poziomu, który po obliczeniu nagrody stanowiącej 1% całkowitej sumy kar pieniężnych nałożonych w danej sprawie, prowadziłby do konieczności wypłacenia nagrody o wartości 165 000 euro, tj. równowartość 50 000 000 forintów.

[50] Art. 79/B (2) ustawy węgierskiej.

[51] Program przewiduje jednak, że jeżeli dowody dostarczone przez informatorów pochodzą z tego samego źródła i zostały podzielone pomiędzy kilka osób jedynie w celu uzyskania kilku nagród, wypłacana jest jedna nagroda, dzielona po równo między wszystkimi informatorami, zob.: art. 79/B (6) ustawy węgierskiej

[52] Gazdasági Versenyhivatal (GVH, węgierski organ ochrony konkurencji), *Regular questions about the cartel informant reward*, s. 9. Pobrano z: http://www.gvh.hu/en//data/cms1021336/kiemelt_tema_kartell_informatori_d%C3%ADj_gyfk_2010_03_31_a.pdf.

[53] Ibidem, s. 5 oraz 9.

[54] Art. 79/B (4) ustawy węgierskiej.

Podobnie do programu brytyjskiego, program węgierski nie określa żadnych szczególnych warunków dotyczących dostępności nagród dla informatorów zainteresowanych podjęciem współpracy i chcących otrzymać z tego tytułu nagrodę. Jedyną grupą podmiotów w sposób wyraźny wykluczoną z zakresu programu są reprezentanci ustawowi przedsiębiorców, którzy złożyli wnioski *leniency*[55]. Co za tym idzie, nagrody mogą być wypłacane szerokiemu kręgowi podmiotów posiadających istotne informacje o naruszeniu, w tym informatorów, którzy są bezpośrednio zaangażowani w działanie kartelu[56]. Chociaż informatorzy zewnętrzni nie są formalnie wykluczeni z korzystania z dobrodziejstw programu, węgierski organ ochrony konkurencji przyjmuje, że co do zasady informatorzy ci nie zajmują pozycji, która umożliwiałaby im przedstawienie lub pozyskanie dowodów o jakości wystarczająco wysokiej, aby uzasadniać wypłatę nagrody[57]. Z tego powodu węgierski organ ochrony konkurencji wskazuje na informatorów „wewnętrznych" jako grupę osób pozostających w centrum zainteresowania z punktu widzenia wykorzystania programu. Informatorzy „wewnętrzni" mogą, przykładowo, pracować dla przedsiębiorców zaangażowanych w działalność kartelową jako asystenci biurowi odpowiedzialni za organizowanie spotkań albo pracownicy odpowiedzialni za organizowanie podróży biznesowych[58]. Informatorami „wewnętrznymi" mogą być również osoby bezpośrednio zaangażowane w wykonywanie postanowień porozumień kartelowych oraz pracownicy stowarzyszeń branżowych.

Chociaż zakres podmiotów mogących podjąć współpracę z węgierskim organem ochrony konkurencji na gruncie programu nagradzania pozostaje w znacznej mierze podobny do tego, jaki przewiduje się na gruncie programu brytyjskiego, charakter współpracy z węgierskim organem ochrony konkurencji różni się od zakresu współpracy z organem brytyjskim.

Po pierwsze, celem programu brytyjskiego jest pozyskiwanie danych operacyjnych, podczas gdy program węgierski koncentruje się na pozyskiwaniu dowodów. Nagrody wypłacane są jedynie za współpracę, która prowadzi do pozyskania dowodów „niezbędnych" do wykazania naruszenia zakazu działalności kartelowej. Dotyczy to w szczególności sytuacji, w których informatorzy dostarczają węgierskiemu organowi ochrony konkurencji „dowodów pisemnych"[59]. Dokumenty zapisane w formie dokumentów elektronicznych stanowią dowody pisemne w rozumieniu prawa węgierskiego[60]. Dowodem mającym status „niezbędnego" jest także każdy rodzaj dowodu lub informacji, w tym oświadczenia złożone ustnie, które są wystarczające do otrzymania postanowienia sądu zezwalającego na przeprowadzenie przeszukania, które z kolei prowadzi do pozyskania „dowodów pisemnych"[61]. Dowody dostarczane przez informatorów nie tracą statusu „niezbędnych

[55] „Reprezentacja ustawowa" oznacza tu np. członków zarządu. W zakres tej kategorii nie wchodzą jednak byli członkowie zarządów oraz inni pracownicy przedsiębiorcy, zob.: GVH, *Regular questions about*…, s. 6.

[56] Prawo węgierskie nie przewiduje osobistej odpowiedzialności osób fizycznych za naruszenia kartelowe, dlatego kwestia wypłacania nagród informatorom bezpośrednio zaangażowanym w działalność kartelową nie ma charakteru kluczowego z czysto prawnego punktu widzenia. Niemniej, zmowy przetargowe objęte są zakresem węgierskiego prawa karnego. Węgierski program nagradzania nie przewiduje wyłączenia odpowiedzialności karnej informatorów, którzy mogą być uznani za winnych na gruncie przepisów prawa karnego. Jednakże program ten nie wyłącza możliwości przyznania nagród tym informatorom, o ile tylko dowody przekazane organowi ochrony konkurencji nie zostały pozyskane w wyniku popełnienia przestępstwa.

[57] GVH, *Regular questions about*…, s. 4.

[58] Ibidem, s. 4.

[59] Art. 79/A (1) ustawy węgierskiej.

[60] GVH, *Regular questions about*…, s. 2–3.

[61] Art. 79/A (2) w związku z art. 65/A ustawy węgierskiej. Pojęcie „przeszukania" użyte jest w tym kontekście do określenia tych form działania węgierskiego organu ochrony konkurencji, które mogą być podejmowane wbrew woli przedsiębiorcy lub osób, względem których wymierzone są czynności ukierunkowane na pozyskanie dowodów naruszenia.

do wykazania naruszenia" nawet jeżeli na dalszych etapach postępowania mogą być zastąpione innymi dowodami[62].

Po drugie, chociaż program węgierski, podobnie do programu brytyjskiego, pozwala informatorom na zachowanie anonimowości na wczesnych etapach współpracy, w tym w szczególności na etapie wstępnego weryfikowania jakości dowodów, program węgierski przewiduje również pewne obowiązki po stronie informatorów chcących otrzymać nagrodę. Przykładowo, odmiennie od brytyjskiego trybu współpracy, informatorzy są zobowiązani do występowania w postępowaniu jako świadkowie i mogą być wezwani do złożenia oficjalnych zeznań. Zeznania te mogą następnie służyć jako dowody w postępowaniu. W takich sytuacjach, i tylko na wniosek informatora, jego tożsamość może zostać utrzymana w tajemnicy, a zeznania dostępne są dla stron postępowania w formie streszczeń[63]. W przypadku zastrzeżenia informacji o tożsamości informatora, jego dane osobowe pozostają dostępne jedynie dla ograniczonego kręgu funkcjonariuszy publicznych[64].

Podczas gdy skuteczność brytyjskiego programu nagradzania jest trudna do oceny z uwagi na niejawny charakter współpracy z informatorami, w przypadku programu węgierskiego podobna trudność pojawia się z uwagi na fakt, że nagrody wypłacane są dopiero po zakończeniu postępowania w danej sprawie. Pierwsza i dotychczas jedyna nagroda została wypłacona przez węgierski organ ochrony konkurencji w 2013 roku[65]. Zgodnie z informacjami przedstawianymi przez przedstawicieli węgierskiego organu ochrony konkurencji, program zyskał uwagę wewnętrznych informatorów i doprowadził do 20 prób nawiązania współpracy w 2011 roku i podobnej liczby takich kontaktów w 2012 roku[66]. Doprowadziło to również do podwojenia liczby postępowań kartelowych w 2011 roku, porównując tę liczbę do danych za 2010 rok[67]. Z drugiej strony, jak się wskazuje, większość z prób nawiązania współpracy i przedstawionych informacji nie spełniała wymogu „przedstawienia dowodu niezbędnego". Mimo to, jak wskazuje węgierski organ ochrony konkurencji, również te próby rozpoczęcia współpracy wykazywały pewną wartość, ponieważ umożliwiły: „lepsze zrozumienie sposobu funkcjonowania określonych rynków, a tym samym przyczyniły się do ułatwienia otworzenia postępowań na tych rynkach w późniejszym okresie"[68].

Mając na uwadze powyższe czy należałoby uznać, że rezultaty implementacji węgierskiego programu nagradzania są zachęcające? Z jednej strony, rezultaty te najwyraźniej są satysfakcjonujące z punktu widzenia samego węgierskiego organu ochrony konkurencji. Z drugiej zaś – można wskazywać, że ponad połowa kontaktów nawiązywana w ramach programu nie prowadziła, jak do tej pory, do otwarcia postępowań kartelowych, a co za tym idzie – fakt ten może być uznany za niezadowalający. Niemniej, programy *leniency* w chwili swojego powstania również nie były tak skuteczne, jak obecnie. Zazwyczaj instrumenty prawne wymagają pewnego okresu nim organy implementujące je w pełni nauczą się je wykorzystywać, a adresaci nowych programów zyskają

62 Art. 79/A (2) ustawy węgierskiej.

63 GVH, *Regular questions about*…, s. 10.

64 Ibidem, s. 10.

65 Biorąc pod uwagę, że całkowita wartość kar pieniężnych nałożonych na członków karteli w tej sprawie wyniosła około 3 345 000 euro, nagroda wypłacona informatorowi wyniosła prawdopodobnie około 33450 euro, zob.: sprawa Vj-43/2011, angielskie streszczenie dostępne pod adresem: http://www.gvh.hu/en//data/cms1021776/Vj043_2011_a_sz.pdf.

66 OECD, DAF/COMP/AR(2013)29, s. 8.

67 L. Szabó, R. Vízi-Magyarosi, *Hungary,* [w:] C. Varney (red.), *The cartels and leniency review*, „Law Business Research Ltd", 2013, s. 152.

68 OECD, DAF/COMP/AR(2013)29, s. 8.

świadomość korzyści wynikających z ich wykorzystania[69]. Historia stosowania unijnej instytucji ugód kartelowych stanowi przykład takiej sytuacji. Niski poziom redukcji na gruncie instytucji ugód kartelowych wykorzystywanej przez Komisję Europejską podlegał krytyce w ramach konsultacji społecznych, a przez pierwsze dwa lata funkcjonowania tej instytucji nie zawarto żadnych ugód z przedsiębiorcami. W roku 2014 ugody zawierane są już jednak stosunkowo często.

3. Słowacja

Trzeci europejski program nagradzania informatorów został wprowadzony na Słowacji[70]. Mając na uwadze to, że proces legislacyjny związany z nowelizacją słowackiej ustawy o ochronie konkurencji zakończył się w maju 2014 roku, wciąż nie jest jasne, w jaki dokładnie sposób słowacki organ ochrony konkurencji rozstrzygnie praktyczne kwestie współpracy z informatorami. Niemniej, ogólne ramy tego programu przewidziane w ustawie nowelizującej dostarczają podstawowych informacji dotyczących tego, jak program ten może funkcjonować w praktyce.

Słowacki program nagradzania w znacznej mierze podąża za rozwiązaniami przyjętymi na gruncie programu węgierskiego. Przykładowo, program ten korzysta z systemu wynagrodzenia dla informatorów (*informant fee*) obliczanego jako ułamek całkowitej sumy kar nałożonych na przedsiębiorców. Podobnie jak na Węgrzech, wysokość nagród wynosi 1% sumy kar nałożonych na członków kartelu[71]. Maksymalna wysokość nagród wypłacanych przez słowacki organ ochrony konkurencji wynosi 100 000 euro. Ponadto, podobnie jak węgierski program nagradzania, program słowacki koncentruje się na pozyskiwaniu dowodów. Po pierwsze, dotyczy to przedstawienia dowodów w formie dokumentów pisemnych lub elektronicznych, które w sposób „decydujący" przyczyniają się do wykazania naruszenia[72]. Po drugie, na gruncie programu nagradzane jest dostarczenie informacji lub dowodów, które są wystarczające do rozpoczęcia kontroli, która z kolei prowadzi do pozyskania dowodów kluczowych dla wykazania, że doszło do naruszenia zakazu działalności kartelowej[73].

Słowacki program nagradzania przewiduje jednak również klika odstępstw od węgierskiego wzorca. Na przykład, nagrodę uzyskać może jedynie pierwszy informator nawiązujący w danej sprawie kontakt z organem ochrony konkurencji i dostarczający dowodu na działalność kartelu[74]. Co za tym idzie, w każdym postępowaniu kartelowym wypłacona może być tylko jedna nagroda[75]. Ponadto, na gruncie słowackiego programu nagradzania krąg podmiotów mogących ubiegać się o przyznanie nagrody uległ zawężeniu. O ile bowiem program węgierski wyłącza możliwość

[69] W tym kontekście należy zauważyć, że od czasu wprowadzenia w życie programu nagradzania, ilość informacji pozyskiwanych od informatorów systematycznie wzrasta, zob.: OECD, DAF/COMP/WD(2013)114, s. 4.

[70] Zákon č. 136/2001 Z.z. o ochrane hospodárskej súťaže a o zmene a doplnení zákona Slovenskej národnej rady č. 347/1990 Zb. o organizácii ministerstiev a ostatných ústredných orgánov štátnej správy Slovenskej republiky v znení neskorších predpisov (ze zmianami; dalej: ustawa słowacka).

[71] §38g (3) ustawy słowackiej.

[72] §38g (1) c) 1 ustawy słowackiej.

[73] §38g (1) c) 2. w związku z §22a ustawy słowackiej. Należy zwrócić uwagę na to, że chociaż *prima facie* warunek ten może wydawać się tożsamy z warunkiem występującym na gruncie programu węgierskiego, tj. warunkiem dostarczenia dowodu lub informacji wystarczającego do uzyskania od sądu postanowienia o zezwoleniu na przeprowadzenie przeszukania, w praktyce w zakresie tym występują pewne różnice. Wynika to z faktu, że przeprowadzenie kontroli (*inšpekcia*), o której mowa w ustawie słowackiej, nie zawsze wymaga wystąpienia o zezwolenie sądu na jej rozpoczęcie (a w przypadku, gdy tego wymaga, kryterium rozróżniającym jest nie możliwość działania wbrew woli i bez udziału kontrolowanego, ale status prawny podmiotu kontrolowanego). Różnice w tym zakresie wynikają tym samym nie tyle z konstrukcji samego programu nagradzania, co ogólnego ukształtowania kompetencji organu słowackiego i węgierskiego. Oznacza to jednak zarazem, że przedsiębiorcom węgierskim przysługuje de facto wyższy standard ochrony.

[74] §38g (1) c) ustawy słowackiej. Podobne rozwiązanie przyjęte zostało w praktyce koreańskiej, zob.: D. Kim, *Alternative Means of…*, s. 11.

[75] Należy wskazać, że takie rozwiązanie niekoniecznie musi być optymalne, ponieważ pierwszy informator, który rozpoczyna współpracę z organem ochrony konkurencji nie zawsze musi posiadać dostęp do najbardziej wartościowych informacji. Co za tym idzie, bardziej pożądane może być umożliwienie występowania o przyznanie nagrody wielu podmiotom. W takim przypadku należy jednak mieć na uwadze to, że może to prowadzić do sporów między informatorami co do wysokości nagród, zob.: W. Kovacic, *Bounties as Inducements*…, s. 581–582. Węgierski organ ochrony konkurencji uniknął powyższego problemu poprzez przyjęcie rozwiązania, na gruncie którego takie same nagrody przyznawane są wszystkim informatorom.

ubiegania się o nagrody przez prawnych reprezentantów przedsiębiorców, którzy złożyli wnioski *leniency*, o tyle program słowacki wyklucza z tego kręgu wszystkich pracowników przedsiębiorców będących wnioskodawcami *leniency*[76].

Warto też zauważyć, że w przeciwieństwie do rozwiązań przyjętych w Wielkiej Brytanii i na Węgrzech, program słowacki nie wskazuje konkretnych kategorii horyzontalnych porozumień antykonkurencyjnych, co do których można przedstawiać dowody i informacje mające uzasadniać wypłatę nagrody pieniężnej w przypadku stwierdzenia naruszenia reguł konkurencji[77]. Na gruncie programu słowackiego – a przynajmniej na gruncie ustawowych ram tego programu – w sposób mniej wyczerpujący został również uregulowany problem poufności współpracy z informatorami. Jak się wskazuje, na wniosek informatora, „organ ochrony konkurencji będzie zapewniał anonimowość informatora"[78]. To wyjątkowo ograniczone uregulowanie jest jednak uzupełnione wyjaśnieniami słowackiego organu ochrony konkurencji, co do sposobu gwarantowania anonimowości informatorów. Zgodnie z zasadami określonymi przez organ słowacki, za wszelką wymianę informacji z osobami chcącymi współpracować na gruncie programu odpowiedzialny jest jeden pracownik organu, tj. dyrektor departamentu ds. karteli[79]. Bezpośrednie kontakty pomiędzy informatorami i urzędnikami prowadzącymi postępowania mają miejsce jedynie wtedy, gdy zgodę na to wyraża sam informator. Ponadto, przed wypłatą nagrody informatorzy nie są zobowiązani do ujawnienia swojej tożsamości także dyrektorowi departamentu ds. karteli.

4. Dwa modele

Przykłady programów nagradzania implementowanych w państwach europejskich pokazują, że tego rodzaju programy mogą być ukształtowane przynajmniej w na podstawie dwóch modeli; jeden z nich został wypracowany w Wielkiej Brytanii, drugi – na Węgrzech oraz Słowacji. Istnieją dwie istotne różnice między tymi rozwiązaniami. Pierwsza z nich dotyczy samego sposobu nagradzania. W tym zakresie model „brytyjski" przewiduje, że organ wykorzystujący program posiada znaczną swobodę w decydowaniu czy podjąć współpracę na gruncie programu i jak wysoką nagrodę przyznać informatorowi. Dla porównania model „węgierski" uzależnia w sposób bezpośredni wysokość nagród od wysokości kar nałożonych na członków karteli. Co za tym idzie, o ile tylko współpraca z informatorem prowadzi do pozyskania dowodów oraz decyzji o nałożeniu kar pieniężnych, nagrody muszą być wypłacone, a ich wysokość nie jest określana swobodnie przez organ ochrony konkurencji. Przyznawanie informatorom ułamka całkowitej sumy nałożonych kar sprawia, że paradoksalnie model „węgierski" zbliża się do rozwiązania, które wypracowane zostało w przypadku instytucji *qui tam*, tj. rozwiązania wywodzącego się z państw kręgu *common law*.

Istotna różnica zachodzi również w odniesieniu do kwestii typów informacji, które pozostają przedmiotem zainteresowania organu ochrony konkurencji. W tym zakresie model „brytyjski" koncentruje się na pozyskiwaniu danych operacyjnych. Model „węgierski" zorientowany jest natomiast na gromadzenie dowodów i wynagradza dostarczanie innego rodzaju informacji jedynie, gdy prowadzą one do uzyskania postanowienia sądowego zezwalającego na przeprowadzenie przeszukania, które z kolei musi prowadzić do wejścia w posiadanie dowodów istnienia naruszenia.

[76] §38g (1) b) ustawy słowackiej.

[77] §38g (1) c) ustawy słowackiej.

[78] §38g (4) ustawy słowackiej.

[79] Zasady te mają charakter niesformalizowany i nie zostały ujęte w odrębnym akcie, zob.: http://www.antimon.gov.sk/cartel-informant-reward.

Wydaje się, że podstawowym powodem dla istnienia takiej różnicy pomiędzy oboma modelami są ogólne ramy regulacyjne, w jakich operują organy ochrony konkurencji. Uprawnienia śledcze brytyjskiego organu ochrony konkurencji są szerokie i pozwalają na wykorzystanie wyspecjalizowanych technik śledczych, gdy organ ten znajduje się już w posiadaniu odpowiednich danych operacyjnych. Dla porównania, uprawnienia śledcze węgierskiego oraz słowackiego organu ochrony konkurencji są bardziej ograniczone, co wydaje się uzasadniać pozyskiwanie dowodów już na gruncie programu nagradzania informatorów.

IV. Implementacja

Każdy organ zainteresowany implementacją programu nagradzania powinien odnieść się w szczególności do czterech głównych kwestii wpływających na charakter tego programu. Po pierwsze, kategorii naruszeń, co do których informatorzy chcący otrzymać nagrodę mogą przedstawiać informacje. Po drugie, sposobu określenia wysokości nagród. Po trzecie, określenia katalogu podmiotów, które mogą ubiegać się o nagrody. Po czwarte, określenia, w jaki sposób ma przebiegać współpraca pomiędzy organem oraz informatorem chcącym współpracować w ramach programu nagradzania.

1. Kategorie naruszeń

Mając na uwadze, że pojęcie „kartelu" może być różnie definiowane, pewne wątpliwości może budzić kwestia tego, jakie konkretnie kategorie naruszeń powinny być objęte zakresem programu nagradzania. Jak zauważono wcześniej, o ile brytyjski i węgierski program ukierunkowane są na wykrywanie najpoważniejszych naruszeń (*hard-core cartels*) i wskazują poszczególne rodzaje takich naruszeń, o tyle konstrukcja programu słowackiego sprawia, że obejmuje on wszystkie rodzaje porozumień horyzontalnych, których celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji. Z polskiego punktu widzenia dodatkową wątpliwość może budzić fakt, że polski program *leniency*, tj. instytucji mającej w założeniu ułatwiać wykrywanie karteli, obejmuje zarówno porozumienia horyzontalne, jak i wertykalne.

Przede wszystkim należy zauważyć, że programy nagradzania informatorów i programy *leniency* stanowią dwa odrębne reżimy i nie wydaje się zasadne określanie kategorii naruszeń objętych przez ten pierwszy poprzez samo tylko odniesienie go do drugiego z programów. Warto nadmienić, że brytyjski program nagradzania ukierunkowany jest na wykrywanie najpoważniejszych naruszeń kartelowych (*hard-core cartels*), podczas gdy na gruncie brytyjskiego programu *leniency* uwzględnia się również możliwość wyjawiania wertykalnych porozumień antykonkurencyjnych dotyczących ustalania cen[80]. Należałoby również stwierdzić, że istnieją przynajmniej dwa istotne powody, dla których programy nagradzania powinny obejmować przekazywanie informacji jedynie o najpoważniejszych naruszeniach zakazu działalności kartelowej. Po pierwsze, przemawiają za tym ogólne względy polityki konkurencji i skoncentrowanie zasobów organów ochrony konkurencji na wykrywaniu porozumień najbardziej szkodliwych. Po drugie, jednoznaczne odniesienie zakresu programu do naruszeń najpoważniejszych może pozytywnie wpływać na ograniczenie liczby sytuacji, w której informatorzy podejmują kontakt z organem ochrony konkurencji w błędnym

[80] Office of Fair Trading (OFT), *Applications for leniency and no-action in cartel cases: OFT's detailed guidance on the principles and process*, 2013, s. 14.

przekonaniu, że dany typ kontaktów pomiędzy przedsiębiorcami stanowi przejaw porozumienia antykonkurencyjnego.

Czy powyższe oznacza, że organ ochrony konkurencji w ogóle nie powinien poświęcać swojej uwagi porozumieniom innym niż „klasyczne" porozumienia kartelowe? Nie, ale należy zauważyć, że każdy instrument wykrywania naruszeń prawa cechuje inna specyfika. Programy nagradzania mają w założeniu tworzyć płaszczyznę do współpracy przede wszystkim z informatorami „wewnętrznymi". Ograniczenie zakresu tych programów jedynie do naruszeń najpoważniejszych, a zarazem najłatwiejszych do zidentyfikowania dla potencjalnego informatora, minimalizuje ryzyko „fałszywych alarmów" i takiego zakończenia kooperacji na gruncie programu, które informatora może pozostawić z poczuciem „zdradzenia" lub „wprowadzenia w błąd" przez organ ochrony konkurencji, a jednocześnie ryzykiem stygmatyzacji społecznej.

2. Wysokość nagród

Problem wysokości nagród ma kluczowe znaczenie z dwóch powodów. Po pierwsze, nagrody jako takie zawsze stanowią podstawowy i nieodłączny element każdego programu nagradzania. Po drugie, finansowanie nagród i sposób ich wypłacania musi zapewniać skuteczność programu, a jednocześnie gwarantować wydajność takiego rozwiązania, aby uniknąć „nieopłacalnych inwestycji". Analiza przeprowadzona w niniejszym artykule wskazuje, że istnieją przynajmniej trzy podstawowe sposoby, w jaki organ ochrony konkurencji implementujący program nagradzania może określać odpowiedni poziom nagród. W pierwszej kolejności, wysokość nagród może być ustalona w sposób niejako arbitralny poprzez analizę porównawczą rozwiązań przyjętych w innych państwach. Po drugie, problem wysokości nagród może być postrzegany z punktu widzenia potencjalnych informatorów. Po trzecie, jako metoda pomocnicza, poziom nagród może być analizowany z punktu widzenia programów *leniency*.

2.1. Analiza porównawcza

Pierwsza z metod określania odpowiedniego poziomu nagród może przybierać formę analizy porównawczej. Wydaje się, na przykład, że metoda obliczania nagród oraz ich maksymalny poziom na gruncie programu słowackiego nie przez przypadek pozostają zbieżne z rozwiązaniem przyjętym na Węgrzech. Z punktu widzenia kształtowania polityki konkurencji analiza porównawcza ma również tę zaletę, że dostarcza najłatwiejszego sposobu argumentowania za przyjęciem określonego poziomu i metody określania nagród. Określenie poziomu nagród poprzez odwołanie do praktyki innych organów ochrony konkurencji pozwala bowiem na wskazanie praktyki już funkcjonującej i przynoszącej dane efekty.

Jak wskazano wcześniej, w Europie funkcjonują obecnie dwa modele określenia wysokości nagród. Metoda „brytyjska" przewiduje określenie maksymalnego poziomu nagród i pozostawienie znacznego marginesu swobody organowi ochrony konkurencji co do określenia dokładnej wysokości nagród w danej sprawie. Metoda „węgierska" przewiduje natomiast określenie maksymalnego poziomu nagród, a ich rzeczywisty poziom uzależnia od kalkulacji polegającej na obliczeniu nagrody jako ułamka całkowitej sumy kar pieniężnych nałożonych w danej sprawie kartelowej.

Chociaż oba modele przewidują obecnie maksymalną wysokość nagród w wysokości około 150 000 euro, należy mieć na uwadze, że w praktyce poziom tych nagród może być znacznie niższy. Należy również pamietać, że taki „porównawczy" sposób określania wysokości nagród

zakłada, że poziom nagród wyznaczony przez inne organy ochrony konkurencji jest odpowiedni. W tym kontekście warto zauważyć, że w Korei, która program nagradzania przyjęła już w 2002 roku, maksymalny poziom nagród wzrastał stale na przestrzeni ostatniej dekady, osiągając ostatecznie poziom wyższy niż w Europie[81]. Ponadto, należy zwrócić uwagę, że model oparty na obliczaniu nagrody jako ułamka całkowitej sumy kar pieniężnych powinien być traktowany z ostrożnością. Wynika to z faktu, że określony ustawowo „ułamek" wpływa na „średni" poziom nagród, które przeciętnie powinny osiągać poziom niższy niż maksymalny. Niemniej, w modelu tym „średni" poziom nagród pozostaje również zależny od „średniego" poziomu kar nakładanych przez organ ochrony konkurencji. Problem ten można przedstawić w formie skrajnej poprzez przywołanie przykładu kar pieniężnych nakładanych przez Komisję Europejską. Gdyby Komisja Europejska zdecydowała się na wykorzystywanie programu nagradzania i wypłacała nagrody w wysokości 1% całkowitej sumy kar pieniężnych, najprawdopodobniej „średnia" unijna nagroda równałaby się zarazem nagrodzie maksymalnej (150 000 euro). Wynika to z faktu, że „przeciętne" kartele, przeciw którym postępowania prowadzi Komisja Europejska, są znacznie większe niż te, przeciw którym postępowania prowadzone są przez krajowe organy ochrony konkurencji, a co za tym idzie „średni" poziom kar nakładanych przez Komisję Europejską jest znacznie wyższy.

2.2. Oczekiwania informatorów

Wysoka rozbieżność pomiędzy maksymalnymi poziomami nagród w państwach europejskich oraz w Korei wymaga odniesienia do bardziej „obiektywnego" sposobu postrzegania odpowiedniego poziomu nagród. Zamiast analizować problem wysokości nagród z punktu widzenia organów ochrony konkurencji, poziom ten może być ustalony poprzez określenie, jak wysoka powinna być nagroda, aby wzbudzić zainteresowanie potencjalnych informatorów. W pierwszej kolejności, należy zwrócić uwagę na fakt, że z punktu widzenia informatorów moment wypłaty nagrody nie jest obojętny[82]. Informatorzy ponoszą ryzyko oraz decydują się na pewien wysiłek już w momencie pierwszego kontaktu z organem ochrony konkurencji. W tym kontekście wypłata nagrody jako ułamka całkowitej sumy kar pieniężnych może stanowić czynnik zniechęcający do podjęcia współpracy, ponieważ moment wypłaty nagrody jest z definicji odległy i co do zasady informator nie może mieć pewności czy nagroda zostanie wypłacona oraz jaka będzie jej wysokość.

Po drugie, należy mieć na uwadze, że czynniki zniechęcające potencjalnych informatorów mogą zostać „przełożone" na wartości ekonomiczne. Z tego względu sugeruje się, że nagroda powinna być w stanie zrekompensować zakończenie kariery informatora[83]. Wskazuje się też, że chociaż powyższe zawsze zależy od rocznych dochodów oraz wieku informatora, jest mało prawdopodobne, aby optymalny poziom nagród wynosił mniej niż 2 000 000 dolarów[84].

Wydaje się jednak, że takie szacunki niekoniecznie muszą znajdować potwierdzenie w praktyce. Po pierwsze, szacunki te zakładają, że informator straci zatrudnienie w wyniku podjęcia

[81] Zgodnie z informacjami podawanymi przez Andreasa Stephana, poziom nagród został początkowo określony na poziomie stanowiącym równowartość 10 000 dolarów, następnie podwyższony do 95 000 dolarów, w roku 2012 osiągnął natomiast maksymalny poziom 2 800 000 dolarów, zob.: A. Stephan, *Is the Korean*…, s. 6. Wydaje się jednak, że w praktyce poziom nagród w Korei może być znacznie niższy, zob.: D. Kim, *Alternative Means of*…, s. 13. Zgodnie z danymi na rok 2012, najwyższa nagroda wyniosła około 200 000 dolarów, zob.: J. Kim, *Cartel Regulation in Korea*, s. 11. Pobrano z: http://www.adbi.org/files/2012.05.02.cpp.sess3.3.kim.cartel.regulation.korea.pdf.

[82] A. Stephan, *Is the Korean*…, s. 18.

[83] W. Kovacic, *Bounties as Inducements*…, s. 576.

[84] A. Stephan, *Is the Korean*…, s. 18. Wydaje się jednak, że wartość obliczona przez Stephana (uwzględniająca oczywiście poziom zarobków w krajach wysoko rozwiniętych oraz skalę tamtejszych postępowań kartelowych) może być wciąż zawyżona, ponieważ nie została przemnożona przez prawdopodobieństwo utraty zatrudnienia (które jest trudne do ustalenia, ale z pewnością mniejsze niż „1").

współpracy z organem ochrony konkurencji. Niemniej, jak wskazano w odniesieniu do brytyjskiego programu nagradzania, współpraca z informatorami chociażby w Wielkiej Brytanii ukierunkowana jest na pozyskiwanie danych operacyjnych i w założeniu fakt współpracy z informatorem nie jest wyjawiany jego pracodawcy. W takiej sytuacji, brak jest uzasadnienia dla wypłaty wyjątkowo wysokich nagród. Co za tym idzie, chociaż poziom nagród w państwach europejskich wykorzystujących programy nagradzania może być postrzegany jako niski, wiele zależy tak naprawdę od specyfiki danej sprawy kartelowej. Z tego względu, „brytyjski" model określania wysokości nagród, który pozostawia organowi ochrony konkurencji zakres swobody w określaniu nagrody, wydaje się zarazem w sposób odpowiedni zaradzać powyższemu problemowi. Z przyczyn oczywistych taki margines swobody pozostawia również miejsce na nieuzasadnioną dyskrecjonalność, ale pozwala również na wzięcie pod uwagę ryzyka ponoszonego przez informatora. Tym samym, nagroda może stanowić „uczciwą cenę" za dostarczone informacje.

2.3. Nagrody a redukcje na gruncie programów *leniency*

Trzeci sposób postrzegania poziomu nagród polega na odniesieniu ich poziomu do poziomu redukcji przyznawanych wnioskodawcom *leniency*. Jakkolwiek nagrody osiągające poziom kilku milionów euro mogą wydawać się rażąco wysokie, ich poziom może być wciąż znacznie niższy niż redukcje przyznawane na gruncie programów *leniency*. Można bowiem przyjąć, że w wyniku skorzystania przez jednego z przedsiębiorców z programu *leniency* wykryty zostaje kartel np. pięciu przedsiębiorców. W toku prowadzonego postępowania wnioski *leniency* złożone zostają przez kolejnych dwóch przedsiębiorców, którzy uzyskują redukcje kar pieniężnych z uwagi na dostarczone dowody. Taka sprawa może jednak wyglądać inaczej, gdy obok programu *leniency* funkcjonuje również program nagradzania. Można bowiem przyjąć, że nim którykolwiek z przedsiębiorców zdecyduje się skorzystać z programu *leniency*, informator zdecyduje się skorzystać z programu nagradzania, dostarczając organowi ochrony konkurencji istotnych dowodów. Jednocześnie, posiadając odpowiednie dane operacyjne, organ ochrony konkurencji był w stanie zebrać kolejne dowody samodzielnie. W konsekwencji, organ ochrony konkurencji mógł ograniczyć liczbę redukcji przyznanych na gruncie programu *leniency* do dwóch, nie odstępując zarazem od nałożenia kary względem żadnego z członków kartelu. W takiej sytuacji wartość informacji udostępnionych przez informatora okazuje się być wyjątkowo wysoka, porównywalna do tej wynikającej z przedłożenia jednego wniosku *leniency*. Chociaż nie oznacza to, że nagrody dla informatorów powinny być tak wysokie, jak redukcje na gruncie programów *leniency*, wskazuje to w sposób wyraźny, że brak jest szczególnych powodów dla określenia nagród na niskim poziomie, w momencie, gdy faktyczna wartość informacji przedstawionych przez informatora jest wysoka i uzasadnia wysoką, ale zarazem „uczciwą cenę" za pozyskanie tej informacji.

2.4. Rekomendacje

Mając na uwadze powyższe trzy metody określania odpowiedniego poziomu nagród, należy poczynić cztery uwagi. Po pierwsze, uwaga poświęcana powinna być przede wszystkim nagrodom faktycznie wypłacanym, nie zaś maksymalnym progom ustawowym. Po drugie, organy ochrony konkurencji nie powinny wstrzymywać się od wypłacania wysokich nagród dla informatorów, o ile tylko dostarczone przez nich informacje lub dowody, a także ponoszone ryzyko, uzasadniają wysoką „cenę" za te informacje. Wynika to przede wszystkim z omówionych powyżej drugiej i trzeciej

metody określania poziomu nagród. Co za tym idzie, same w sobie wysokie progi maksymalne nagród nie powinny być odrzucane jako rozwiązanie błędne, o ile tylko organ ochrony konkurencji będzie mógł sprawować odpowiednią kontrolę nad ostatecznym poziomem faktycznie wypłacanych nagród.

Po trzecie, i wciąż w nawiązaniu do powyższego wątku, należałoby uznać za godne rekomendacji, aby wysiłek oraz ryzyko ponoszone przez informatora były brane pod uwagę przy określaniu wysokości nagrody. Brytyjski program nagradzania pozostawia taką możliwość poprzez zagwarantowanie organowi ochrony konkurencji szerokiego marginesu swobody w obliczaniu wysokości nagród. Dla porównania, program węgierski wyklucza jakąkolwiek dyskrecjonalność, ale w efekcie ubocznym uniemożliwia branie pod uwagę rzeczywistego wysiłku informatorów. Można jednak wskazać, że nawet na gruncie modelu „węgierskiego" wysiłek informatora oraz „rzeczywista" wartość dowodów mogłyby być brane pod uwagę. Przykładowo, organ ochrony konkurencji mógłby posiadać kompetencję do dostosowywania ostatecznej wysokości nagrody poprzez zastosowanie pozytywnych i negatywnych „modyfikatorów". Takie rozwiązanie mogłoby funkcjonować podobnie do mechanizmu „obciążających" i „łagodzących" okoliczności, które często używane są na gruncie metod obliczania kar pieniężnych[85].

Po czwarte, problem odpowiedniego momentu wypłaty nagród nie powinien być pomijany. Program nagradzania wykorzystujący model określania wysokości nagród w formie ułamka od całkowitej sumy nałożonych kar pieniężnych ma istotną zaletę z punktu widzenia organu ochrony konkurencji, ponieważ rozwiązuje problem finansowania nagród. Z drugiej jednak strony, z punktu widzenia informatorów, opóźniona wypłata nagród stanowi czynnik zniechęcający do podjęcia współpracy z organem ochrony konkurencji. Można jednak wskazać, że powyższy problem może być rozwiązany przez przyjęcie rozwiązania „hybrydowego". Przykładowo, organ ochrony konkurencji może najpierw wypłacać „niewielką nagrodę", bezpośrednio ze swojego budżetu, za dostarczenie informacji kwalifikującej się jako dane operacyjne. Następnie, już po zamknięciu postępowania i nałożeniu kar pieniężnych, organ ten mógłby wypłacić kolejną, znacznie większą nagrodę, w formie ułamka całkowitej sumy kar pieniężnych w danej sprawie. Potencjalnie, takie rozwiązanie motywowałoby informatorów do nawiązania kontaktu z organem ochrony konkurencji i podjęcia współpracy, z drugiej zaś – wysokie nagrody wypłacane jako ułamek całkowitej sumy kar pieniężnych wciąż przyczyniałyby się do wytwarzania efektu odstraszającego przed zaangażowaniem w działalność kartelową.

3. Kategorie informatorów

Organy ochrony konkurencji zazwyczaj nie wykluczają żadnych znaczących grup informatorów z możliwości korzystania z dobrodziejstw programu nagradzania. Rozwiązanie takie należy co do zasady uznać za pożądane. Kwestią problematyczną może być czy w państwach, które przewidują odpowiedzialność prawną osób zaangażowanych w działalność kartelową, osoby te powinny móc korzystać z nagród za dostarczanie informacji lub dowodów. Problem pojawia się w tym kontekście na dwóch poziomach: normatywnym i praktycznym. Problem normatywny dotyczy

[85] Dla porównania, koreański organ ochrony konkurencji określa ostateczny poziom nagród, stosując metodę kalkulacji, na gruncie której wpierw określana jest podstawowa kwota nagrody stanowiąca ułamek całkowitego poziomu kar. W tej początkowej fazie obliczeń zastosowanie znajduje również zestaw mnożników, które mają gwarantować odpowiednie zbalansowanie poziomu nagród. Mnożniki te są wyższe, gdy poziom kar pieniężnych jest niższy; niższe natomiast, gdy poziom kar pieniężnych jest wysoki (wyrównuje to poziom nagród). W kolejnej fazie obliczeń, wysokość nagrody jest dostosowywana poprzez wzięcie pod uwagę jakości dowodów, zob.: D. Kim, *Alternative Means of…*, s. 12.

przede wszystkim aspektów retrybutywnych. Problem praktyczny dotyczy tego czy nagrody wypłacane osobom bezpośrednio zaangażowanym w zmowy antykonkurencyjne nie stanowią de facto zachęty do podejmowania takich działań[86]. Wydaje się, że przykład brytyjskiego programu nagradzania, przynajmniej na płaszczyźnie teoretycznej, dostarcza odpowiedniego rozwiązania tego problemu. Chociaż co do zasady osoby bezpośrednio zaangażowane w zmowy nie mogą być wynagrodzane za współpracę w sposób inny niż w ramach współpracy na gruncie programu *leniency*, w warunkach wyjątkowych mogą one również korzystać z programu nagradzania[87].

Należy jednak zauważyć, że program brytyjski przypisuje organowi ochrony konkurencji margines swobody, który niekoniecznie musi przystawać do kultury prawnej państw wymagających bardziej jednoznacznego określenia kompetencji organów władzy publicznej. Wydaje się jednak, że nawet w przypadku generalnego wyłączenia osób fizycznych będących wnioskodawcami *leniency* z zakresu programu nagradzania, możliwe jest określenie pewnych „wyjątkowych", a zarazem łatwych do zdefiniowania przez ustawodawcę, sytuacji korzystania przez tego rodzaju wnioskodawców także z programu nagradzania. Mogłoby to dotyczyć, na przykład, „spontanicznego" (tj. niezwiązanego z działaniami organu ochrony konkurencji) wyjawienia działalności kartelu, w szczególności przy jednoczesnym braku złożenia w postępowaniu wniosku *leniency* przez przedsiębiorcę będącego pracodawcą danej osoby fizycznej („poparcia wniosku indywidualnego").

4. Współpraca

Problem współpracy pomiędzy informatorami a organami ochrony konkurencji może być postrzegany w dwóch perspektywach. W pierwszej, – zakresu działań podejmowanych przez informatorów. Po pierwsze, może to dotyczyć pozyskiwania danych operacyjnych oraz dowodów pod nadzorem i w sposób ukierunkowany przez pracowników organu ochrony konkurencji. Po drugie, współpraca może polegać jedynie na spontanicznym przedstawianiu przez informatora informacji mogących stanowić dane operacyjne oraz dowody. Potencjalne możliwości wynikające z pierwszego rodzaju współpracy wydają się być oczywiste i z tych względów warto nadmienić, że program nagradzania może stanowić uzupełnienie takich na przykład kompetencji, jak wykorzystywanie „tajnych osobowych źródeł informacji". Wraz z innymi kompetencjami ukierunkowanymi na gromadzenie danych operacyjnych takie rozwiązanie może, z jednej strony, przyczyniać się do wzmocnienia zdolności organów ochrony konkurencji do prowadzenia postępowaniach przy jednoczesnym mniejszym uzależnieniu od programów *leniency*[88]. Z drugiej zaś – rozpoczęcie tego rodzaju współpracy z informatorami z przyczyn oczywistych jest uwarunkowane zakresem uprawnień śledczych przyznanych organowi ochrony konkurencji. W wymiarze ogólnym i teoretycznym nawet taka konkluzja wciąż może jednak prowadzić do wniosku, że być może po prostu w ramach skutecznej walki z kartelami administracyjny system prawa zabraniającego działania

[86] Jak można wskazać, nagrody mogą stanowić bodziec do angażowania się w pewnym stopniu w działalność kartelu po to, aby następnie wystąpić o przyznanie nagrody za ujawnienie jego istnienia. W tym kontekście, wykluczenie w sposób bezpośredni podmiotów zaangażowanych w działalność kartelową z zakresu programów nagradzania może stanowić zasadne rozwiązanie. Na ten temat również: W. Kovacic, *Bounties as Inducements*…, s. 593. Można jednak również wskazać, że programy nagradzania mogą odstraszać przed zawieraniem porozumień antykonkurencyjnych. Wynikałoby to z faktu, że wszelkie propozycje zawarcia takich porozumień mogłyby być traktowane jako czynione tylko po to, aby następnie wyjawić działalność kartelu i otrzymać nagrodę, a nie przestrzegać zawartego porozumienia.

[87] Dla porównania, koreański program nagradzania wyklucza możliwość korzystania z nagród przez osoby zaangażowane bezpośrednio w zmowy antykonkurencyjne, zob.: D. Kim, *Alternative Means of*…, s. 11.

[88] Może to również sprawiać, że wdrażanie prawa konkurencji będzie nabierało cech charakterystycznych dla postępowań w sprawach karnych, zob.: S. Blake, *Alternative Means of*…, s. 14.

karteli powinien nabrać cech represji karnej oraz powinien dopuszczać korzystanie z narzędzi typowych dla postępowań prowadzonych w sprawach karnych.

Druga z perspektyw, w której można rozpatrywać problem współpracy z informatorami, odnosi się do problemu zapewniania ochrony tożsamości informatorów. Chociaż w znacznym stopniu problem ten wchodzi w zakres ogólnych zasad postępowania z denuncjatorami (*whistle-blowers*) w sprawach z zakresu ochrony konkurencji, w przypadku programów nagradzania kwestia ta wymaga znalezienia odpowiedzi na kilka dodatkowych wątpliwości. Przykładowo, problematyczna może być kwestia tego czy fakt wypłaty nagród powinien być podawany do wiadomości publicznej. W Wielkiej Brytanii nie przewiduje się publikacji tego rodzaju informacji, a sama praktyka organu ochrony konkurencji zmierza do zagwarantowania, że członkowie kartelu nie dowiedzą się, że organ ochrony konkurencji współpracował z informatorem na gruncie danej sprawy. W przypadku Węgier, pierwsza wypłata nagrody nie została odnotowana w publicznie dostępnym streszczeniu decyzji ani w jej węgierskiej, ani w angielskiej wersji. Jednakże fakt współpracy z informatorem w tej sprawie został publicznie przyznany przez przedstawicieli węgierskiego organu ochrony konkurencji. Dla porównania, wydaje się, że w Korei upublicznianie przynajmniej wysokości nagród wypłacanych przez organ ochrony konkurencji nie jest praktyką wyjątkową[89].

Powyższy dylemat może wydawać się mało istotny, jednak de facto prowadzi on do problemów, które powinny być w ten czy inny sposób rozwiązane w praktyce. Z jednaj strony, z punktu widzenia transparentności oraz tworzenia efektu odstraszania zasadne może wydawać się upublicznianie wszystkich przypadków wypłaty nagród. Praktyka taka może mieć również pozytywny wpływ na przyszłych informatorów, ponieważ pokazuje, że organ ochrony konkurencji rzeczywiście wypłaca nagrody. Z drugiej jednak – poufność współpracy ogranicza ryzyko po stronie informatorów i gwarantuje ich bezpieczeństwo. Co za tym idzie, nagrody mogą być niższe, ponieważ nie muszą rekompensować potencjalnych negatywnych skutków decyzji o podjęciu współpracy z organem ochrony konkurencji. Wydaje się, że potencjalnym rozwiązaniem powyższego problemu może być upublicznianie faktu wypłaty nagród, jednak w formie opóźnionej i bez wskazania spraw lub sprawy, w której nagrody były wypłacone. Tym samym transparentność działań sektora publicznego byłaby odpowiednio zagwarantowana, wytwarzany byłby odpowiedni efekt odstraszający, nowi informatorzy byliby zachęcani do nawiązywania kontaktu z organem ochrony konkurencji, a zarazem tożsamość byłych informatorów pozostawałaby niejawna.

V. Wnioski końcowe

Wdrażanie reguł konkurencji w państwach europejskich skupiało się dotychczas przede wszystkim na zwalczaniu działalności kartelowej poprzez działania wymierzone przeciwko przedsiębiorcom zawierającym antykonkurencyjne zmowy. Wykrywanie karteli natomiast opierało się na pozyskiwaniu informacji i dowodów od wnioskodawców *leniency* będących przedsiębiorcami. Obraz ten ulega zmianom, ponieważ coraz więcej państw europejskich decyduje się na wprowadzanie odpowiedzialności osób fizycznych za naruszenia kartelowe oraz programów *leniency* obejmujących te osoby. W większości państw europejskich wciąż istnieje jednak znacząca grupa podmiotów, które pozostają poza zakresem bezpośredniego zainteresowania organów ochrony konkurencji. Grupa ta obejmuje zwykłych pracowników przedsiębiorców będących członkami

[89] A. Stephan, *Is the Korean*…, s. 5–6.

karteli, a także innych informatorów wewnętrznych, którzy albo wiedzą o fakcie zaangażowania przedsiębiorcy w działalność kartelową, albo mogą się łatwo o tym fakcie dowiedzieć.

Niemniej, indywidualne interesy informatorów różnią się od tego, co można by uznać za interes publiczny. Podczas gdy z publicznego punktu widzenia sytuacją pożądaną byłoby wyjawianie informacji o działalności karteli, z punktu widzenia osób mogących stać się informatorami zachowaniem bardziej racjonalnym jest nieinterweniowanie i przyjmowanie biernego stanowiska względem tego rodzaju porozumień. Ta różnica między tym, co byłoby pożądane z punktu widzenia interesu publicznego a tym, co stanowi racjonalne działanie z punktu widzenia podmiotów prywatnych ma również inny negatywny aspekt. Mając bowiem powyższe na uwadze, wykrywalność karteli musi opierać się na współpracy z wnioskodawcami *leniency*. Z punktu widzenia adresatów programów *leniency*, brak jednak szczególnych powodów do wyjawiania działalności kartelu, o ile tylko pozostaje on dochodowy, a ryzyko wykrycia go w wyniku jakiegoś zdarzenia niezależnego od działań członków kartelu jest niskie.

Programy nagradzania informatorów mogą potencjalnie zmienić tę sytuację poprzez zwiększenie oddziaływania prawa konkurencji na poszczególne osoby fizyczne, nie samych tylko przedsiębiorców będących najczęściej osobami prawnymi. Na płaszczyźnie czysto intelektualnej, programy nagradzania stanowią jeden z ciekawszych mechanizmów wdrażania prawa możliwy do wykorzystania przez organy ochrony konkurencji. Z prawnego punktu widzenia programy te pozwalają na występowanie o przyznanie świadczenia pieniężnego za dostarczenie informacji o naruszeniu prawa, tj. formułują prawo podmiotowe informatorów do otrzymania nagrody, a zarazem przyznają organom ochrony konkurencji kompetencję do wypłaty takich nagród. Z ekonomicznego punktu widzenia, tego rodzaju prosty mechanizm prawny prowadzi natomiast do utworzenia swego rodzaju „rynku", na którym dochodzi do przekazywania informacji w zamian za świadczenia pieniężne. Rozbudowując dalej to ekonomiczne spojrzenie na przedmiotową kwestię, można stwierdzić, że programy nagradzania mogą przyczyniać się do stworzenia wydajnego systemu gromadzenia i przetwarzania informacji. W systemie takim pojedyncza jednostka, realizując swoje własne interesy i powiększając swój własny dobrobyt, posiada bodźce do gromadzenia informacji i udostępniania ich organom publicznym, co pośrednio może również zwiększać dobrobyt społeczny.

Podczas gdy ocena skuteczności trzech programów nagradzania wprowadzonych do porządków prawnych omówionych państw europejskich wciąż jest bardzo utrudniona z uwagi na krótki okres wykorzystania tych programów, analiza przeprowadzona na potrzeby niniejszego artykułu pozwala na przedstawienie przynajmniej kilku konkluzji. Po pierwsze, można wskazać, że z pewnością możliwe jest ukształtowanie programu nagradzania opartego na modelu różniącym się od tych, które obecnie przyjęto w innych państwach europejskich. Jak wskazano, obecnie zasadne wydaje się wyróżnienie dwóch europejskich modeli: „brytyjskiego" i „węgierskiego". Niemniej, z punktu widzenia finansowania programu nagradzania, a zarazem budowania odpowiedniej motywacji po stronie informatorów, model hybrydowy może swoją skutecznością przewyższać oba z wymienionych powyżej rozwiązań. Ponadto, południowokoreański program nagradzania, który na gruncie niniejszego artykułu nie podlegał obszernej analizie, również dostarcza istotnego wzorca, co do możliwego sposobu ukształtowania metody kalkulacji nagród dla informatorów, ponieważ przewiduje sformalizowany mechanizm dostosowywania poziomu tych nagród do okoliczności danej sprawy. Poza rozważaniami o charakterze prawnym i ekonomicznym, programy

nagradzania mogą również odgrywać istotną rolę w polityce konkurencji sensu stricto. Wynika to z faktu, że indywidualnie przyznawane nagrody mogą zwiększać zainteresowanie prawem konkurencji po stronie „przeciętnych" podmiotów prawnych w podobny sposób, jak ma to miejsce w przypadku indywidualnych kar za naruszenia reguł konkurencji. Innymi słowy, organy ochrony konkurencji mogą wykorzystywać programy nagradzania do zwiększania poziomu świadomości funkcjonowania w systemie prawnym reguł ochrony konkurencji.

Analiza programów nagradzania wykorzystywanych w praktyce sugeruje jednak również, że jako narzędzie wdrażania prawa programy te mogą spotykać się z podobnymi problemami, jak miało to miejsce w przypadku pierwszych programów *leniency*, tj. problemem niedostatecznej transparentności. Przykłady programów omówione w niniejszym artykule wskazują, że jednym z podstawowych problemów i dylematów, który będzie musiał być rozwiązany przez organ ochrony konkurencji zainteresowany wdrożeniem takiego programu, jest osiągnięcie odpowiedniej równowagi pomiędzy sprawnymi i pewnymi wypłatami nagród a zagwarantowaniem, że program w istocie będzie wykorzystywany przez informatorów wewnętrznych zdolnych do pozyskania wartościowych informacji. Odpowiedniego wyważenia i dodatkowej analizy wymagałoby również określenie środków gwarantujących poszanowanie sprawiedliwości proceduralnej oraz praw podstawowych w kontekście wykorzystania pomocy oferowanej przez informatorów.

Czy mając powyższe na uwadze, należy przewidywać, że programy nagradzania staną się w przyszłości równie podstawowym narzędziem wdrażania reguł konkurencji, jak ma to obecnie miejsce w przypadku programów *leniency*? Jak zostało słusznie zaobserwowane przez jednego z wybitnych ekonomistów austriackich: „tym, co liczy się w przypadku dokonywania prognoz o charakterze społecznym, jest nie sama odpowiedź w formie stwierdzenia tak lub nie, która podsumowuje wszystkie fakty i argumenty, które do takiego stwierdzenia prowadzą, ale właśnie same przedstawione fakty i argumenty. To bowiem te właśnie fakty i argumenty zawierają w sobie wszystko to, co można uznać za naukowe w ostatecznym rozstrzygnięciu. Cała reszta stanowi natomiast nie naukę, ale przepowiednię"[90]. Wydaje się jasne, że programy *leniency* w ich obecnej formie nie są w stanie rozwiązać problemu wykrywalności karteli, a tym bardziej problemu karteli samego w sobie. Mając na uwadze znaczną liczbę rynków poddanych obowiązywaniu reguł konkurencji, fakt, że reaktywne metody wykrywania naruszeń umożliwiają najłatwiejsze objęcie wszystkich tych rynków, a także fakt, że inne reaktywne narzędzia wykrywania karteli są już wykorzystywane przez organy ochrony konkurencji, programy nagradzania informatorów stanowią interesujące rozwiązanie możliwe do wykorzystania na gruncie prawa konkurencji.

[90] J. Schumpeter, *Capitalism, Socialism and Democracy*, Routledge, London 1942/2003, s. 61.

Dariusz Aziewicz*

Kontrola nabywania pakietów mniejszościowych przez Komisję Europejską w planowanej reformie rozporządzenia 139/2004

Spis treści

I. Wprowadzenie
II. Kontrola koncentracji przedsiębiorstw przez Komisję Europejską – obecny stan prawny
III. Kontrola nabywania pakietów mniejszościowych jako koncentracji w systemach prawa ochrony konkurencji
IV. Stanowisko Komisji w zakresie nabywania pakietów mniejszościowych, założenia ekonomiczne – polemika
V. Propozycje Komisji w zakresie systemu notyfikacji nabywania pakietów mniejszościowych
VI. Proponowane rozwiązania Komisji w zakresie systemu notyfikacji a prawo polskie
VII. Zasada skuteczności prawa unijnego – *effet utile*
VIII. Podsumowanie

Streszczenie

Artykuł dotyczy planowanej przez Komisję Europejską reformy systemu kontroli koncentracji przedsiębiorstw. W lipcu 2014 r. Komisja Europejska opublikowała Białą księgę pt. *Towards more effective EU merger control*. W artykule poruszono ekonomiczne aspekty zasadności wprowadzenia prewencyjnej kontroli nabywania pakietów mniejszościowych udziałów/akcji przedsiębiorstw. Artykuł wskazuje również, jak zaproponowane przez Komisję Europejską rozwiązania dotyczące wymogów notyfikacji nabywania pakietów mniejszościowych, jako koncentracji, mogą być stosowane w praktyce, w realiach prawa polskiego oraz jakie zmiany były niezbędne w celu zapewnienia pełnej skuteczności celów stawianych przed Komisją Europejską.

Słowa kluczowe: ochrona konkurencji; kontrola koncentracji; Rozporządzenie 139/2004; pakiety mniejszościowe.

I. Wprowadzenie

Zmierzając do reformy systemu kontroli koncentracji przedsiębiorstw, Komisja Europejska (dalej: Komisja) opublikowała w lipcu 2014 r. Białą księgę pt. *Towards more effective EU merger control* (dalej: Biała księga)[1]. Jednym z dwóch najważniejszych założeń reformy jest objęcie

* Absolwent LL.M. in Comparative Law (University of Florida G. Levin College of Law); doktorant w Zakładzie Europejskiego Prawa Gospodarczego Uniwersytetu Warszawskiego; e-mail: darek.aziewicz@gmail.com.

[1] White Paper Towards more effective EU merger control (Text with EEA relevance) z 9.07.2014, Commission Staff Working Document Accompanying the document White Paper Toward more effective EU merger control z 9.07.2014; Commission Staff Working Document Executive Summary of the Impact Assessment Accompanying the document White Paper Towards more effective EU merger control [COM(2014) 449 final] z 9.07. 2014.

prewencyjnym nadzorem Komisji wszystkich źródeł szkody dla konkurencji (a w konsekwencji dla konsumentów), mogącej powstać w wyniku przeprowadzenia transakcji kapitałowych. W związku z powyższym Komisja zakłada nowelizację rozporządzenia Rady (WE) Nr 139/2004 z dnia 20 stycznia 2004 roku w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (dalej: rozporządzenie 139/2004), tak by objąć prewencyjnym nadzorem transakcje polegające na nabywaniu pakietów mniejszościowych akcji/udziałów, które nie prowadzą do jednoczesnego przejęcia kontroli w rozumieniu prawa ochrony konkurencji (dalej: pakiet mniejszościowy). Rozważania niniejszego artykułu skoncentrowane zostaną na możliwości zapobiegania przez Komisję istotnym ograniczeniom skutecznej konkurencji w wyniku nabywania pakietów mniejszościowych podczas transakcji, których uczestnikami będą spółki założone zgodnie z prawem polskim. Przedmiotem artykuły nie będzie zasadności wprowadzenia kontroli nabywania pakietów mniejszościowych ze względu na zwiększone koszty transakcyjne przedsiębiorców, aspekty stricte proceduralne czy możliwość oceny antykonkurencyjności takich transakcji *a posteriori* na podstawie art. 101 lub 102 TFUE. Wydaje się bowiem, że Komisja na obecnym etapie prac jest przekonana do wprowadzenia zaproponowanego rozwiązania.

II. Kontrola koncentracji przedsiębiorstw przez Komisję Europejską – obecny stan prawny

W obecnym stanie prawnym, prewencyjny nadzór nad koncentracjami przedsiębiorstw sprawowany przez Komisję, obejmuje:

(i) łączenie dwóch lub większej ilości samodzielnych przedsiębiorstw lub ich części[2];

(ii) przejęcie bezpośredniej lub pośredniej kontroli nad całym lub częścią przedsiębiorstwa[3] oraz

(iii) utworzenie wspólnego przedsiębiorstwa pełniącego w sposób trwały wszystkie funkcje samodzielnego podmiotu gospodarczego[4].

Transakcje polegające na nabywaniu pakietów mniejszościowych, niezwiązane z jednoczesnym nabyciem kontroli lub wspólnej kontroli w rozumieniu prawa ochrony konkurencji (tj. możliwością wywierania tzw. decydującego wpływu na inne przedsiębiorstwo), nie podlegają wymogowi notyfikacji[5]. Ich negatywne skutki, są w obecnie oceniane na gruncie art. 101 i 102 TFUE[6].

III. Kontrola nabywania pakietów mniejszościowych jako koncentracji w systemach prawa ochrony konkurencji

Rozważania niniejszego artykułu warto rozpocząć od tego, że pomimo iż sprawowana przez Komisję na poziomie unijnym prewencyjna kontrola nad koncentracjami przedsiębiorstw nie obejmuje obecnie nabywania pakietów mniejszościowych, tego rodzaju transakcje wymagają uprzedniej notyfikacji w kilku państwach członkowskich. Są one objęte kontrolą urzędu antymonopolowego w Niemczech, gdzie za koncentrację uznaje się nabywanie pakietu większego niż 25% udziałów/akcji przedsiębiorstwa, jeśli związane jest to z osiągnięciem tzw. istotnego konkurencyjnego wpływu

[2] Art. 3 ust. 1 a rozporządzenia 139/2004.

[3] Art. 3 ust. 1 b rozporządzenia 139/2004.

[4] Art. 4 rozporządzenia 139/2004.

[5] Art. 3 ust. 2 rozporządzenia 139/2004.

[6] Sprawy 142/85 oraz 156/84 *British American Tabaco Company Limited i R. J. Reynolds Industries Inc.* v *Komisji Europejskiej*, 1987 ECR 4487 oraz Decyzja Komisji z 10.10.1992 (93252/EEC), w sprawach Nr IV/33.440 *Warner-Lambert/Gillette i inni* oraz IV/33.486 *BIC/Gillette i inni* (O. Dz. UE. z 12.05.93 nr L 116/21).

na pasywnego uczestnika koncentracji[7]. Według dostępnych danych tego rodzaju transakcje stanowią ok. 10% wszystkich koncentracji notyfikowanych do niemieckiego organu ochrony konkurencji. W roku 2012 na 4 zakazy wydane przez *Bundeskartellamt*, jeden dotyczył nabycia pakietu mniejszościowego[8]. W latach 2005–2012 odnotowano cztery takie decyzje, co stanowiło 12% wszystkich zakazów koncentracji[9]. Przykładowo w roku 2008 Federalny Urząd Kartelowy zakazał dokonania koncentracji polegającej na nabyciu przez A-Tec Industries AG (A-Tec) 13,75% akcji w Norddeutsche Affinerie[10]. Podobny system kontroli konstytuuje prawo austriackie. Uprzedniemu zgłoszeniu do austriackiego urzędu ochrony konkurencji – *Bundeswettbewerbsbehörde* – podlegają transakcje, w których dochodzi do nabycia pakietu mniejszościowego większego niż 25% udziałów/akcji. Inaczej niż w prawie niemieckim, prawo ochrony konkurencji w Austrii (*Bundesgesetz gegen Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen*) nie przewiduje jednak wymogu osiągnięcia wpływu na działalność przedsiębiorcy, którego pakiet mniejszościowy jest nabywany. Ich zakwalifikowanie jako koncentracji odbywa się więc wyłącznie na podstawie wielkości nabywanego udziału kapitałowego pasywnego uczestnika koncentracji. W roku 2011 tego typu transakcje stanowiły 15% wszystkich zgłoszeń zamiarów koncentracji w Austrii, a dwie z nich trafiły do drugiej fazy postępowania antymonopolowego. Kolejnym państwem członkowskim Unii Europejskiej, nadzorującym nabywanie pakietów mniejszościowych jest Wielka Brytania. Wymaganą przez brytyjski system prawny przesłanką do podjęcia kontroli jest zaistnienie „istotnego wpływu" na pasywnego uczestnika koncentracji. Wpływ ten nie jest oceniany tylko na podstawie wielkości pakietu mniejszościowego, lecz także na podstawie innych czynników, podobnych do tych, które świadczą o „decydującym wpływie" w rozumieniu prawa ochrony konkurencji. Istotnym jest jednak to, że w tym przypadku korelacja prawa ochrony konkurencji z prawem handlowym sprawia, że pakiet 25% może samodzielnie przesądzać o istnieniu „istotnego wpływu", ponieważ prawo handlowe Wielkiej Brytanii przyznaje udziałowcom posiadającym udział kapitałowy tej wielkości, prawo do blokowania szczególnych uchwał wspólników[11].

Poza wskazanymi powyżej państwami członkowskimi Unii Europejskiej, nabywanie pakietów mniejszościowych jest objęte prewencyjnym nadzorem organów antymonopolowych m.in. w USA. Amerykańskie prawo antytrustowe nie konstytuuje przesłanki nabycia kontroli w celu objęcia transakcji wymogiem notyfikacji[12]. Dlatego też nabywanie pakietów mniejszościowych było kilkukrotnie uznawane przez właściwe organy (*Federal Trade Commission* lub *Department of Justice Antitrust Division*) za ograniczające konkurencję według stosowanego w USA testu istotnego zaniżenia konkurencji (*SLC – substantially to lessen competition*)[13]. Z praktyki tych organów wynika, że koncentracje polegające na nabywaniu pakietów mniejszościowych mogą być uznane za zagrażające dobrobytowi konsumentów, jeżeli dochodzi do nabycia powyżej 15% udziałów/akcji w podmiocie mogącym zostać uznanym za konkurenta nabywcy pakietu (lub np. konkurenta spółki

7 Art. 37(1) nr 3 oraz art. 37(1) nr 4 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen.

8 Jens Peter Schmidt, *Germany: Merger control analysis of minority shareholdings – a model for the EU?*, „Concurrences" 2013, Nr. 2, s. 207–212.

9 Ibidem.

10 Decyzja Nr. B5-198/07 - A-Tec Industries AG/Norddeutsche Affinerie AG, 27.02.2008.

11 Odpowiedź brytyjskich organów ochrony konkurencji w konsultacjach dotyczących reform rozporządzenia 139/2004, z 20.09.2013, s. 14.

12 Orzeczenia: *United States* v *E. I. du Pont de Nemours & Co.*, 353 U.S. 586, 592 (1957) dotyczące nabycia 23% akcji, oraz *Crane Co.* v *Harsco Corp.*, 509 F. Supp. 115, 123–25 (D. Del. 1981) dotyczące nabycia 20% akcji, a także orzeczenie *Denver & Rio Grande Western R.R.*v *United States*, 387 U.S. 485 (1967).

13 The Clayton Act z 15.10.1914 (Pub.L. 63–212, 38 Stat. 730).

córki nabywcy pakietu)[14]. Nie jest to jednak wymóg absolutny. Możliwość wystąpienia skutków antykonkurencyjnych może wynikać bowiem również z samego dostępu do informacji sensytywnych[15]. Podobne rozwiązania dotyczące nadzoru nad nabywaniem pakietów mniejszościowych zawierają m.in. prawa ochrony konkurencji Kanady czy Japonii.

IV. Stanowisko Komisji w zakresie nabywania pakietów mniejszościowych, założenia ekonomiczne – polemika

Objęcie prewencyjną kontrolą transakcji kapitałowych polegających na nabywaniu pakietów mniejszościowych uzasadniane jest przez Komisję możliwością wygenerowania w ich wyniku szkody dla konkurencji, a w rezultacie dla konsumentów, podobnie jak w przypadku innych transakcji, dotychczas objętych wymogiem uprzedniej notyfikacji na podstawie rozporządzenia 139/2004. W Białej księdze Komisja wskazała na trzy rodzaje powstania szkody.

Pierwszym z nich jest doprowadzenie do powstania skutków nieskoordynowanych (*non-coordinated effects*) w wyniku dokonania koncentracji horyzontalnych. Według Komisji nabycie pakietu mniejszościowego konkurenta może spowodować nasilenie bodźców i zdolności nabywającego do podniesienia cen lub ograniczenia produkcji, a tym samym obniżać dobrobyt konsumentów. Zdaniem Komisji, jeżeli przedsiębiorstwo nabywające pakiet mniejszościowy posiada interes finansowy w zyskach konkurenta, może ono zdecydować się na „internalizację" zysków, która łączy się ze zmniejszeniem wzajemnej presji konkurencyjnej nabywającego i biernego uczestnika koncentracji. Dojdzie więc do takiej sytuacji, gdzie nabywca przy kalkulacji sposobu maksymalizacji swoich zysków, będzie brał pod uwagę zyski pasywnego uczestnika transakcji. Dzieje się tak w wyniku wspomnianego interesu/bodźca finansowego – przedsiębiorca będzie generował zyski nie tylko z własnej aktywności, lecz także z aktywności (i jej zyskowności) pasywnego uczestnika koncentracji. Opisywana internalizacja może być dokonana przez redukcję własnej produkcji lub podniesienie własnych cen – strategie doprowadzające do zmniejszenia popytu na własne produkty na rzecz produktów drugiego uczestnika koncentracji. Według Komisji tego rodzaju sytuacje mogą mieć miejsce nawet wtedy, gdy nabyty pakiet nie pozwala na wpływanie na działalność gospodarczą drugiego przedsiębiorstwa. Wystarczającym wydaje się bowiem dostęp do jego informacji sensytywnych. W mojej ocenie, w aspekcie opisywanych efektów, należy jednak zwrócić uwagę również na przedstawiane w doktrynie prawa ochrony konkurencji podejście do możliwości powstania efektów nieskoordynowanych uwzględniające tzw. *real world factors*[16]. Podejście to zakłada po pierwsze, że nie w każdym przypadku przedsiębiorca nabywający pakiet mniejszościowy będzie posiadał udział w zyskach konkurenta – pasywnego uczestnika koncentracji (a przynajmniej nie będzie miał pewności otrzymania takiego udziału), jeśli będąc udziałowcem mniejszościowym, nie będzie równocześnie posiadał rzeczywistego (ale niekoniecznie decydującego) wpływu na spożytkowanie czy redystrybucję takich zysków (np. w postaci wpływu na wypłatę dywidendy). Po drugie, internalizacja zysków zależy również w dużej mierze od bodźców, którymi kierują się zarządzający danym przedsiębiorstwem, co do zasady oceniani za

[14] W praktyce orzeczniczej sądów USA zdarzała się też ocena mniejszych udziałów, jak w sprawie: *Time Warner Inc.*, 61 Fed. Reg. 5,0301 (25.09.1996), gdzie doszło do nabycia 9% akcji.

[15] Department of Justice and Federal Trade Commission, *2010 Horizontal Merger Guidelines*, pkt 13, s. 33. Pobrano z: www.justice.gov/atr/public/guidelines/hmg-2010.html oraz orzeczenie United States przeciwko Dairy Farmers of America, 12 426 F.3d 850 (6th Cir. 2005).

[16] J.B. Dubrow, *Challenging the economic incentives analysis of competitive effects in acquisition of passive minority equity interest*, „Antitrust Law Journal" 2001, Vol. 69, No. 1, s. 113–145.

wyniki podmiotu, którym zarządzają oraz zobligowani by nie działać na jego szkodę. Wymienione bodźce mogą znacznie ograniczać więc działania ukierunkowane na ograniczenie własnej podaży na rzecz wzrostu popytu na produkty pasywnego uczestnika koncentracji. Po trzecie, przesłanką typu *real world factor* o istotny znaczeniu jest również zdolność do efektywnej reakcji pasywnego uczestnika koncentracji w celu uchwycenia w odpowiednim czasie i zakresie popytu utraconego przez nabywającego, zezwalająca na efektywne skorzystanie ze strategii internalizacji. Do opisywanych czynników należy także brak dostatecznych informacji o dynamice rynku, posiadanych przez osoby zarządzające przedsiębiorstwami, co także może wpłynąć na utrudnienie internalizacji w praktyce[17]. Przedstawione założenie Komisji wiąże się więc z podejmowaniem dużego ryzyka w zarządzaniu przedsiębiorstwami. Dlatego też wspomniane czynniki powinny być brane pod uwagę przy każdej analizie powstania efektów nieskoordynowanych *case-by-case*, mogących niwelować wskazywany przez Komisję bodziec finansowy[18]. Ich istnienie nie wyklucza jednak całkowicie możliwości wystąpienia efektów nieskoordynowanych wskazanych przez Komisję. Wskazuje raczej na potrzebę dokonywania szerszej analizy ekonomicznej.

Drugim wskazanym przez Komisję przykładem skutków nieskoordynowanych powstających przy transakcjach horyzontalnych jest sytuacja, w której pakiet mniejszościowy powiązany jest z wpływem na decyzje gospodarcze drugiego przedsiębiorstwa (lecz nie prowadzi do przejęcia nad nim kontroli). Nabywca może w takiej sytuacji wpływać na ograniczenie strategii rynkowych pasywnego uczestnika koncentracji, a więc *de facto* powodować zmniejszenie presji konkurencyjnej z jego strony. W mojej ocenie również w tym przypadku pełna analiza możliwości powstania efektów antykonkurencyjnych powinna uwzględniać nie tylko opłacalność strategii, lecz także faktyczną możliwość jej praktycznego zastosowania.

Kolejnym rodzajem powstania szkody dla konkurencji wskazywanym przez Komisję jest doprowadzenie do powstania skutków skoordynowanych (*coordinated effects*) w wyniku dokonania koncentracji horyzontalnej. Pakiet mniejszościowy zezwalający na dostęp do informacji sensytywnych może mieć zarówno wpływ na powstanie bodźców do dorozumianej zmowy (*tacit collusion*), jak i zwykłej zmowy pomiędzy graczami rynkowymi. Transparentność i dostęp do informacji sensytywnych może w szczególności pozwalać na monitorowanie zachowań rynkowych i odchyleń od ustalonej strategii rynkowej uczestników kartelu. Za słuszne należy w mojej ocenie uznać stwierdzenie Komisji, że do wystąpienia takiej sytuacji nie jest niezbędny wpływ na decyzje gospodarcze pasywnego uczestnika koncentracji. Wystarczającym wydaje się bowiem dostęp do informacji sensytywnych. Nie należy jednak zapominać, że dla możliwości wystąpienia efektów skoordynowanych konieczne jest spełnienie określonych przesłanek orzeczniczych[19].

Konkludując rozważania na temat możliwości powstania efektów antykonkurencyjnych w przypadku koncentracji horyzontalnych polegających na nabywaniu pakietów mniejszościowych, warto jest przytoczyć raport DotEcon Ltd. pt. *Minority interests in competitors*, z 2010 roku, przygotowany dla Office of Fair Trading. Raport stwierdza bowiem, że obecność pomiędzy konkurentami powiązań, polegających na posiadaniu udziałów mniejszościowych, przy braku równoczesnych korzyści

[17] Ibidem, s. 113–145.

[18] Ibidem, s. 132.

[19] Zob.: wyr. Sądu Pierwszej Instancji z 6.06.2002, w sprawie T-342/99, *Airtours* v *Komisji*, ECR II-2592.

efektywnościowych, niesie za sobą prawdopodobieństwo wyższych cen i niższego poziomu produkcji, a jako taki obniża dobrobyt konsumentów[20].

Ostatnim z wymienionych przez Komisję rodzajów szkody antymonopolowej jest zamknięcie rynku w relacjach wertykalnych. Komisja zwraca uwagę na możliwość zamknięcia rynku w przypadku posiadania wpływu na drugie przedsiębiorstwo, ponieważ nabywający pakiet mniejszościowy może dążyć do internalizacji części zysków. Zdaniem Komisji, nabycie pakietu mniejszościowego może nieść ze sobą większe zagrożenie niż całkowite wertykalne zintegrowanie takich przedsiębiorstw.

W mojej ocenie Komisja w założeniach reformy trafnie wskazuje potencjalne zagrożenia wynikające z nabywania pakietów mniejszościowych. Nie ulega jednak wątpliwości, że będą one musiały być w każdym przypadku relatywizowane czynnikami bezpośrednio wpływającymi na zachowania przedsiębiorstw na konkretnym rynku właściwym, w szczególności otoczeniem gospodarczym czy możliwością podejmowania decyzji, które skutki takie mogą wywołać. Czynniki te będą zapewne uwzględniane na etapie przeprowadzenia przez Komisję testu SIEC.

V. Propozycje Komisji w zakresie systemu notyfikacji nabywania pakietów mniejszościowych

W prowadzonych przez Komisję konsultacjach publicznych większość podmiotów wskazała na zagrożenie znacznego podniesienia kosztów transakcyjnych spowodowane wprowadzeniem obowiązku notyfikacji nabywania pakietów mniejszościowych. Z tego powodu Komisja przyjęła, że wprowadzany przez nią system kontroli powinien:

(i) obejmować potencjalnie antykonkurencyjne transakcje polegające na nabywaniu pakietów mniejszościowych;
(ii) nie nakładać niepotrzebnych obciążeń administracyjnych (regulacyjnych) na przedsiębiorstwa, Komisję oraz krajowe organy ochrony konkurencji;
(iii) wpisywać się w dotychczasowy system kontroli koncentracji Komisji oraz krajowych organów ochrony konkurencji.

Rezultatem przyjętych założeń jest zaproponowanie specyficznego systemu kontroli transakcji polegających na nabywaniu pakietów mniejszościowych (*targeted tranparency system*). System ten przewiduje obowiązku zgłoszenia tylko takich transakcji, które będą posiadały potencjał wygenerowania negatywnych skutków dla konkurencji. By transakcja została zakwalifikowana jako podlegająca notyfikacji, będzie musiała wiązać się z zaistnieniem tzw. istotnego powiązania konkurencyjnego (*competitevely significant link*). Powiązanie to powstanie, jeżeli pomiędzy uczestnikami transakcji stwierdzone zostanie kumulatywne istnienie dwóch jego składników. Po pierwsze tzw. bezpośredni stosunek konkurencyjny (*prima facie competitive relationship*). Stosunek ten ma wynikać z aktywności uczestników transakcji na tym samym rynku lub w sektorze albo ich działania na rynkach powiązanych wertykalnie. Po drugie, składnikiem tzw. istotnego powiązania konkurencyjnego będzie obecność uprawnień, które pozwolą nabywającemu przedsiębiorstwu na wpływ na decyzje dotyczące strategii/zachowań rynkowych (np. mniejszość blokująca, prawo do powołania członków zarządu czy też dostęp do informacji sensytywnych) lub na dostęp do informacji sensytywnych pasywnego uczestnika koncentracji. Komisja zaproponowała dodatkowo,

[20] Office of Fair Trading, *Minority interests in competitors, A research report prepared by DotEcon Ltd*, marzec 2010, pkt 1.13, s. 10. Pobrano z: http://www.dotecon.com/assets/images/oftmic.pdf.

by powyżej pewnego poziomu wielkości (20%) pakiet mniejszościowy sam w sobie kreował powstanie tzw. istotnego powiązania konkurencyjnego. Podsumowując, opisywany system kwalifikacji transakcji do objęcia kontrolą Komisji zakłada dwie przesłanki: (i) stosunek konkurencji lub powiązania wertykalnego; (ii) wielkość pakietu mniejszościowego ponad 20% lub pomiędzy 5% a 20% z „dodatkowymi uprawnieniami".

VI. Proponowane rozwiązania Komisji w zakresie systemu notyfikacji a prawo polskie

Oceniając założenia Komisji w zakresie poszerzenia systemu notyfikacji, niezbędnym jest zadanie pytania: czy rozwiązania te pozwolą osiągnąć zakładane cele, tj. ochronę przed wskazanymi powyżej efektami antykonkurencyjnymi w sytuacji, gdy jednym z uczestników koncentracji będzie podmiot założony zgodnie z prawem polskim, w szczególności spółka prawa handlowego. Pytanie to należy rozważyć w szczególności w świetle progów zaproponowanych w przez Komisję, stanowiących główne przesłanki planowanego wymogu notyfikacji.

W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na fakt, że w obecnym stanie prawnym nabywanie pakietów mniejszościowych nie jest objęte obowiązkiem zgłoszenia transakcji Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: Prezes UOKiK) na podstawie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej: ustawa)[21], chyba że wiąże się z przejęciem kontroli w rozumieniu art. 4 pkt 4 ustawy[22]. Dlatego też po wprowadzeniu przez Komisję planowanych przepisów pojawi się rozbieżność pomiędzy prawem polskim a unijnym, uzależniająca obowiązek zgłoszenia transakcji odpowiedniemu organowi antymonopolowemu nie tylko od wielkości obrotów, lecz także od rodzaju transakcji. W tym miejscu warto przypomnieć, iż nabywanie pakietów mniejszościowych podlegało obowiązkowi zgłoszenia do Prezesa UOKiK pod rządami ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z 2000 roku. Wzorując się częściowo na rozwiązaniach niemieckiego prawa antymonopolowego, artykuł 12 ust 3 pkt 1 tego aktu prawego nakazywał zgłoszenie koncentracji polegających na objęciu lub nabyciu akcji albo udziałów innego przedsiębiorcy, które powodowało uzyskanie, co najmniej 25% głosów na walnym zgromadzeniu lub zgromadzeniu wspólników[23]. Według stanowiska przedstawionego przez Prezesa UOKiK, na etapie konsultacji publicznych dotyczących opisywanej reformy rozporządzenia 139/2004, doświadczenie zebrane podczas obowiązywania tego rozwiązania wskazało, że tego typu transakcje nie są problematyczne, a mogą nakładać niepotrzebne obciążenia na przedsiębiorców[24]. Chociaż częściowo należy przychylić się do takiego stwierdzenia, to jednocześnie warto poczynić uwagę, że proponowany przez Komisję system *targeted tranparency system* znacznie różni się od przepisów stosowanych pod rządami ustawy z 2000 roku. Propozycje Komisji pozwalają bowiem na zdecydowane zawężenie zakresu transakcji objętych obowiązkiem notyfikacji. Wymagają więc oddzielnej oceny.

Jak wskazałem powyżej, główne problemy związane z nabywaniem pakietów mniejszościowych wynikają z możliwości **dostępu do informacji sensytywnych konkurenta**, a w rezultacie

[21] Art. 13 ust. 2 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2007 r., nr 50, poz. 331 ze zm.).

[22] Jest to rozumiane, co do zasady, jako wszelkie formy bezpośredniego lub pośredniego uzyskania przez przedsiębiorcę uprawnień, które osobno albo łącznie, przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności prawnych lub faktycznych, umożliwiają wywieranie decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców.

[23] Art. 12 ust. 3 pkt 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. 2000 Nr 122 poz. 1319, ze zm.).

[24] Pismo Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z do Komisji Europejskiej Dyrekcji Generalnej ds. Konkurencji z dnia 12 września 2013 roku, s. 1.

możliwości ich spożytkowania w sposób zmniejszający presję konkurencyjną pomiędzy uczestnikami koncentracji lub też ich wymiany pomiędzy przedsiębiorcami w celu efektywnego utrzymywania zmowy. Może to więc prowadzić do ograniczenia dobrobytu konsumentów zarówno przez kolektywne, jak i jednostronne decyzje/zachowania przedsiębiorców (tj. prowadzące do skutków skoordynowanych i nieskoordynowanych).

Możliwość uzyskania informacji sensytywnych przez wspólników/akcjonariuszy spółek założonych zgodnie z prawem polskim uregulowana jest w szczególności przepisami ustawy kodeks spółek handlowych (dalej: k.s.h. lub kodeks spółek handlowych)[25]. Dostęp wspólników/akcjonariuszy do informacji sensytywnych konkurentów umożliwiają co do zasady: prawo do indywidualnej kontroli wspólników, a także prawo akcjonariuszy do informacji. Prawa te nie są ograniczone ze względu na wielkość posiadanego pakietu udziałów/akcji. Z punktu widzenia przedstawionego problemu badawczego jest to istotne, gdyż propozycje Komisji polegają m.in. na tym, aby poza wymogiem notyfikacji pozostały transakcje polegające na nabyciu pakietów mniejszościowych poniżej 5% udziałów kapitałowych[26].

W spółce z ograniczoną odpowiedzialnością każdy wspólnik ma prawo do indywidualnej kontroli, polegającej na upoważnieniu do: przeglądania ksiąg i dokumentów spółki, sporządzania bilansu dla swojego użytku, żądania wyjaśnień od zarządu[27]. Doktryna podkreśla szeroki zakres tego prawa, dotyczy ono bowiem dostępu do praktycznie wszystkich informacji o spółce[28]. Brak uzależnienia uprawnienia do kontroli spółki przez wspólnika od wielkości posiadanego udziału w kapitale zakładowym wskazuje zarówno orzecznictwo[29], jak i doktryna[30]. Jego zróżnicowanie dla poszczególnych wspólników (np. z powodu wielkości udziału kapitałowego) prowadziłoby do naruszenia zasady równouprawnienia wspólników[31]. Prawo to może zostać jednak wyłączone w umowie spółki w stosunku do wszystkich wspólników, na podstawie art. 213 ust. 2–4 k.s.h. Wydaje się, że w aspekcie dotyczącym prawa ochrony konkurencji buforem dla wycieku informacji sensytywnych, pomiędzy konkurującymi spółkami, powinna być uregulowana kodeksowo możliwość odmowy skorzystania z prawa indywidualnej kontroli, wyrażona przez zarząd spółki. Zarząd spółki z ograniczoną odpowiedzialnością **może** bowiem sprzeciwić się uzyskaniu informacji przez wspólnika, ale jedynie w sytuacji, gdy kumulatywnie spełnione zostaną dwie przesłanki: (i) zaistnieje **uzasadniona obawa**, że wspólnik wykorzysta je w **celach sprzecznych z interesem spółki** i (ii) przez to wyrządzi jej **znaczną szkodę** (np. gdy wspólnik jest konkurentem spółki)[32]. Poza spełnieniem powyższych przesłanek, zarząd spółki z ograniczoną odpowiedzialnością nie może zasłonić się tajemnicą przedsiębiorstwa. Także w **spółce akcyjnej** każdy akcjonariusz ma

[25] Ustawa z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych (Dz.U. 2000 Nr 94 poz. 1037 ze zm.).

[26] Commission Staff Working Document Accompanying the document White Paper Toward more effective EU merger control z 9.7.2014, pkt. 93, s. 29.

[27] Art. 212 § 1 kodeksu spółek handlowych.

[28] M. Rodzynkiewicz, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Wydanie 5, LexisNexis, Warszawa 2013, s. 394.

[29] Zob.: wyr. SN z 7.05.2002r., I CKN 842/2000, (OSNC 2003, nr 7-8, poz. 106): „Prawo osobistej kontroli określone w art. 205 KH (Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 27 czerwca 1934 r. Kodeks handlowy, Dz.U. z 1934 r., nr 57, poz. 502 ze zmianami, przypis: autor) (obecnie art. 212 k.s.h.) nie jest prawem szczególnym przyznanym w umowie poszczególnym wspólnikom, a tym samym nie należy do praw przyznanych osobiście wspólnikowi w rozumieniu art. 237 § 1 KH (obecnie art. 246 § 3 k.s.h.)", zob. również: wyr. SA w Katowicach z 14.01.2014 r. V ACa 367/2013.

[30] Zob.: A. Szumański, *Komentarz do art. 212*, [w:] S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, *Kodeks spółek handlowych, Tom II, spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Komentarz do artykułów 151–300*, 3 wydanie, C.H. Beck, Warszawa 2014, s. 528.

[31] Art. 20 kodeksu spółek handlowych.

[32] Art. 212 § 2 kodeksu spółek handlowych., Zob. również: Oplustil Krzysztof w: TPP.2000.3.9, *Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w projekcie ustawy – Kodeks spółek handlowych. Wybrane zagadnienia, cz. II:* „Brzmienie [art. 212 § 2 k.s.h.], a zwłaszcza uzależnienie odmowy wykonania prawa kontroli od znacznych rozmiarów szkody grożącej spółce ze strony wspólnika w razie udostępnienia mu wglądu do spraw spółki, przemawiają za tym, że odmowa taka będzie mogła nastąpić jedynie w przypadkach wyjątkowych i wymagać będzie uzasadnienia przez zarząd."

prawo do żądania udzielenia informacji przez zarząd[33]. Zakres przedmiotowy tego prawa jest równie szeroki, dotyczy bowiem wszelkich danych w zakresie spraw spółki. W doktrynie wskazuje się, że dotyczy to m.in. istotnych z punktu widzenia ochrony konkurencji planów gospodarczych, zawartych oraz przewidywanych w przyszłości umów czy też danych technicznych związanych z przedmiotem działalności spółki[34]. Przepisy k.s.h. **obligują** jednak zarząd spółki akcyjnej do odmowy skorzystania z prawa do informacji przez akcjonariusza, m.in. jeżeli dostęp mógłby wyrządzić spółce **szkodę** w szczególności przez ujawnienie tajemnic handlowych lub organizacyjnych przedsiębiorstwa[35]. Jednakże z udzielaniem dostępu do informacji wspólnikom/akcjonariuszom skorelowana jest odpowiedzialność, jakiej podlegają członkowie zarządu spółek kapitałowych, za szkodę wyrządzoną działaniem sprzecznym z prawem lub postanowieniami umowy spółki[36]. Podobna sytuacja (dostępu do informacji) ma miejsce w spółkach osobowych, gdzie ustawodawca przewidział prawo do indywidualnej kontroli: komandytariusza w **spółce komandytowej**[37] czy wspólnika **w spółce jawnej**[38].

Chociaż przyjęte przez ustawodawcę rozwiązania ograniczające dostęp do tajemnic przedsiębiorstwa powinny zapobiegać wymianie informacji sensytywnych pomiędzy konkurentami, to w świetle założeń prawa ochrony konkurencji mogą one okazać się niewystarczające. Do takiej sytuacji może dojść, po pierwsze, w przypadku spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, ponieważ w publicznie dostępnym rejestrze przedsiębiorców udostępnieniu podlegają jedynie informację o wspólnikach posiadających więcej niż 10% udziałów[39]. Po drugie, ponieważ brak jest przepisu obligującego do ujawniania w tym rejestrze akcjonariuszy (chyba że jeden z nich posiada 100% akcji)[40]. W takiej sytuacji zarząd spółki kapitałowej może nie posiadać informacji o tym, że dana osoba jest wspólnikiem lub akcjonariuszem konkurującej spółki i dopuścić do wymiany sensytywnych danych na podstawie prawa do informacji lub prawa do indywidualnej kontroli. Na marginesie warto zauważyć, że niektórzy komentatorzy wskazują, iż już sam udział w zgromadzeniach spółek kapitałowych może umożliwić akcjonariuszowi/wspólnikowi uzyskanie pożądanych informacji przez przysłuchiwanie się omawianym sprawom[41].

W drugiej kolejności w świetle przepisów k.s.h. warto poruszyć zaproponowane przez Komisję rozwiązanie wprowadzające domniemanie, pozwalające uznać nabycie pakietu mniejszościowego o wielkości powyżej 20% za samodzielnie wystarczające do wpływania na działalność gospodarczą drugiego przedsiębiorstwa. Jedynym odniesieniem takiego rzędu wielkości do prawa polskiego wydaje się możliwość zwoływania zgromadzeń, do czego w spółce akcyjnej wystarczy 20%[42], a w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością – 10% kapitału zakładowego (chyba że umowa spółki przewiduje mniejszy próg)[43]. Uchwały wspólników oraz akcjonariuszy co

[33] Art. 428 § 1 oraz ust. 6 kodeksu spółek handlowych, ustanawiające obowiązek udzielenia informacji podczas walnego zgromadzenia akcjonariuszy oraz możliwość udzielenia informacji poza wlanym zgromadzeniem.

[34] Zob.: A. Szumański, *Komentarz do art. 428*, [w:] S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, *Kodeks spółek handlowych*…, s. 1538.

[35] Art. 428 § 2 kodeksu spółek handlowych.

[36] Art. 293 § 1 kodeksu spółek handlowych.

[37] Art. 120 § 1 kodeksu spółek handlowych.

[38] Art. 38 § 2 kodeksu spółek handlowych.

[39] Art. 38 ust. 8 pkt c ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym (Dz.U. 1997 Nr 121 poz. 769 ze zm.).

[40] Art. 38 ust. 9 pkt h ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym.

[41] Zob.: R.L. Kwaśnicki, *Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością*, C.H. Beck, Warszawa 2005, s. 213.

[42] Art. 400 § 1 kodeksu spółek handlowych.

[43] Art. 236 § 1 i 2 kodeksu spółek handlowych.

do zasady zapadają jednak bezwzględną większością głosów[44]. Chociaż pakiet mniejszościowy może w niektórych przypadkach pozwalać na wpływ na działalność spółki, np. gdy wymagane jest głosowanie grupami przez akcjonariuszy, taka wielkość może umożliwiać powołanie np. członka rady nadzorczej w spółce akcyjnej. Musi to jednak wynikać z uregulowań statutu spółki. Większości kwalifikowane, będące podstawą zablokowania podjęcia uchwały przez udziałowców/akcjonariuszy mniejszościowych, niezbędne są natomiast w przypadku obu spółek kapitałowych do podejmowania uchwał nie mających wpływu na podejmowaną na rynku właściwym walkę konkurencyjną. W spółce z ograniczoną odpowiedzialnością uzyskanie takich większości jest niezbędne do: zmiany umowy spółki, rozwiązania spółki lub zbycia przedsiębiorstwa albo jego zorganizowanej części (dwie trzecie głosów), istotnej zmiany przedmiotu działalności spółki (trzy czwarte głosów)[45]. Natomiast większości kwalifikowane w spółce akcyjnej dotyczą emisji obligacji zamiennych i obligacji z prawem pierwszeństwa objęcia akcji, zmiany statutu, umorzenia akcji, obniżenia kapitału zakładowego, zbycia przedsiębiorstwa albo jego zorganizowanej części i rozwiązania spółki (trzy czwarte głosów)[46]. Wymóg uzyskiwania większości kwalifikowanych w spółkach kapitałowych, co do zasady nie może być więc traktowany jako wpływ udziałowca/akcjonariusza na zachowania rynkowe przedsiębiorstw, których skorelowanie mogłoby doprowadzić do wyrządzenia szkody konsumentom w świetle zasad prawa ochrony konkurencji. Same zgromadzenia nie mają też bezpośredniego wpływu na decyzje zarządu spółki kapitałowej[47]. Na końcu należy jednak zwrócić uwagę na możliwość takiego skonstruowania umowy/statutu spółki, który będzie wymagać zgody zgromadzenia wspólników/walnego zgromadzenia na poszczególny rodzaj transakcji. Ponadto nie należy wykluczać osobistych uprawnień akcjonariusza, np. do powoływania członków zarządu spółki. Obydwa te rozwiązania związane są jednak ze szczególnym uregulowaniem umowy/statutu spółki kapitałowej.

VII. Zasada skuteczności prawa unijnego – *effet utile*

Wskazana w pkt VI niniejszego artykułu rozbieżność przepisów polskiego prawa handlowego z założeniami Komisji w zakresie planowanej reformy rozporządzenia 139/2004 może rodzić obawy o naruszenie zasady efektywność prawa unijnego (*effet utile*). Zasada ta polega na zapewnieniu praktycznej skuteczności normy prawa Unii Europejskiej[48]. Wskazuje się, że w aspekcie pozytywnym obejmuje ona: „obowiązek podejmowania wszelkich środków koniecznych do zapewnienia skutecznego stosowania prawa UE i zapewnienia ochrony zarówno w zakresie pierwotnego (*primary*), jak i wtórnego (*secondary*) prawa UE”[49]. W związku z tym od każdego państwa członkowskiego należy wymagać m.in. działania z należytą starannością w celu zapewnienia pełnej skuteczności norm prawa unijnego, ale również, co istotne z punktu widzenia przedstawianego problemu badawczego, zakazania działań osłabiających jego wpływ. Przykładowo w sprawie *Walt Wilhelm i inni przeciwko Federalnemu Urzędowi Kartelowemu* stwierdzono, że: „Byłoby niezgodne

[44] Art. 245 i 414 kodeksu spółek handlowych.

[45] Art. 246 kodeksu spółek handlowych.

[46] Art. 415 § 1–1[1] kodeksu spółek handlowych.

[47] Art. 375[1] kodeksu spółek handlowych.

[48] K. Piasecki, *Zarys Sądowego prawa procesowego Unii Europejskiej*, Oficyna Wolters Kluwer, Warszawa 2009, s. 28.

[49] Ibidem.

z naturą tego systemu pozwolić państwom członkowskim na wprowadzanie czy utrzymywanie środków, które mogłyby naruszyć praktyczną efektywność Traktatu”[50].

Istnienie tej generalnej reguły funkcjonowania systemu prawnego Unii Europejskiej skłania ku rozważeniu zabiegów, jakie musiałby zostać podjęte przez polskiego ustawodawcę w celu zapewnienia pełnej skuteczności, planowanej przez Komisję reformy systemu kontroli koncentracji przedsiębiorstw. Głównym celem stawianym przed Komisją jest objęcie prewencyjnym nadzorem unijnego organu ochrony konkurencji wszystkich źródeł szkody dla konkurencji, a w konsekwencji dla konsumentów, mogącej powstać w wyniku przeprowadzenia transakcji kapitałowych. Wykazanie szkody związane jest jednocześnie z przeprowadzeniem przez organ antymonopolowy testu istotnego ograniczenia skutecznej konkurencji (SIEC). W mojej ocenie, istniejące w sytuacji będącej przedmiotem rozważanego problemu badawczego bezpośrednie powiązanie pomiędzy normami zawartymi w zasadach prawa unijnego (*effet utile*), unijnym prawie ochrony konkurencji (w tym przypadku w przypadku jednym z jego filarów – kontroli koncentracji przedsiębiorstw) oraz polskim prawie handlowym może skutkować brakiem osiągnięcia celów stawianych przed Komisją w związku z planowaną reformą, w przypadku, kiedy jednym z uczestników koncentracji będą spółki założone zgodnie z prawem polskim. Dzieje się tak z powodu wspominanych rozbieżności pomiędzy przedstawionymi założeniami reformy rozporządzenia 139/2004 a przepisami kodeksu spółek handlowych oraz innych ustaw związanych z polskim prawem handlowym.

W pierwszej kolejności uwidacznia się brak objęcia kontrolą Komisji transakcji polegających na nabyciu pakietów mniejszościowych mniejszych niż 5% udziału kapitałowego konkurenta, co jak wskazałem w pkt VI niniejszego artykułu, w przypadku spółki założonej pod prawem polskim może także prowadzić do wskazywanych przez Komisję skutków antykonkurencyjnych. Takie rozwiązanie może zapobiegać osiągnięciu pełnej efektywności planowanych zmian rozporządzenia 139/2004. W celu zminimalizowania tej rozbieżności pomocnym mogłoby okazać się zaostrzenie wymogu ujawniania wspólników spółki z ograniczoną odpowiedzialnością oraz akcjonariuszy spółki akcyjnej w rejestrze przedsiębiorców, tak by powstawała możliwość identyfikacji każdego z nich. W ten sposób weryfikacji potencjalnego ujawnienia informacji sensytywnych w rozumieniu prawa ochrony konkurencji, w związku z posiadaniem udziałów kapitałowych powstałych w wyniku transakcji nieobjętych wymogiem zgłoszenia, dokonywałyby zarządy spółek kapitałowych. Biorąc pod uwagę odpowiedzialność, jaka ciąży na członkach zarządów, mogłoby to pozwolić na zablokowanie dostępu do informacji sensytywnych, np. na podstawie prawa kontroli, nawet bez uprzedniej oceny transakcji przez organ ochrony konkurencji. Chociaż takie rozwiązanie dotyczyć będzie także większego udziału kapitałowego, to taki, po pozytywnym wyniku kontroli przeprowadzonej przez Komisję, nie powinien jednak stanowić przeszkody dla wykonywania prawa do informacji lub prawa do kontroli czy prowadzić do blokowania przez zarząd spółki możliwości korzystania z nich przez wspólników/akcjonariuszy.

W drugiej kolejności, przeciwdziałaniu zaistnienia wskazanym przez Komisję Europejską efektów antykonkurencyjnych, związanych z nabywaniem pakietów mniejszościowych, mogłoby pomóc rozważenie wprowadzenia zmiany do przepisu art. 212 § 2 k.s.h., tak by przewidywał on podobne przesłanki jak zastosowane dla spółki akcyjnej (art. 428 § 2 ustawy – Kodeks spółek

[50] Wyr. ETS z 3.02.1969, w sprawie 14/68, *Walt Wilhelm i inni* v *Bundeskartellamt*, ECR 1, pkt 6.

handlowych)[51]. Zwiększyłoby to uprawnienia zarządów w ten sposób, że byłyby one zobligowane (w obecnym stanie prawnym uprawnione) do odmowy udzielania informacji wspólnikowi w wyniku spełnienia przesłanki zagrożenia szkodą (w obecnym stanie prawnym „znaczną szkodą") dla spółki.

Odnosząc się natomiast do stwierdzenia kreowania „istotnego powiązania konkurencyjnego" przez sam udział kapitałowy wyższy niż 20%, można stwierdzić, że takie rozwiązanie nie będzie napotykało przeszkód w osiągnięciu celów zakładanych przez Komisję podczas transakcji, których uczestnikami będą spółki założone zgodnie z prawem polskim. Przyznanie domniemania do rzeczywistego wpływu na spółkę na poziomie wyższym niż 20% udziału kapitałowego sprawia jednak, że rozwiązanie Komisji i prawo polskie nie korespondują ze sobą, kreując wymagania surowsze po stronie unijnego prawa ochrony konkurencji. Chociaż w praktyce może zapewne zdarzyć się sytuacja, gdy taki udział sam wykreuje istotny lub nawet decydujący wpływ na spółkę, to jednak nie będzie to regułą. Pozostawienie takiego rozwiązania będzie z pewnością prowadzić do zakończenia postępowania przez Komisję, w większości przypadków, oceną pozytywną, przynajmniej w zakresie braku rzeczywistego wpływu na decyzje konkurenta.

VIII. Podsumowanie

Powyższe rozważania przeprowadzone zostały w świetle założenia, że Komisja przekonana jest do słuszności wprowadzenia obowiązku notyfikacji transakcji polegających na nabywaniu pakietów mniejszościowych, uznając dotychczasową praktykę ich oceny *a posteriori* na podstawie art. 101 i 102 TFUE za niewystarczającą. Podsumowując, w pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na dostosowanie przepisów polskiego prawa do zapobiegania możliwości wymiany informacji i powstania antykonkurencyjnych efektów koncentracji w rozumieniu testu istotnego ograniczenia skutecznej konkurencji (tj. efektów skoordynowanych i nieskoordynowanych), tak by poniżej poziomu udziałów kapitałowych, których nabycie będzie przedmiotem kontroli Komisji, ułatwić zarządom spółek zapobieganie wyciekowi informacji. Gdyby jednak wskazany wyżej brak korespondencji wpływu wielkości zaproponowanych udziałów kapitałowych na faktyczne oddziaływanie na decyzję przedsiębiorstw powtórzył się także w innych państwach członkowskich, cennym byłoby nakłanianie Komisji do dodatkowego przeanalizowania sztywnych progów wskazanych w Białej księdze, kosztem ekonomicznej analizy nabycia pakietu mniejszościowego, tak jak ma to miejsce w przypadku analizy „decydującego wpływu", do której dochodzi przy ocenie przejmowania kontroli nad drugim przedsiębiorstwem (w przypadku prawa polskiego byłaby to umowa/statut spółki mogące przewidywać uzależnienie podejmowania określonych decyzji gospodarczych od zgody zgromadzeń lub szczególne uprawnienie wspólnika/akcjonariusza pozwalające m.in. na dostęp do informacji sensytywnych czy też na wpływ (nie decydujący) na działalność spółki). Takie rozbieżności niewątpliwie powinny zostać wyraźnie wskazane Komisji przez poszczególne państwa członkowskie na etapie konsultacji omawianej reformy. Niezależnie od powyższego, w drugiej kolejności należy także postulować wydanie, przez Komisję, w sytuacji wprowadzenia reformy,

[51] M. Rodzynkiewicz, *Uprawnienie do uzyskiwania informacji o stanie spraw niepublicznej spółki akcyjnej przez jej akcjonariuszy poza walnym zgromadzeniem – de lege lata i de lege ferenda*, „Przegląd Prawa Handlowego" 2012, nr 11, s. 43–49: „Artykuł 428 § 6 k.s.h. pomyślany jest zasadniczo na potrzeby incydentalnego, a nie stałego (okresowego) przekazywania informacji akcjonariuszom. [Ta] regulacja prawna pozostaje w dość jaskrawej opozycji względem instrumentu prawnego, jakim z mocy art. 212 k.s.h. dysponują wspólnicy w spółce z o.o. Prawo każdego wspólnika takiej spółki do żądania informacji o sprawach spółki i skorelowany z tym obowiązek zarządu jej udzielania (jeżeli nie zachodzi wyjątek z art. 212 § 2 k.s.h.), sankcjonowany możliwością wymuszenia udzielenia informacji na drodze sądowej, konfrontuje się bowiem ze swobodnym uprawnieniem zarządu spółki akcyjnej do zadośćuczynienia bądź nie prośbie akcjonariusza o udzielenie informacji, przy czym przesłanki decyzji odmownej zarządu w ogóle nie podlegają kontroli niezawisłego sądu".

podobnie jak w przypadku oceny przejęcia kontroli i pojęcia „decydującego wpływu", stosownych wytycznych dotyczących oceny transakcji, które należy poddać notyfikacji. Takie wytyczne powinny w mojej ocenie zawierać także klarowne rozgraniczenie instytucji „decydującego wpływu" od „istotnego powiązania konkurencyjnego". Istotnym jest również by wskazywały one nie tylko kiedy nabycie pakietu mniejszościowego podlega notyfikacji do organu ochrony konkurencji, lecz także kiedy może ono rodzić obawy organu antymonopolowego jako powodujące zakłócenia konkurencji (a przez to szkodę dla konsumentów). Przykładowo cenną wskazówką byłoby zastosowanie w takich wytycznych zmodyfikowanego wskaźnika herfindahla (MHHI) czy analizy presji cenowej przy badaniu koncentracji na rynkach produktów zróżnicowanych.

Maciej Marek*

Opłaty półkowe a mechanizmy cenotwórcze

Spis treści

I. Wprowadzenie
II. Swoboda kształtowania cen
III. Bezwarunkowe opusty i opłaty procentowe
IV. Wynagrodzenie za usługi określone ułamkiem obrotu
V. Bezwarunkowe opłaty stałe
VI. Opłaty docelowe
VII. Ocena bezwarunkowych opłat stałych na gruncie art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk
VIII. Podsumowanie

Streszczenie

Wynikający z art. 15 ust. 1 pkt 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zakaz pobierania opłat półkowych jest przez polskie orzecznictwo interpretowany zbyt szeroko. Jako opłaty półkowe niesłusznie kwalifikuje się świadczenia, które są przede wszystkim sposobem kształtowania ceny i które z reguły nie są ani szkodliwe, ani nieuczciwe. Do grupy bezpodstawnie piętnowanych mechanizmów cenotwórczych należą opłaty określone ułamkiem wartości obrotu (opłaty procentowe) oraz opłaty należne po osiągnięciu określonego poziomu sprzedaży (opłaty docelowe). Desygnatami hipotezy art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk mogą być opłaty stałe, jednak nawet one nie zawsze skutkują nieuczciwym utrudnieniem dostępu do rynku.

Słowa kluczowe: opłaty za przyjęcie towaru do sprzedaży; opłaty półkowe; cena; rabaty; opusty; premie; bonusy; wynagrodzenie za usługi sieci handlowych; opłaty stałe; opłaty procentowe.

I. Wprowadzenie

Zakaz pobierania opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży wyrażony w art. 15 ust. 1 pkt 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: uznk) stał się bardzo popularny. W sądach toczą się setki spraw, a na rzecz dostawców zasądzane są miliony złotych. W moim przekonaniu, po pierwsze, istnieją poważne argumenty przemawiające za tym, że opłaty półkowe poprawiają efektywności łańcucha dystrybucji, a całkowity zakaz ich pobierania szkodzi konsumentom[1]. Po drugie, przy dominującej obecnie interpretacji sądowej przepis art. 15 ust.1 pkt 4 uznk eliminuje

* Aplikant adwokacki, członek Sekcji Własności Intelektualnej Instytutu Allerhanda, pracownik kancelarii Traple Konarski Podrecki i Wspólnicy; e-mail: maciej.marek@gmail.com.

[1] K. Sudhir, V.R. Rao, *Do Slotting Allowances Enhance Efficiency or Hinder Competition?*, „Journal of Marketing Research" 2006, No. 2, s. 137; M. Marek, *Opłaty za przyjęcie towaru do sprzedaży*, „Przegląd Prawa Handlowego" 2012, nr 2.

z obrotu zjawiska, które z opłatami półkowymi mają niewiele wspólnego – również takie, które w żaden istotny sposób nie różnią się od prostego obniżenia ceny hurtowej. Celem niniejszego artykułu jest odróżnienie zakazanych mocą art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży od dozwolonych mechanizmów cenotwórczych oraz identyfikacja okoliczności, które powinny mieć wpływ na prawną ocenę opłat półkowych na gruncie tego przepisu.

II. Swoboda kształtowania cen

Poszukując prawidłowej wykładni art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk, należałoby wyjść od stwierdzenia, że wymieniony przepis nie może służyć kontroli wysokości cen. Wskazuje na to już wykładnia językowa. Zgodnie z brzmieniem przepisu zakazane jest pobieranie „innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży". Przymykając oko na gramatyczną niefrasobliwość tego sformułowania (błędnie sugeruje ono, że odbiorca osiąga marżę, przyjmując towar do sprzedaży, podczas gdy w rzeczywistości marżę generuje dopiero dalsza sprzedaż towaru), można z niego wywieść, że – zdaniem ustawodawcy – źródłem zysku sprzedawcy detalicznego nie powinny być „inne niż marża opłaty" wnoszone przez dostawców, sprzedawca detaliczny może jednak osiągać zyski z różnicy pomiędzy ceną, za jaką sprzedaje towar a kosztami jego pozyskania, tj. z marży[2]. Kształtowanie ceny hurtowej, np. negocjowanie obniżki czy opustów[3], pozostaje więc poza zakresem hipotezy art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk. Akceptacja odmiennego poglądu czyniłaby zresztą z omawianego przepisu furtkę do powszechnej kontroli cen w dowolnych umowach sprzedaży w obrocie profesjonalnym, co stanowiłoby dalece nieproporcjonalną ingerencję w wolność działalności gospodarczej i nie byłoby akceptowalne także ze względów funkcjonalnych.

W konsekwencji większość autorów słusznie uznaje, że 15 ust. 1 pkt 4 uznk nie uprawnia do badania wysokości ceny i trafnie zwraca uwagę, że dotyczy to również sytuacji gdy cena nie została wskazana wprost, lecz przez podanie sposobu jej obliczenia[4]. W praktycznym zastosowaniu tego niewątpliwie słusznego stwierdzenia występują jednak trudności. Obok prostych obniżek czy opustów w kontraktach sieci handlowych z dostawcami często występują rozmaite świadczenia (nazywane „rabatem", „premią", „bonusem", „wynagrodzeniem" etc.) przyjmujące formę opłat[5]. Kiedy odbiorca płaci dostawcy cenę za dostarczony towar, a dostawca na podstawie tej samej umowy uiszcza na rzecz odbiorcy określoną opłatę, to – z ekonomicznego punktu widzenia – cena ulega obniżeniu o wartość opłaty, jaką dostawca płaci odbiorcy. Opłata uiszczana przez sprzedawcę na rzecz kupującego w mniejszym lub większym stopniu kształtuje więc efektywną cenę towaru. W związku z tym w praktyce stosowania art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk często powstaje pytanie, gdzie kończy się dozwolone kształtowanie ceny, a zaczyna niedozwolone pobieranie opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży.

Brzmienie art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk nie daje na to pytanie odpowiedzi. W szczególności niewystarczające wydaje się zastrzeżenie, że zakazane jest pobieranie opłat „innych niż marża", ponieważ dodatkowe świadczenia uzyskiwane przez odbiorcę mogą – jak już wspomniano – efektywnie

[2] Podobnie P. Węc, *Dopuszczalność stosowania bonusów (premii pieniężnych), opustów i rabatów w świetle przepisu art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk*, „internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny" 2013, nr 2, s. 57.

[3] To jest obniżek kwoty, jaką odbiorca zobowiązany jest uiścić dostawcy tytułem ceny za dostarczony towar.

[4] Tak np. J. Sroczyński, *Rabat retroaktywny a tzw. opłata półkowa: potrzeba racjonalizacji*, „internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny" 2013, nr 2, s. 89; P. Węc, *Dopuszczalność stosowania…*, D. Wolski, *Wybrane zagadnienia na tle orzeczeń dotyczących opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży*, „internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny" 2013, nr 2, s. 29; oczywiście nie oznacza to, że postanowienia określające cenę nie mogą podlegać weryfikacji na podstawie innych przepisów, np. na podstawie art. 9 uokk.

[5] Tzn. polegają na zobowiązaniu się dostawcy do uiszczenia określonej kwoty na rzecz odbiorcy.

obniżać cenę towaru i wpływać na marżę osiąganą przy sprzedaży dalszym nabywcom. Niewiele w tym zakresie wnosi stwierdzenie, że zakazane są opłaty „za przyjęcie towaru do sprzedaży", ze względu na zasadnicze trudności z jego interpretacją. Stosując tę przesłankę, sądy koncentrują się często na ustaleniu czy zgoda na opłatę była warunkiem zawarcia umowy[6]. Jednakże w typowej sytuacji wszystkie postanowienia umowy, które mają dla stron istotne znaczenie gospodarcze, są warunkiem jej zawarcia. Dotyczy to zwłaszcza postanowień kształtujących cenę, z reguły nie jest bowiem dla odbiorcy obojętne czy dostawca udzieli, czy też nie udzieli mu określonego rabatu. Do odróżnienia opłat półkowych i mechanizmów cenotwórczych nie przybliża też badanie czy świadczenie dostawcy miało swój odpowiednik w ekwiwalentnym świadczeniu kupującego. Abstrahując od tego, że obiektywne porównanie ekwiwalentności świadczeń dostawcy i odbiorcy jest z reguły niemożliwe[7], mechanizmy cenotwórcze – zwłaszcza w swej tradycyjnej postaci (np. opusty) – nie muszą mieć żadnego odpowiednika w świadczeniu drugiej strony.

Sądzę, że dla odróżnienia zakazanych opłat półkowych od dozwolonych mechanizmów cenotwórczych konieczne jest odwołanie się do funkcjonalnej i prokonstytucyjnej wykładni art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk. Wykładnia funkcjonalna nakazuje przyjąć, że art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk nie dotyczy świadczeń, które wyłącznie lub w przeważającej mierze pełnią funkcję mechanizmów cenotwórczych. Jeśli bowiem *ratio legis* art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk nie jest kontrola cen, to nie może nim być również walka z postanowieniami umownymi, których jedyną lub zasadniczą funkcją jest właśnie kształtowanie ceny. Do tego samego wniosku prowadzi wykładnia uwzględniająca konstytucyjną zasadę równości. Według Trybunału Konstytucyjnego istotą zasady równości jest to, że wszystkie podmioty prawa charakteryzujące się daną cechą istotną (relewantną) w równym stopniu, mają być traktowane równo, a wszelkie odstępstwa od tego powinny znajdować podstawę w odpowiednio przekonujących kryteriach, zwłaszcza kryterium racjonalności, proporcjonalności i sprawiedliwości[8]. Odmienne traktowanie prostej obniżki ceny oraz postanowień, które są ekonomicznie równoważne prostemu obniżeniu ceny nie jest racjonalne, proporcjonalne ani sprawiedliwe. Artykuł 15 ust. 1 pkt 4 uznk, wykładany celowościowo i w zgodzie z zasadą równości, nie dotyczy więc postanowień określających cenę oraz innych postanowień umownych, które nie różnią się w sposób istotny od postanowień określających cenę.

Jednocześnie nie powinno być wątpliwości, że o tym czy określone świadczenie różni, czy nie różni się istotnie od postanowień kształtujących cenę nie może decydować nazwa[9], lecz jego ekonomiczne właściwości. Jeśli z ekonomicznego punktu widzenia określone świadczenie nie różni się w istotny sposób od prostej obniżki ceny, to nie mieści się ono w hipotezie art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk. Jeśli istotne różnice występują, świadczenie może (choć nie musi – zależy to od spełnienia pozostałych przesłanek przepisu) być zakwalifikowane jako niedozwolona opłata za przyjęcie

[6] Zob. np. wyr. SA w Poznaniu z dnia 9 października 2012 r., I ACa 694/12; wyr. SA w Poznaniu z dnia 13 listopada 2008 r., I ACa 718/08,; wyr. SA w Warszawie z dnia 24 października 2013 r., I ACa 748/13; wyr. SA w Rzeszowie z dnia 20 grudnia 2012 r., I ACa 413/12.

[7] D. Wolski, *Wybrane zagadnienia*…, s. 39; por. także M. Modzelewska de Raad, P. Karolczyk, *„Opłaty półkowe" – między reżimem prywatno- i publicznoprawnym – polemika systemowa*, „internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny" 2013, nr 2, s. 21, które wskazują na nieporównywalność marketingu sieciowego i tradycyjnych form marketingu.

[8] Wyr. TK z 16 grudnia 1997 r., K 8/97, OTK 1997, Nr 5-6, poz. 70, s. 553–554.

[9] Tak np. G. Kaniecki, *„Opłaty półkowe" z punktu widzenia ekonomicznej analizy prawa*, „internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny" 2013, nr 2; choć sądy z reguły deklarują, że nazewnictwo nie ma znaczenia, niekiedy zdają się przywiązywać do niego dużą wagę, zob. np. Wyr. SA w Warszawie z 27.09.2013 r., I ACa 347/13: „Nasuwa się uwaga, że skoro cenę towaru nazwano w umowie ceną towaru, a nie np. jakąś wartością, walorem czy inaczej, to nie istniały przyczyny, dla których części marży nie należało nazwać w umowie zwyczajnie częścią marżą, a nie premią pieniężną, a w tym procesie – ilościowym rabatem retroaktywnym. […] Premia pieniężna przewidziana została w art. 19 umowy ramowej i w żadnym zdaniu nie nazywa jej się upustem czy rabatem (k. 37)".

towaru do sprzedaży. Poniżej scharakteryzowano kilka kategorii świadczeń pojawiających się w umowach z dostawcami, które przez orzecznictwo lub doktrynę bywają kwalifikowane jako opłaty półkowe. Celem poniższej analizy jest ustalenie, które z nich – z ekonomicznego punktu widzenia – różnią się, a które nie różnią się istotnie od prostej obniżki ceny, a wobec tego które z nich – w świetle celowościowej i prokonstytucyjnej wykładni art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk – mogą, a które nie mogą być uznane za opłaty półkowe.

III. Bezwarunkowe opusty i opłaty procentowe

Oprócz określenia jednostkowej ceny towaru oraz kwotowej lub procentowej obniżki ceny jednostkowej w umowach z dostawcami pojawiają się postanowienia przewidujące bezwarunkowe[10] opusty określone ułamkiem wartości obrotu (np. „Dostawca udziela Odbiorcy opustu w wysokości 10% od ceny wskazanej w cenniku").

Hipoteza art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk wspomina jedynie o „opłatach". Ponieważ omawiany przepis stanowi wyjątek od zasady swobody działalności gospodarczej, nie można interpretować go rozszerzająco. Już literalna wykładnia art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk nakazuje zatem przyjąć, że opust procentowy nie może podlegać weryfikacji na gruncie art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk. Niezależnie od tego należy zauważyć, że z ekonomicznego punktu widzenia opust procentowy nie różni się od prostej obniżki ceny. Udzielenie opustu w wysokości 10% wartości obrotu jest równoznaczne z obniżeniem ceny jednostkowej o 10%. Choć pierwsze sformułowanie odnosi się do całości obrotu, a drugie – do ceny jednostkowej, ekonomiczny efekt obu jest identyczny. Niezależnie od wielkości obrotu cena jednostkowa oraz cena ostateczna będą bowiem w obu przypadkach niższe o 10%. Bezwarunkowe opusty procentowe stanowią więc jedynie mechanizm kształtowania ceny towaru. Są one klasycznym przykładem mechanizmów cenotwórczych.

W praktyce obrotu korzyści pieniężne zastrzeżone na rzecz odbiorcy często przyjmują jednak formę opłaty, tj. zobowiązania do zapłaty na rzecz odbiorcy określonego świadczenia pieniężnego (nazywanego np. „opłatą", „premią", „bonusem")[11]. Okoliczność, że korzyść odbiorcy przyjęła formę opłaty (a nie opustu) stanowi często przyczynę uznania jej za zakazaną opłatę półkową[12]. Nie ma racjonalnych podstaw do zaakceptowania takiego stanowiska.

Pomiędzy opłatą procentową a opustem procentowym zachodzą różnice, jednak są one niewielkie. Zastrzeżenie na rzecz odbiorcy towaru opłaty procentowej formalnie nie obniża ceny jednostkowej ani całkowitej, jednak w majątku odbiorcy powstaje wówczas wierzytelność pieniężna o wartości odpowiadającej kwocie opustu (jeśli opust i opłata są określone tym samym ułamkiem). Po jej zaspokojeniu majątki stron znajdują się w takim stanie, w jakim znalazłyby się, gdyby zamiast opłaty dostawca udzielił odbiorcy opustu. W przypadku opłaty – inaczej niż przy opuście – chwila zapłaty za dostarczony towar nie musi się pokrywać z chwilą uzyskania korzyści przez odbiorcę. Różnica ta zaciera się jednak w praktyce, wykonanie zobowiązania do uiszczenia

[10] To jest takie, które nie zostały uzależnione od warunku, w szczególności od osiągnięcia określonego poziomu obrotów.

[11] W języku angielskim na określenie opustu używa się terminu *discount*, natomiast opłaty uiszczane przez sprzedawcę na rzecz kupującego i służące efektywnemu obniżeniu ceny określa się mianem *rebates*. Ponieważ w języku polskim zakres znaczeniowy pojęcia „rabat" nie jest precyzyjnie ustalony, w niniejszej publikacji unikam jego używania.

[12] „Wywód pozwanej […], iż przyjęty sposób naliczania prowadził tylko do korekty uprzednio wystawionych faktur – ceny w nich ujętej, jak też upraszczał wzajemne rozliczenia stron w zakresie regulowania ceny za dostarczany pozwanej towar, a więc wsparty był względami praktycznymi, głównie o charakterze podatkowym – nie uwzględnia okoliczności sprawy, które wskazują na to, iż dochodziło do wzajemnego spełnienia świadczenia pomiędzy stronami z tytułu umowy sprzedaży (poza sporem), a następnie do spełniania przez dostawcę na rzecz pozwanej świadczenia pieniężnego – już bez tytułu mającego swe źródło w jakimkolwiek zobowiązaniu." (Wyr. SA w Warszawie z 27.09.2013 r., I ACa 347/13).

opłaty z reguły nie następuje bowiem poprzez zapłatę umówionej kwoty, lecz przez potrącenie należności odbiorcy z tytułu opłaty z należnościami dostawcy z tytułu ceny sprzedaży towarów. Bezwarunkowe opłaty procentowe i opusty procentowe są więc bardzo do siebie podobne. Różnice między nimi nie dają podstaw do przyjęcia, że któreś jest mniej uczciwe albo że bardziej niż inne utrudnia dostęp do rynku[13]. Obie kategorie korzyści pieniężnych wywołują skutki bardzo podobne do obniżenia ceny jednostkowej.

Bezwarunkowe opłaty i opusty procentowe są więc przede wszystkim sposobem kształtowania ceny towaru. Funkcjonalna wykładnia art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk oraz wzgląd na konstytucyjną zasadę równości nakazują przyjąć, że pozostają one poza zakresem hipotezy tego przepisu. Wskazuje się na to w doktrynie[14], jednak orzeczeń, w których to dostrzeżono, jest wciąż niewiele[15]. Nadzieję na zmianę kierunku orzecznictwa daje wyrok SN z 20 lutego 2014 r., I CSK 236/13, w którym trafnie wskazano, że „konstrukcyjnie upust cenowy i premia pieniężna […] odpowiadały pojęciu tzw. rabatu posprzedażowego i prowadziły do obniżenia przez powoda ceny dostarczanych towarów"[16].

IV. Wynagrodzenie za usługi określone ułamkiem obrotu

Wiele (być może większość) opłat zastrzeganych na rzecz odbiorców stanowią opłaty, które są powiązane ze zobowiązaniem odbiorcy (np. sieci handlowej) do świadczenia na rzecz dostawcy określonych usług (np. usług promocyjnych, marketingowych, logistycznych). Orzecznictwo bardzo nieufnie podchodzi do tego rodzaju świadczeń, ponieważ – zgodnie z konwencjonalną wiedzą – promocją, marketingiem czy logistyką zakupionych towarów powinien zajmować się podmiot, który je zakupił. W rozważaniach teoretycznych sądy nie wykluczają, że w konkretnym przypadku pobranie od dostawcy opłaty za usługi mogłoby zostać uznane za dozwolone, jednak katalog okoliczności, które o tym decydują, nie jest precyzyjnie określony. Deklarowana w uzasadnieniach możliwość wykazania, że wynagrodzenie za usługi nie jest opłatą półkową pozostaje teoretyczna, a postulat pewności prawa jest daleki od realizacji.

Oferowanie przez odbiorców szeregu usług dla dostawców jest nieodłącznym elementem nowoczesnego handlu[17], a czynienie z art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk konkurencyjnej wobec art. 471 k.c. podstawy dochodzenia roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania – z nieporównywalnie mniej wymagającymi przesłankami i znacznie silniejszym skutkiem (powód otrzymuje zwrot całego wynagrodzenia, a nie tylko wartość szkody) – nie znajduje oparcia w brzmieniu art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk. Analiza przyczyn i skutków opłat za usługi świadczone na rzecz dostawcy wykracza jednak poza ramy niniejszego opracowania. Dla jego celów istotne jest przede wszystkim, że wysokość wynagrodzenia za usługi jest często definiowana jako określony ułamek wartości obrotu (określony procent wartości obrotu), co silnie upodabnia je do opustu procentowego. Niestety procentowy charakter wynagrodzenia orzecznictwo traktuje jako dodatkowy argument za uznaniem, że – ze względu na brak dostatecznego powiązania wysokości

[13] Tak również G. Kaniecki, *„Opłaty półkowe"*…, s. 47.

[14] Ibidem, s. 48.

[15] Wśród chlubnych wyjątków można wymienić wyr. SA w Gdańsku z 19.06. 2012 r., V ACa 320/12, oraz wyr. SA w Warszawie z 10.04.2013 r., I ACa 1173/12.

[16] Wyr. SN z 20.02.2014 r., I CSK 236/13, Legalis nr 993187.

[17] M. Modzelewska de Raad, P. Karolczyk, *„Opłaty półkowe"*…, s. 21.

wynagrodzenia z kosztami świadczenia usługi – wynagrodzenie jest opłatą półkową[18]. Wskazane stanowisko nie jest prawidłowe.

Po pierwsze, prawo nie wymaga kalkulowania cen w oparciu o wysokość kosztów[19]. Nie wymaga również, aby usługi były sprzedawane po kosztach ich wytworzenia. Przedsiębiorcy z reguły nie przedkładają swoim kontrahentom sposobu kalkulacji ceny. Cena nie jest bowiem wynikiem określonego działania matematycznego, lecz aktualnego stanu popytu i podaży. Dostawcy również nie przedstawiają sieciom handlowym żadnej kalkulacji cen sprzedawanych przez nich towarów, lecz po prostu przedkładają swój cennik, na który sieć handlowa może przystać lub nie.

Po drugie, koszty wielu rozliczanych w ten sposób usług (np. usług logistycznych) rosną wraz z wielkością obrotu. Opłata stanowiąca ułamek obrotu będzie w takim przypadku silniej powiązana z kosztami niż opłata stała.

Po trzecie, jak już wskazano, zastrzeżenie na rzecz sprzedawcy detalicznego świadczenia stanowiącego określony procent wartości obrotu nie różni się w istotny sposób od prostej obniżki ceny towaru[20], nie podlega więc badaniu na gruncie art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk. Powiązanie go z obowiązkiem świadczenia usług po stronie sieci trudno uznać za okoliczność uzasadniającą zmianę oceny prawnej. Wedle dominującego poglądu art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk służy ochronie dostawców. Sytuacja, w której dostawca musi uiścić „premię" czy „bonus" bez zobowiązania po stronie sieci jest dla niego mniej korzystna, niż uiszczenie „wynagrodzenia" w tej samej wysokości w zamian za zobowiązanie po stronie sieci do świadczenia określonych usług[21]. W tym drugim przypadku dostawca płaci bowiem tyle samo i ponosi takie samo ryzyko, może natomiast domagać się wykonania zobowiązania lub naprawienia szkody wynikłej z jego niewykonania.

Jak wspomniano na wstępie odstępstwa od konstytucyjnej zasady równości powinny znajdować uzasadnienie w kryteriach racjonalności, proporcjonalności i sprawiedliwości. Skoro art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk nie znajduje zastosowania do opłat procentowych, to jego stosowanie do opłat procentowych stanowiących wynagrodzenie za usługi nie byłoby racjonalne, proporcjonalne ani sprawiedliwe. Różnica pomiędzy opłatami procentowymi a procentowym wynagrodzeniem za usługi nie jest różnicą relewantną z punktu widzenia stosowania art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk, polega bowiem na tym, że ujęcie procentowej opłaty jako wynagrodzenia za usługi jest korzystniejsze dla dostawców. Artykuł 15 ust. 1 pkt 4 uznk wykładany przez pryzmat konstytucyjnej zasady równości nie znajduje więc zastosowania do żadnego z wymienionych rodzajów świadczeń.

Oceniając wynagrodzenie za usługi świadczone na rzecz dostawców, sądy powszechne powołują się niekiedy na sposób ich fakturowania. Sądy administracyjne stoją obecnie na stanowisku, że premie pieniężne udzielane nabywcy z tytułu osiągnięcia określonego poziomu obrotów albo terminowej płatności są – niezależnie od nazwy – obniżką ceny sprzedaży i powinny

[18] Zob. np. Wyr. SA w Warszawie z 28.10.2011 r., VI ACa 392/11, w którym sąd stwierdził, że opłaty za usługi logistyczne były opłatami za przyjęcie towaru do sprzedaży, ponieważ opłata transportowa była uzależniona od wielkości obrotów, a nie od gabarytów transportowanych towarów; w wyr. z 22.02.2013 r., I ACa 790/12, SA w Warszawie stwierdził, że w jego ocenie „procentowe ustalanie wysokości opłat świadczy zwykle o braku ekwiwalentności świadczeń."; podobnie wyr. SA w Gdańsku z 09.01.2013 r., I ACa 750/12; wyr. SA w Krakowie z 08.02. 2013 r., I ACa 1399/12, wyrok SA w Warszawie z 14.03.2013 r., I ACa 1123/12.

[19] Pomijając oczywiście niektóre regulacje szczególne i zakazy wynikające z uokk, np. zakaz stosowania cen rażąco niskich (który – stosownie do stanowiska Trybunału Sprawiedliwości UE – interpretuje się jako zakaz stosowania cen niższych od średnich kosztów zmiennych przedsiębiorcy).

[20] Cenotwórczy charakter tego rodzaju opłat dostrzegł np. SA w Gdańsku w wyr. z dnia 09.01.2013 r., I ACa 750/12, jednak potraktował go jako argument za uwzględnieniem powództwa: „W żadnym wypadku nie można akceptować całkowicie oderwanego od tych kosztów procentowego uzależnienia kosztów marketingu od wartości sprzedaży konkretnych towarów, ponieważ prowadzi to w rzeczywistości do przerzucenia tych kosztów, nie wykluczając niekiedy nawet ich przekroczenia, na dostawców oraz do bezpodstawnego obniżenia ceny uzyskiwanej przez nich od pozwanej za swoje towary".

[21] G. Kaniecki, *„Opłaty półkowe"*…, s. 49.

być dokumentowane przez dostawcę fakturą korygującą[22]. Natomiast faktura dokumentująca kwoty płacone sieci handlowej z tytułu wykonywanych na rzecz dostawcy usług powinna być wystawiona przez świadczącego te usługi, tj. przez sieć handlową[23]. W procesach o opłaty półkowe istotne znaczenie przypisuje się często ustaleniu, kto wystawił faktury obejmujące kwestionowane opłaty. Wiele sądów uznaje, że wystawienie przez sieć handlową faktury dokumentującej opłaty świadczy o ich bezprawnym charakterze[24]. W mojej ocenie nie ma racjonalnego powodu, aby ocenę opłaty uzależniać od tego, kto wystawił fakturę[25]. Uiszczenie na rzecz odbiorcy opłaty w wysokości 10% obrotu ma taki sam skutek, jak udzielenie odbiorcy dziesięcioprocentowego opustu także wtedy, gdy opłata została uwzględniona na fakturze odbiorcy. Suma kwot netto jest w obu przypadkach taka sama. W większości przypadków takie same są również konsekwencje podatkowe. Nie ma podstaw do twierdzenia, że któryś z wymienionych sposobów rozliczania korzyści odbiorcy godzi w dobre obyczaje, utrudnia dostęp do rynku albo że jest mniej lub bardziej korzystny dla którejś ze stron transakcji. Sposób fakturowania nie wpływa na cenotwórczy charakter opłaty określonej ułamkiem obrotu, nie powinien mieć zatem żadnego znaczenia dla oceny opłaty procentowej na gruncie art. 15 ust.1 pkt 4 uznk.

V. Bezwarunkowe opłaty stałe

W obrocie nierzadko występują jednak także opłaty stałe (ryczałtowe), tj. opłaty określone nie jako ułamek wartości obrotu, lecz jako kwota o ustalonej z góry wysokości. Tę formę przyjmują często klasyczne opłaty za wprowadzenie towaru do sieci uiszczane na początku współpracy, opłaty za utrzymanie towaru w sieci uiszczane na początku kolejnych okresów współpracy, opłaty związane z otwarciem nowej placówki handlowej i opłaty za gazetki promocyjne. Opłaty stałe posiadają właściwości, które odróżniają je od świadczeń omawianych wcześniej. Ekonomiczną specyfikę tego rodzaju opłat w doktrynie dostrzega się rzadko[26], a w orzecznictwie nie dostrzega się jej wcale. Tymczasem – w mojej ocenie – to właśnie bezwarunkowe opłaty stałe stanowią trzon pojęcia opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży i to przede wszystkim one powinny być analizowane na gruncie art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk.

Bezwarunkowe opłaty stałe – inaczej niż opłaty i opusty określone ułamkiem obrotu – w typowej sytuacji rynkowej istotnie różnią się od prostej obniżki ceny. Nie ma znaczącej różnicy pomiędzy sprzedażą 10 sztuk po cenie 9 zł, a sprzedażą 10 sztuk po cenie 10 zł z opłatą dla odbiorcy w wysokości 10 zł (w obu przypadkach odbiorca płaci bowiem ostatecznie 90 zł). Należy jednak mieć na względzie, że relacje pomiędzy sprzedawcami detalicznymi (zwłaszcza sieciami handlowymi) a dostawcami z reguły nie są kształtowane jednorazowymi, samodzielnymi umowami sprzedaży. Sieci handlowe zawierają z dostawcami czasowe umowy o współpracy, które regulują jej ogólne warunki, w tym rodzaj i wysokość opustów i opłat. Natomiast ilość zakupionego towaru zależy od liczby i rozmiaru zamówień składanych przez sprzedawcę detalicznego w okresie obowiązywania umowy (które zależą z kolei od tego czy towar dobrze się sprzedaje). W chwili

[22] Uchwała NSA z 25.06.2012 r. sygn. akt I FPS 2/12.

[23] Wyr. NSA w z 19.12.2012 r., sygn. I FSK 273/12.

[24] Takie podejście zaprezentowano m.in. w wyroku SA w Warszawie z dnia 24.05.2013 r., I ACa 672/11, w którym stwierdzono, że „Skoro zatem strona pozwana wystawiała faktury VAT, musiała uznawać „premię pieniężną" za rodzaj usługi, a użycie nazwy „premia pieniężna" miało jedynie ukryć rzeczywisty charakter tej opłaty"; podobnie: SA w Warszawie w wyr. z 9.08.2012 r., I ACa 66/12.

[25] Tak również J. Sroczyński, *Rabat retroaktywny*…, s. 94.

[26] Wskazał na nią P. Podrecki, *Opłaty półkowe*, „Monitor Prawniczy" 2014, nr 6.

definiowania opustów i opłat strony z reguły nie wiedzą, jaką ilość towaru odbiorca ostatecznie nabędzie ani jaka będzie ostateczna wartość obrotu. Oczywiście – jak każda opłata uiszczana przez dostawcę na rzecz odbiorcy – opłata stała także obniża efektywną cenę towaru. Jednakże – inaczej niż przy opłacie procentowej czy przy obniżce ceny jednostkowej – strony nie wiedzą z góry, jaki będzie stosunek korzyści zastrzeżonych na rzecz odbiorcy do kwot wypłaconych dostawcy tytułem ceny. Jeśli obrót będzie niewielki, opłata stała może przesunąć efektywną cenę hurtową uzyskiwaną przez dostawcę poniżej poziomu rentowności. Opłata stała może się nawet okazać wyższa od wartości obrotu. W tym ostatnim przypadku dostawca będzie zmuszony zapłacić odbiorcy więcej w formie opłaty stałej, niż od niego otrzymał tytułem ceny za towar. Jednocześnie ewentualne szkody sieci handlowej związane z niską sprzedażą towaru (koszty wprowadzenia towaru do systemu, koszty transportu, koszty alternatywne) zostają dzięki opłacie stałej znacznie ograniczone, ponieważ sieć otrzyma pełną kwotę opłaty niezależnie od poziomu sprzedaży. Opłaty stałe pozwalają zatem skutecznie przenosić na dostawcę ryzyko słabszej sprzedaży towaru. Podobnych rezultatów nie da się osiągnąć za pomocą obniżki ceny jednostkowej[27].

Specyfika opłat stałych sprawia, że mogą one służyć do wywoływania różnych, zarówno pro-, jak i antykonkurencyjnych skutków, których nie można byłoby osiągnąć za pomocą opłat procentowych czy prostej obniżki ceny towaru. Z tego powodu w większości anglojęzycznych publikacji dotyczących opłat pobieranych przez sprzedawców detalicznych od dostawców analizuje się wyłącznie niezależne od obrotu opłaty ryczałtowe:

– w analizach Federalnej Komisji Handlu używa się pojęcia „opłaty **ryczałtowe wnoszone z góry**" (*lump-sum up-front payments*)[28];
– w sporządzonym na zlecenie Biura Uczciwego Handlu (*Office of Fair Trading, OFT*) raporcie Grega Shaffera, w którym zgrupowano istniejące teorie ekonomiczne dotyczące opłat pobieranych przez sieci handlowe, mówi się o „odwróconych opłatach **stałych**" (*reverse-fixed payments*)[29];
– w Wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych Komisja Europejska używa sformułowania „opłaty za dostęp **wnoszone z góry**" (*upfront access payments*)[30].

Zakresy wymienionych pojęć nie są identyczne, ponieważ charakter i systematyka poszczególnych rodzajów opłat wnoszonych przez dostawców na rzecz odbiorców jest cały czas przedmiotem debaty w literaturze ekonomicznej. Niemniej jednak każde z tych pojęć obejmuje opłaty stałe (ryczałtowe), żadne z nich nie dotyczy natomiast opłat stanowiących ułamek obrotu (i to niezależnie od tego czy są uiszczane za dostęp do sklepu, jako „bonus", czy jako wynagrodzenie za usługi, a także czy są bezwarunkowe, czy docelowe).

Ekonomiczna dyskusja na temat potencjalnych skutków opłat półkowych trwa od wielu lat. Aktualny stan wiedzy na ich temat nie pozostawia wątpliwości, że mogą one wywoływać zarówno pozytywne, jak i negatywne skutki. Spór toczy się o to, które z nich przeważają. Próbą

[27] Nie oznacza to, że w braku opłaty ryczałtowej transakcja nie może przynieść dostawcy strat – przy małym obrocie marża dostawcy może okazać się niższa niż koszty stałe związane z transakcją (np. koszt negocjowania umowy z odbiorcą). Opłata stała utrudnia jednak dostawcy przewidzenie czy i w jakim stopniu transakcja będzie dochodowa.

[28] Federalna Komisja Handlu, *Report on the Federal Trade Commission Workshop on Slotting Allowances and Other Marketing Practices in the Grocery Industry*, 2001, s. 2.

[29] Przy czym we wstępie wyjaśniono, że termin ten nie obejmuje opłat uzależnionych od wielkości obrotu, np. opłat docelowych – zob. G. Shaffer, *The Impact of Reverse Fixed Payments on Competition*, Crown copyright 2013, s. 19.

[30] Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych (Dz. Urz. UE C 130 z 19.05.2010 r.), s. 42. W używanym przez Komisję Europejską sformułowaniu „opłaty za dostęp wnoszone z góry" nie ma co prawda wzmianki o stałym czy procentowym charakterze opłat, jednak opłata procentowa nie może być „wnoszona z góry", jeśli wartość obrotu nie jest z góry znana.

podsumowania dorobku literatury przedmiotu jest opublikowany w połowie 2013 r. raport autorstwa Grega Schaffera, sporządzony na zlecenie brytyjskiego Biura Uczciwego Handlu (*Office of Fair Trading, OFT*), w którym zestawiono 14 scenariuszy ekonomicznych wyjaśniających zjawisko pobierania „odwróconych opłat stałych". Z raportu wynika, że – w zależności od wielu czynników[31] – ich pobieranie może wywoływać rozmaite skutki prokonkurencyjne, antykonkurencyjne oraz neutralne dla konkurencji. Pozytywny wpływ omawianych opłat może polegać np. na przenoszeniu na dostawcę części ryzyka słabej sprzedaży, a także na sygnalizowaniu potencjału handlowego oferowanego towaru[32]. Negatywny – na ograniczeniu konkurencji cenowej pomiędzy sprzedawcami detalicznymi[33]. Pozytywne i negatywne skutki mogą przy tym występować jednocześnie.

Opłaty stałe zdecydowanie wyróżniają się więc na tle innych świadczeń potencjalnymi skutkami dla konkurencji rynkowej. Znacząco różnią się przez to od prostej obniżki ceny, procentowych opustów i opłat procentowych. Kształtowanie ceny jest tylko jednym z wielu celów, do jakich można je wykorzystywać, a niektóre z tych celów mogą szkodzić konkurencji. Korzyść, jaką sieć handlowa odnosi z pobierania opłaty stałej nie polega tylko na możliwości uzyskania wyższej marży przy odsprzedaży towaru. Pobierając opłatę stałą, sieć handlowa efektywnie przenosi na dostawcę ryzyko sprzedaży słabszej niż oczekiwana. W tym sensie opłaty stałe można określić jako opłaty „inne niż marża handlowa". Ani językowa i funkcjonalna wykładnia art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk, ani konstytucyjna zasada równości nie stoją więc na przeszkodzie badaniu bezwarunkowych opłat ryczałtowych na gruncie art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk. Ich ostateczna ocena powinna jednak zależeć od spełnienia pozostałych przesłanek tego przepisu, o czym jeszcze będzie mowa.

VI. Opłaty docelowe

Wartą odrębnego omówienia kategorię korzyści zastrzeganych dla odbiorców stanowią opłaty należne po przekroczeniu określonego progu wartości obrotów (opłaty docelowe). Występują one w postaci opłat pro- lub retroaktywnych.

Procentowe opłaty proaktywne obniżają cenę tylko tych towarów, które zostały zakupione już po osiągnięciu ustalonego progu obrotów. Mają więc skutek podobny do zmiany ceny towaru w trakcie trwania współpracy. Różnica pomiędzy ustaleniem procentowej opłaty proaktywnej na początku współpracy a zmianą ceny jednostkowej w trakcie jej trwania polega na tym, że ta pierwsza motywuje odbiorcę do osiągnięcia umówionego poziomu obrotów. Ów motywacyjny element nie przemawia jednak za uznaniem, że opłaty proaktywne naruszają dobre obyczaje albo utrudniają dostawcy dostęp do rynku – zwiększenie wielkości obrotów sprzyja bowiem interesom obu stron transakcji.

Procentowe opłaty retroaktywne obniżają zarówno cenę towarów nabytych po osiągnięciu umówionego progu, jak i cenę towarów nabytych przed jego osiągnięciem. Ich skutek jest więc podobny do obniżki jednostkowej ceny towaru na samym początku współpracy. Opłaty retroaktywne w znacznie większym stopniu niż ich proaktywne odpowiedniki motywują sprzedawcę detalicznego do zwiększenia ilości zakupów u danego dostawcy, obniżają bowiem nie tylko cenę przyszłych zakupów, lecz także zakupów dokonanych wcześniej. W związku z tym są chętnie

[31] Za jeden z warunków zaistnienia skutków antykonkurencyjnych uznano np. oligopolistyczną strukturę rynku.

[32] G. Shaffer, *The Impact*…, s. 275.

[33] Ibidem, s. 283.

stosowane przez dostawców do zapewnienia lojalności odbiorców, a w szczególnych układach rynkowych ich stosowanie – podobnie jak stosowanie klauzul o wyłączności zakupów[34] – może zostać uznane za nadużycie pozycji dominującej[35]. Trzeba jednak zwrócić uwagę, że chodzi tu o nadużywanie pozycji dominującej nie przez odbiorcę, lecz dostawcę (który zamyka dostęp do kanałów dystrybucji konkurencyjnym dostawcom) i jest możliwe wyłącznie wtedy, gdy dostawca zajmuje pozycję dominującą. Ponadto potencjalne antykonkurencyjne skutki opłat retroaktywnych wynikające z ich lojalnościowego charakteru nie różnią się niczym od potencjalnych antykonkurencyjnych skutków klauzul wyłączności zakupów (które nie podlegają przecież badaniu na gruncie art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk). Pomijając opisany efekt motywacyjny istota procentowych opłat retroaktywnych sprowadza się do obniżenia ceny jednostkowej[36], ich wartość nie może przekroczyć wartości obrotu, a umawiające się strony z góry wiedzą, jaki będzie stosunek wartości opłaty należnej odbiorcy do wynagrodzenia należnego dostawcy przed i po przekroczeniu umówionego progu. Opłaty retroaktywne są ponadto powszechnie stosowane przez podmioty niezajmujące pozycji dominującej, a wśród ekonomistów dominuje przekonanie, że w znakomitej większości przypadków są prokonkurencyjne[37].

Zasadniczą funkcją pro- i retroaktywnych opłat procentowych jest zatem kształtowanie ceny towaru, są więc przede wszystkim mechanizmem cenotwórczym. Ich antykonkurencyjny potencjał może się aktualizować jedynie w szczególnych układach rynkowych i w odniesieniu do podmiotów zajmujących pozycję dominującą. Tego rodzaju świadczenia realizują głównie prokonkurencyjne funkcje, powszechnie występują w obrocie gospodarczym[38] i są z reguły korzystne dla obu stron transakcji. Powyższe okoliczności uzasadniają stanowisko, że docelowe opłaty procentowe nie różnią się od prostej obniżki ceny w sposób relewantny dla ich oceny na gruncie art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk. Funkcjonalna i prokonstytucyjna wykładnia art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk nakazywałaby więc przyjęcie, że – jako mechanizmy cenotwórcze – nie podlegają one weryfikacji na gruncie tego przepisu.

Podobnie należałoby oceniać opłaty docelowe o charakterze stałym. Jak już wspomniałem, gdy wartość obrotu jest z góry znana, opłata stała nie różni się istotnie od opłaty procentowej czy od zmiany ceny jednostkowej. Z analogiczną sytuacją mamy do czynienia, gdy obowiązek uiszczenia opłaty stałej zostanie powiązany z osiągnięciem określonego poziomu obrotów. Ostateczna wartość obrotów nie jest wówczas znana z góry, jednak z góry wiadomo przy jakiej wartości obrotów opłata będzie należna. Tak jak przy obniżce ceny jednostkowej, strony mogą wiec z góry ustalić, jaki będzie stosunek wartości opłaty wnoszonej na rzecz nabywcy do wartości wynagrodzenia wypłacanego dostawcy, dostawca nie ponosi zatem większego ryzyka handlowego. W teorii może się zdarzyć, że opłata przyjmie wartość wyższą lub równą wartości obrotu. Sytuacja taka zaistnieje, gdy wartość obrotu, którego osiągnięcie skutkuje powstaniem obowiązku wniesienia

[34] Por. np. wyr. TSUE w sprawie *Hoffman-La Roche v Komisja*, C 85/76.

[35] Por. np. wyr. TSUE z 19.04.2012 r., C-549/10 P.

[36] Podobnie: J. Sroczyński, *Rabat retroaktywny*…; L. Kański, *Rodzaje i formy kształtowania rozliczeń między dostawcą a przedsiębiorcą handlowym w praktyce a orzecznictwo sądów*, „internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny" 2013, nr 2, s. 82; P. Węc, *Dopuszczalność stosowania*…; a także wyr. SA w Krakowie z 16.01.2013 r., I ACa 1301/12; inaczej: C. Banasiński, M. Bychowska, *Utrudnianie dostępu do rynku poprzez pobieranie innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towarów do sprzedaży (art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk)*, „Przegląd Prawa Handlowego" 2008, nr 10.

[37] C. Ahlborn, D. Bailey, *Selective Pricing by Dominant Firms*, „European Competition Journal" 2006, s. 142.

[38] J. Sroczyński, *Rabat retroaktywny*…, s. 93.

opłaty, zostanie ustalona na poziomie niższym niż wysokość tej opłaty[39]. Ten szczególny przypadek stałych opłat docelowych jest podobny w skutkach do bezwarunkowych opłat stałych, jednak w praktyce obrotu zastrzeganie opłat niższych niż wartości uzgodnionego progu obrotu zdarza się bardzo rzadko. Docelowe korzyści ryczałtowe są zwykle uzależniane od osiągnięcia obrotu o wartości wielokrotnie wyższej niż wartość tych korzyści. Stałe opłaty docelowe nie są też objęte zakresem pojęć będących przedmiotem powołanych powyżej analiz Komisji Europejskiej, Federalnej Komisji Handlu i G. Shaffera (tj. pojęciami: *upfront access payments*, *lump-sum up-front payments* i *reverse-fixed payments*[40]). Pomijając zatem bardzo nieliczne wyjątki docelowe, opłaty stałe nie różnią się istotnie od zmiany ceny jednostkowej oraz opłat procentowych i podobnie jak one stanowią przede wszystkim mechanizm kształtowania ceny.

Podsumowując powyższe rozważania, należy stwierdzić, że opłaty procentowe oraz opłaty docelowe wywołują skutki tożsame lub podobne do prostej zmiany ceny. Powiązanie ich ze zobowiązaniem do świadczenia usług, dokumentowanie na fakturach odbiorcy czy stosowanie do stymulowania lojalności odbiorcy nie sprawiają, że stają się one mniej uczciwe albo bardziej szkodliwe, nie są to więc różnice, które mogłyby uzasadniać ich odmienne traktowanie na gruncie art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk wykładanego w świetle konstytucyjnej zasady równości. Korzyścią, jaką sieć handlowa odnosi w związku z ich pobieraniem, jest przede wszystkim możliwość uzyskania wyższej marży przy sprzedaży towarów konsumentom, nie są to więc opłaty „inne niż marża handlowa". Niestety nawet pobieżny przegląd orzecznictwa nie pozostawia wątpliwości, że większość kwot zasądzanych w procesach o opłaty półkowe stanowią właśnie opłaty o charakterze procentowym. Ponieważ są one przede wszystkim mechanizmami kształtowania cen, powództwa o ich zwrot zmierzają w istocie do przymusowej modyfikacji warunków cenowych, które dla jednej ze stron okazały się mniej korzystne, niżby sobie życzyła – i to już po wykonaniu umowy.

Od prostej obniżki ceny istotnie różnią się natomiast bezwarunkowe opłaty stałe. Oprócz efektywnego obniżania ceny towaru, opłaty stałe z reguły wywołują także inne efekty, których nie mogą wywołać opłaty procentowe ani obniżka ceny jednostkowej. Korzyść, jaką sieć handlowa odnosi z pobierania opłaty stałej może polegać nie tylko na uzyskaniu wyższej marży z odsprzedaży, lecz także, między innymi, na skutecznym przeniesieniu na dostawcę ryzyka słabej sprzedaży towaru. W tym sensie bezwarunkowe opłaty stałe są więc opłatami „innymi niż marża" i mogą podlegać badaniu na gruncie art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk.

VII. Ocena bezwarunkowych opłat stałych na gruncie art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk

Możliwość badania bezwarunkowych opłat stałych na gruncie art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk nie oznacza, że ich pobieranie zawsze narusza wymieniony przepis. Względy funkcjonalne przemawiają za ich ostrożną oceną, ponieważ – jak wspomniano – opłaty stałe mogą wywoływać zarówno anty-, jak i prokonkurencyjne skutki. Wydaje się, że dla realizacji tego postulatu kluczowa jest prawidłowa wykładnia przesłanki utrudniania dostępu do rynku.

[39] Strony mogą na przykład uzgodnić, że po zakupie towarów o wartości 6 tys. zł odbiorca otrzyma od dostawcy opłatę w wysokości 10 tys. zł. Wraz z przekroczeniem progu zakupów dostawca będzie musiał zapłacić odbiorcy o 4 tys. zł więcej, niż od niego otrzymał tytułem ceny za towar.

[40] Pojęcia *upfront access payments* i *lump-sum up-front payments* obejmują tylko opłaty uiszczane z góry, a więc nie obejmują opłat uiszczanych po osiągnięciu określonego progu obrotu; z zakresu pojęcia *reverse-fixed payments* wyraźnie wyłączono natomiast opłaty w jakikolwiek sposób uzależnione od wartości obrotu – zob. G. Shaffer, *The Impact*…, s. 19.

W wyroku z dnia 12 czerwca 2008 r. Sąd Najwyższy trafnie powiązał przesłankę utrudniania dostępu do rynku z przesłanką dobrych obyczajów, wskazując, że „Zasadnicze znaczenie przy konstruowaniu tego deliktu będą miały dwa elementy: utrudnienie przedsiębiorcy dostępu do rynku i nieuczciwy charakter takiego utrudnienia (sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami […]”[41]. Za słusznością przytoczonego poglądu przemawia wykładnia systemowa, a zwłaszcza wzgląd na treść art. 3 ust. 1 uznk. Pozwala on wyeliminować z zakresu hipotezy art. 15 ust. 1 uznk zachowania, które utrudniają działalność dostawcy, ale które są społecznie akceptowane lub pożądane (np. wymaganie od dostawcy, aby dostarczał towary dobrej jakości). Jednakże w mniej oczywistych przypadkach ocena nieuczciwości utrudnienia dostępu do rynku może być trudna, jeśli uczciwość jest rozpatrywana w kategoriach moralno-etycznych. Dobre obyczaje to system norm kształtowanych dziesiątki lub setki lat, powszechnie akceptowanych i wielokrotnie zweryfikowanych doświadczeniem. Tymczasem zjawisko pobierania opłat półkowych jest zjawiskiem stosunkowo nowym (i to nie tylko w Polsce, lecz także na świecie) przez co żadne powszechnie akceptowane i zweryfikowane doświadczeniem normy moralne czy etyczne, które by się do niego odnosiły, jeszcze się nie ukształtowały. Jednocześnie nie można przyjąć, że pobieranie opłat od dostawców jest nieuczciwe dlatego, że nie występowało w tradycyjnym handlu – sama nowość zjawiska nie czyni go nieuczciwym. Z tego powodu kryterium dobrych obyczajów w ujęciu moralno-etycznym nie wydaje się na gruncie art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk zbyt przydatne.

Na gruncie art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk nieuczciwość utrudniania dostępu do rynku powinna być raczej oceniana zgodnie z ujęciem ekonomiczno-funkcjonalnym, nakazującym uwzględniać interes publiczny, interes innych przedsiębiorców i – przede wszystkim – interesy konsumentów[42]. Pogląd ten znajduje oparcie w brzmieniu art. 1 uznk, który stanowi, że ustawa reguluje zapobieganie i zwalczanie nieuczciwej konkurencji „w interesie publicznym, przedsiębiorców oraz klientów”[43]. Niezgodna z art. 1 uznk byłaby więc taka ocena uczciwości na gruncie art. 15 ust. 1 uznk, która w ogóle nie uwzględnia interesu konsumentów[44], stanowią oni bowiem dominującą grupę wśród ostatecznych klientów w większości łańcuchów dystrybucji.

Odrębną kwestią jest to, w jaki dokładnie sposób interes konsumentów powinien być przy wykładni art. 15 uznk uwzględniany. Sądzę, że uwzględnianie interesu konsumentów powinno polegać na wyeliminowaniu z zakresu pojęcia nieuczciwego utrudniania dostępu do rynku tych zachowań, które są korzystne dla konsumentów. Można bronić poglądu, zgodnie z którym art. 15 ust. 1 uznk chroni przedsiębiorcę zarówno wtedy, gdy jego interes pokrywa się z interesem konsumentów, jak i wtedy, gdy realizacja jego interesu będzie z punktu widzenia konsumentów neutralna. Trudno byłoby jednak przyjąć, że celem przepisu jest realizacja także tych interesów przedsiębiorców, które są sprzeczne z interesami konsumentów, tj. ochrona przedsiębiorców kosztem konsumentów. Wykładane w ten sposób przepisy uznk pozostawałyby w sprzeczności z polityką

[41] Wyr. SN z dnia 12.06.2008 r., III CSK 23/08.

[42] J. Szwaja, K. Jasińska, Komentarz do art. 3 u.z.n.k., [w:] J. Szwaja (red.), *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz. Wyd. 3*, C.H. Beck, Warszawa 2013, nb. 99.

[43] Choć przy okazji uchwalenia ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (Dz.U. 2007Nr 171, poz. 1206) z art. 1 uznk usunięto wzmiankę o ochronie interesu konsumentów, to jednak sami projektodawcy unpr wskazywali, że – jakkolwiek w przypadku uznk punkt ciężkości znajduje się po stronie interesów przedsiębiorców – uznk pośrednio chroni ona także interesy konsumentów – zob. A. Tischner, *Rozdział V. Cele i zakres zastosowania ZNKU*, [w:] M. Kępiński (red.), *Prawo konkurencji, System Prawa Prywatnego. Tom 15*, C.H. Beck/Instytut Nauk Prawnych PAN, Warszawa 2014, s. 92.

[44] Ibidem, s. 105.

prawa antymonopolowego, w której interes konsumentów stawia się na pierwszym miejscu[45]. Prowadziłoby to do sytuacji, w której jedne organy władzy karałyby przedsiębiorców za praktyki eksploatujące konsumentów, a inne organy takie praktyki by sankcjonowały, co byłoby trudne do pogodzenia z zasadą zaufania obywateli do państwa. Co więcej, utrudnianie dostępu do rynku, które służy konsumentom, z reguły trzeba uznać za uczciwe także w ujęciu moralno-etycznym. Można wskazać wiele przykładów zachowań, które utrudniają dostęp do rynku, ale są powszechnie akceptowane także w kategoriach moralno-etycznych, ponieważ są korzystne dla konsumentów, np. zwiększenie efektywności własnego przedsiębiorstwa skutkujące wyeliminowaniem mniej efektywnego konkurenta. Z tego powodu uzasadniona wydaje się ogólniejsza konstatacja, zgodnie z którą art. 15 ust. 1 uznk nie zakazuje takiego utrudniania dostępu do rynku, które jest korzystne dla konsumentów, nie może być ono bowiem uznane za nieuczciwe. Wykazanie, że określona praktyka służy konsumentom powinno być więc wystarczające do oddalenia powództwa, nawet jeśli praktyka ta istotnie utrudnia dostęp do rynku.

W powyższym świetle krytycznie trzeba się odnieść do linii orzeczniczej, zgodnie z którą pobieranie opłat nieuczciwie utrudnia dostawcom dostęp do rynku, gdy prowadzi do uzyskiwania przez sprzedawców detalicznych „dodatkowych dochodów kosztem dostawców, którzy zmuszeni są rezygnować ze znacznej części swoich dochodów związanych z dostarczeniem towarów”[46]. Za nieprawidłowością przytoczonego poglądu przemawiają następujące argumenty. Po pierwsze, artykułu 15 ust. 1 pkt 4 uznk nie można traktować jako narzędzia redystrybucji dochodów, sądy nie dysponują bowiem żadnym narzędziem pozwalającym ustalić, którzy uczestnicy obrotu powinni zarabiać więcej, a którzy mniej. Po drugie, przymusowa redystrybucja rzadko prowadzi do lepszych rezultatów niż dobrowolne, wolnorynkowe transakcje. Po trzecie, jako narzędzie redystrybucji art. 15 ust. 1 pkt 4 uzk byłby całkowicie nieskuteczny, ponieważ „uzyskiwanie przez sprzedawców dodatkowych dochodów kosztem dostawców” nie musi następować w drodze pobierania dodatkowych opłat, ale także w drodze negocjowania niższych cen hurtowych. Wreszcie po czwarte, obniżenie zarobków dostawców oznacza w tym przypadku zmniejszenie kosztów działalności sprzedawców detalicznych. Z kolei niższe koszty działalności sprzedawców detalicznych będą w większości układów rynkowych w mniejszym lub większym stopniu przenoszone na konsumentów w formie niższych cen detalicznych[47]. O tym, że opłaty otrzymywane od dostawców rzeczywiście są – co do zasady – przenoszone na konsumentów świadczy fakt, że – choć opłaty te sięgają często kilkudziesięciu procent obrotów – supermarkety osiągają z reguły kilkuprocentowe marże[48]. Sprzedawców detalicznych nie można piętnować za to, że starają się wynegocjować od swoich dostawców jak najlepsze warunki – nawet jeśli utrudnia to dostawcom dostęp do rynku – jeśli korzystają na tym konsumenci.

[45] UOKiK, *Polityka konkurencji na lata 2014–2018*, Warszawa 2014, s. 8, 18; zob. także: Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych (Dz. Urz. UE z 19.5.2010, C 130), s. 4, pkt 7.

[46] Tak np. SA w Poznaniu w wyr. z 13.11.2008 r., I ACa 718/08; SA w Rzeszowie w wyr. z 20.12.2012 r., I ACa 413/12; SA w Warszawie w wyr. z 28.10.2011, VI ACa 392/11; SA w Warszawie w wyr. z dnia 9.10.2013, I ACa 280/13; SA w Szczecinie w wyr. z dnia 22.08.2013, I ACa 53/13; podobnie: SA w Warszawie w wyr. z 17.01.2014 r., I ACa 946/13 („Niepożądany efekt polega na zwiększaniu zysków przedsiębiorcy pośredniczącego w handlu między poszkodowanym dostawcą a jego finalnym nabywcą, który nie odnosi z tego żadnej korzyści”) i SA w Warszawie w wyr. z 24.10.2013 r., I ACa 500/13.

[47] RBB Economics, *Cost pass-through: theory, measurement, and potential policy implications.* 2014, s. 17–22 i 150. Pobrano z: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/320912/Cost_Pass-Through_Report.pdf.

[48] W 2010 r. średnia marża amerykańskich supermarketów (w USA praktyka uiszczania na rzecz odbiorców różnego rodzaju opłat jest bardzo rozpowszechniona) wyniosła 1,9% – por. Fundusz CDF, *Understanding the Grocery Industry*, wrzesień 2011 r., s. 10. Pobrano z: http://www.cdfifund.gov/what_we_do/resources/Understanding%20Grocery%20Industry_for%20fund_102411.pdf.

Ocena nieuczciwości utrudnienia dostępu do rynku przez pryzmat interesu konsumentów otwiera drogę do wykorzystywania w sprawach dotyczących art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk dorobku ekonomistów i prawników analizujących opłaty półkowe na gruncie prawa antymonopolowego. Ich celem jest bowiem przeważnie identyfikacja układów rynkowych, w których pobieranie opłat półkowych prowadzi do spadku efektywności któregoś z ogniw łańcucha dystrybucji i do zmniejszenia dobrobytu konsumentów[49].

W szczególności we wspomnianym raporcie Shaffera zidentyfikowano 5 scenariuszy stosowania „odwróconych opłat stałych" w sposób szkodzący konsumentom[50]. Trzy pierwsze – wykluczanie konkurencyjnego dostawcy, przesuwanie renty ekonomicznej i wykluczanie konkurencyjnego sprzedawcy detalicznego – skutkują bezpośrednim utrudnieniem dostępu do rynku dostawcy lub sprzedawcy detalicznemu. W przypadku dwóch pozostałych – ograniczania konkurencji detalistów i ułatwiania zmowy detalistów – utrudnianie dostępu do rynku ma charakter pośredni. Dochodzi w nich do zwiększenia zysku sprzedawców detalicznych w wyniku ustalenia wyższej niż konkurencyjna ceny detalicznej. Zgodnie z prawem popytu wyższa cena detaliczna powoduje zmniejszenie popytu, co ogranicza obroty detalistów, a więc także obroty dostawców, co z kolei pośrednio ogranicza dostęp (ogółu) dostawców do rynku[51]. Jednocześnie w każdym z tych przypadków dochodzi do zmniejszenia dobrobytu konsumentów przez ograniczenie podaży towarów lub ograniczenie wyboru albo podwyższenie cen. Można zatem uznać, że w wymienionych przypadkach dochodzi do nieuczciwego utrudnienia dostępu do rynku. Należy jednak wyraźnie zaznaczyć, że dla zrealizowania poszczególnych potencjalnie szkodliwych scenariuszy wskazanych w raporcie Shaffera konieczne jest spełnienie szeregu rygorystycznych warunków, takich jak brak możliwości poszerzenia przestrzeni sprzedażowej kosztem innych produktów, transparentność warunków handlowych czy oligopolistyczna struktura rynku[52]. Trzeba również pamiętać, że pobieranie opłat stałych może wywoływać wiele pozytywnych, służących konsumentom efektów, a warunki ich realizacji są znacznie mniej wymagające[53]. W szczególności pobieranie „odwróconych opłat stałych" może prowadzić do utrudnienia dostępu do rynku, które zwiększa efektywność łańcucha dystrybucji i sprzyja konsumentom, np. gdy dostawca nie chce uiścić tak wysokiej opłaty za wejście do sklepu, jak jego konkurenci, ponieważ wie, że jego towar nie będzie sprzedawał się równie dobrze[54].

Jak wspomniano, jednym z warunków realizacji któregoś z antykonkurencyjnych scenariuszy jest oligopolistyczna struktura rynku. Wiele postępowań sądowych w sprawach o opłaty półkowe toczy się natomiast pomiędzy podmiotami o niewielkich udziałach rynkowych, działających w warunkach silnej konkurencji na bardzo rozdrobnionych rynkach. Opłaty stałe pobierane w takich warunkach najprawdopodobniej sprzyjają konkurencji i służą interesom konsumentów. Należałoby więc przyjąć, że nieuczciwe utrudnianie dostępu do rynku nie ma wówczas miejsca. W bardziej skomplikowanych stanach faktycznych – tj. wtedy, gdy udziały rynkowe stron procesu są znaczące – ustalenie czy pobranie opłaty prowadziło do nieuczciwego utrudnienia dostępu do rynku

[49] Korzystanie z dorobku orzecznictwa antymonopolowego w odniesieniu do przesłanki utrudniania do rynku akceptują np. T. Skoczny, M. Bernatt, Komentarz do art. 15 u.z.n.k., [w:] J. Szwaja (red.), *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*. Wyd. 3, C.H. Beck, Warszawa 2013, pkt 13.

[50] G. Shaffer, *The Impact*…, s. 265.

[51] Dostawcy nie czerpią także żadnych korzyści z ograniczenia konkurencji cenowej pomiędzy detalistami.

[52] G. Shaffer, *The Impact*…, s. 265, 269.

[53] Ibidem, s. 107.

[54] Ibidem, s. 50 i n.

(co powinno obejmować stwierdzenie, jaki był jego wpływ na interes konsumentów) może wymagać zasięgnięcia opinii biegłego ekonomisty. Nawet jeśli sąd przesłankę utrudnienia dostępu do rynku uznaje za objętą domniemaniem[55], nie powinien pozbawiać pozwanego możliwości wykazywania – w szczególności z pomocą biegłego sądowego – że do nieuczciwego utrudnienia dostępu do rynku w rzeczywistości nie doszło. Choć nie jest to środek dowodowy typowy dla spraw rozpoznawanych na gruncie uznk, to w przypadku art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk korzystanie z niego wydaje się uzasadnione. Identyfikacja rzeczywistych skutków opłaty stałej w konkretnym stanie faktycznym może wymagać specjalistycznej wiedzy ekonomicznej, a jej błędna kwalifikacja może z łatwością prowadzić do eliminowania prokonkurencyjnych zachowań, promowania przedsiębiorców mniej efektywnych i szkodzenia konsumentom.

VIII. Podsumowanie

Art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk nie powinien służyć kontroli cen. Racjonalizacja wykładni tego przepisu wymaga więc wyeliminowania z zakresu jego hipotezy opłat stanowiących określony ułamek obrotu (procentowych) oraz opłat docelowych, stanowią one bowiem wyłącznie lub w przeważającej mierze mechanizmy cenotwórcze, a ich ekonomiczne skutki nie różnią się istotnie od skutków obniżki ceny towaru. Poszukując opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży, należałoby się skoncentrować na bezwarunkowych opłatach stałych, które w pewnych sytuacjach mogą szkodzić dostawcom, naruszając jednocześnie interesy konsumentów. Ich ocena nie powinna być jednak zautomatyzowana, często nie powodują one bowiem nieuczciwego utrudnienia dostępu do rynku, lecz zwiększają efektywność łańcucha dystrybucji i dobrobyt konsumentów.

[55] Jak uczynił to Sąd Najwyższy w wyr. z d25.10. 2012 r., I CSK 147/12.

Bartosz Wojtaczka*

O efekcie zachęty w prawie pomocy publicznej

Spis treści

I. Wprowadzenie
II. Efekt zachęty
III. Formalny efekt zachęty
IV. Ekonomiczny efekt zachęty
V. Efekt zachęty – domniemanie czy wymóg
VI. Efekt zachęty w rozporządzeniu 651/2014
VII. Wnioski

Streszczenie

Jednym z warunków zgodności pomocy publicznej z rynkiem wewnętrznym, wynikającym wprost z art. 107 ust. 3 TFUE, jest jej konieczność. Wsparcie przyznawane przez państwo członkowskie jest zatem niezbędne do realizacji danego projektu – musi stanowić zachętę do realizacji działań wpisujących się w politykę gospodarczą państwa. W innym bowiem przypadku przyznawane wsparcie finansowe będzie służyło jedynie poprawie ogólnej sytuacji finansowej beneficjenta wsparcia. Celem niniejszego artykułu jest przedstawienie w zarysie rozwiązań prawnych w zakresie *efektu zachęty*, przyjętych przez Komisję Europejską w wydawanych przez nią wytycznych oraz w przyjętym niedawno nowym rozporządzeniu uznającym niektóre rodzaje pomocy za zgodne z rynkiem wewnętrznym.

Słowa kluczowe: efekt zachęty; konieczność pomocy; wytyczne Komisji Europejskiej; rozporządzenie uznające niektóre rodzaje pomocy za zgodne z rynkiem wewnętrznym.

I. Wprowadzenie

Pomoc publiczna na rynku wewnętrznym Unii Europejskiej jest zakazana. To podstawowe założenie reguł konkurencji zawartych w TFUE nie jest jednak ani bezwzględne, ani bezwarunkowe[1]. Dobrze skonstruowana pomoc, ukierunkowana na zidentyfikowane zawodności rynku i cele leżące we wspólnym interesie oraz wywołująca jak najmniejsze zakłócenia, może bowiem przyczynić się do wzrostu gospodarczego, przy jednoczesnym zapewnieniu, że rynek wewnętrzny

* Aplikant radcowski; pracownik Departamentu Rozwoju Regionalnego Urzędu Marszałkowskiego Województwa Kujawsko-Pomorskiego w Toruniu; e-mail: b.wojtaczka@onet.pl. Poglądy wyrażone w artykule są poglądami osobistymi autora i nie wyrażają oficjalnego stanowiska instytucji, w której jest zatrudniony.

[1] Wyr. TS z 22.03.1977 r. w sprawie *Steinikie&Weinlig v Republika Federalna Niemiec*, ECLI:EU:C:1977:52, pkt 8.

Unii Europejskiej pozostanie otwarty i konkurencyjny[2]. Taka *dobra pomoc*[3] może stanowić dla państw członkowskich skuteczne narzędzie, za pomocą którego będą one osiągać założone cele polityki gospodarczej.

Jednym z podstawowych warunków zgodności pomocy publicznej z rynkiem wewnętrznym jest wymóg, by była ona niezbędna (konieczna) dla beneficjenta pomocy do realizacji danego projektu. Innymi słowy pomoc państwa powinna umożliwiać realizację działań, które bez wsparcia państwa nie zostałyby podjęte. Pomoc, która nie spełnia powyższego warunku przynosi jedynie poprawę sytuacji finansowej przedsiębiorstwa i jako taka nie może być uznana za zgodną z rynkiem wewnętrznym. Z ekonomicznego punktu widzenia pomoc państwa, która nie prowadzi do zmiany w zachowaniu przedsiębiorstwa (w kierunku pożądanym z punktu widzenia realizowanej przez państwo członkowskie polityki gospodarczej) prowadzi do marnotrawstwa środków publicznych[4].

II. Efekt zachęty

Warunek „konieczności pomocy", jako niezbędny element zgodności środka pomocowego z rynkiem wewnętrznym, został potwierdzony także w orzecznictwie TSUE. Zgodnie ze stanowiskiem TS, zapoczątkowanym w sprawie *Philip Morris*[5] niezbędność (konieczność) pomocy stanowi podstawowy warunek jej zgodności z rynkiem wewnętrznym[6] i wynika wprost z art. 107 ust. 3 TFUE.

Na potrzebę zapewnienia zgodności podejmowanych przez państwa członkowskie działań w zakresie udzielania pomocy publicznej z wymogiem konieczności pomocy zwróciła uwagę także Komisja Europejska w swoim komunikacie pt. *Unowocześnienie unijnej polityki w dziedzinie pomocy państwa*. Ogłaszając proces modernizacji reguł pomocy publicznej, Komisja podkreśliła między innymi, że „pomoc państwa będzie skutecznie przyczyniać się do osiągania pożądanych celów w zakresie polityki publicznej tylko wówczas, gdy będzie zapewniać efekt zachęty[7], czyli gdy będzie skłaniać beneficjentów pomocy do działań, których bez pomocy by się nie podjęli. (…) Pomoc państwa, która nie jest ukierunkowana na zawodności rynku i nie ma efektu zachęty, stanowi nie tylko marnotrawstwo środków publicznych, ale hamuje rozwój, pogarszając warunki konkurencyjne na rynku wewnętrznym"[8]. W celu ułatwienia państwom członkowskim tworzenia środków pomocowych, które stanowią rzeczywisty bodziec dla beneficjentów wsparcia, Komisja Europejska wskazała, że modernizacja reguł pomocy państwa obejmie między innymi „ustalenie i zdefiniowanie wspólnych zasad mających zastosowanie do oceny zgodności wszystkich środków pomocy ze wspólnym rynkiem przeprowadzanej przez Komisję (…)", przy czym „zasady te musiałyby mieć jak najbardziej praktyczny wymiar i mogłyby obejmować definicję i ocenę (…) efektu zachęty[9]".

[2] Zob. Komunikat Komisji Europejskiej, *Unowocześnienie unijnej polityki w dziedzinie pomocy państwa,* COM (2012) 209 final.

[3] Zob. przemówienie Vice-Przewodniczącego Komisji Europejskiej odpowiedzialnego za politykę konkurencji, *State Aid Modernisation* Pobrano z: http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-12-339_en.htm.

[4] J. Haucap, U. Schwalbe, *Economic Principles of State Aid Control*, DICE Discussion Paper No. 17, s. 22.

[5] Wyr. TS z 17.09.1980 r. w sprawie *Philip Morris Holland BV v Komisja Wspólnot Europejskich*, ECLI:EU:C:1980:209.

[6] Ibidem, pkt 17. Zob. także orzeczenie Sądu z dnia 07.06.2001r. w sprawie T-187/*99 Zucker und Stärke AG v Komisja*, ECLI:EU:T:2001:149, pkt 74.

[7] W przywołanym komunikacie Komisja Europejska właśnie takim określeniem posługuje się na określenie wymogu konieczności pomocy.

[8] *Unowocześnienie*…, pkt 12.

[9] Ibidem, pkt 18 lit a).

Efektem przeprowadzonych prac w ramach unowocześniania unijnej polityki pomocy publicznej było między innymi zrewidowanie przez Komisję tekstów wytycznych[10], określających jej podejście do oceny pomocy publicznej w poszczególnych dziedzinach. W ramach tego procesu Komisja przyjęła w wytycznych wspólne zasady, na podstawie których będzie analizowała zgodność pomocy ze wspólnym rynkiem. Jednym z warunków zgodności jest weryfikacja spełnienia efektu zachęty, która zasadza się na ocenie czy pomoc zmienia zachowanie przedsiębiorstwa w taki sposób, że angażuje się ono w dodatkową działalność, której nie podjąłby bez przyznanej pomocy lub którą podjąłby w ograniczonym, lub innym zakresie, lub innym miejscu[11].

Określając szczegółowe warunki efektu zachęty w poszczególnych wytycznych, Komisja Europejska przyjęła, że co do zasady weryfikacja jego spełnienia może mieć dwojaki charakter – formalny, sprowadzający się do oceny czy beneficjent pomocy przed rozpoczęciem prac nad projektem wystąpił do państwa członkowskiego o przyznanie pomocy, oraz merytoryczny, zakładający obiektywną ocenę czy projekt przedłożony przez beneficjenta do finansowania nie jest możliwy do realizacji bez wsparcia państwa[12].

III. Formalny efekt zachęty

Co do pierwszego z przywołanych powyżej elementów weryfikacji spełnienia efektu zachęty, tj. złożenia wniosku o przyznanie pomocy przed rozpoczęciem prac nad projektem, to należy zauważyć, że weryfikacja jego spełnienia odnosi się do okoliczności o charakterze chronologicznym, a więc odwołuje się do analizy *ratione temporis*. Analiza taka winna być dokonywana w odniesieniu do decyzji inwestycyjnej danego przedsiębiorstwa, która to decyzja wyznacza początek dynamicznego procesu, jakim z pewnością jest inwestycja na poziomie zakładu[13].

Przy dokonywaniu powyższej weryfikacji należy w pierwszej kolejności uwzględnić fakt, że ocena czy prace w zakresie danej inwestycji rozpoczęły się, czy też nie, wymaga na wstępie ustalenia zakresu przedmiotowego inwestycji (projektu). W zależności bowiem od zakresu projektu będzie możliwe ustalenie czy w jego ramach rozpoczęły się jakiekolwiek prace (co prowadzi do oceny czy doszło do naruszenia obowiązku powstrzymania się z rozpoczęciem prac przed złożeniem wniosku). W swojej praktyce decyzyjnej Komisja Europejska przyjęła, że wszystkie fazy inwestycji objętej dofinansowaniem bez względu na ich technologiczną wagę i rolę w procesie inwestycji należą do tego samego jednego projektu, jeżeli są częścią ogólnego planu[14].

[10] Co do charakteru tych aktów, określanych zbiorczo mianem *soft law*, zobacz wyr. Trybunału Sprawiedliwości z dnia 11.09.2008 r. w sprawie C-75/05 P i C-80/05 *P Niemcy i inni. v Kronofrance*, Zb. Orz., ECLI:EU:C:2008:482, pkt 60–61. Należy w szczególności podkreślić, że Komisja jest związana wytycznymi i komunikatami, które wydaje w zakresie kontroli pomocy państwa, o ile teksty te nie stanowią odstępstwa od właściwego stosowania norm traktatu, ponieważ ich wykładni nie można dokonywać w sposób, który zawęża zakres stosowania art. 107 i 108 TFUE lub który jest sprzeczny z celami tych postanowień.

[11] Por. pkt 3.1. następujących wytycznych: w sprawie pomocy regionalnej na lata 2014–2020 (2013/C 209/01); w sprawie pomocy państwa na ochronę środowiska i cele związane z energią w latach 2014–2020 (2014/C 200/01); w sprawie pomocy państwa na rzecz promowania inwestycji w zakresie finansowania ryzyka (2014/C 19/04).

[12] Należy zaznaczyć, że w poszczególnych wytycznych szczegółowe rozwiązania w zakresie spełnienia efektu zachęty są zróżnicowane. Przywołane jednak warunki, w różnych kombinacjach i z różnymi obostrzeniami znajdują zastosowanie we wszystkich wytycznych.

[13] Wyr. Sądu z dnia 14.01.2009 r. w sprawie *Kronoply v Komisja*, Zb. Orz., ECLI:EU:T:2009:2, pkt 80.

[14] Zob. wyr. Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 27.03.2014 r. w sprawie o sygn. akt I C 581/11. Por. także wyr. Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Lublinie, który w wyroku z dnia 21.12.2010 r., w sprawie o sygn. akt I SA/Lu 877/10, rozstrzygając kwestię spełnienia efektu zachęty, orzekł, że przez projekt należy rozumieć zamierzone przedsięwzięcie, przedsięwzięcie planowane, niezrealizowane do daty złożenia wniosku o dofinansowanie. Tak rozumiany projekt obejmuje przedmiotowym zakresem całokształt przyszłych, planowanych działań, z których każde warunkuje realizację projektu, przez to warunkuje osiągnięcie celów osi priorytetowej, do której odnosi się projekt.

Weryfikując spełnienie formalnego efektu zachęty[15], należy zwrócić uwagę, że nie każde działanie podjęte przed złożeniem projektu będzie automatycznie dyskwalifikowało z możliwości uzyskania pomocy publicznej. Przykładowo, w swoich wytycznych w sprawie pomocy regionalnej na lata 2014–2020 Komisja wskazała, że przez termin „rozpoczęcie prac" należy rozumieć „rozpoczęcie robót budowlanych związanych z inwestycją albo pierwsze wiążące zobowiązanie do zamówienia urządzeń lub inne zobowiązanie, które sprawia, że inwestycja staje się nieodwracalna, zależnie od tego co nastąpi najpierw. Zakupu gruntów oraz prac przygotowawczych, takich jak uzyskanie zezwoleń i wykonywanie wstępnych studiów wykonalności nie uznaje się za rozpoczęcie prac. W odniesieniu do przejęć „rozpoczęcie prac" oznacza moment nabycia aktywów bezpośrednio związanych z nabytym zakładem"[16]. Kwestia zatem oceny, czy w danym przypadku mamy do czynienia z naruszeniem formalnego efektu zachęty, uzależniona jest w pierwszej kolejności od charakteru prowadzonych prac – rozpoczęcie robót budowlanych oraz wiążące zobowiązanie do zamówienia urządzeń stanowi co do zasady wskazówkę, że w danym stanie faktycznym mamy do czynienia z rozpoczęciem prac. W przypadku natomiast „innego zobowiązania, które sprawia, że inwestycja staje się nieodwracalna" niezbędna jest ocena czy dany podmiot, kierując się logiką prywatnego inwestora, zrezygnowałby z ukończenia danej inwestycji (dopuściłby zatem do zmarnowania dotychczas zainwestowanych środków)[17]. Jeżeli odpowiedź na tak postawione pytanie jest negatywna oznacza to, że doszło do rozpoczęcia prac nad projektem. W tym kontekście należy podkreślić, że w swoim orzecznictwie TSUE stwierdził, że sam fakt, że prace rozpoczęte przed złożeniem wniosku o przyznanie pomocy stanowiły jedynie 10% całkowitych kosztów projektu nie jest sam w sobie wystarczający, by stwierdzić, że prace nad danym projektem się nie rozpoczęły[18].

Sens wprowadzenia przez Komisję Europejską wymogu spełnienia formalnego efektu zachęty polega, zdaniem TSUE, na możliwości sprawdzenia istnienia efektu zachęty bez nadmiernego opóźnienia inwestycji poprzez przeprowadzenie obszernej analizy wszystkich ekonomicznych aspektów decyzji inwestycyjnej beneficjenta pomocy, gdyż analiza taka mogłaby się okazać niezwykle trudna lub czasochłonna[19]. Kryterium wniosku poprzedzającego realizację projektu zostało uznane zatem za trafne i odpowiednie[20]. Pozwala ono bowiem zagwarantować również, że zainteresowane przedsiębiorstwo wyraźnie okaże wolę korzystania z danego systemu pomocy przed rozpoczęciem realizacji rzeczonego projektu. Umożliwia to uniknięcie składania *ex post* wniosków dotyczących projektów, których realizacja rozpoczęła się niezależnie od istnienia systemu pomocy[21]. Naruszenie formalnego efektu zachęty pociąga za sobą, co do zasady, niemożność uzyskania środka pomocowego. Zgodnie bowiem ze stanowiskiem TS, stwierdzenie

[15] Takim określeniem posługiwała się Komisja w swoim Komunikacie w sprawie kryteriów dotyczących szczegółowej oceny pomocy regionalnej dla dużych projektów inwestycyjnych (2009/C 223/02), gdzie w pkt 2.3., charakteryzując analogiczne elementy oceny spełnienia efektu zachęty, wskazywała, że „ocena zostanie przeprowadzona dwupoziomowo: najpierw na ogólnym, proceduralnym poziomie i następnie na bardziej szczegółowym poziomie ekonomicznym".

[16] Pkt 20 lit v) Wytycznych.

[17] Por. wyr. Sądu z dnia 14.05.2002 r. w sprawie T-126/99 w sprawie *Graphischer Maschinenbau GmbH v Komisja Europejska*, Zb. Orz., ECLI:EU:T:2002:116, pkt. 37.

[18] Wyr. Sądu z dnia 13.09.2013 r. w sprawie *Fri-El Acerra Srl v Komisja*, ECLI:EU:T:2013:430, pkt 67. Zob. także komentarz do tego wyroku Phedona Nicolaidesa dostępny na stronie http://www.lexxion.eu/training/stateaidblog/2013/10/17/73-new-case-law-on-incentive-effect-private-borrower-advantage-compensation-sgei-and-market-failure.

[19] Wyr. Sądu w sprawie *Kronoply*…, pkt 81.

[20] Wyr. Sądu z dnia 20.09.2011 r. w sprawie T-394/08, T-408/08, T-453/08 i T-454/08 *Regione autonoma della Sardegna i inni v Komisja*, Zb. Orz., ECLI:EU:T:2011:493, pkt 214.

[21] Ibidem, pkt 215.

braku konieczności pomocy może w szczególności wynikać z faktu, że wykonanie planu pomocy zostało nie tylko już rozpoczęte, lecz także zakończone przez zainteresowane przedsiębiorstwo przed złożeniem do właściwych władz wniosku o pomoc, co wyklucza możliwość odgrywania przez sporną pomoc roli bodźca[22].

IV. Ekonomiczny efekt zachęty

Przechodząc do analizy warunku efektu zachęty pod kątem merytorycznym (ekonomicznym)[23] należy podkreślić, że jak już wyżej wskazano warunek ten po raz pierwszy został sformułowany przez TS w orzeczeniu w sprawie *Philip Morris*. Zgodnie ze stanowiskiem zajętym przez Trybunał, wsparcie przyznawane przez państwa członkowskie winno stanowić niezbędny element do osiągnięcia jednego z celów określonych w art. 107 ust. 3 TFUE. W innym przypadku, przyznawana pomoc przyczynia się jedynie do poprawy sytuacji finansowej przedsiębiorstwa otrzymującego wsparcie[24]. Komisja, zgodnie ze stanowiskiem Trybunału, ma zatem prawo odmówić przyznania pomocy, ze względu na to, że pomoc ta nie zachęca przedsiębiorstw będących beneficjentami pomocy do zachowania się w sposób, który przyczynia się do osiągnięcia jednego z celów wskazanych w art. 107 ust. 3 TFUE. Pomoc taka powinna być zatem niezbędna do osiągnięcia jednego z celów określonych w tym artykule, skutkiem czego bez niej w warunkach panujących na rynku nie byłoby możliwe by przedsiębiorstwa będące beneficjentami pomocy zachowały się w sposób, który przyczynia się do osiągnięcia tych celów. Pomoc, która przynosi poprawę sytuacji finansowej przedsiębiorstwa będącego jej beneficjentem, lecz nie jest konieczna do osiągnięcia celów przewidzianych w art. 107 ust. 3 TFUE, nie może być uznana za zgodną z rynkiem wewnętrznym[25]. Weryfikacja spełnienia warunku konieczności pomocy powinna być związana z kwestią oceny rzeczywistych warunków realizacji danego projektu[26]. Przesłanka konieczności pomocy stanowi bowiem element obiektywny i jej ocena nie może być ograniczona do weryfikacji czysto formalnej[27]. Warto zauważyć, że w odniesieniu do pomocy przyznawanej na podstawie art. 107 ust. 3 lit. a)[28] Trybunał orzekł, że planowana pomoc, by była zgodna z rynkiem wewnętrznym, powinna być niezbędna dla rozwoju regionów o niekorzystnych warunkach gospodarowania. W tym celu należy wykazać, że w braku planowanej pomocy inwestycja wspierająca rozwój danego regionu nie zostałaby zrealizowana. Jeżeli natomiast okazałoby się, że inwestycja ta zostałaby przeprowadzona nawet w braku planowanej pomocy należałoby uznać, że inwestycja ta skutkowałaby jedynie polepszeniem sytuacji finansowej przedsiębiorstwa będących beneficjentami, przy czym nie spełniałaby przesłanki ustalonej w art. 107 ust. 3 lit. a) TFUE, a mianowicie dotyczącej bycia niezbędną dla rozwoju regionów o niekorzystnych warunkach gospodarowania[29]. Innymi słowy,

[22] Wyr. Trybunału Sprawiedliwości z dnia 15.04.2008 r. w sprawie C-390/06 *Nuova Agricast Srl v Ministero delle Attivita Produttive*, Zb. Orz., ECLI:EU:C:2008:224, pkt 69. Należy podkreślić, że Trybunał Sprawiedliwości w przywołanym wyroku stwierdził jedynie, że rozpoczęcie prac nad projektem może w szczególności pociągać za sobą stwierdzenie braku konieczności pomocy. Natomiast w żaden sposób Trybunał Sprawiedliwości nie ocenił czy sam obowiązek złożenia wniosku przed rozpoczęciem prac jest wystarczający do uznania, że pomoc jest konieczna dla realizacji danego projektu.

[23] W ocenie autora, właśnie ten element oceny istnienia efektu zachęty odnosi się do warunku konieczności (niezbędności pomocy).

[24] Wyr. w sprawie *Philip Morris*…, pkt 17.

[25] Wyr. Trybunału z dnia 13.06.2013 r. w sprawach połączonych od C-630/11 P do C-633/11 P *HGA srl i inni v Komisji*, ECLI:EU:C:2013:387, pkt 104.

[26] Wyr. Sądu w sprawie *Kronopy*…, pkt 82.

[27] Ibidem, pkt 83.

[28] Przywołany przepis stanowi, że za zgodną z rynkiem wewnętrznym może być uznana pomoc przeznaczona na sprzyjanie rozwojowi gospodarczego regionów, w których poziom życia jest nienormalnie niski lub regionów, których istnieje poważny stan niedostatecznego zatrudnienia, jak również regionów, o których mowa w artykule 349 TFUE, z uwzględnieniem ich sytuacji strukturalnej, społecznej i gospodarczej.

[29] Wyr. w sprawie *HGA Srl.*…, pkt 105.

w celu oceny spełnienia warunku konieczności pomocy niezbędne jest przeprowadzenie analizy kontrfaktycznej, która w ocenie Trybunału pozwoli na weryfikację czy w danym przypadku projekt przedłożony do wsparcia rzeczywiście nie mógłby być zrealizowany bez udziału finansowego państwa.

V. Efekt zachęty – domniemanie czy wymóg

Jakkolwiek dwie przywołane powyżej przesłanki – obowiązek złożenia wniosku o przyznanie pomocy przed rozpoczęciem prac nad projektem oraz wymóg konieczności pomocy – w pewnych okolicznościach mogą się pokrywać, to jednak zachowują swe własne znacznie, a ich weryfikacja ma odmienny charakter. Potwierdzeniem powyższej tezy jest decyzja w sprawie wsparcia dla przedsiębiorstwa *Kronoply*[30], w której Komisja Europejska oparła swoje negatywne rozstrzygnięcie na dwóch odrębnych podstawach – braku konieczności pomocy oraz niespełnieniu efektu zachęty (w ramach tej decyzji Komisja utożsamiała efekt zachęty z obowiązkiem złożenia wniosku o przyznanie pomocy przed rozpoczęciem prac nad projektem). Rozstrzygając odwołanie od tej decyzji[31], Sąd zwrócił uwagę na tę okoliczność i stwierdził, że nawet jeśli w pewnych sytuacjach te dwie przesłanki zgodności pomocy ze wspólnym rynkiem mogą się pokrywać, każda z nich zachowuje swe własne znaczenie ze względu na to, że oba filary decyzji dotyczące braku zachęty i braku konieczności należy uznać za niezależne od siebie[32].

Co więcej, nie w każdym przypadku naruszenie obowiązku powstrzymania się z rozpoczęciem prac nad projektem do momentu złożenia wniosku o przyznanie pomocy do państwa członkowskiego będzie automatycznie prowadziło do stwierdzenia, że w danym przypadku nie mamy do czynienia z efektem zachęty. Kwestia ta była przedmiotem rozważań Sądu w sprawie dotyczącej systemu pomocy przyjętego przez Region Sardynia[33]. Rozstrzygając kwestię znaczenia rozpoczęcia prac nad projektem przed złożeniem wniosku o przyznanie pomocy, Sąd ponownie potwierdził swoje stanowisko i uznał, że co do zasady wyklucza to uznanie pomocy za konieczną[34]. Jednakże w odpowiedzi na argumenty skarżących, że spełnienie efektu zachęty i konieczności pomocy może wynikać z różnych innych okoliczności Sąd stwierdził, że „w konsekwencji w ramach niniejszego zarzutu chodzi nie tyle o podważenie tego kryterium (efektu zachęty – B.W.), ile jedynie o zbadanie, czy skarżące dowiodły istnienia w niniejszej sprawie okoliczności mogących zapewnić efekt zachęty spornego systemu nawet przy braku złożenia wniosku przed rozpoczęciem realizacji omawianych projektów[35]", po czym przeprowadził analizę podniesionych w tym zakresie argumentów i uznał je za bezzasadne[36]. Przedstawione powyżej rozumowanie Sądu spotkało się z krytyką rzecznika generalnego Yves'a Bota, który swoją opinię w przedmiotowej sprawie poświęcił wyłącznie kwestii czy kryterium złożenia wniosku o pomoc przed rozpoczęciem realizacji projektu stanowi jedynie domniemanie istnienia efektu zachęty jak przyjął Sąd, czy też

[30] Decyzja z dnia 21.09.2005 r. w sprawie pomocy państwa, którą Niemcy zamierzają przyznać na rzecz *Kronoply* (Dz. U. L 94 z dnia 01.04.2006 r., str. 50).

[31] Wyr. w sprawie Kronoply…

[32] Wyr. w sprawie Kronoply…, pkt 60. W pkt 61 przywołanego wyroku Sąd stwierdził, że „Zapytane o to podczas rozprawy, obie strony potwierdziły takie właśnie rozumienie treści decyzji, jak również to, że aby pomoc mogła zostać uznana za zgodną ze wspólnym rynkiem, przesłanka dotycząca wywierania przez nią efektu zachęty i przesłanka dotycząca jej konieczności muszą być spełnione kumulatywnie".

[33] Wyr. w sprawie *Regione autonoma della Sardegna*…

[34] Ibidem, pkt 215.

[35] Ibidem, pkt 226.

[36] Ibidem, pkt 230–236.

stanowi niezbędny warunek konieczności pomocy[37]. W swojej argumentacji rzecznik generalny przyjął, że ustanowiony przez Komisję obowiązek złożenia wniosku o przyznanie pomocy przed rozpoczęciem prac nad projektem jest ostatecznie tylko konkretnym wyrazem jej konieczności[38]. Jednakże wbrew wywodom Sądu, co do charakteru efektu zachęty jako domniemania, rzecznik generalny przyjął, że wniosek o pomoc złożony przed rozpoczęciem realizacji projektu inwestycyjnego nie stanowi tylko prostego, trafnego i odpowiedniego kryterium pozwalającego Komisji domniemywać istnienie efektu zachęty, lecz niezbędny warunek jej konieczności[39]. Rozpatrując odwołanie od wyroku Sądu, Trybunał podkreślił, jak już zostało powyżej wskazane, że ocena niezbędności pomocy w kontekście art. 107 ust. 3 lit. a) winna opierać się na weryfikacji czy w braku planowanej pomocy inwestycja wspierająca rozwój danego regionu nie zostałaby zrealizowana. Odnosząc się natomiast do kwestii kryteriów, w świetle których należy oceniać niezbędny charakter pomocy regionalnej, Trybunał wskazał, że przyjęte przez Sąd założenie, że złożenie wniosku o pomoc przed rozpoczęciem realizacji projektu inwestycyjnego stanowi proste, trafne i odpowiednie kryterium pozwalające Komisji domniemywać niezbędny charakter planowanej pomocy nie jest negowane w odwołaniu, co oznacza, że nie może stanowić przedmiotu rozważań Trybunału[40].

Wydaje się, że przyjęte powyżej stanowisko Sądu co do charakteru efektu zachęty (a przynajmniej jego formalnej odmiany), jako wzruszalnego domniemania, a nie bezwzględnego warunku zgodności środka pomocowego z rynkiem wewnętrznym może wywrzeć pewien wpływ na praktykę decyzyjną Komisji Europejskiej. W sytuacji bowiem, gdy prace nad projektem rozpoczęły się, lecz z obiektywnych, niezależnych od beneficjenta przyczyn (np. z powodu kryzysu finansowego) dany projekt nie mógł zostać ukończony, państwo członkowskie ma możliwość przyznania dodatkowej pomocy zgodnej z rynkiem wewnętrznym. Przykład takiego podejścia można odnaleźć w praktyce decyzyjnej Urzędu Nadzoru EFTA (dalej: Urząd), który w ramach nadzoru nad stosowaniem reguł pomocy publicznej w państwach stowarzyszonych w ramach Europejskiego Stowarzyszenia Wolnego Handlu stosuje w swojej praktyce zasadniczo identyczne regulacje z tymi zawartymi w TFUE[41]. I tak we wszczętym przez siebie postępowaniu w sprawie dodatkowej pomocy przyznanej przez *Innovation Norway* dla *Finnfjord AS*[42] Urząd stwierdził, iż jakkolwiek zasadą ogólną jest brak efektu zachęty w przypadku, gdy prace nad projektem rozpoczęły się przed złożeniem wniosku o przyznanie pomocy, to jednakże w ocenie Urzędu nie można wykluczyć występowania efektu zachęty w sytuacji, gdy przyznanie pomocy w sposób jednoznaczny zapewnia realizację projektu, który w innym przypadku nie zostałby zrealizowany. Jednakże ocena występowania w takim przypadku efektu zachęty wymaga przeprowadzenia pełnej analizy ekonomicznej okoliczności, jakie istniały w momencie podejmowania przez beneficjenta decyzji o rozpoczęciu inwestycji. Taka analiza, zdaniem Urzędu, powinna zostać przeprowadzona na podstawie pierwotnego biznesplanu beneficjenta i innych dokumentów, które stanowiły podstawę wewnętrznej decyzji

[37] Opinia rzecznika generalnego Yves'a Bota przedstawiona w dniu 21.03.2013 r. w sprawach połączonych od C-630/11 do C-633/11 P *HGA Srl i inni v Komisja*, ECLI:EU:C:2013:194.

[38] Ibidem, pkt 58.

[39] Ibidem, pkt 66.

[40] Wyr. Trybunału Sprawiedliwości w sprawie *HGA Srl*, pkt 106–107.

[41] Por. art. 61–63 Porozumienia o Europejskim Obszarze Gospodarczym (Dz. U. L 1 z 3 stycznia 1994 r., str. 1). Co do praktycznego wpływu praktyki decyzyjnej Urzędu Nadzoru EFTA oraz Trybunału EFTA zob. pkt 30 projektu Komunikatu Komisji – *Zawiadomienie w sprawie pojęcia pomocy państwa w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE* wraz z przypisami (przypis 39 i 42) oraz opinię rzecznika generalnego Nilsa Wahla przedstawioną w dniu 24 września 2014 r. w sprawie C-518/13 Eventech, ECLI:EU:C:2014:2239, pkt 86–87.

[42] Decyzja Urzędu Nadzoru EFTA o wszczęciu formalnego postępowania w przedmiocie dodatkowej pomocy przyznanej przez Innovation Norway dla Finnfjord AS (Dz. U. C 108 z 10.04.2013 r., str. 2).

o zaangażowaniu zasobów przedsiębiorstwa w projekt; analizy opłacalności projektu w wariancie z pomocą i bez pomocy; analizy finansowej projektu oraz analizy ryzyka związanego z projektem. Niezbędne jest także przedstawienie szczegółowego sprawozdania, w jaki sposób dane okoliczności (powoływane jako uzasadnienie dla niemożności ukończenia projektu) wpłynęły na biznesplan projektu i oczekiwaną wewnętrzną stopę zwrotu z inwestycji[43].

Mając powyższe na względzie, wydaje się zatem, że nie w każdym przypadku naruszenie formalnego efektu zachęty musi prowadzić do stwierdzenia niezgodności środka pomocowego z rynkiem wewnętrznym, co sugeruje, że przynajmniej w zakresie oceny przeprowadzanej w oparciu o akty o charakterze *soft law* istnieje możliwość uznania, że dany środek pomocowy spełnia efekt zachęty[44].

VI. Efekt zachęty w rozporządzeniu 651/2014

W ramach procesu modernizacji reguł pomocy publicznej Komisja Europejska zapowiedziała także „rewizję i ewentualnie rozszerzenie zakresu ogólnego rozporządzenia w sprawie wyłączeń blokowych o kategorie pomocy objęte zrewidowanym rozporządzeniem upoważniającym, tak by przyczynić się do lepszego ukierunkowania zasobów publicznych na niektóre utrwalone cele, przy jednoczesnym uproszczeniu procedur administracyjnych w odniesieniu do dobrze skonstruowanych środków o stosunkowo niskich kwotach pomocy”[45].

Efektem prac Komisji Europejskiej w tym zakresie było przyjęcie w dniu 17 czerwca 2014 r. nowego rozporządzenia w sprawie wyłączeń blokowych – rozporządzenia 651/2014. Przedmiotowe rozporządzenie zostało wydane w oparciu o rozporządzenie 994/98[46], które stanowi w art. 1 ust. 1, że Komisja może w drodze rozporządzenia przyjętego zgodnie z procedurą określoną w art. 8 przedmiotowego rozporządzenia i zgodnie z art. 107 TFUE oświadczyć, że określone kategorie pomocy są zgodne z rynkiem wewnętrznym i nie podlegają obowiązkowi notyfikacji[47]. Zgodnie z założeniami Komisji nowy GBER ma stanowić podstawę dla 3/4 środków pomocowych stosowanych obecnie. Ich łączna wartość może z kolei stanowić nawet do 2/3 wartości pomocy publicznej stosowanej obecnie przez państwa członkowskie[48]. Nowy GBER ma zatem stanowić podstawowy instrument, za pomocą którego państwa członkowskie mają udzielać pomocy publicznej. Tak szerokie zastosowanie GBER-a pozwoli z jednej strony odciążyć Komisję od rutynowych spraw i skupić na się na tych najpoważniejszych z punktu widzenia rynku wewnętrznego, z drugiej natomiast – umożliwi państwom członkowskim sprawne i szybie wdrożenie środków pomocowych. Warunkiem jednak *sine qua non* skutecznego stosowania rozporządzenia jest pełna zgodność planowanych środków pomocowych z regulacjami przewidzianymi w rozporządzeniu. Stosownie do art. 3 GBER-a programy pomocowe, pomoc indywidualna przyznana na podstawie programów pomocowych oraz pomoc *ad hoc* są uznawane za zgodne z rynkiem wewnętrznym w rozumieniu

[43] Ibidem, pkt 62–64. Zob. także decyzję Urzędu Nadzoru EFTA w sprawie programu zachęt inwestycyjnych na Islandii, decyzja nie publikowana. Pobrano z: http://www.eftasurv.int/media/decisions/404-14-COL.pdf.

[44] Powyższe zastrzeżenie wynika z faktu, że przyjęte w ramach wytycznych reguły postępowania nie ograniczają szerokiego uznania przysługującego Komisji w dziedzinie oceny zgodności pomocy państwa z art. 107 ust. 3 TFUE, o ile przy wykonywaniu tych kompetencji Komisja przestrzega nadrzędnych reguł prawa, takich jak postanowienia traktatu oraz ogólne zasady prawa unijnego – por. wyr. Sądu z dnia 10.07.2012 r. w sprawie *Smurfit Kappa Group plc. v Komisja*, Zb. Orz., ECLI:EU:T:2012:351.

[45] *Unowocześnienie*…, pkt 20 c).

[46] Rozporządzenie Rady (WE) nr 994/98 z dnia 07.05.1998 r. dotyczące stosowania art. 107 i 108 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do niektórych kategorii horyzontalnej pomocy państwa (Dz. U. L 142 z 14.05.1998 r., str. 1).

[47] Zob. także motyw 4 rozporządzenia 994/98.

[48] Zob. *State aid: Commission adopts new General Block Exemption Regulation*, komunikat prasowy KE z dnia 21.05.2014 r.

art. 107 ust. 2 lub 3 TFUE i wyłączone z obowiązku notyfikacji, o którym mowa w art. 108 ust. 3 TFUE pod warunkiem, że taka pomoc jest w pełni zgodna z warunkami przewidzianymi w rozdziale I rozporządzenia, jak również ze szczególnymi warunkami dla poszczególnych kategorii pomocy przewidzianych w rozdziale III rozporządzenia. W przypadku naruszania przepisów rozporządzenia Komisja zastrzegła sobie możliwość pozbawienia danego państwa członkowskiego uprawnień wynikających z korzystania z rozporządzenia, tj. możliwości korzystania z pomocy publicznej bez obowiązku notyfikacji (art. 10 GBER-a).

Jednym z podstawowych warunków zgodności danego środka pomocowego z przepisami rozporządzenia 651/2014 jest spełnienie efektu zachęty. Zgodnie z motywem 18 przedmiotowego rozporządzenia „w celu zapewnienia, że pomoc jest niezbędna i działa jako zachęta do rozwoju działań lub projektów, rozporządzenie nie powinno mieć zastosowania do pomocy na rzecz działań, w które beneficjent i tak by się zaangażował, nawet w przypadku braku pomocy. Pomoc powinna być wyłączona z obowiązku notyfikacji w ramach rozporządzenia, jeżeli prace nad projektem objętym pomocą rozpoczęły się po złożeniu przez beneficjenta wniosku o przyznanie pomocy”[49]. Stosownie natomiast do treści normatywnej rozporządzenia, znajduje ono zastosowanie jedynie do pomocy, która wywołuje efekt zachęty (art. 6 ust. 1), przy czym, zgodnie z rozporządzeniem, istnieją dwa zasadnicze mechanizmy weryfikacji efektu zachęty[50]. W pierwszej kolejności pomoc zostanie uznana za wywołującą efekt zachęty, jeżeli beneficjent przedłożył do danego państwa członkowskiego, przed rozpoczęciem prac nad projektem lub działaniem, pisemny wniosek o przyznanie pomocy. Taki wniosek winien zawierać przynajmniej następujące informacje:

a) nazwę przedsiębiorstwa i jego klasyfikację;
b) opis projektu, w tym określenie daty jego rozpoczęcia oraz zakończenia;
c) lokalizację projektu;
d) zestawienie kosztów kwalifikowalnych;
e) rodzaj pomocy (dotacja, pożyczka, poręczenie, wkład kapitałowy) oraz wysokość niezbędnego wsparcia publicznego (art. 6 ust. 2).

W odniesieniu do pomocy *ad hoc* przyznawanej dużym przedsiębiorstwom, pomoc wywiera efekt zachęty, jeżeli, oprócz spełnienia warunków określonych w ust. 2 (tj. złożenia wniosku o pomoc przed rozpoczęciem prac nad projektem lub działaniem), państwo członkowskie zweryfikowało przed udzieleniem pomocy, w oparciu o dokumentację przygotowaną przez beneficjenta, że rezultatem przyznanej pomocy będzie:

a) w przypadku regionalnej pomocy inwestycyjnej: że projekt, w przypadku braku pomocy nie zostałby zrealizowany w danym regionie lub, że jego realizacja nie byłaby wystarczająco zyskowna dla beneficjenta bez pomocy;
b) w innych przypadkach, że dzięki pomocy:
   – zakres projektu/działania uległ zwiększeniu;
   – całkowita kwota wydatkowana przez beneficjenta na rzecz projektu uległa zwiększeniu;
   – projekt został ukończony w krótszym terminie (art. 6 ust. 3).

[49] W motywie 18, w zdaniu pierwszym prawodawca unijny odwołał się do ekonomicznego charakteru analizy spełnienia efektu zachęty, natomiast w zdaniu drugim wskazana jest formalny charakter efektu zachęty.

[50] Tryb weryfikacji spełnienia efektu zachęty uzależniony jest w pierwszej kolejności od podstawy pomoc (pomoc *ad hoc*, pomoc przyznana indywidualnym beneficjentom na podstawie programu pomocy czy też program pomocowy), następnie od statusu przedsiębiorstwa.

GBER ustanawia również odrębne zasady, jeżeli chodzi o efekt zachęty dla środków pomocowych przyznawanych w formie korzyści podatkowych (art. 6 ust. 4), a także wyłącza pewne środki z wymogu spełnienia efektu zachęty lub też ustanawia domniemanie prawne, że w przypadku spełnienia określonych warunków, właściwych dla danego środka (określonych w rozdziale III GBER-a) środek pomocowy spełnia efekt zachęty (art. 6 ust. 5).

Przyjęte na gruncie rozporządzenia 651/2014 rozwiązania prawne w zakresie weryfikacji spełnienia przez dany projekt efektu zachęty wywołują pewne wątpliwości, co do ich zgodności z przedstawionym powyżej orzecznictwem TSUE. Zgodnie bowiem z przywołanymi powyżej judykatami, ocena spełniania warunku konieczności pomocy w ramach weryfikacji zgodności danego projektu z efektem zachęty nie może być ograniczona jedynie do analizy formalnej, lecz powinna polegać na merytorycznej weryfikacji zasadności wsparcia danego projektu. W tym zakresie określony w art. 6 ust. 2 rozporządzenia wymóg nie jest wystarczający. Złożenie bowiem wniosku o przyznanie pomocy przed rozpoczęciem prac nad projektem nie świadczy wcale o konieczności pomocy, lecz co najwyżej o chęci skorzystania z danego programu pomocowego. Efekt zachęty, w takim kształcie, ograniczony jedynie do oceny o charakterze formalnym nie pozwala na ocenę spełnienia warunku konieczności pomocy – prowadzi jedynie do wykluczenia z możliwości uzyskania wsparcia ze strony państwa projektów, których realizacja już się rozpoczęła[51].

W praktyce oznacza to, że organ stosujący rozporządzenie 651/2014 nie będzie miał możliwości odrzucenia projektu, który jakkolwiek spełnia formalny warunek złożenia wniosku o przyznanie pomocy przed rozpoczęciem prac nad projektem, to jednakże z punktu widzenia obiektywnego może (czy nawet musi) zostać zrealizowany przez wnioskodawcę samodzielnie, bez udziału środków publicznych. Nic w tym zakresie nie zmienia sformułowanie zawarte w motywie 18 rozporządzenia, które odwołuje się do konieczności zapewnienia, że aby mieć pewność, że pomoc jest niezbędna i zachęca do rozwoju dalszej działalności lub projektów, niniejsze rozporządzenie nie powinno mieć zastosowania do pomocy na działalność, którą i tak beneficjent by prowadził, nawet w przypadku braku pomocy. Preambuła aktu prawa unijnego jest co do zasady przydatna jedynie w procesie wykładni[52]. W żadnym natomiast wypadku preambuła rozporządzenia nie może stanowić podstawy dla decyzji organu. Zgodnie bowiem z orzecznictwem TSUE nie ma ona mocy prawnie wiążącej i nie może być powoływana ani dla uzasadnienia odstępstw od przepisów danego aktu, ani w celu wykładni tych przepisów w sposób oczywiście sprzeczny z ich brzmieniem[53]. W ocenie autora, w żaden sposób wykładnia art. 6 ust. 2 GBER-a nie prowadzi do konkluzji, że możliwe jest odrzucenie projektów, które są sprzeczne z zasadą konieczności pomocy (mogą zostać zatem zrealizowane samodzielnie przez beneficjenta pomocy)[54].

[51] Takie sformułowanie efektu zachęty podyktowane było między innymi koniecznością zapewnienia, by rozporządzenie w sprawie wyłączeń blokowych było stosowane w sposób jednolity i pewny we wszystkich państwach członkowskich, bez marginesu oceny, który istnieje przy dokonywaniu złożonych ocen ekonomicznych – zob. L. Ewans, H. Nyssens, *Economics in state aid: soon as routine as dentistry*, pkt 29. Pobrano z: http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2007_14_en.pdf.

[52] Zob. opinię rzecznika generalnego Colomera, który w sprawie C-110/03 *Belgia v Komisja*, ECLI:EU:C:2004:815 stwierdził, że „Przepisy prawne opisują fakty, sytuacje lub okoliczności, przypisując im określone skutki. Zatem stan faktyczny oraz skutek prawny stanowią dwa elementy składowe przepisu prawnego. Przedstawienie powodów, preambuł i motywów wprowadzających, które jedynie obrazują oraz stanowią uzasadnienie lub wyjaśnienie, nie charakteryzuje się jednak tymi dwoma elementami, ponieważ mimo że towarzyszą one części normatywnej aktu i zazwyczaj ją poprzedzają, tworząc faktycznie jego część, nie mają one mocy wiążącej, nawet jeśli są przydatne jako kryteria wykładni" (pkt 34).

[53] Wyr. Trybunału Sprawiedliwości z dnia 24.11.2005 r. w sprawie C-136/04 *Deutsches Milch-Kantor*, Zb. Orz., ECLI:EU:C:2005:716, pkt 32.

[54] Co ciekawe, taką właśnie wykładnię art. 6 ust. 2 rozporządzenia 651/2014, zakładającą merytoryczną weryfikację efektu zachęty przedstawiło Ministerstwo Infrastruktury i Rozwoju w toku konsultacji „projektu rozporządzenia Ministra Infrastruktury i Rozwoju w sprawie udzielania regionalnej pomocy inwestycyjnej, pomocy na usługi doradcze związane z przygotowaniem inwestycji początkowej oraz pomocy na usługi doradcze związane z realizacją inwestycji początkowej w ramach regionalnych programów operacyjnych" – zob. stanowisko ministerstwa odnośnie do uwag przedłożonych przez województwo śląskie i kujawsko-pomorskiego zgłaszane w toku konsultacji. Pobrano z: http://legislacja.rcl.gov.pl/lista/520/projekt/232560/katalog/232579.

VII. Wnioski

Weryfikacja spełnienia efektu zachęty ma za zadanie uniemożliwić przyznawanie pomocy na rzecz projektów, które mogłyby zostać zrealizowane przez beneficjentów samodzielnie. W ten sposób rynek wewnętrzny chroniony jest przed zakłóceniami, jakie wywołuje przyznanie pomocy nienakładającej na beneficjenta zobowiązania dotyczącego jej wykorzystania. Omówione w niniejszym artykule warunki efektu zachęty, co do zasady, umożliwiają wykluczenie tego typu pomocy z rynku wewnętrznego. Co do zasady, gdyż niestety, przyjęte w rozporządzeniu 651/2014 rozwiązania wydają się niedoskonałe i nie gwarantują, że wsparcie uzyskają jedynie projekty, które z jednej strony rzeczywiście służą dobrze zidentyfikowanym celom publicznym, z drugiej natomiast – potrzebują wsparcia publicznego w celu ich realizacji.

Justyna Kulawik-Dutkowska*

Prawidłowe określenie statusu MŚP w kontekście korzystania z pomocy publicznej przez przedsiębiorstwa

Spis treści

I. Wprowadzenie
II. Elementy definicji MŚP w świetle przepisów prawa unijnego i polskiego
1. Definicja „przedsiębiorstwa" w prawie polskim i unijnym
2. Zasady określenia statusu MŚP
2.1. Pułapy zatrudnienia i pułapy finansowe
2.2. Zmiana struktury właścicielskiej przedsiębiorstwa
2.3. Kategorie przedsiębiorstw w świetle ich powiązań
2.4. Definicja MŚP w polskim prawie
III. Definicja MŚP w świetle orzecznictwa unijnego
1. Celowościowa (funkcjonalna) interpretacja definicji MŚP
2. Wybrane orzecznictwo sądów unijnych i decyzje Komisji Europejskiej
IV. Definicja MŚP w świetle orzecznictwa polskiego
V. Prawne konsekwencje błędnego określenia statusu MŚP przez przedsiębiorstwa
VI. Wnioski końcowe

Pomimo wprowadzenia definicji MŚP do unijnych i polskich aktów prawnych, zagadnienie to budzi szereg wątpliwości w praktyce życia gospodarczego, a szczególnie w kontekście uzależnienia możliwości korzystania z pewnych rodzajów pomocy publicznej przez przedsiębiorców od posiadania statusu mikro-, małego lub średniego przedsiębiorstwa. Unijne i polskie przepisy regulujące to zagadnienie pozostawiają istotną lukę interpretacyjną, którą wypełniają decyzje organów administracji i Komisji Europejskiej oraz orzeczenia sądów unijnych i krajowych. Celem niniejszego artykułu jest omówienie problematyki prawidłowego zdefiniowania statusu MŚP, przy uwzględnieniu przepisów prawa i ustalonego orzecznictwa, w celu uniknięcia konsekwencji błędów popełnionych w tym zakresie.

Słowa kluczowe: definicja MŚP; status MŚP; wielkość przedsiębiorstwa; przedsiębiorstwo; jednostka gospodarcza; pomoc publiczna.

I. Wprowadzenie

Mikro-, małe i średnie przedsiębiorstwa stanowią trzon polskiej i unijnej gospodarki (w Polsce firmy z sektora małych i średnich przedsiębiorstw (dalej: MŚP) generują prawie połowę PKB

* Radca prawny, doktorantka na Wydziale Zarządzania UW; e-mail: justynakulawik@yahoo.com.

– 47,3%, a mikroprzedsiębiorstwa aż jedną trzecią – 29,4%)[1]. W Polsce działa ok 1,8 mln firm, z czego 99,8% to małe i średnie przedsiębiorstwa, podobną proporcję odnotowuje się w Unii Europejskiej[2]. Firmy z sektora MŚP generują także znaczną liczbę miejsc pracy, w Polsce w 2011 r. liczba ta wyniosła 60,5% ogółu zatrudnionych w przedsiębiorstwach[3]. Jednakże rozwój MŚP może być blokowany przez pewne niedoskonałości rynku, prowadzące do występowania typowych dla tego typu przedsiębiorstw problemów. W preambule tzw. rozporządzenia w sprawie wyłączeń blokowych[4] (dalej: Rozporządzenie) jako typowe problemy dotykające MŚP wymienia się trudności z dostępem do kapitału lub pożyczek, wynikające z wyższego ryzyka niż w przypadku dużych przedsiębiorstw i niewystarczających zabezpieczeń, jakimi dysponują MŚP; ograniczony dostęp do informacji, w tym w szczególności w zakresie nowych technologii; a także ograniczony dostęp do rynków zbytu. L. Kuczewska[5] wymienia także brak środków na szkolenia, badania rynkowe, wysokie koszty zabezpieczeń społecznych i prowadzenia rachunkowości. W zaleceniu Komisji 2003/361/WE z dnia 6 maja 2003 r. dotyczącym definicji mikroprzedsiębiorstw oraz małych i średnich przedsiębiorstw[6] (dalej: Zalecenie) i stanowiącym podstawę definicji MŚP zawartej w Rozporządzeniu, jest mowa o konieczności eliminowania z kategorii MŚP takich przedsiębiorstw, „których siła ekonomiczna może przekraczać siłę prawdziwych MŚP”[7].

Aby pomóc małym i średnim firmom przezwyciężyć ww. specyficzne trudności rynkowe, w Rozporządzeniu wprowadzono pewne kategorie pomocy kierowanej wyłącznie do MŚP[8]. Ponadto MŚP mogą w pewnych przypadkach korzystać z podwyższonej intensywności pomocy publicznej, np. intensywność pomocy w przypadku badań przemysłowych i eksperymentalnych prac rozwojowych może zostać zwiększona o 10 punktów procentowych w przypadku średnich przedsiębiorstw oraz o 20 punktów procentowych w przypadku małych przedsiębiorstw (art. 25 ust. 6 Rozporządzenia).

W ostatnich latach wiele polskich przedsiębiorstw korzysta z pomocy publicznej udzielanej z reguły na podstawie Rozporządzenia, niezbędna jest więc umiejętność prawidłowego określenia rozmiaru przedsiębiorstwa. W tym kontekście istotne jest także zagadnienie zachowania lub utraty statusu MŚP w wyniku przekształcenia przedsiębiorstwa lub zmian właścicielskich w trakcie realizacji projektu.

Na wstępie rozważań nad określaniem statusu MŚP należy podkreślić, że mimo iż prawna definicja MŚP została zawarta w Załączniku I do Rozporządzenia (dalej: Załącznik I), stanowiącym jego integralną część, oraz w rozdziale 7 polskiej ustawy o swobodzie działalności gospodarczej (dalej: usdg)[9], to niezwykle istotną rolę w jej doprecyzowaniu odgrywają decyzje Komisji Europejskiej i polskiej administracji oraz orzeczenia unijnych i polskich sądów. Ponadto należy

[1] A. Tarnawa, P. Zadura-Lichota (red.), *Raport o stanie sektora małych i średnich przedsiębiorstw w Polsce w latach 2011–2012*, Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości, Warszawa 2013, s. 16.

[2] Ibidem, s. 19.

[3] Ibidem, s. 24.

[4] Rozporządzenie Komisji (UE) nr 651/2014 z dnia 17 czerwca 2014 r. uznające niektóre rodzaje pomocy za zgodne z rynkiem wewnętrznym w zastosowaniu art. 107 i 108 Traktatu (Dz. Urz. UE 2014 L 187/1), pkt 40 preambuły.

[5] L. Kuczewska, *Pomoc publiczna dla sektora MŚP w Europie Zachodniej*, [w:] F. Misiąg (red.), *Pomoc publiczna dla małych i średnich przedsiębiorstw – mity i rzeczywistość*, PWE, Warszawa 2005, s. 30–46.

[6] Zalecenie Komisji 2003/361/WE z dnia 6 maja 2003 r. dotyczące definicji mikroprzedsiębiorstw oraz małych i średnich przedsiębiorstw (Dz.Urz. WE 2003 L 124/36).

[7] Zalecenie…, pkt 9 preambuły.

[8] K. Deiberova, H. Nyssens, *The new General Block Exemption Regulation (GBER): What changed?*, „European State Aid Law Quarterly” 2009, Vol. 8, No. 1.

[9] Ustawa z 02.07.2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz.U. Nr 173, poz. 1807 ze zm.).

podkreślić, że obecne regulacje Załącznika I są tożsame z regulacjami tej materii w poprzednim rozporządzeniu w sprawie wyłączeń blokowych[10] i z przepisami zawartymi w Zaleceniu, w związku z czym aktualne pozostaje wcześniejsze orzecznictwo i doktryna.

II. Elementy definicji MŚP w świetle przepisów prawa unijnego i polskiego

1. Definicja „przedsiębiorstwa" w prawie polskim i unijnym

W prawie unijnym kryteria formalne definicji MŚP zostały określone w Załączniku I. Na potrzeby tego aktu prawnego w art. 1 wprowadzono bardzo szeroko rozumianą definicję przedsiębiorstwa. Zgodnie z tym przepisem „za przedsiębiorstwo uważa się podmiot prowadzący działalność gospodarczą bez względu na jego formę prawną. Zalicza się tu w szczególności osoby prowadzące działalność na własny rachunek oraz firmy rodzinne zajmujące się rzemiosłem lub inną działalnością, a także spółki lub stowarzyszenia prowadzące regularną działalność gospodarczą"[11]. Oznacza to, że dla spełnienia kryteriów definicji „przedsiębiorstwa", w rozumieniu Załącznika I, istotne jest faktyczne prowadzenie działalności gospodarczej, a nie to w jakiej formie prawnej taka działalność jest wykonywana. Jak wskazuje K. Skowyra[12], taka „koncepcja, w świetle której przedsiębiorstwo pojmowane jest jako „jednostka ekonomiczna", jest zgodna ze stanowiskiem ETS. W ocenie Trybunału nieważne jest bowiem, czy podmiot stanowi jednostkę w sensie formalnym, czy też prawnym, gdyż do oceny jego sytuacji liczy się przede wszystkim możliwość podejmowania przezeń niezależnych decyzji ekonomicznych lub handlowych, a także faktyczne powiązania o charakterze ekonomicznym kilku podmiotów, takie jak np. wspólni klienci lub dostawcy, prowadzenie działalności na tym samym lub pokrewnym rynku, czy korzystanie z jednej sieci dystrybucji. W wyniku takiej interpretacji za przedsiębiorstwo Komisja może również uznać grupę kilku przedsiębiorstw, nawet wówczas, gdy nie są one ze sobą powiązane w sposób formalny"[13].

Pojęcie „przedsiębiorcy" i „przedsiębiorstwa" w polskim prawie nie jest stosowane jednolicie[14]. W kontekście definicji MŚP istotna jest jednak definicja „przedsiębiorcy" zawarta w usdg, ponieważ to właśnie ten akt prawny definiuje status mikro-, małych i średnich przedsiębiorstw (art. 104–106), a w art. 110 wprowadza bezpośrednie odwołanie do kryteriów definicji MŚP określonych w Rozporządzeniu dla przedsiębiorców ubiegających się o pomoc publiczną. Definicja „przedsiębiorcy" w art. 4 usdg obejmuje osoby fizyczne, prawne i jednostki organizacyjne niebędące osobami prawnymi, którym odrębne ustawy przyznają zdolność prawną, wykonujące we własnym imieniu działalność gospodarczą, a także wspólników spółki cywilnej w zakresie wykonywanej przez nich działalności gospodarczej. Z kolei w art. 2 ustawy „działalność gospodarcza" została zdefiniowana 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". Dla definicji „działalności gospodarczej", a co za

[10] Rozporządzenie Komisji z dnia 06.082008 r. uznające niektóre rodzaje pomocy za zgodne ze wspólnym rynkiem w zastosowaniu art. 87 i 88 Traktatu (ogólne rozporządzenie w sprawie wyłączeń blokowych) nr 800/2008 (Dz. Urz. WE 2008 L 214/3).

[11] Art. 1 Załącznika I.

[12] K. Skowyra, *Małe (i średnie) jest piękne… O stosowaniu komisyjnej definicji małych i średnich przedsiębiorstw w dziedzinie pomocy państwa*, [w:] B. Kurcz (red.), *Pomoc państwa. Wybrane zagadnienia*, C.H. Beck, Warszawa 2009, s. 17–42.

[13] Szerzej na ten temat w rozdziale III pt. *Definicja MŚP w świetle orzecznictwa unijnego*.

[14] K. Kohutek, *Komentarz do art. 4 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, System informacji prawnej*, LEX, Warszawa 2005.

tym idzie definicji „przedsiębiorcy" w usdg, kluczowy jest więc zarobkowy charakter podejmowanej działalności, o czym nie ma mowy w Załączniku I[15].

2. Zasady określenia statusu MŚP

2.1. Pułapy zatrudnienia i pułapy finansowe

Przy określaniu statusu przedsiębiorstwa należy wziąć pod uwagę przede wszystkim określone w art. 2 Załącznika I pułapy zatrudnienia oraz pułapy finansowe. Zgodnie z tymi przepisami do kategorii mikro-, małych i średnich przedsiębiorstw zalicza się przedsiębiorstwa, w których zatrudnionych jest mniej niż 250 pracowników i których roczny obrót nie przekracza 50 milionów EUR lub roczna suma bilansowa nie przekracza 43 milionów EUR. Należy podkreślić, że aby przedsiębiorstwo mogło zostać zakwalifikowane jako MŚP, wskazane w tym przepisie kryteria zatrudnienia i kryteria finansowe, w postaci skali rocznego obrotu bądź rocznej sumy bilansowej, muszą być spełnione łącznie, co oznacza, że jeśli przedsiębiorstwo zatrudnia więcej niż 250 osób nie jest już konieczne badanie pułapów finansowych, aby stwierdzić, że nie należy do sektora MŚP. Ponadto, jak wyjaśnia Komisja Europejska[16], próg liczby pracowników jest kryterium stosowanym obligatoryjnie, natomiast przedsiębiorstwo może swobodnie wybrać czy jako drugie kryterium będzie stosować kryterium rocznego obrotu, czy rocznej sumy bilansowej, co wynika z odmiennej charakterystyki firm produkcyjnych i handlowych/dystrybucyjnych, które mają z reguły wyższy obrót[17]. Należy zauważyć, że w art. 2 Załącznika I wyróżniono dodatkowo progi zatrudnienia i finansowe identyfikujące mikro- i małe przedsiębiorstwa, co ma istotne znaczenie przy określaniu intensywności wsparcia lub przy możliwości ubiegania się o pomoc w ramach instrumentów adresowanych wyłącznie do pewnych kategorii MŚP, np. do mikroprzedsiębiorstw.

W art. 4 Załącznika I wskazano sposób określania liczby personelu i pułapów finansowych. Zgodnie z tym przepisem wykorzystuje się „dane odnoszące się do ostatniego zatwierdzonego okresu obrachunkowego[18] i obliczane w skali rocznej"[19], a kwota wybrana jako obrót jest obliczana jako kwota netto, tzn. z pominięciem podatku VAT i innych podatków pośrednich. Nowo utworzone przedsiębiorstwa, które nie mają jeszcze zatwierdzonych ksiąg rachunkowych, obliczają swoje dane na podstawie szacunków dokonanych w dobrej wierze w trakcie roku obrotowego (art. 4 ust. 3 Załącznika I).

Ze względu na zróżnicowane formy zatrudniania pracowników i możliwe problemy interpretacyjne na tym tle, w art. 5 wskazano, że liczbę personelu określa się poprzez obliczenie tzw. rocznych jednostek pracy (RJR), którym odpowiada liczba pracowników zatrudnionych w pełnym wymiarze czasu pracy w ciągu danego roku referencyjnego, w badanym przedsiębiorstwie lub w jego imieniu. Z kolei jako części ułamkowe rocznych jednostek pracy oblicza się pracę osób,

[15] Szerzej o relacjach pomiędzy przepisami Załącznika I i usdg w podrozdziale 2.4. *Definicja MŚP w polskim prawie*.

[16] Wyjaśnienia Komisji Europejskiej z dnia 26.09.2011 r.: ENTR/B3/TE/nc Ares (2011) 1102593. Pobrano z: http://www.dwup.pl/pokl/images/stories/POKL/interpretacje/111109wyjasnienia_uokik_definicja_msp.pdf.

[17] *Nowa definicja MŚP, – Poradnik dla użytkowników i wzór oświadczenia*, Komisja Europejska, Dyrekcja Generalna ds. Przedsiębiorstw i Przemysłu, 2006, s. 13 .m Pobrano z: http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/files/sme_definition/sme_user_guide_pl.pdf.

[18] W tej kwestii także pojawiła się wątpliwość interpretacyjna. Jak podaje Urząd Marszałkowski Województwa Podlaskiego, „Zgodnie ze stanowiskiem służb KE przekazanym IK RPO, treść Zaleceń nr 2003/361/WE była oryginalnie przygotowana w języku francuskim (pierwszy draft), a następnie tłumaczona na inne języki urzędowe UE. Błąd zakradł się wyłącznie do wersji angielskiej, gdzie zamiast mówić o zamkniętych okresach obrachunkowych (jak stanowi wersja francuska – *cloture*), mówi się o zatwierdzonych okresach obrachunkowych (*approved*). Analogicznie błąd ten zawiera wersja angielska załącznika I do rozporządzenia nr 800/2008, a za nią wersja polska, która jak przekazały służby KE, została przetłumaczona z wersji angielskiej". Pobrano z: http://www.rpowp.wrotapodlasia.pl/private/upload/file/56ddecc020030f717a654436133336e5.pdf.

[19] Art. 4 ust. 1 Załącznika I.

które pracowały krócej niż cały rok, osób pracujących w niepełnym wymiarze i pracowników sezonowych. Do liczby pracowników nie wlicza się natomiast okresu trwania urlopów macierzyńskich i wychowawczych oraz praktykantów lub studentów odbywających szkolenie zawodowe. Przepis wymienia następujące kategorie osób wchodzących w skład personelu przedsiębiorstwa:

– pracownicy;
– osoby pracujące dla przedsiębiorstwa, podlegające mu i uważane za pracowników na mocy prawa krajowego;
– kierownicy-właściciele;
– partnerzy prowadzący regularną działalność w przedsiębiorstwie i czerpiący z niego korzyści finansowe.

Szczególne problemy interpretacyjne mogą pojawić się w przypadku „osób uważanych za pracowników na mocy prawa krajowego". W Załączniku I pojawia się w tym zakresie odwołanie do prawa krajowego; w przypadku Polski jest to kodeks pracy[20] i jego art. 2 stanowiący, że „pracownikiem jest osoba zatrudniona na podstawie umowy o pracę, powołania, wyboru, mianowania lub spółdzielczej umowy o pracę". Oznaczałoby to więc, że osoby zatrudnione w przedsiębiorstwie na podstawie rozpowszechnionych obecnie umów cywilnoprawnych, takich jak umowa zlecenia czy umowa o dzieło nie byłyby wliczane do pułapu liczby pracowników, tym bardziej że nie można założyć, że osoby te nie zawarły świadomie tego typu umów. Sprawa jest jednak dyskusyjna na tle art. 22 kodeksu pracy, według którego: „§ 1. Przez nawiązanie stosunku pracy pracownik zobowiązuje się do wykonywania pracy określonego rodzaju na rzecz pracodawcy i pod jego kierownictwem oraz w miejscu i czasie wyznaczonym przez pracodawcę, a pracodawca – do zatrudniania pracownika za wynagrodzeniem. § 1.[1] Zatrudnienie w warunkach określonych w § 1 jest zatrudnieniem na podstawie stosunku pracy, bez względu na nazwę zawartej przez strony umowy". W przypadku więc decyzji, co do wliczania albo niewliczania osób współpracujących z przedsiębiorstwem na podstawie umów cywilnoprawnych do pułapu zatrudnienia MŚP zalecana jest daleko posunięta ostrożność oraz zbadanie elementów łączącej strony umowy w świetle art. 22 kodeksu pracy oraz zgodnego zamiaru stron, niewskazane jest zaś automatyczne wliczanie takich osób do RJR[21].

2.2. Zmiana struktury właścicielskiej przedsiębiorstwa

Zmiana statusu MŚP może być konsekwencją albo naturalnego rozwoju gospodarczego przedsiębiorstwa, albo wynikiem zmiany struktury właścicielskiej przedsiębiorstwa. Z obowiązujących regulacji (art. 4 ust. 2 Załącznika I) wynika, iż przedsiębiorstwo nabędzie status MŚP, jeśli uprzednio było dużym przedsiębiorstwem, ale następnie znalazło się poniżej pułapów MŚP i stan taki utrzymywał się przez kolejne dwa okresy obrachunkowe. Jednakże przedsiębiorstwo, utraci status MŚP, jeśli przekroczy ustanowione dla niego pułapy w ciągu dwóch kolejnych okresów obrachunkowych. W obu przypadkach, utrata albo uzyskanie statusu MŚP liczy się od daty zamknięcia ksiąg rachunkowych, a nie od daty ich zatwierdzenia. Niemniej jednak należy podkreślić, iż reguły te mają zastosowanie w zwykłym przebiegu aktywności gospodarczej, kiedy przedsiębiorstwo w sposób naturalny zwiększa lub zmniejsza swój poziom zatrudnienia lub obrót, a nie ma zastosowania do

[20] Ustawa z dnia 26.06.1974 – Kodeks pracy (Dz.U. Nr 24, poz. 141 ze zm.).

[21] Wyjaśnienia Urzędu Marszałkowskiego Województwa Podlaskiego na stronie Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Podlaskiego. Pobrano z: http://www.rpowp.wrotapodlasia.pl/private/upload/file/56ddecc020030f717a654436133336e5.pdf.

przedsiębiorstwa, które zmienia strukturę właścicielską. Dotyczy to zwłaszcza przejęcia przedsiębiorstwa z sektora MŚP przez przedsiębiorstwo duże, w wyniku czego przedsiębiorstwo mające dotychczas status MŚP staje się przedsiębiorstwem związanym lub partnerskim, w tym przypadku uważa się bowiem, że przedsiębiorstwo automatycznie zmieniło swój status w dniu zmiany struktury własności[22]. Takie podejście wynika z cytowanego już zapisu z pkt 9 preambuły do zalecenia Komisji 2003/361/WE z dnia 6 maja 2003 r., który mówi o konieczności zapewnienia pomocy tylko tym przedsiębiorstwom, które naprawdę tego potrzebują, ponieważ po przejęciu przez duże przedsiębiorstwo firma nie doświadcza już takich samych problemów, co prawdziwe przedsiębiorstwa z sektora MŚP. Kwestia ta została także wyjaśniona szczegółowo w oświadczeniu o spełnieniu kryteriów MŚP, stanowiącym przykładowo załącznik do wniosku o dofinansowanie w konkursie dla działania 4.4 Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka w 2013 r.:

„Powyższa zasada nie dotyczy sytuacji wynikających ze zmiany w strukturze właścicielskiej przedsiębiorstwa:

1) przejęcia przedsiębiorstwa mającego status MŚP przez przedsiębiorstwo duże i w związku z tym stanie się przedsiębiorstwem powiązanym lub partnerskim;
2) utrata statusu mikro lub małego przedsiębiorstwa może mieć także miejsce w przypadku przejęcia pierwszego z nich przez małe lub średnie przedsiębiorstwo, a w przypadku drugiego z nich w wyniku przejęcia przez średnie przedsiębiorstwo.

W sytuacjach opisanych w pkt 1 i 2 utrata statusu następuje w dniu przejęcia przedsiębiorstwa. Mechanizm ten działa również w przypadku sytuacji odwrotnej, tj. np. sprzedaży udziałów przez podmiot dominujący i zakończenia powiązań pomiędzy przedsiębiorstwami – w takim przypadku przedsiębiorstwo będzie mogło uzyskać/odzyskać status przedsiębiorstwa MŚP, o ile dane tego przedsiębiorstwa mieszczą się w progach określonych dla danej kategorii przedsiębiorstwa”[23].

Takie rozróżnienie ma doniosłe konsekwencje praktyczne, np. w sytuacji, gdy po złożeniu wniosku o wsparcie w konkursie adresowanym wyłącznie do MŚP, a przed podpisaniem umowy o dofinansowanie, przedsiębiorstwo zostaje przejęte przez duże przedsiębiorstwo i jako takie nie spełnia już wymogów konkursu, a więc nie może uzyskać dotacji.

2.3. Kategorie przedsiębiorstw w świetle ich powiązań

Niezwykle istotnym elementem określenia statusu MŚP jest rozważenie wszystkich możliwych powiązań z innymi podmiotami, co jest szczególnie ważne dla przedsiębiorstw wchodzących w skład grupy kapitałowej. Zbadanie takich związków pozwala na ocenę rzeczywistej sytuacji ekonomicznej danego przedsiębiorstwa i wykluczenie z zasięgu pomocy tych podmiotów, które faktycznie nie są MŚP[24]. W art. 3 Załącznika I wyróżniono więc cztery kategorie przedsiębiorstw, których dane brane są pod uwagę przy obliczaniu kwot finansowych i liczby personelu:

– przedsiębiorstwa niezależne,
– przedsiębiorstwa partnerskie,
– przedsiębiorstwa powiązane oraz
– podmioty publiczne.

[22] Pismo Wiceprezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 30.09.2011 r., nr DDO-52-265(2)/11/MM/MMach, wyjaśnienia KE z dnia 26.09.2011 r.: ENTR/B3/TE/nc Ares (2011) 1102593. Pobrano z: http://www.dwup.pl/pokl/images/stories/POKL/interpretacje/111109wyjasnienia_uokik_definicja_msp.pdf.

[23] Oświadczenie jest dostępne na stronie konkursu: http://poig.parp.gov.pl/index/more/32620.

[24] Nowa definicja MŚP, s. 11.

Ponadto w art. 6 Załącznika I dla poszczególnych kategorii przedsiębiorstw przewidziano metodykę ustalania danych do obliczania pułapów.

Przedsiębiorstwa niezależne (art. 3 ust. 1 Załącznika I)

Przedsiębiorstwem niezależnym (samodzielnym) jest takie, którego nie możemy zakwalifikować ani jako partnerskie, ani powiązane. W praktyce oznacza to przedsiębiorstwo, które albo nie ma żadnych związków z innymi przedsiębiorstwami, albo posiada poniżej 25% kapitału lub głosów w innych przedsiębiorstwach lub inne przedsiębiorstwa posiadają poniżej 25% kapitału lub głosów w badanym przedsiębiorstwie. Jeżeli w badanym przedsiębiorstwie kilka innych przedsiębiorstw posiada udziały poniżej 25%, to badane przedsiębiorstwo pozostaje samodzielnym, o ile jego udziałowcy nie są ze sobą powiązani[25].

Dla takiego przedsiębiorstwa dane do obliczania pułapów MŚP ustalane są wyłącznie na podstawie jego własnych ksiąg rachunkowych.

Przedsiębiorstwa partnerskie (art. 3 ust. 2 Załącznika I)

Istotą tego stosunku są powiązania finansowe między przedsiębiorstwami, jednakże w takim przypadku żaden podmiot nie sprawuje pośredniej lub bezpośredniej kontroli nad innymi podmiotami. Przedsiębiorstwami partnerskimi są takie, między którymi istnieją następujące związki: przedsiębiorstwo działające na rynku wyższego szczebla (typu *upstream*) posiada samodzielnie lub wspólnie z co najmniej jednym przedsiębiorstwem powiązanym, 25% lub więcej kapitału lub praw głosu innego przedsiębiorstwa działającego na rynku niższego szczebla (typu *downstream*). Dodatkowym warunkiem uznania przedsiębiorstw za partnerskie jest brak możliwości zakwalifikowania badanych przedsiębiorstw jako powiązanych, tj. nie może zostać przekroczony próg 50% kapitału lub praw głosu w innym przedsiębiorstwie.

Komisja Europejska posługuje się pojęciem rynku *upstream*, który rozumie się jako rynek bezpośrednio wyższego szczebla względem rynku wytwarzanego produktu lub usługi, na którym działa badane przedsiębiorstwo (rynek dystrybucji) i pojęciem rynku *downstream*, czyli rynku znajdującego się bezpośrednio na niższym szczeblu niż badane przedsiębiorstwo (rynek produkcji lub dostaw)[26].

W celu przezwyciężenia wspomnianych już typowych dla MŚP problemów Komisja Europejska przewidziała, że w pewnych sytuacjach możliwe jest zakwalifikowanie przedsiębiorstwa jako niezależnego, nawet gdy inne podmioty posiadają w nim ponad 25% (ale nie więcej niż 50%) kapitału lub praw głosu. Dotyczy to następujących inwestorów wymienionych w art. 3 ust. 2 akapit 2 Załącznika I:

a) publiczne korporacje inwestycyjne, spółki venture capital, osoby fizyczne lub grupy osób fizycznych prowadzące regularną działalność inwestycyjną w oparciu o venture capital, które inwestują w firmy nienotowane na giełdzie (tzw. anioły biznesu), pod warunkiem, że całkowita kwota inwestycji tych inwestorów w jedno przedsiębiorstwo nie przekroczy 1 250 000 EUR;
b) uczelnie wyższe lub ośrodki badawcze nienastawione na zysk;
c) inwestorzy instytucjonalni, w tym fundusze rozwoju regionalnego;

[25] Nowa definicja MŚP, s. 17.

[26] Wyjaśnienia Urzędu Marszałkowskiego Województwa Podlaskiego na stronie Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Podlaskiego dostępne pod adresem: http://www.rpowp.wrotapodlasia.pl/private/upload/file/56ddecc020030f717a654436133336e5.pdf.

d) niezależne władze lokalne z rocznym budżetem poniżej 10 milionów EUR oraz liczbą mieszkańców poniżej 5000.

W celu obliczenia danych stanowiących pułapy dla określenia statusu przedsiębiorstwa jako MŚP, zgodnie z art. 6 ust. 2 Załącznika I, do danych badanego przedsiębiorstwa należy dodać dane przedsiębiorstwa partnerskiego znajdującego się bezpośrednio na wyższym (*upstream*) lub niższym (*downstream*) szczeblu rynku, obliczone proporcjonalnie do procentowego udziału w kapitale lub prawach głosu, zależnie od tego, która z tych wartości jest większa.

Przedsiębiorstwa powiązane (art. 3 ust. 3 Załącznika I)

Trzecia wyróżniona w Załączniku I kategoria przedsiębiorstw to przedsiębiorstwa powiązane. Obejmuje ona przedsiębiorstwa stanowiące grupę, gdzie jedno z przedsiębiorstw sprawuje pośrednio lub bezpośrednio kontrolę nad innym przedsiębiorstwem lub wywiera na nie dominujący wpływ. Dotyczy to następujących sytuacji:

a) przedsiębiorstwo ma większość praw głosu w innym przedsiębiorstwie w roli udziałowca/akcjonariusza lub członka;
b) przedsiębiorstwo ma prawo wyznaczyć lub odwołać większość członków organu administracyjnego, zarządzającego lub nadzorczego innego przedsiębiorstwa;
c) przedsiębiorstwo ma prawo wywierać dominujący wpływ na inne przedsiębiorstwo na podstawie umowy zawartej z tym przedsiębiorstwem lub postanowień w jego statucie lub umowie spółki;
d) przedsiębiorstwo będące udziałowcem/akcjonariuszem lub członkiem innego przedsiębiorstwa kontroluje samodzielnie, na mocy umowy z innymi udziałowcami/akcjonariuszami lub członkami tego przedsiębiorstwa, większość praw głosu udziałowców/akcjonariuszy lub członków w tym przedsiębiorstwie.

Jak wskazuje Komisja Europejska, „typowym przykładem przedsiębiorstwa związanego jest spółka w pełni zależna”[27].

W Załączniku I doprecyzowano, iż przedsiębiorstwa, które pozostają w jednym z ww. związków za pośrednictwem co najmniej jednego przedsiębiorstwa, lub jednego z inwestorów, o których mowa w art. 3 ust. 2 Załącznika I, również uznaje się za powiązane. Jeżeli zaś takie powiązanie następuje za pośrednictwem osoby fizycznej lub grupy osób fizycznych działających wspólnie[28], mówimy o przedsiębiorstwach powiązanych, jeżeli prowadzą one swoją działalność lub część działalności na tym samym rynku właściwym lub rynkach pokrewnych. W praktyce oznacza to, że dla powiązań poprzez osoby fizyczne kluczowe jest zbadanie rynków, na których działają wszystkie badane przedsiębiorstwa, mogące stanowić ewentualną grupę. Ponadto, jak wskazuje K. Skowyra, „przedsiębiorstwa pozostające w wyżej wymienionych szczególnych związkach z osobą fizyczną lub grupą osób fizycznych działających wspólnie mogą być traktowane (…) jak przedsiębiorstwa związane, jeżeli te osoby fizyczne inwestują swoje środki w działalność lub jej część na tym samym rynku (…) lub na rynkach pokrewnych, choć nie uczestniczą aktywnie w prowadzeniu przedsiębiorstwa”[29].

[27] Nowa definicja MŚP, s. 23.

[28] Szerzej o powiązaniach osobowych i ich wpływie na określenie statusu przedsiębiorstwa w rozdziale III pt. *Definicja MŚP w świetle orzecznictwa unijnego* oraz rozdziale IV pt. *Definicja MŚP w świetle orzecznictwa polskiego*.

[29] K. Skowyra, *Małe (i średnie) jest piękne*…, s. 27.

Ze względu na brak jasnej definicji pojęcia „dominującego wpływu" użytego w Załączniku I, to zagadnienie także może rodzić poważne wątpliwości interpretacyjne.

Konsekwencją stwierdzenia, że badany podmiot jest powiązany z innym podmiotem lub podmiotami jest konieczność uwzględnienia w obliczaniu danych dla pułapów finansowych i zatrudnienia pełnych danych każdego przedsiębiorstwa bezpośrednio lub pośrednio powiązanego z badanym przedsiębiorstwem, o ile dane te nie zostały uwzględnione już wcześniej w ramach skonsolidowanego sprawozdania finansowego. Należy przy okazji podkreślić, że jak wskazała Komisja Europejska, „przedsiębiorstwa sporządzające skonsolidowane sprawozdania finansowe lub ujęte w sprawozdaniach przedsiębiorstwa, które takie sprawozdania sporządza, zazwyczaj są uważane za przedsiębiorstwa związane"[30].

Podmioty publiczne (art. 3 ust. 4 Załącznika I)

W art. 3 ust. 4 Załącznika I wprowadzono zasadę, że przedsiębiorstwo nie może zostać uznane za MŚP, jeżeli 25% lub więcej kapitału lub praw głosu jest kontrolowane bezpośrednio lub pośrednio, wspólnie lub indywidualnie, przez co najmniej jeden organ publiczny. Jak uzasadnia Komisja Europejska, „z faktu, że przedsiębiorstwo jest własnością państwową, mogą wynikać dla niego określone korzyści, zwłaszcza finansowe, które dają mu przewagę nad innymi przedsiębiorstwami, finansowanymi przez kapitał prywatny. Ponadto w podmiotach publicznych często nie jest możliwe ustalenie liczby osób zatrudnionych i obliczenie danych finansowych"[31]. Zasada ta nie dotyczy jednak inwestorów wymienionych w art. 3 ust. 2 akapit 2 Załącznika I, takich jak np. uniwersytety, które mogą posiadać w danym przedsiębiorstwie od 25 do 50% praw głosu lub kapitału bez uszczerbku dla określenia jego statusu jako MŚP.

2.4. Definicja MŚP w polskim prawie

Jak już wspomniano w rozdziale 1, polskim aktem prawnym definiującym kryteria mikro-, małych i średnich przedsiębiorstw jest ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej.

W usdg w zakresie pułapów finansowych i zatrudnienia zawarto przepisy tożsame z unijnymi zawartymi w Załączniku I (art. 104–106 ustawy). Ustawa zawiera także analogiczne do przepisów unijnych regulacje dotyczące obliczania średniorocznego zatrudnienia w przeliczeniu na pełne etaty oraz niewliczaniu do tych danych pracowników przebywających na urlopach związanych z macierzyństwem i rodzicielstwem oraz osób zatrudnionych w celu przygotowania zawodowego (art. 109 ust. 1 i 2). Wprowadzono także zasadę szacowania wymaganych danych na podstawie danych za ostatni okres, udokumentowany przez przedsiębiorcę, dla przedsiębiorców działających krócej niż rok (art. 109 ust. 3). Zgodnie z usdg przeliczanie euro na złote w celu obliczenia danych finansowych następuje według średniego kursu ogłaszanego przez Narodowy Bank Polski w ostatnim dniu roku obrotowego wybranego do określenia statusu przedsiębiorcy (art. 107, art. 110 ust. 4).

W art. 110 zamieszczono przepisy dotyczące udzielania pomocy publicznej przedsiębiorcom, odwołujące się wprost do unijnej definicji MŚP. Wprowadzono bowiem zasadę, że przedsiębiorca wnioskujący o udzielenie pomocy publicznej składa oświadczenie przed organem udzielającym pomocy, że spełnia przesłanki określone w Załączniku I do rozporządzenia Komisji (WE)

[30] Nowa definicja MŚP, s. 16.

[31] Nowa definicja MŚP, s. 21.

nr 800/2008[32]. Jak słusznie zauważył S. Szuster „przyjęte rozwiązanie wyłącza tym samym możliwość powoływania się na postanowienia art. 104–109 usdg w przypadku przedsiębiorców wnioskujących o udzielenie pomocy publicznej. Regulacja art. 110 ust. 1 usdg oznacza jednak, iż w pozostałym zakresie (tj. poza składaniem oświadczenia o statusie danego przedsiębiorcy wnioskującego o udzielenie pomocy publicznej) dla ustalenia statusu przedsiębiorcy będą stosowane odpowiednie postanowienia ustawy o swobodzie działalności gospodarczej. Tym samym przepis ten wprowadza nieuprawnione zróżnicowanie w ramach dwóch reżimów prawnych – krajowego i wspólnotowego, uzależniając ich stosowanie od rodzaju spraw dotyczących przedsiębiorców”[33].

Jak widać, polska ustawa wprowadza co prawda regulacje tożsame znaczeniowo z tymi zawartymi w Załączniku I, jednakże reguluje tylko wybrane zagadnienia. Usdg nie odnosi się w ogóle do zagadnienia powiązań między przedsiębiorcami, a sposób ustalenia danych przedsiębiorstwa został uregulowany jedynie cząstkowo. Jak wskazuje S. Szuster, „rozdział 7 nie normuje wyczerpująco wszystkich zagadnień dotyczących mikroprzedsiębiorców, małych oraz średnich przedsiębiorców. W zakresie nieuregulowanym, a także w przypadku niezgodności krajowych przepisów z normami unijnymi znajdą zastosowanie bezpośrednio obowiązujące wspólnotowe akty prawne”[34].

Definicja MŚP w prawie unijnym została uregulowana w rozporządzeniu, a więc akcie prawnym stosowanym bezpośrednio we wszystkich państwach UE, tj. bez konieczności wdrożenia go w krajowy porządek prawny. Wynika z tego, że polscy przedsiębiorcy, organy administracji i sądy zobowiązani są stosować wprost przepisy określone w Załączniku I. Z drugiej strony, jak słusznie podnosi S. Szuster, konsekwencją takiego stanu musi być założenie, że „część unormowań rozdziału VII usdg, w szczególności zaś definicje legalne pojęć mikroprzedsiębiorca, mały oraz średni przedsiębiorca są zbędne. Co więcej, w przypadku braku zgodności unormowań krajowych ze wspólnotowymi regulacja usdg nie znajdzie zastosowania. Wynika to z przepisu art. 91 ust. 3 Konstytucji RP, zgodnie z którym jeżeli wynika to z ratyfikowanej przez Polskę umowy konstytuującej organizację międzynarodową, prawo przez nią stanowione jest stosowane bezpośrednio, mając pierwszeństwo w przypadku kolizji z ustawami. Podobnie kwestię tę regulują postanowienia podpisanego przez Polskę w dniu 16 kwietnia 2003 r. Traktatu Akcesyjnego, który wszedł w życie w dniu 1 maja 2004 r. Dodatkowo rozwiązanie przyjęte przez polskiego ustawodawcę oznacza, iż jakiekolwiek zmiany dokonane w przyszłości w prawie wspólnotowym powinny znaleźć odzwierciedlenie w prawie krajowym. Będzie to prowadzić do zmian odpowiednich postanowień ustawy o swobodzie działalności gospodarczej”[35].

III. Definicja MŚP w świetle orzecznictwa unijnego

1. Celowościowa (funkcjonalna) interpretacja definicji MŚP

Oprócz aktów prawnych definiujących status MŚP, Komisja Europejska oraz państwa członkowskie stosują również tzw. celowościową (funkcjonalną) interpretację definicji MŚP, która uwzględnia szeroko rozumiane powiązania gospodarcze i osobowe pomiędzy przedsiębiorstwami. Takie

[32] Rozporządzenie Komisji nr 800/2008 (Dz. Urz. WE 2008 L 214/3), które zostało z dniem 1 lipca 2014 r. zastąpione rozporządzeniem nr 651/2014.

[33] S. Szuster, *Komentarz do art. 110 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, System informacji prawnej*, LEX, Warszawa 2005.

[34] S. Szuster, *Komentarz do art. 103 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej*, *System informacji prawnej*, LEX Warszawa 2005.

[35] S. Szuster, *Komentarz do art. 103…*

podejście ma istotne znaczenie dla oceny zgodności z prawem pomocy publicznej kierowanej do MŚP, ponieważ w pewnych sytuacjach takie powiązania między przedsiębiorcami, w szczególności gdy tworzą istotne zależności finansowe, rynkowe, ekonomiczne lub osobowe z innymi przedsiębiorstwami, mogą powodować, iż przedsiębiorstwo nie jest uznawane za należące do sektora MŚP, nawet jeśli formalnie nie przekracza pułapów zdefiniowanych w Załączniku I. Uzasadnieniem takiej wykładni jest konieczność uprzywilejowania MŚP w zakresie uzyskiwania pomocy publicznej ze względu na ich niekorzystną sytuację spowodowaną ograniczonymi środkami finansowymi i technicznymi, utrudnionym dostępem do nowych technologii i innowacji, jak również problemami związanymi z wejściem na rynki zbytu i pozyskiwaniem klientów. Podejście to jest spójne z powołanymi już we wprowadzeniu do niniejszego artykułu zapisami pkt 9 Zalecenia[36] oraz preambuły Rozporządzenia. Należy tu także odwołać się do pojęć „przedsiębiorstwa" (*undertaking*) i „jednostki gospodarczej"[37] (*single economic unit, single economic entity*) stosowanych w unijnym prawie konkurencji i prawie pomocy publicznej. Jak bowiem wskazuje N. Coutrelis[38] te dwa reżimy prawne różnią się co prawda ze względu na odmienne cele, to jednak stosowane w ich ramach kryteria i pojęcia nie muszą się znacząco różnić. N. Coutrelis odwołuje się przy tym do wyroku w sprawie *AceaElectrabel Produzione SpA*, gdzie Trybunał stwierdził, że „pojęcie jednostki gospodarczej w dziedzinie pomocy państwa może różnić się od pojęcia używanego w innych dziedzinach prawa konkurencji", jednakże później zastosował do oceny stanu faktycznego i prawnego pojęcie „kontroli", stanowiące jedno z kluczowych pojęć prawa konkurencji, potwierdzając niejako wzajemne przenikanie się tych dwóch reżimów prawnych. Oznacza to więc, że oprócz odwoływania się do orzecznictwa dotyczącego wprost badania statusu MŚP, można powoływać się posiłkowo również na orzecznictwo dotyczące tzw. „jednostek gospodarczych".

W prawodawstwie UE pojęcia te nie są jasno zdefiniowane, jednakże zostały one doprecyzowane w orzecznictwie sądów unijnych oraz w decyzjach Komisji Europejskiej. Są one ściśle związane z funkcjonalnym (celowościowym) rozumieniem definicji MŚP, ponieważ pozwalają zidentyfikować wszystkie przedsiębiorstwa, których dane powinny być uwzględniane podczas oceny statusu MŚP, tak aby spełnione zostały cele udzielania pomocy publicznej na rzecz MŚP. Należy też podkreślić, że zarówno Komisja, jak i sądy unijne niezwykle szeroko interpretują kwestie powiązań między przedsiębiorstwami i są w tej kwestii bardzo restrykcyjne.

2. Wybrane orzecznictwo sądów unijnych i decyzje Komisji Europejskiej

Na początku należy zauważyć, że w niniejszym artykule zaprezentowane zostaną jedynie wybrane, najważniejsze orzeczenia dotyczące określania statusu MŚP, jednak odzwierciedlają one w pełni utrwaloną linię orzeczniczą na tle badania powiązań między przedsiębiorstwami i określania statusu MŚP. Należy też podkreślić, że na opisane poniżej orzeczenia powołują się powszechnie polskie organy administracji i sądy.

W sprawie *Włochy* przeciwko *Komisji Europejskiej*[39] Sąd stwierdził, że kryterium niezależności musi być oceniane w świetle celu, jakiemu służy zdefiniowanie rozmiaru przedsiębiorstwa,

[36] Zalecenie Komisji nr 2003/361/WE.

[37] Tłumaczenie pojęcia *economic unit* za wyrokiem Trybunału z 16.12.2010 r. w sprawie C-480/09 P *AceaElectrabel Produzione SpA v Komisja Europejska.*

[38] N. Coutrelis, *Assessment of the Risks in State Aid and Antitrust Cases: Differences and Similarities*, „European State Aid Law Quarterly" 2010, Vol. 9, No. 3.

[39] Wyr. ETS z 29.04.2004 r. w sprawie C-91/01 *Republika Włoska v Komisja Europejska*.

a więc rekompensowaniu typowych problemów, przed jakimi stają MŚP, a nie wspieraniu przedsiębiorstw faktycznie należących do dużej grupy, silniejszej ekonomicznie niż prawdziwe MŚP. W tej sprawie Sąd uznał więc, że pomimo iż spółka formalnie nie przekraczała pułapów MŚP (duże przedsiębiorstwo będące udziałowcem posiadało w niej tylko 24% udziałów), to nie była w rzeczywistości niezależnym przedsiębiorstwem, a w konsekwencji nie była MŚP. Łączyły ją bowiem z innym przedsiębiorstwem następujące bardzo bliskie związki:

a) udziałowcami lub członkami zarządu badanej spółki były osoby fizyczne będące jednocześnie udziałowcami lub członkami zarządu spółki-udziałowca;
b) badana spółka miała dostęp do kapitału w oparciu o sytuację finansową spółki-udziałowca;
c) spółka miała dostęp do nowoczesnych technologii poprzez osoby fizyczne, o których mowa w lit. a;
d) badana spółka zbywała dużą część swojej produkcji do spółki-udziałowca i mogła korzystać z jej bazy klientów, dzięki czemu uzyskała dostęp do światowych rynków.

Jak widać argumentacja ta, mimo że przeprowadzona na długo przed wprowadzeniem rozporządzenia w sprawie wyłączeń blokowych, odnosi się do zagadnień uzasadniających wprowadzenie definicji MŚP oraz kierowania pewnych instrumentów wsparcia tylko do tego typu przedsiębiorstw[40].

W sprawie *Pollmeier Malchow GmbH & Co. KG* przeciwko *Komisji Wspólnot Europejskich*[41], Sąd Pierwszej Instancji stwierdził, iż badana spółka, która co prawda formalnie mieści się w pułapach MŚP, nie jest spółką niezależną, a w konsekwencji nie jest MŚP, ponieważ ze względu na powiązania osobowe z innymi spółkami prowadzącymi identyczną lub podobną działalność tworzy z nimi jednostkę gospodarczą. W tej sprawie skarżąca spółka stanowiła jedną z trzech spółek kontrolowanych pośrednio lub bezpośrednio przez tę samą osobę fizyczną; dwie z nich zajmowały się produkcją, a trzecia – dystrybucją wytwarzanych przez nie produktów. Żadne z tych przedsiębiorstw nie miało wystarczającej autonomii prawnej i finansowej, aby uznać je za przedsiębiorstwo niezależne. Jak wskazał Trybunał „należy zatem uznać, że uniknęła ona (skarżąca) przeszkód polegających na utrudnionym dostępie do technologii i sieci dystrybucji, niezbędnych do wejścia na (…) rynek, z którymi to borykają się MŚP”[42]. Co ciekawe, Trybunał uznał za dowód na zintegrowane podejście całej grupy także jej stronę internetową.

Trybunał potwierdził kompetencję Komisji do swobody decyzyjnej w ocenie kwestii czy przedsiębiorstwa tworzą jeden organizm gospodarczy, powołał się także na konieczność interpretowania definicji MŚP w świetle celu, dla którego została stworzona, tj. przezwyciężania problemów typowych dla MŚP. Jak wskazał Trybunał, „orzeczono, że Komisja dysponuje szerokim zakresem swobodnego uznania dla ustalenia, czy spółki będące częścią grupy winny być traktowane w kontekście stosowania programów pomocy państwa jako jedna jednostka gospodarcza, czy raczej jako podmioty autonomiczne pod względem prawnym i finansowym. (…) Swoboda uznania Komisji oznacza uwzględnienie i ocenę złożonych pod względem gospodarczym faktów i okoliczności”[43].

[40] Po raz pierwszy definicja MŚP na szczeblu wspólnotowym została ujednolicona w Zaleceniu Komisji 96/280/WE z dnia 03.04.1996 r. dotyczące definicji małych i średnich przedsiębiorstw (1996 L 107/4), jednakże wymienione w niej progi zostały później zmienione Zaleceniem Komisji nr 2003/361/WE.

[41] Wyr. Sądu I instancji z 14.10.2004 r. w sprawie T-137/02 *Pollmeier Malchow GmbH & Co. KG v Komisja Europejska*.

[42] Ibidem, pkt 74.

[43] Ibidem, pkt 51 i 52.

W decyzji w sprawie *Nordbrandenburger UmesterungsWerke*[44] Komisja, akcentując konieczność badania rzeczywistych powiązań gospodarczych i faktycznego sprawowania kontroli, wskazała, że definicja „przedsiębiorstwa" stosowana na potrzeby określania statusu MŚP nie jest równoznaczna z odrębną osobowością prawną i może obejmować całej grupy przedsiębiorstw, których dane będą wspólnie brane pod uwagę na potrzeby obliczenia pułapów statusu MŚP: „Definicja przedsiębiorstwa nie wymaga, żeby beneficjent ograniczony był do posiadania jednej osobowości prawnej, ale może on także stanowić grupę przedsiębiorstw gospodarczych, na którą składa się więcej niż jedno MŚP. Przedsiębiorstwa mogą być postrzegane jako powiązane, jeśli łączy je osoba fizyczna oraz jeśli prowadzą one działalność na tym samym rynku lub na rynkach pokrewnych"[45]. W dalszej części decyzji potwierdzono także wspomniane już wcześniej zasady, tj. Komisja stwierdza, że: „zgodnie z obowiązującym orzecznictwem Komisja może najpierw sprawdzić, czy przedsiębiorstwo jest członkiem grupy, którą można traktować jako jednostkę gospodarczą, a dopiero później stwierdzić, czy dana grupa spełnia kryteria zalecenia Komisji w sprawie MŚP. Kiedy odrębne prawnie osoby fizyczne lub prawne tworzą jednostkę gospodarczą, na potrzeby wspólnotowego prawa o konkurencji, należy je traktować jako jedno przedsiębiorstwo. Należy również wykluczyć istnienie prawnych form zorganizowania MŚP w gospodarczą grupę, której możliwości dalece wykraczają poza możliwości zwykłego MŚP, a także nie dopuścić do obejścia definicji MŚP ze względu na aspekty czysto formalne. Trybunał Pierwszej Instancji Wspólnot Europejskich stwierdził wyraźnie, że w gestii Komisji leży stwierdzenie, czy spółki należące do koncernu należy traktować jako jedną jednostkę gospodarczą"[46].

Wymienione powyżej zasady zostały także potwierdzone m.in. w decyzji Komisji Europejskiej w sprawie *Signet Solar GmbH*[47].

IV. Definicja MŚP w świetle orzecznictwa polskiego

Polskie sądy również szeroko definiują status MŚP, odwołując się do ustalonej linii orzeczniczej wypracowanej przez sądy unijne. Przykładowo, Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 22 czerwca 2010 r.[48] wskazał, że to struktura własności jest najważniejszym kryterium dla uznania, iż ma miejsce sprawowanie kontroli, „nie może więc wchodzić w grę istnienie przedsiębiorstwa małego lub średniego, które w rzeczywistości stanowi część większego organizmu gospodarczego kontrolowanego przez inny podmiot, choćby nawet miał on status osoby fizycznej, (…) spółka, która jest częścią większego organizmu gospodarczego, dzieli jego los, w każdym zaś razie przy ubieganiu się o pomoc publiczną". Sąd zwrócił także uwagę na fakt, że osoba udziałowca niezależnie od tego czy wchodzi on w skład zarządu spółek „łączy potencjał ekonomiczny obu tych przedsiębiorstw tak, że należy je postrzegać jako jedno przedsiębiorstwo".

W wyroku z dnia 5 kwietnia 2011 r. WSA we Wrocławiu[49] powołał się wprost na stosowanie wykładni celowościowej dla wykładni przepisów Załącznika I, wskazując, że ważniejsze od formy prawnej przedsiębiorstw, które mogą się różnić w poszczególnych krajach członkowskich, jest

[44] Decyzja Komisji nr C 8/2005 z 07.06.2006 r. *Nordbrendenburger Umesterungswerke* (2006/904/WE L 353/60).

[45] Ibidem, pkt 13.

[46] Ibidem, pkt 45.

[47] N 217/2007 – Germany. Pobrano z: http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/219816/219816_830027_34_1.pdf.

[48] Wyr. NSA z 22.06.2010 r., II GSK 624/10 (Centralna Baza Orzeczeń Sądów Administracyjnych).

[49] Wyr. WSA we Wrocławiu z 05.04.2011 r., III SA/Wr 39/11 (Centralna Baza Orzeczeń Sądów Administracyjnych).

„to, czy faktycznie są przedsiębiorstwami o takim statusie, bez względu na formę prawną. W tym celu trzeba ustalić, czy nie działają między innymi poprzez różnorakie powiązania z innymi podmiotami, przez co de facto mają silną pozycję ekonomiczną, ponieważ w gruncie rzeczy stanowią jeden organizm gospodarczy". WSA, powołując się na przytoczony powyżej wyrok NSA, stwierdził, że może tu chodzić także o powiązania pośrednie i faktyczne sprawowanie kontroli; w tej sprawie chodziło bowiem o pośrednie powiązanie między firmami poprzez osoby fizyczne – wspólników. Sąd zauważył także, iż rzeczywista kontrola nad przedsiębiorstwem może być również sprawowana przez osoby fizyczne nieprowadzące działalności gospodarczej.

W wyroku WSA w Lublinie z dnia 22 marca 2012 r.[50] wskazano, że „status przedsiębiorstwa ubiegającego się o dofinansowanie projektu należy oceniać łącznie z podmiotem powiązanym z wnioskodawcą. Chodzi bowiem o ustalenie rzeczywistego potencjału gospodarczego przedsiębiorstwa ubiegającego się o dofinansowanie. Pominięcie powiązań wpływających na pozycję gospodarczą przedsiębiorstwa mogłoby spowodować przyznanie dofinansowania podmiotowi, którego potencjał – dzięki powiązaniom z innymi podmiotami – przewyższa potencjał przedsiębiorstwa uprawnionego do pomocy. Stanowiłoby to naruszenie warunków przyznawania pomocy publicznej". W niniejszej sprawie po raz kolejny pojawiła się kwestia powiązań osobowych i rodzinnych, prowadzących do uznania formalnie odrębnych spółek za tworzące jeden organizm gospodarczy, Sąd uznał bowiem, że „jak zatem widać, spółka A.R., której wspólnikiem z 50% udziałem jest ojciec skarżącego, miała niewątpliwie wpływ na przedsiębiorstwo skarżącego, wskazała bowiem skarżącemu rodzaj działalności, jaką ma uruchomić i zapewniła ku temu niezbędne środki, w dodatku nieodpłatnie". Powiązane w spółki posiadały także praktycznie te same zakresy działalności, co wskazuje na ich działalność na tym samym rynku właściwym. Sąd zwrócił także uwagę na faktyczne formy współpracy pomiędzy przedsiębiorcami (np. użyczenie pomieszczeń przez jedną ze spółek), które w rzeczywistości oznaczają posiadanie przez nie wspólnej strategii rynkowej.

W innym wyroku z tego samego dnia[51] lubelski WSA uznał, że skarżąca spółka, mimo że formalnie spełnia kryteria mikroprzedsiębiorstwa, to w rzeczywistości nie jest podmiotem samodzielnym, lecz powiązanym ze względu na powiązania podmiotowe i przedmiotowe, tj. powiązania osobowe i rodzinne poprzez osoby wspólników, istotny (decydujący) wpływ na strategię działalności skarżącej wywierany przez spółkę powiązaną oraz plan realizacji inwestycji przez skarżącą na gruncie spółki powiązanej, co w rzeczywistości czyniłoby ją beneficjentem nienależnej w tej sytuacji pomocy. Zdaniem Sądu instytucja zarządzająca, badając spełnienie kryteriów przyznania dotacji, jest obowiązana uwzględniać także powiązania o charakterze technicznym, funkcjonalnym i strategicznym. W niniejszej sprawie chodziło m.in. o „brak fizycznego rozdzielenia istotnych dla przedmiotowych budynków urządzeń technologicznych między obie spółki, a tym samym założenie wspólnego z nich korzystania". Oznacza to więc badanie wszelkich powiązań w aspekcie osobowym, organizacyjnym i majątkowym, a także uwzględnienie strategicznych powiązań w formie występowania wspólnego celu gospodarczego pomiędzy różnymi podmiotami. W orzeczeniu tym WSA zwrócił także uwagę na obowiązek odmowy podpisania umowy o dofinansowanie, mimo pierwotnej pozytywnej oceny formalnej i merytorycznej, w sytuacji, gdy dopiero na ostatnim etapie przed podpisaniem umowy zostanie ustalone, że wnioskodawca nie spełnia kryteriów

[50] Wyr. WSA w Lublinie z 22.03.2012 r., III SA/Lu 75/12 (Centralna Baza Orzeczeń Sądów Administracyjnych).

[51] Wyr. WSA w Lublinie z 22.03.2012 r., III SA/Lu 69/12 (Centralna Baza Orzeczeń Sądów Administracyjnych).

danego konkursu. Tę samą kwestię rozważał także WSA w Lublinie w przywołanym powyżej wyroku w sprawie III SA/Lu 75/12, stwierdzając, że „nie budzi wątpliwości, że weryfikacja statusu przedsiębiorstw ubiegających się o dofinansowanie możliwa jest również na etapie bezpośrednio poprzedzającym zawarcie umowy, bowiem beneficjent musi spełniać warunki przyznania pomocy w chwili zawarcia umowy. Trzeba zwrócić uwagę, że dopiero podpisanie umowy o dofinansowanie kończy ocenę zgłoszonego projektu, a zatem aż do tego momentu instytucja zarządzająca jest uprawniona do dokonywania oceny spełniania przez wnioskodawcę warunków konkursu".

V. Prawne konsekwencje błędnego określenia statusu MŚP przez przedsiębiorcę

Wedle zapisów art. 125 ust. 1 tzw. rozporządzenia ogólnego[52] instytucja zarządzająca odpowiada za zarządzanie programem operacyjnym zgodnie z zasadą należytego zarządzania finansami. Rozwinięciem tej regulacji są przepisy ustawy z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014–2020[53]. Zgodnie z art. 9 ust. 2 pkt 2 i 3 do zadań instytucji zarządzającej należy wybór projektów do dofinansowania – w przypadku krajowego albo regionalnego programu operacyjnego oraz zawieranie z wnioskodawcami umów o dofinansowanie projektu lub podejmowanie decyzji o dofinansowaniu projektu. Zgodnie z art. 41 ust. 2 pkt 7 tejże ustawy właściwa instytucja przeprowadza konkurs na podstawie przyjętego regulaminu, który określa m.in. kryteria wyboru projektów oraz ich znaczenie, a zgodnie z art. 52 ust. 2 umowa o dofinansowanie projektu może zostać podpisana, jeżeli projekt spełnia wszystkie kryteria, na podstawie których został wybrany do dofinansowania. Zgodnie z art. 48 ust. 5 właściwa instytucja wybiera do dofinansowania projekt, który spełnił kryteria wyboru projektów albo spełnił kryteria wyboru projektów i uzyskał wymaganą liczbę punktów.

W świetle powołanych przepisów, a także ww. orzeczeń lubelskiego WSA należy więc stwierdzić, że w przypadku, gdy posiadanie statusu MŚP jest kryterium dostępu do konkursu, w sytuacji wykrycia, już po złożeniu wniosku o dofinansowanie a przed podpisaniem umowy o dofinansowanie, że to kryterium nie jest spełnione, instytucja przeprowadzająca konkurs jest zobowiązana odmówić podpisania takiej umowy. Jeżeli natomiast posiadanie statusu MŚP nie stanowiło kryterium dostępu do konkursu, ale ustalono, że status wnioskodawcy był inny niż zadeklarowany, dostosowuje się wartość pomocy do intensywności przewidzianej dla danej kategorii przedsiębiorstw. Należy jednak pamiętać, że weryfikacja prawidłowości określenia statusu MŚP może być także dokonywana już w trakcie realizacji projektu[54]. W takim przypadku może dojść do rozwiązania umowy o dofinansowanie oraz zwrotu środków pieniężnych na zasadach określonych w art. 207 ustawy o finansach publicznych[55], tj. wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości

[52] Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1303/2013 z dnia 17.12.2013 r. ustanawiające wspólne przepisy dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności, Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich oraz Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz ustanawiające przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności i Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz uchylające rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006 (Dz. Urz. UE L 347/281).

[53] Ustawa z 11.07.2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014–2020 (Dz. U. 2014, poz. 1146, tom. 1).

[54] VADEMECUM MŚP – określenie statusu MŚP przedsiębiorstwa oraz wynikające z tego konsekwencje, s. 39. Pobrano z: http://www.lawp.eu/pdf/msp/vademecum_msp_2012_08_31.pdf.

[55] Ustawa z 27.08.2009 r. o finansach publicznych (Dz.U. Nr 157, poz. 1240).

podatkowych, liczonymi od dnia przekazania środków, w terminie 14 dni od dnia doręczenia ostatecznej decyzji.

Zmiana statusu przedsiębiorcy w sposób zgodny z art. 4 ust. 2 Załącznika I po podpisaniu umowy o dofinansowanie co do zasady nie wpływa na jego zdolność do wykorzystania przyznanego wcześniej wsparcia, gdyż spełnienie kryterium MŚP ustala się na moment udzielenia pomocy, tj. moment podpisania umowy o dofinansowanie. Należy jednak poinformować instytucję udzielającą pomocy o takiej planowanej zmianie organizacyjno-prawnej. W tym kontekście należy także zwrócić szczególną uwagę na moment zmiany statusu przedsiębiorstwa w świetle interpretacji Komisji Europejskiej wyrażonej we wspomnianym już piśmie z dnia 26 września 2011 oraz ryzyko zarzutu uzyskania nieuzasadnionej korzyści przez przedsiębiorstwo.

Należy także pamiętać o możliwych konsekwencjach na gruncie prawa karnego, ponieważ zgodnie z art. 37 ust. 4 ustawy z dnia 11 lipca 2014 r. „oświadczenia oraz dane zawarte we wniosku o dofinansowanie projektu są składane pod rygorem odpowiedzialności karnej za składanie fałszywych zeznań. Wniosek o dofinansowanie projektu zawiera klauzulę o treści: „Jestem świadomy odpowiedzialności karnej za podanie fałszywych danych lub złożenie fałszywych oświadczeń", która zastępuje pouczenie właściwej instytucji o odpowiedzialności karnej za składanie fałszywych zeznań". W takim przypadku w art. 233 § 1 kodeksu karnego[56] przewidziano karę pozbawienia wolności do lat 3. Z kolei w art. 297 § 1 kodeksu karnego wprowadzono sankcję w postaci kary pozbawienia wolności od 3 miesięcy do 5 lat za przedłożenie podrobionego, przerobionego, poświadczającego nieprawdę albo nierzetelnego dokumentu albo nierzetelnego, pisemnego oświadczenia dotyczącego okoliczności o istotnym znaczeniu dla uzyskania wsparcia finansowego, w celu uzyskania dotacji dla siebie lub innej osoby. Takiej samej karze podlega osoba, która wbrew ciążącemu na niej obowiązkowi, nie powiadamia właściwego podmiotu o powstaniu sytuacji mogącej mieć wpływ na wstrzymanie albo ograniczenie wysokości udzielonego wsparcia finansowego (art. 297 § 2).

VI. Wnioski końcowe

Jak wynika z powyższych rozważań, przedsiębiorstwo planujące ubiegać się o pomoc publiczną powinno mieć na uwadze nie tylko przepisy wprost regulujące kryteria definicji MŚP, lecz także ustaloną linię orzeczniczą, akcentującą nieformalne związki między przedsiębiorstwami. Jest to podyktowane celem, jakiemu służy prawidłowe zdefiniowanie rozmiaru przedsiębiorstwa w kontekście udzielania pomocy publicznej dla MŚP, a więc rekompensowaniu typowych problemów, przed jakimi stają przedsiębiorstwa należące do tej kategorii. Podejście stosowane przez polską i unijną administrację oraz sądy ma w rezultacie zapobiegać nieuzasadnionemu wspieraniu przedsiębiorstw faktycznie należących do dużej, silniej ekonomicznie grupy, ponieważ tylko udzielanie pomocy rzeczywistym MŚP nie zakłóca konkurencji na rynku unijnym i powoduje, że pomoc trafia do właściwych adresatów. Gdyby bowiem przyjąć, że konieczne jest jedynie spełnienie formalnych kryteriów określonych w Załączniku I, bardzo łatwo mogłoby dochodzić do nadużyć i obchodzenia prawa, np. poprzez dokonywanie zmian własnościowych przed złożeniem wniosku o dofinansowanie lub obejmowanie tylko takiej liczby udziałów, która z formalnego punktu

[56] Ustawa z 06.06.1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. Nr 88, poz. 553 ze zm.).

widzenia zapewnia niezależność przedsiębiorstwa, przy utrzymaniu faktycznego dominującego wpływu na spółkę.

Podkreślić także należy, że błędne określenie statusu przedsiębiorstwa prowadzić może do bardzo poważnych konsekwencji prawnych, które nie tylko mogą powodować problemy natury finansowej w przypadku konieczności zwrotu dotacji, ale nawet mogą prowadzić do nałożenia sankcji na gruncie prawa karnego. Istotne jest więc zwiększanie świadomości podmiotów zainteresowanych korzystaniem z pomocy publicznej w zakresie prawidłowego określania wielkości przedsiębiorstwa.

Robert Stefanicki*

Efekty „parasola cenowego”. Uwagi na tle wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 5 czerwca 2014 r. w sprawie C-557/12 *Kone AG i in.*

Spis treści

I. Wprowadzenie
II. Stan faktyczny
III. Wniosek o wydanie wyroku i postępowanie przed Trybunałem Sprawiedliwości UE
IV. Ustalenie adekwatnego związku przyczynowego
V. Uzasadnienie dla koncepcji odpowiedzialności z tytułu efektów „parasola cenowego”
VI. Program dobrowolnej współpracy przedsiębiorstw z organami ds. konkurencji
VII. Zakończenie

Streszczenie

Unijne prawo konkurencji wdrażane jest za pomocą instrumentów prawa publicznego oraz środków prawa prywatnego, służących ochronie indywidualnie poszkodowanych praktykami sprzecznymi z tym prawem. Z bezpośredniego skutku zakazów ustanowionych w Traktacie wynika, że każda osoba może żądać kompensacji poniesionej szkody, jeżeli między szkodą a naruszeniem przedmiotowego prawa występuje związek przyczynowy. Orzecznictwo unijne posługuje się szeroką definicją podmiotów uprawnionych, ponieważ wskazuje na „każdą jednostkę”. Tytułowy wyrok wzbogaca tę konstrukcję, stanowiąc, że cywilnoprawna odpowiedzialność odszkodowawcza kartelu obejmować może również tzw. efekty parasola cenowego.

Słowa kluczowe: prywatne egzekwowanie; powództwo o naprawienie szkody; efekty „parasola cenowego”; adekwatny związek przyczynowy; zasada skuteczności.

I. Wprowadzenie

Ugruntowane jest już stanowisko wyrażone w orzecznictwie unijnym w kwestii, że roszczenia poszkodowanych z tytułu naruszeń traktatowych reguł konkurencji stanowią istotny aspekt egzekwowania tego prawa. Z bezpośredniego skutku zakazów ustanowionych w art. 101 i 102 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej: TFUE) wynika, że każda osoba może żądać kompensacji poniesionej szkody, jeżeli między szkodą a naruszeniem reguł konkurencji UE występuje związek przyczynowy. Poszkodowani są uprawnieni do skutecznego dochodzenia roszczeń

* Prof. dr hab., Zakład Prawa Gospodarczego i Handlowego, Instytut Prawa Cywilnego Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego: e-mail: robert.stefanicki@prawo.uni.wroc.pl

odszkodowawczych nie tylko za faktycznie poniesioną stratę, również lecz także za utracone korzyści, których zostali pozbawieni wraz z odsetkami[1]. Trybunał Sprawiedliwości UE posługuje się w swoim orzecznictwie interpretacyjnym szeroką definicją takich osób, skoro wskazuje na „każdą jednostkę". Może nią być zarówno osoba fizyczna, jak i prawna. Tytułowy wyrok zakresowo wzbogaca tę konstrukcję, stanowiąc, że cywilnoprawna odpowiedzialność odszkodowawcza kartelu obejmować może również tzw. efekty parasola cenowego.

II. Stan faktyczny

Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie art. 267 TFUE złożony przez austriacki Oberster Gerichtshof (Federalny Sąd Najwyższy)[2] zasługuje na szczególną uwagę zważywszy na fakt, że Trybunał Sprawiedliwości UE po raz pierwszy odniósł się do kwestii dotąd niepodejmowanych w wyrokach interpretacyjnych, dotyczących budzącego liczne kontrowersje fragmentu prywatnego wdrażania reguł konkurencji. Chodziło tutaj o udzielenie przez Trybunał Sprawiedliwości UE odpowiedzi na pytanie: czy cywilnoprawna odpowiedzialność odszkodowawcza członka kartelu obejmuje również tzw. efekty parasola cenowego. Mamy z tymi efektami do czynienia w sytuacji, gdy przedsiębiorstwa, nieuczestniczące w kartelu, pozostają w pewnym sensie „pod parasolem" zakazanych praktyk w rozumieniu art. 101 TFUE. Wpływ ten wyraża się w ustalaniu zbliżonych do kartelowych cen na produkty w porównaniu z ich wysokością, która byłaby kalkulowana w warunkach funkcjonowania reguł konkurencji. Z powyższymi wątpliwościami wiążą się kwestie czy system prawa unijnego wymaga, aby kontrahenci podmiotów nieuczestniczących w kartelu mogli żądać przed sądami krajowymi od jego członków naprawienia szkody powstałej w wyniku sztucznie zawyżonych cen, czy wręcz odwrotnie powinność naprawienia szkody może zostać całkowicie wyłączona na podstawie regulacji państwa członkowskiego z uzasadnieniem zbyt odległego związku lub pośredniego charakteru tego rodzaju szkód? Zarówno w doktrynie, jak i w linii orzecznictwa krajowego występuje zróżnicowanie stanowisk w tej kwestii. Austriacki sąd pierwszej instancji oddalił żądania spółki Ö-I., natomiast sąd drugiej instancji w zasadzie je uwzględnił. W zaistniałych okolicznościach spółki uczestniczące w kartelu odwołały się do Oberster Gerichtshof. Sąd ten stanął przed trudnym problemem prawnym. Jako sąd ostatniej krajowej instancji był w zasadzie zobligowany do zgłoszenia wątpliwości w trybie art. 267 TFUE[3].

Przyjmując za podstawę rozstrzygnięcia regulacje austriackiego prawa prywatnego, na które powołuje się sąd wnoszący o rozstrzygnięcie wstępne, żądanie naprawienia szkody należałoby oddalić. Zgodnie bowiem z przepisami prawa krajowego uczestnicy kartelu są wyłączeni z odpowiedzialności cywilnoprawnej w tak szerokim zakresie. W celu dostarczenia użytecznej wykładni przepisów unijnych, na potrzeby postępowania głównego, toczącego się przed sądem państwa członkowskiego, Trybunał Sprawiedliwości UE dokonuje oceny czy prawo unijne sprzeciwia się kategorycznemu wyłączeniu odpowiedzialności odszkodowawczej uczestników kartelu za tzw. efekty parasola cenowego. Należy tutaj podnieść, że wątpliwości sądu krajowego nie dotyczyły kompensacji szkody za bezpośrednie działania kartelu, a także skutków stosowania niedozwolonych

[1] Zbieżne z powyższym podejściem jest uzasadnienie projektu dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie niektórych przepisów regulujących dochodzenie roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszenia prawa konkurencji państw członkowskich i Unii Europejskiej, objętych przepisami prawa krajowego z dnia 11 czerwca 2013 r., COM/2013/0404 final, 2013/0185 (COD).

[2] Wyr. w sprawie *Kone AG, Otis GmbH, Schindler Aufzüge und Fahrtreppen GmbH, Schindler Liegenschaftsverwaltung GmbH, ThyssenKrupp Aufzüge GmbH*, C-557/12, ECLI:EU:C:2014:1317.

[3] Por. K. Lenaerts, I. Maselis, K. Gutman, *EU Procedural* Law, Oxford University Press, Oxford 2014, s. 57–58.

praktyk w łańcuchu dystrybucji[4], ale jedynie efektów „parasola cenowego", na które powołała się spółka krajowa Ö-I (…) jako poszkodowana przez skutki porozumienia cenowego kartelu windowego[5]. Standardy materialnoprawnej ochrony poszkodowanych praktykami antykonkurencyjnymi są zakotwiczone w prawie UE. Wynikają już z zakazów określonych art. 101 TFUE. Krajowe regulacje mogą jedynie dookreślać warunki ich wdrażania i dostępność drogi sądowej, nie pozostającą w opozycji do wymogu efektywności. Kartel windowy działał na rynkach wielu państw, m.in. belgijskim, niemieckim, niderlandzkim i luksemburskim. W jego ramach producenci wind i schodów ruchomych ustalali ceny i dokonywali podziału rynku[6]. Komisja Europejska nałożyła na nich grzywny. W Austrii przeciwko temu kartelowi, w zakresie jego działań na krajowym rynku, wystąpił Federalny Urząd Ochrony Konkurencji, a jego ustalenia potwierdził Sąd Antymonopolowy oraz Oberster Gerichtshof. Austriacka spółka Ö-I (…), będąca spółką zależną kolei federalnych, była poważnym odbiorcą wzmiankowanych produktów. Dochodziła ona przed austriackimi sądami cywilnymi odszkodowania od uczestników kartelu z tytułu płacenia za windy i schody ruchome sztucznie zawyżonych cen. W postępowaniu krajowym poszkodowana argumentowała, że część poniesionych przez nią start materialnych była spowodowana przez sprzeczne z prawem działania kartelu, które prowadziły do utrzymywania ceny w obrocie na poziomie tak istotnie zawyżonym, że konkurenci niebędący członkami kartelu również ustalali je na poziomie sztucznym. W zaistniałych okolicznościach uczestnicy kartelu odwołali się do Oberster Gerichtshof. Ponieważ spór miał wymiar wspólnotowy, Trybunał Sprawiedliwości UE mógł rozstrzygnąć kwestie zgodności krajowego porządku z prawem unijnym przez wykładnię mających tu zastosowanie przepisów unijnych.

III. Wniosek o wydanie wyroku i postępowanie przed Trybunałem Sprawiedliwości UE

Wątpliwości sądu krajowego, jak już wzmiankowano, dotyczyły tylko tej części powództwa o naprawienie szkody, która obejmowała roszczenia dotyczące kompensacji strat z efektu „parasola cenowego". Powyższe ograniczenie zostało uzasadnione tym, że bezpośrednia odpowiedzialność kartelu nie budziła zastrzeżeń. Sąd odsyłający pragnął uzyskać odpowiedź w kwestii czy art. 101 TFUE należy interpretować w ten sposób, że każda osoba może żądać od uczestników kartelu również naprawienia szkody spowodowanej przez podmiot nieuczestniczący w porozumieniu, który korzystając z obowiązującego na rynku podwyższonego poziomu cen, kreuje sztuczny ich poziom dla swoich produktów, czego prawdopodobnie by nie czynił, gdyby porozumienie to nie istniało. Z powyższym wiąże się kolejna kwestia: czy ustanowiona przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej zasada skuteczności wymaga uwzględnienia takiego powództwa w ramach prawa krajowego? Sąd wnoszący o rozstrzygnięcie wstępne podniósł, że problem skuteczności ochrony poszkodowanych, w przypadku praktyki określanej jako efekt „parasola cenowego", budzi silne kontrowersje zarówno w Stanach Zjednoczonych, jak i w krajach europejskich, w tym w Niemczech

[4] W świetle koncepcji przedstawionej przez Komisję Europejską (art. 11 i 12 projektu dyrektywy …) ochroną powinni być objęci także pośredni nabywcy, jeżeli bezpośredni nabywca przerzucił na nich część kosztów, szerzej: R. Stefanicki, *Prywatnoprawne środki dochodzenia roszczeń z tytułu naruszenia reguł konkurencji*, C.H. Beck, Warszawa 2014, s. 44, 661 i n.

[5] Dla skuteczności roszczeń odszkodowawczych z niniejszego tytułu nie wystarcza wystąpienie celu antykonkurencyjnego działań przedsiębiorców, ale ujawnienie się skutków, szerzej: K. Kohutek, *Glosa do wyroku z dnia 5 czerwca 2014 r., C-557/12,* Lex, Wolters Kluwer, Warszawa 2014, pkt 3.

[6] W odróżnieniu od porozumień wertykalnych porozumienia horyzontalne (poziome) klasyfikowane są najczęściej jako najpoważniejsze ograniczenia konkurencji w jej aspekcie cenowym i odnośnie do podziału rynku, szerzej: A. Jurkowska [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2009, s. 386. Autorka wskazuje, że jednolitość horyzontalna podyktowana jest względami efektywności, spójność pionowa wynika z zasady pierwszeństwa prawa UE przed prawem krajowym; zob. A. Jurkowska, *Publiczne i prywatne egzekwowanie zakazów praktyk ograniczających konkurencję*, Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania UW, Warszawa 2013, s. 43–44.

i w Austrii. Ze względu na zasadę prymatu prawa Unii wykładnia dokonana przez Sąd unijny ma istotne znaczenie dla postępowania głównego. Ewentualna odmowa prawa do odszkodowania na poziomie prawa krajowego zestawiana jest z ustanowioną przez Trybunał Sprawiedliwości UE zasadą efektywności. Zgodnie z jednolitą linią orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości pełna skuteczność art. 101 TFUE, zostałaby zakwestionowana, gdyby osoba, której została wyrządzona szkoda przez umowę lub inne zachowanie przedsiębiorcy ograniczające konkurencję, nie mogła żądać pełnego jej naprawienia. Z tym uprawnieniem łączy się problem urzeczywistnienia drogi do sądu, gwarantowanej prawem wewnętrznym, w szczególności art. 45 ust. 1 Konstytucji RP[7], a także art. 47 Karty Praw Podstawowych[8]. Zważywszy na fakt, że wymieniona Karta ma umocowanie traktatowe zawarte w niej prawa wiążą organy unijne oraz sądy krajowe w zakresie, w jakim stosują prawo unijne[9]. W świetle stabilnego w tej materii orzecznictwa interpretacyjnego, a także wzmiankowanego już projektu dyrektywy z dnia 11 czerwca 2013 r. przepisy Traktatu wywołują bezpośrednie skutki w stosunkach między jednostkami i przyznają im prawa, które sądy krajowe są zobowiązane chronić. Z powyższego wynika wprost, że poszkodowani mogą bezpośrednio powoływać się na prawa określone tym aktem, jeżeli między szkodą a zakazaną praktyką istnieje związek przyczynowy[10]. Dobór środków i stosownych procedur podlega autonomii prawa krajowego, która musi być wykonywana z poszanowaniem zasad unijnych[11].

Poprzez swoje pytanie sąd odsyłający zmierza zasadniczo do ustalenia czy art. 101 TFUE sprzeciwia się wdrażaniu prawa krajowego państwa członkowskiego, które kategorycznie wyłącza odpowiedzialność cywilnoprawną przedsiębiorstw uczestniczących w sprzecznych z prawem konkurencji za szkody wynikające z tego, że przedsiębiorstwo w nim niebiorące udziału, korzystając z zakłóceń na rynku wywołanych działaniami kartelu, ustaliło swoje ceny na poziomie zbliżonym do niego, a więc nieodpowiadającym ich kalkulacji ekonomicznej na konkurencyjnym rynku. Przyjmuje się tutaj kryterium obiektywne przez zestawienie cen w warunkach zniekształconej konkurencji z normalnymi warunkami funkcjonowania tych reguł[12]. W centrum przedmiotowych rozważań znajduje się zasadniczy problem: czy uczestnicy kartelu mogą zostać pociągnięci do odpowiedzialności cywilnoprawnej za ten rodzaj szkód, a więc czy mogą być pozywani przez osoby, które nie są ich bezpośrednimi lub pośrednimi odbiorcami. Z uwagi na fakt, że mamy tu do czynienia z wdrażaniem unijnych reguł konkurencji, kwestie te nie mogą zostać powierzone wyłącznie porządkom prawnym państw członkowskich.

IV. Ustalenie adekwatnego związku przyczynowego

Z prawnego punktu widzenia kwestia, czy uczestnicy kartelu mogą być obciążani odpowiedzialnością cywilnoprawną również za efekty „parasola cenowego", stanowi problem przyczynowości.

[7] Szerzej na temat systematyki Konstytucji RP jako podstawy wyodrębnienia podstawowych kategorii wolności i praw jednostki zob. M. Jabłoński [w:] M. Jabłoński (red.), *Wolności i prawa jednostki w Konstytucji RP*, tom I, *Idee i zasady przewodnie konstytucyjnej regulacji wolności i praw jednostki* C.H. Beck, Warszawa 2010, s. 86 i n.

[8] Oraz art. 6 ust. 1 europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.

[9] R. Stefanicki, *Wdrażanie Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej w świetle jej art. 51*, „Przegląd Sądowy" 2014, nr 11–12.

[10] K. Lenaerts, I. Maselis, K. Gutman, *EU Procedural…*, s. 145.

[11] Zob. na ten temat uwagi K. Kowalik-Bańczyk, *Ways of Harmonising Polish Competition Law with the Competition Law of the EU*, YARS 2014, nr 9, s. 150 oraz przytoczone stanowisko D. Miąsika, *Solvents to the Rescue – a Historical Outline of the Impact of EU Law on the Application of Polish Competition Law by Polish Courts*, YARS 2010, nr 3, s. 25.

[12] Dokument Roboczy Służb Komisji z 2013 r. Przewodnik praktyczny. Ustalanie wysokości szkody w dochodzeniu roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszenia art. 101 lub 102 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej towarzyszący dokumentowi Komunikat Komisji w sprawie ustalania wysokości szkody w dochodzeniu roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszenia art. 101 lub 102 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Pobrano z: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_guide_pl.pdf.

Zasadnicza kwestia dotyczy tego czy pomiędzy kartelem a szkodami, których przyczyną są związane z kartelem efekty „parasola cenowego", istnieje wystarczająco ścisły związek, czy też przeciwnie chodzi o zbyt odległe szkody, których naprawieniem nie można – biorąc za podstawę racjonalne kryteria – obciążać uczestników kartelu[13]. Problem ten nie został uregulowany wprost w prawie unijnym, w tym także aktach służących wykonaniu wymienionych przepisów Traktatu. Wprawdzie rozporządzenie nr 1/2003[14] w art. 6 stanowi, że sądy krajowe mają uprawnienia do stosowania art. 81 i 82 Traktatu (obecnie art. 101 i 102)[15], ale przepisy te nie dookreślają charakteru i zakresu ich kompetencji w przedmiocie prywatnego wdrażania prawa konkurencji.

Trybunał Sprawiedliwości UE, w swoim bogatym orzecznictwie, konsekwentnie potwierdza, że w braku właściwych uregulowań na poziomie unijnym, do wewnętrznego porządku prawnego każdego państwa członkowskiego należy ustalenie zasad wykonywania prawa do żądania odszkodowania z tytułu szkody wynikłej z porozumienia lub praktyki zakazanej przez art. 101 TFUE. Do kompetencji państw członkowskich należy również definiowanie i stosowanie pojęcia „związku przyczynowego"[16]. Jednak granicą krajowej autonomii, w sprawach w których występuje element unijny, stanowi respektowanie przez państwa członkowskie zasad równoważności i skuteczności[17].

W związku z omawianym w tym materiale postępowaniem prejudycjalnym, zaprezentowano zróżnicowane stanowiska. Uczestnicy kartelu, biorący udział w postępowaniu głównym, zasadniczo podważają możliwość interpretacji prawa Unii w tym znaczeniu, że akceptuje ono prawo do skutecznego żądania odszkodowania opartego na istnieniu „parasola cenowego". Wszechstronną i pogłębioną argumentację, przemawiającą za uwzględnianiem w okolicznościach konkretnej sprawy odpowiedzialności kartelu z efektu „parasola cenowego", przedstawił Rzecznik Generalny[18]. Jednak włączenie do systemu egzekwowania reguł konkurencji w tym zakresie przez balansowanie w grę wchodzących i zasługujących na ochronę prawną interesów[19] wymaga przede wszystkim ustalenia adekwatnego związku przyczynowego, a także diagnozowania obiektywnej przewidywalności przez naruszycieli konkurencji wpływu ich zachowań rynkowych na konkurentów.

Trybunał Sprawiedliwości UE podniósł, że w warunkach niezakłóconej konkurencji cena oferowanych produktów na rynku kształtuje się w sposób naturalny. Natomiast w sytuacji, gdy kartelowi udaje się utrzymywać sztucznie zawyżone ceny dla określonych produktów i gdy spełnione są pewne warunki rynku, dotyczące w szczególności charakteru produktu lub rozmiaru rynku objętego kartelem, nie można wykluczyć, że przedsiębiorstwo konkurencyjne, nieuczestniczące w porozumieniach sprzecznych z prawem, dokonało ustalenia cen na poziomie dopasowanym do oferty naruszyciela niż ceny, które ustaliłoby w warunkach funkcjonowania niezakłóconej

[13] Zasadnie podnosi się w piśmiennictwie, że kwestie rozumienia przyczynowości w prawie cywilnym, traktowane jako podstawowa przesłanka odpowiedzialności odszkodowawczej, jest zagadnieniem skomplikowanym i budzącym spory, zwłaszcza, że zjawisko związku przyczynowego nie jest jednolicie rozumiane. W zasadzie żaden skutek nie jest następstwem działania jednej, ściśle zidentyfikowanej przyczyny, ale jest skutkiem wielości faktów (współprzyczyn); zob. K. Zagrobelny [w:] E. Gniewko (red.), *Kodeks Cywilny. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2014, pkt I.4 przy art. 363 kodeksu cywilnego.

[14] 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, OJ 2003, L 1, s. 1. Ze skutkiem od dnia 1 grudnia 2009 r. art. 81 i 82 Traktatu WE, bez zmiany treści, stały się odpowiednio art. 101 i 102 Traktatu.

[15] Zob. wyr. z dnia 3 maja 2011 r. Tele 2 v Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, Case C-375/09, opinię do niego oraz komentarz I. Szwedziak, *Is the parallel competence set out in Regulation 1/2003 totally clear?*, YARS 2012, nr 7, s. 267–268 i n.

[16] Zasadnie podnosi K. Kohutek, że przepisy krajowe odnoszące się do koncepcji adekwatnego związku przyczynowego i ich wykładnia pozwalają na jej zastosowanie do konstrukcji, jaka stanowi efekt parasola cenowego; zob. K. Kohutek, *Glosa*…, pkt 5.

[17] Wyr. z 13 lipca 2006 w sprawie *Manfredi*, C-295/04 to C-298/04, ECR 2006 p. I-6619, pkt 64; wyr. w sprawie *Kone AG*…, pkt 24.

[18] Opinia w sprawie *Kone AG*…

[19] Osiągnięciu tych celów służy też odpowiednio zbudowana procedura. Szerzej należy zwrócić uwagę na sprawiedliwość proceduralną, która odpowiada określonej w orzecznictwie amerykańskim koncepcji ważenia różnych interesów; zob. M. Bernatt, *Sprawiedliwość proceduralna w postępowaniu przed organem ochrony konkurencji*, Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania UW, Warszawa 2011, s. 38.

konkurencji. Nawet jeśli ustalenie ceny towaru lub usługi uznaje się za decyzję czysto autonomiczną przedsiębiorstwa nieuczestniczącego w kartelu, może ono ją kalkulować na sztucznym poziomie, zniekształconym przez kartel.

V. Uzasadnienie dla koncepcji odpowiedzialności z tytułu efektów „parasola cenowego"

Przyjmuje się tutaj słuszne założenie, że kartele mogą spowodować poważne szkody gospodarcze nie tylko w węższym otoczeniu uczestników kartelu, lecz także w szerszym polu, wpływając na zachowanie przedsiębiorców niebiorących udziału w sprzecznych z prawem konkurencji praktykach. Dlatego, zdaniem Trybunału Sprawiedliwości UE, niewłaściwe byłoby arbitralne zawężanie kręgu osób uprawnionych do kompensacji w ten sposób, że odszkodowania mogliby żądać *a priori* tylko niektórzy uczestnicy rynku – przykładowo kontrahenci uczestników kartelu, bezpośredni lub pośredni odbiorcy ich towarów i usług. W sytuacji zawężenia kategorii poszkodowanych mogłaby ulec zachwianiu gwarancja pełnej skuteczności unijnego zakazu stosowania praktyk antykonkurencyjnych[20]. Jednak przy diagnozowaniu związku przyczynowego między naruszeniem konkurencji a poniesioną szkodą przez osobę prywatną niezbędne jest ustalenie kryteriów gwarantujących, że nie dojdzie do powstania bezgranicznego obowiązku odszkodowawczego uczestników kartelu za wszystkie możliwe szkody ani za szkody tak odległe, dla których praktyki antykonkurencyjne mogły być przyczyną w rozumieniu *conditio sine qua non*[21].

Jednym z już zasygnalizowanych trudniejszych problemów do rozwiązania pozostaje doprecyzowanie kryterium bezpośredniej przyczynowości, określanej także jako wystarczająca, bezpośrednia przyczynowość powstania szkody z naruszenia reguł konkurencji. Nie może być ona utożsamiana z przyczynowością wyłączną. Stwierdzenie, że kształtowanie cen przez podmiot nieuczestniczący w kartelu jest oparte na jego swobodnej decyzji handlowej, samo w sobie nie może być decydujące dla zanegowania obciążenia uczestników kartelu ewentualnymi szkodami z efektów „parasola cenowego". Trafne jest stwierdzenie Trybunału Sprawiedliwości UE, że dla uznania bezpośredniej kauzalności wystarczy, jeśli działania antykonkurencyjne przedsiębiorstw w rozumieniu art. 101 TFUE, były co najmniej współprzyczyną efektów „parasola cenowego"[22]. W okolicznościach konkretnego przypadku można będzie przyjąć, że łańcuch przyczynowy mający początek w kartelu, nie został przerwany w związku z włączeniem się w politykę sztucznych cen podmiotu w nim nieuczestniczącego i mogącego nie mieć wiedzy o istnieniu kartelu. Związek ten jest kontynuowany, jeżeli konkurent naruszyciela reguł konkurencji, przy kształtowaniu cen swoich produktów, wykorzystuje impulsy cenowe pochodzące z kartelu. Koncepcja „wieloczłonowego" związku przyczynowego została dookreślona w orzecznictwie sądów polskich, w tym SN. W jej świetle szkoda może być skutkiem (następstwem) wielu bezpośrednich i pośrednich zdarzeń. Natomiast ocena, które z nich wypełniają przesłankę normalnego związku przyczynowego, zależy

[20] Tak opinia w sprawie *Kone AG*…, pkt 32.

[21] Pojawia się tu istotny problem przejrzystości i dookreśloności merytorycznej systemu prawa konkurencji. W wypadku niewypełnienia tych wymogów pozostaje zbyt duży margines dla dyskrecjonalnej władzy organów, zob. uwagi na tle zagadnienia uniknięcia zakazu koncentracji w drodze zgody warunkowej: T. Skoczny, *Zgody szczególne w prawie kontroli koncentracji*, Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania UW, Warszawa 2012, s. 264.

[22] Opinia w sprawie *Kone AG*…, pkt 36, por. opinię rzecznika generalnego D. Ruiz Jarabo Colomer (który w swojej opinii z dnia 3 lutego 2009 r. (pkt 140) w sprawie zakończonej wyrokiem z dnia 16 lutego 2009 r. (C-440/07 P *Komisja* v *Schneider Electric*, ECR 2009, s. I-6413)), który twierdził, że podlegająca naprawieniu szkoda musi wynikać wprost i bezpośrednio z czynu bezprawnego. Pojawia się tutaj też problem dookreśloności przepisów regulujących konkurencję z punktu widzenia przewidywalności przez przedsiębiorców granic dozwolonych zachowań rynkowych; zob. M. Król-Bogomilska [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie*…, s. 1606 i n.

od całokształtu okoliczności konkretnej sprawy[23]. Przy ocenie tzw. efektu parasola cenowego może być brany pod uwagę udział kartelu na właściwym rynku[24] oraz moment dopasowywania cen na sztucznym poziomie przez podmiot niebiorący udział w zmowach kartelowych.

Istotne dla przyjęcia adekwatnej przyczynowości[25] jest przewidywanie przez uczestników kartelu efektów „parasola cenowego". Przewidywalne są te szkody, z których wystąpieniem zgodnie z ogólnym doświadczeniem życiowym uczestnicy kartelu powinni się racjonalnie liczyć. Przyjmuje się tutaj kryterium obiektywne, odnoszące się do wymogów starannego działania profesjonalnych uczestników obrotu gospodarczego. Przeciętny przedsiębiorca, działający w warunkach gospodarki rynkowej, którego się tutaj bierze się za punkt odniesienia, wszechstronnie diagnozuje procesy rynkowe i uwzględnia je przy podejmowaniu decyzji handlowych, a także przy ocenie zgodności z prawem konkurencji zawieranych porozumień z innymi, aktywnymi uczestnikami rynku[26].

Według oceny, wchodzących w skład kartelu spółek oraz stanowiska austriackiego, szkody wynikające z efektów „parasola cenowego" dla jego uczestników nie są wystarczająco przewidywalne i nie mogą być przez nich spowodowane w sposób adekwatny pod względem przyczynowym. Stwierdzają, że efekty „parasola cenowego" stanowią jedynie „skutek uboczny" kartelu, za który nie ponosi on odpowiedzialności cywilnoprawnej wobec osób trzecich. Jak już wzmiankowano na wstępie przepisy prawa austriackiego w sposób stanowczy wykluczają uprawnienie do naprawienia szkody w sytuacji, takiej jak w niniejszej, krajowej sprawie z uwagi na fakt, iż związek przyczynowy między poniesioną szkodą a danym kartelem uznaje się, w braku związku umownego z członkiem tego kartelu, za zerwany przez autonomiczną decyzję przedsiębiorstwa nieuczestniczącego w kartelu[27]. Zdaniem Trybunału Sprawiedliwości UE kategoryczny sposób ukształtowania wewnętrznych regulacji państwa, wnoszącego o rozstrzygnięcie prejudycjalne, wykluczających możliwość dynamicznego rozstrzygania konkretnych sporów przed sądami krajowymi, jest nie do pogodzenia z celami założonymi art. 101 TFUE. Argumentacja przedstawiona w niniejszym wyroku przez Trybunał Sprawiedliwości UE dowartościowuje instytucje roszczeń cywilnoprawnych z tytułu szkód powodowanych praktykami antykonkurencyjnymi przedsiębiorstw. Potwierdzona została również w tym wyroku dotychczasowa linia orzecznictwa unijnego w odniesieniu do prywatnego wdrażania prawa konkurencji, ale nastąpiło jednocześnie wzbogacenie koncepcji przedmiotowej uprawnionych do kompensacji o ewentualne efekty „parasola cenowego". Trybunał Sprawiedliwości kolejny raz w tym wyroku potwierdził, że ochrona reguł konkurencji opiera się na dwóch filarach, tj. wdrażaniu reguł konkurencji w interesie publicznym za pomocą

[23] Zob. uzasadnienie uchwały SN z dnia 21 sierpnia 2014 r., III CZP 49/14, Baza Legalis nr 1024926 i powołane przez SN orzecznictwo.

[24] Według ustaleń dokonanych w postępowaniu głównym co najmniej jedna trzecia rynku była objęta konkretnymi porozumieniami zawartymi między uczestnikami kartelu windowego oraz próbami koordynacji w stosunku do ponad połowy austriackiego rynku, Opinia w sprawie *Kone A*G…, pkt 8.

[25] Przesłanki normalnego związku przyczynowego dookreślane są w orzecznictwie krajowym. Na tle stosowania art. 361 § 1 k.c. powstało pokaźne orzecznictwo. Wynika z niego, że adekwatny związek przyczynowy może występować również wtedy, gdy określone zdarzenie stworzyło warunki powstania innych zdarzeń, z których dopiero ostatnie stało się bezpośrednią przyczyną lub współprzyczyną szkody.

[26] Niejednokrotnie w tej ostatniej kwestii sięga do opinii prawnych zlecanych kancelarii prawnej, specjalizującej się w prawie konkurencji. W kwestii relewantności prawnej takich opinii wypowiedział się ostatnio Trybunał Sprawiedliwości. W wyroku z dnia 18 czerwca 2013 r. (sprawa C-681/11, *Bundeswettbewerbsbehörde, Bundeskartellanwalt* v *Schenker & Co. AG i inni*, ECLI:EU:C:2013:404) Trybunał Sprawiedliwości przyjął, że opinia prawna nie może stanowić dla danego przedsiębiorstwa podstawy uzasadnionych oczekiwań w kwestii, że jego zachowanie nie narusza przepisów Traktatu regulujących konkurencję. Interpretacji prawa unijnego należy dokonywać w ten sposób, że przedsiębiorstwo, które dopuściło się naruszenia, nie może uniknąć obciążenia grzywną, jeśli było ono wynikiem błędu w ocenie zgodności z prawem.

[27] Odmiennie przyjął sąd pierwszej instancji w wyr. z dnia 14 grudnia 2005 r. w sprawie *CD Cartondruck* v *Radai Komisja*, T320/00, pkt 177. Sąd pierwszej instancji w tym dniu oddalił szereg powództw, opartych na stanowisku, że Wspólnota jest odpowiedzialna za szkody rzekomo spowodowane przez Stany Zjednoczone w związku z zastosowanymi środkami nałożonymi zgodnie z prawem Światowej Organizacji Handlu, szerzej: A. Thies, *Cases T-69/00, FIAMM and FIAMM Technologies, T-151/00, Le Laboratoire du Bain, T-301/00, Fremaux, T-320/00, CD Cartondruck AG, T-383/00, Beamglow Ltd* and T-135/01, *Giorgio Fedon & Figli S.p.A., Fedon S.r.l. and Fedon America USA Inc.*, „Common Market Law Review" 2006, z. 4, s. 1145 i n.; A. Alemanno, *OMC (arrêts „FIAMM & Co")*, „Revue du droit de l'Union Européenne" 2006, s. 201 i n.

środków prewencyjno-represyjnych charakterystycznych dla tego prawa oraz jego wykonywania w interesie osób indywidualnie poszkodowanych w drodze instrumentów prawa prywatnego, uruchamianych z reguły na wniosek zainteresowanych.

W celu zagwarantowania pełnej skuteczności prawa ochrony konkurencji niezbędne jest, aby obydwa systemy rozwijały się spójnie[28]. Z brakiem synergii mamy przykładowo do czynienia w wypadku asymetrii informacyjnej po stronie poszkodowanych, wynikłej z trudności z dostępem do dokumentów zgromadzonych w postępowaniu publicznoprawnym. W niniejszym wyroku Trybunał Sprawiedliwości UE podniósł, że pełna skuteczność art. 101 TFUE byłaby zakwestionowana, gdyby prawo każdej osoby do żądania naprawienia poniesionej szkody było w sposób kategoryczny i niezależnie od okoliczności szczególnych danej sprawy uzależnione w prawie krajowym od istnienia bezpośredniego związku przyczynowego, że skutkiem wykluczenia tego prawa z uwagi na fakt, iż dana osoba miała związki umowne nie z członkiem kartelu, lecz z przedsiębiorstwem w nim nieuczestniczącym, ale którego polityka cenowa okazuje się konsekwencją (uświadomioną lub nie) działań kartelu, zniekształcającego mechanizmy rynkowe. Stopień zakłócenia konkurencji na rynku właściwym zależy od zasięgu oddziaływania kartelu i jego aktywności, a także skali wykrywalności sprzecznych z prawem porozumień i innych jego praktyk. W tę ostatnią kwestię wpisują się programy dobrowolnego współdziałania członków kartelu z organami ds. konkurencji.

VI. Program dobrowolnej współpracy przedsiębiorstw z organami ds. konkurencji

W tytułowe rozważania wpisuje się również problem skutków wdrażania programu *leniency* dla podnoszenia skuteczności mechanizmów ochrony konkurencji. Praktyka pokazuje, że zwiększenie wykrywalności karteli w wyniku dobrowolnego współdziałania naruszycieli reguł konkurencji z organem niekoniecznie przekłada się na wzrost efektywności instytucji cywilnoprawnych roszczeń[29]. Przede wszystkim pojawiają się tutaj problemy z dostępem osób poszkodowanych do dokumentów zgromadzonych w związku z *leniency* oraz tendencje do nieobarczania przystępujących do programu odpowiedzialnością cywilnoprawną z omawianego tytułu. O normatywne zabezpieczenie tego programu oraz jego atrakcyjność zabiega od lat w szczególności Komisja Europejska. Uczestnicy kartelu windowego podnosili, że uwzględnienie cywilnoprawnej odpowiedzialności kartelu w omawianym tutaj zakresie może zniechęcać przedsiębiorstwa do podejmowania dobrowolnej współpracy z organami ds. konkurencji, co kolidowałoby z zasadą skuteczności, wyrażającą się m.in. skalą wykrywalności karteli. Trybunał Sprawiedliwości UE wyraźnie podniósł, że program ten został ustanowiony przez Komisję w Obwieszczeniu[30]. Tego rodzaju akty pozbawione są mocy prawnej, nie mogą zatem wiązać obligatoryjnie państw członkowskich[31]. Należy jednak podnieść, że na jego wzmocnienie i nadanie legalnego charakteru ukierunkowany jest projekt dyrektywy z dnia 11 czerwca 2013 r.[32]

[28] Zdaniem Rzecznika Generalnego (w sprawie *Kone AG*…, pkt 60) wdrażanie reguł konkurencji zostałoby znacznie osłabione w sytuacji rezygnacji z możliwości dochodzenia roszczeń cywilnoprawnych w omawianym wypadku.

[29] Na temat nikłego zainteresowania polskich przedsiębiorców tego rodzaju współpracą zob. A. Piszcz, *Sankcje w polskim prawie antymonopolowym*, Temida 2, Białystok 2013, s. 315 i n.

[30] W obwieszczeniu w sprawie zwalniania z grzywien i zmniejszania grzywien w sprawach kartelowych, OJ 2006, C 298, s. 17.

[31] Wyr. z dnia 14 czerwca 2011 r., w sprawie *Pfleiderer*, C-360/09, ECR 2011 p. I-5161, pkt 21.

[32] Zob. także dokument roboczy służb Komisji, streszczenie oceny skutków: „Powództwa odszkodowawcze z tytułu naruszenia unijnych reguł konkurencji" uzupełniający niniejszy projekt z dnia 11 VI 2013, SWD(2013) 204 final oraz poprawki Parlamentu Europejskiego do projektu dyrektywy z dnia 9 kwietnia 2014 r., PE533.777v01-00, AM\P7_AMA(2014)0089(002 –002)_EN.doc i rezolucję ustawodawczą Parlamentu Europejskiego z dnia 17 kwietnia 2014 r. COM(2013)0404 **– C**7-0170/2013 – 2013/0185(COD).

Jego preambuła oraz postanowienia zmierzają w kierunku ujednolicenia standardów dostępu do informacji podmiotów uprawnionych do dochodzenia roszczeń odszkodowawczych z tytułu szkód poniesionych naruszeniami reguł konkurencji. Proponowane rozwiązania mogą pozostawać w kolizji z rozporządzeniem nr 1049/2001 z dnia 30 maja 2001 r. w sprawie publicznego dostępu do dokumentów Parlamentu Europejskiego, Rady i Komisji[33]. Jego celem jest zapewnienie możliwie największego dostępu do publicznych dokumentów oraz wytyczenie ogólnych, wiążących reguł związanych z tym dostępem. Na szczególną uwagę zasługuje wykładnia wymogów wynikających z niniejszego aktu, dokonana w wyroku sądu z dnia 22 maja 2012 r.[34]

Nie sposób pominąć faktu braku spójności wspomnianych propozycji ustawodawczych z wyraźnie elastycznym podejściem orzecznictwa unijnego ukierunkowanego na efektywne wdrażanie cywilnoprawnych środków ochrony poszkodowanych. Zakładając respektowanie zasady spójności systemu unijnego prawa oraz wymóg jego efektywności należy jednocześnie założyć, że program dobrowolnej współpracy przedsiębiorców z organami ds. konkurencji nie może pozbawić podmiotów indywidualnych prawa do skutecznego naprawienia szkody przed sądami krajowymi z omawianego tytułu. Z pewnością zasadne jest, aby przez autonomicznie wprowadzaną przez państwa członkowskie konstrukcję łagodzenia, a nawet zaniechania kar z tytułu naruszeń konkurencji można było się przyczyniać do osiągnięcia większej wykrywalności karteli i utorowania uczestnikom sprzecznych z prawem porozumień powrotnej drogi do legalności. Nie może to jednak odbywać się kosztem poszkodowanych, a taka sytuacja mogłaby wystąpić w wypadku zwolnienia przedsiębiorców z ponoszenia odpowiedzialności deliktowej wobec wnioskujących o kompensacje poniesionych szkód.

Kwestią dyskusyjną są próby przerzucania obciążeń cywilnoprawnych przystępujących do programu na pozostałych członków kartelu, a więc tych, którzy nie podjęli współpracy z organem. Na ograniczone korzyści z programu *leniency* do łagodzenia kar zwraca się uwagę dość często w piśmiennictwie, zwłaszcza że z orzecznictwa wynika, w wielu wypadkach, mała skuteczność takiej współpracy. Finansowe rodzaje ryzyka związane z członkostwem w kartelu są dla podejmujących współpracę tym bardziej opłacalne, im w mniejszym zakresie są oni narażeni na roszczenia odszkodowawcze w razie wykrycia sprzecznych z prawem porozumień lub innych praktyk zakazanych art. 101 TFUE. Gdyby dać uczestnikom kartelu pewność, że nie będą oni ponosić odpowiedzialności za efekty „parasola cenowego", to powstałaby dla nich dodatkowa zachęta do antykonkurencyjnych zachowań. Związany z prywatnymi mechanizmami egzekwowania i wyraźnie pożądany efekt odstraszający wobec przedsiębiorstw, które noszą się z myślą naruszenia reguł gry obowiązujących na europejskim rynku wewnętrznym, zostałby zamieniony w jego przeciwieństwo.

VII. Zakończenie

Opierając się na wszechstronnym i pogłębionym podejściu do analizowanej w tytułowym wyroku problematyki, Rzecznik Generalny wnioskował o wydanie przez Trybunał Sprawiedliwości

[33] Więcej: E.F.P. Carrillo, *Access to documents and transparency. Elements to facilitate damages actions arising from competition law infringements in the European Union*, [w:] J.L. Velasco San Pedro (red.), *Private Enforcement of Competition Law*, Lex nova, Valladolid 2011, s. 428 i n. W kwestii dostępu do dokumentów sądów unijnych zob. wyr. Sądu z dnia 13 stycznia 2011 r., T-362/08, IFAW Internationaler Tierschutz-Fonds mbH, popierane przez Królestwo Danii, Republikę Finlandii, Królestwo Szwecji v. Komisja, ECR 2011, s. II-11.

[34] T-344/08, EnBW Energie Baden-Württemberg AG v. Komisja, niepubl. W związku z odmową Komisji Europejskiej dostępu poszkodowanej do informacji zgromadzonych w postępowaniu publicznoprawnym Sąd podniósł m.in., że wspomniany program, w oparciu o który organy ds. konkurencji zmierzają do osiągnięcia większej wykrywalności karteli, nie stanowi jedynego sposobu zapewnienia przestrzegania reguł konkurencji w Unii. Powództwa odszkodowawcze przed sądami krajowymi mogą również znacznie się przyczynić do utrzymania skutecznej konkurencji w Unii. Troska o atrakcyjność programów *leniency* nie może prowadzić do nieuzasadnionego, nadmiernego utrudnienia dostępu do akt osób poszkodowanych przez kartele.

orzeczenia wstępnego, że powołane przepisy Traktatu sprzeciwiają się wykładni i stosowaniu krajowego prawa państwa członkowskiego, które przewiduje, że z przyczyn prawnych kategorycznie wyłączona jest odpowiedzialność cywilnoprawna przedsiębiorstw uczestniczących w kartelu za szkody wynikające z tego, że przedsiębiorstwo nieuczestniczące w tym kartelu, korzystając z machinacji kartelu, ustaliło swoje ceny na wyższym poziomie, niż należałoby tego oczekiwać w warunkach konkurencji[35]. Opowiadając się za elastycznym podejściem w niniejszej kwestii, opiniodawca argumentował, że nie zawsze znajdą się przekonujące analizy lub inne środki dowodowe, które w racjonalny sposób pozwalają na konkluzję, że na rynku właściwym wystąpił efekt „parasola cenowego" związany z kartelem.

Stanowisko Trybunału Sprawiedliwości UE, pozostające w synergii z opinią Rzecznika Generalnego, otwiera drogę do przeniesienia teoretycznych rozważań nad efektami „parasola cenowego" na poziom praktyki spójnej z aksjologią prawa konkurencji[36]. Należy nadmienić, że z tą sporną problematyką próbuje mierzyć się od wielu lat orzecznictwo Stanów Zjednoczonych[37], bardzo zresztą zróżnicowane co do oceny relewantności *umbrella claims*[38]. W niniejszym wyroku Trybunał Sprawiedliwości UE orzekł, że art. 101 TFUE należy interpretować w ten sposób, że sprzeciwia się on wykładni i stosowaniu prawa krajowego państwa członkowskiego, które przewiduje, iż z przyczyn prawnych kategorycznie wyłączona jest odpowiedzialność cywilnoprawna przedsiębiorstw uczestniczących w kartelu za szkody wynikające z tego, że przedsiębiorstwo nieuczestniczące w nim, korzystając z machinacji kartelu, ustaliło swoje ceny na poziomie wyższym w porównaniu z tymi, których można by oczekiwać w warunkach niezakłóconego funkcjonowania reguł konkurencji. Z przedstawionej wykładni wynika, że nie mamy tu do czynienia, w każdym indywidualnym przypadku, z powstaniem obowiązku naprawienia szkody po stronie uczestników kartelu względem kontrahentów – podmiotów nieuczestniczących w sprzecznym z prawem porozumieniu. Nie wyłącza ono *a priori* takiego obowiązku. Ocena wystąpienia efektu „parasola cenowego" będzie wymagała uwzględnienia przez sąd krajowy wszystkich istotnych okoliczności, zwłaszcza wymogu adekwatnej przyczynowości i obiektywnej przewidywalności przez kartel efektów „parasola cenowego".

Omawiane tu orzeczenie prejudycjalne stanowi istotny krok do przodu w urzeczywistnianiu instytucji prywatnego wdrażania unijnego prawa konkurencji. Trybunał Sprawiedliwości UE dookreśla w nim jurydyczną koncepcję podmiotów uprawnionych do dochodzenia skutecznej ochrony ich interesów przez pełną kompensację poniesionych szkód z naruszeń reguł konkurencji. Dowartościowuje instytucje roszczeń cywilnoprawnych z tego tytułu, która w wielu porządkach państw członkowskich jest jeszcze w powijakach. Niniejszy wyrok wstępny stanowi przykład orzecznictwa otwartego, dynamicznego, pozwalającego na zespolenie dobrych tradycji krajowych z aksjologią unijnego prawa konkurencji.

[35] Opinia w sprawie *Kone AG*…, pkt 90.

[36] Na temat podstawowych determinantów tego pojęcia: R. Inderst, F. MaierRigaud, U. Schwalbe, *Umbrella Effects*, „Journal of Competition Law & Economics" 2014, nr 3, s. 739 i n.

[37] Zob. przegląd tego orzecznictwa w opinii w sprawie *Kone AG*…, pkt 52: za taką odpowiedzialnością opowiadają się przykładowo: United States Court of Appeals (Seventh Circuit), United States Gypsum Co. v. Indiana Gas Co., 350 F.3d 623, 627 (2003), R.A. Givens, *Antitrust: An Economic Approach*, New York Law Pub Co, New York 2005, §27.01; United States Court of Appeals (Third Circuit), Mid West Paper Products Co. v. Continental Group Inc., 596 F.2d 573, 597 (1979); E.D. Cavanaugh, *Illinois Brick Revisited: An Analysis of a Developing Antitrust Jurisprudence*, „Valparaiso University Law Review" 1983 jesień, nr 2, s. 79; United States District Court (District of Columbia), Federal Trade Commission v. Mylan Laboratories> Pobrano z: http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/99/1/2290943 (30.10.2014).

[38] I. Hartung, *„Umbrella claims": Schadenersatz bei Kartellverstößen auf Um- oder Abwegen?, Haften Kartellbeteiligte für die Preispolitik von nicht am Kartell beteiligten Konkurrenten?*, „ecolex" 2012, s. 497 i n.

Justyna Matuszczak-Piasta*

Koncepcja asymetrycznej presji konkurencyjnej. Decyzje Prezesa UOKiK w sprawach Auchan Polska i Jeronimo Martins w perspektywie doświadczeń brytyjskich

Spis treści

I. Wstęp
II. Wyznaczanie rynku właściwego
III. Badanie detalicznego rynku spożywczego w Wielkiej Brytanii
IV. Zastosowanie koncepcji asymetrycznej presji konkurencyjnej w Polsce
V. Podsumowanie

Streszczenie

Artykuł przedstawia powstanie koncepcji asymetrycznej presji konkurencyjnej w orzecznictwie organów antymonopolowych w Wielkiej Brytanii oraz wskazuje narzędzia ekonomiczne zastosowane przez te organy w celu wyznaczania rynków właściwych dla działalności detalicznych sprzedawców produktów spożywczych. Omówiono w nim również zastosowanie koncepcji asymetrycznej presji konkurencyjnej przez Prezesa UOKiK.

Słowa kluczowe: asymetryczna presja konkurencyjna; rynek właściwy; sprzedaż detaliczna; analiza ekonomiczna; analiza ilościowa.

I. Wstęp

W roku 2014 Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: Prezes UOKiK) wydał dwie decyzje z zakresu kontroli koncentracji, dotyczące działalności przedsiębiorców na rynku detalicznej sprzedaży artykułów konsumpcyjnych codziennego użytku. W styczniu bieżącego roku Prezes UOKiK wydał decyzję warunkową w sprawie koncentracji polegającej na przejęciu przez Auchan Polska Sp. z o.o. kontroli nad „real,- Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i spółka" sp.k.[1] Przedsiębiorcy ci prowadzą dwie z pięciu[2] największych sieci spożywczych sklepów wielkopowierzchniowych w Polsce. Natomiast w dniu 30 maja organ antymonopolowy wydał decyzję w sprawie nabycia przez Jeronimo Martins Polska S.A. (przedsiębiorcę prowadzącego w Polsce

* Analityk rynku w COMPER Fornalczyk i Wspólnicy sp. j.; absolwentka Centrum Kształcenia Międzynarodowego Politechniki Łódzkiej; e-mail: justyna.matuszczak-piasta@comper.com.pl.

1 Decyzja Prezesa UOKiK nr DKK-4/2014 z dnia 21.01.2014 r.

2 Do największych sieci spożywczych sklepów wielkopowierzchniowych w Polsce można zaliczyć operatorów hipermarketów działających pod szyldami: Real, Carrefour, Tesco, Auchan i Leclerc.

sieć placówek handlowych pod nazwą „Biedronka") części mienia w postaci 11 placówek handlowych spółki Marcpol S.A. (prowadzącej w Polsce sklepy pod nazwą „Marcpol"[3]).

W przedmiotowych sprawach, w procesie definiowania rynków właściwych, Prezes UOKiK zastosował koncepcję asymetrycznej presji konkurencyjnej, dotychczas niestosowaną w polskiej praktyce decyzyjnej organu antymonopolowego. Zgodnie z treścią przywołanych decyzji, koncepcja ta została przeniesiona na grunt polski z praktyki brytyjskich organów antymonopolowych wynikającej z prowadzonych przez nie badań rynkowych.

Zjawisko asymetrycznej presji konkurencyjnej zostało zaobserwowane w wyniku szczegółowych badań przeprowadzonych przez brytyjskie organy antymonopolowe, w celu wyznaczenia rynków właściwych dla sprzedawców detalicznych działających na rynku dostarczania konsumentom artykułów spożywczych w Wielkiej Brytanii. Zakres podmiotowy rynku, jak zostanie wskazane w dalszej części artykułu, jest tożsamy z wyznaczonym w polskich decyzjach rynkiem detalicznej sprzedaży artykułów konsumpcyjnych codziennego użytku (tzw. AKCU).

II. Wyznaczanie rynku właściwego

Definiowanie rynku właściwego ma na celu zidentyfikowanie i określenie ograniczeń konkurencji między przedsiębiorcami, a zatem wskazanie rzeczywistych konkurentów, którzy są w stanie skutecznie, wzajemnie wpływać na swoje zachowania i nie dopuścić do działania w sposób niezależny od presji konkurencyjnej[4]. Zgodnie z przyjętą w praktyce organów antymonopolowych zasadą, rynki właściwe określane są „w sprawie", czyli na potrzeby prowadzonego postępowania, na podstawie wymienionych w definicji rynku właściwego cech, przy czym istotne jest poprawne zdefiniowanie rynku właściwego. Jeżeli rynek właściwy dla działalności przedsiębiorcy zostanie zdefiniowany zbyt wąsko, ograniczenia zostaną niesprawiedliwie nałożone na przedsiębiorcę niedysponującego faktyczną siłą rynkową. W przypadku zastosowania zbyt szerokiej definicji, przedsiębiorca dysponujący istotną siłą rynkową będzie w stanie zagrozić funkcjonowaniu skutecznej konkurencji bez obawy o interwencję odpowiednich organów lub nałożenie ograniczeń. Ze względu na ryzyko błędnej interpretacji ważne jest, aby korzystać z odpowiednich narzędzi ekonomicznych – i w miarę możliwości, analizy danych – dla określenia rynku właściwego[5].

Na potrzeby oceny antymonopolowej, rynek właściwy stanowi powiązanie rynku produktowego oraz rynku geograficznego i powinien być określany przy użyciu analizy ekonomicznej. Rynek produktowy identyfikuje produkty i producentów, którzy skutecznie wpływają na działalność konkurencyjnych firm, podczas gdy rynek geograficzny identyfikuje obszar, na którym te produkty i producenci konkurują[6].

Rynek właściwy w aspekcie produktowym określa się pod względem stopnia substytucyjności oferowanych na rynku towarów. Ocena stopnia substytucyjności obejmuje przede wszystkim ich ceny, użyteczność i właściwości. Tym sposobem możliwe jest wskazanie towarów substytucyjnych, a dzięki temu zidentyfikowanie przedsiębiorstw stanowiących dla siebie bezpośrednią konkurencję. Dla określenia rynku w wymiarze produktowym w orzecznictwie Unii Europejskiej test substytucyjności uzupełniany jest analizą stanu konkurencji na badanym rynku. ETS w decyzji

[3] Decyzja Prezesa UOKiK nr DKK-71/2014 z dnia 30.05.2014 r.

[4] Obwieszczenie Komisji w sprawie definicji rynku właściwego do celów wspólnotowego prawa konkurencji (97/C 372/03).

[5] D. Geradin, A. Layne-Farrar, N. Petit, *EU Competition Law and Economics*, Oxford University Press, Oxford 2012, s. 177.

[6] Ibidem, s. 178.

dotyczącej producenta opon samochodowych Michelin[7] orzekł: „(…) należy stwierdzić, że dla określenia właściwego rynku produktowego przydatna jest ocena, czy przedsiębiorstwo może skutecznie ograniczyć efektywną konkurencję i zachowywać się niezależnie od swoich konkurentów i klientów. W tym celu jednakże, badanie ograniczone do cech użytkowych towarów i ich cen nie może być wystarczające: warunki konkurencji i struktura podaży oraz popytu na rynku muszą być wzięte pod uwagę".

Można wskazać, że rynek produktowy powinien być wyznaczany nie tylko na podstawie użytkowych i cenowych cech towarów, lecz także na podstawie obserwacji rynkowych zachowań sprzedawcy. Jeżeli zachowania te są niezależne od zachowań rynkowych innych uczestników rynku, wówczas przyjmuje się ten segment rynku jako rynek właściwy w wymiarze produktowym dla badanego sprzedawcy.

Rynek geograficzny jest obszarem, na którym przedsiębiorstwo wraz ze swoimi konkurentami sprzedaje towary postrzegane przez nabywców jako substytuty. Zgodnie z ukształtowanym w orzecznictwie organów antymonopolowych poglądem, rynek właściwy geograficznie może być rynkiem o zasięgu lokalnym, krajowym, regionalnym lub międzynarodowym (europejskim, pokrywającym się z obszarem Europejskiego Obszaru Gospodarczego lub nawet światowym). Aspekt geograficzny rynku właściwego kształtowany jest pośrednio przez rentowność sprzedaży uzależnionej od kosztów dystrybucji i transportu oraz cech fizycznych i chemicznych towarów, które określają maksymalny możliwy obszar, na którym towary mogą być transportowane. Zasięg rynku geograficznego określany jest również przez bariery administracyjne, strategiczne i ekonomiczne. Można więc wskazać, że rynek geograficzny określany jest przez nabywców, którzy dokonują zakupów produktów na pewnym obszarze.

Proces definiowania rynków właściwych, może prowadzić do interesujących wniosków odnośnie do konkurowania i wzajemnego wywierania presji konkurencyjnej przez przedsiębiorców. Przykładem może być definicja rynku właściwego detalicznej sprzedaży artykułów spożywczych w Wielkiej Brytanii. Prezes UOKiK po raz pierwszy powołał się na dokonania brytyjskich organów antymonopolowych w zakresie definiowania rynków AKCU w decyzji w sprawie *Auchan/Real*. Przywołano tam decyzje[8] brytyjskiego organu antymonopolowego – Office of Fair Trading (OFT) oraz badanie[9] z roku 2008 przeprowadzone przez Competition Commission – organ odpowiedzialny wówczas m.in. za prowadzenie badań rynkowych w sprawach z zakresu kontroli koncentracji[10].

III. Badanie detalicznego rynku spożywczego w Wielkiej Brytanii

W maju 2006 r. OFT przekazało Competition Commission sprawę badania rynku dostawy artykułów spożywczych przez sprzedawców detalicznych w Wielkiej Brytanii, w celu stworzenia szczegółowego raportu. Competition Commision, przygotowując kolejne raporty, każdorazowo prowadzi pełne badanie rynku ze względu na fakt, że wyniki analizy są ważne tak długo, jak długo nie zmienią się dane i informacje dotyczące zachowania i preferencji klientów, na których została oparta.

7 *Michelin* v *Komisja* [1983] ECR 3461.

8 Decyzje OFT: ME/5317/12 Co-op/David Samds, ME/4810/10 Tesco Mills.

9 The supply of groceries in the UK. Market Investigation. Competition Commission, 30.04.2008 (dalej: raport).

10 Od dnia 1.04.2014 r. funkcje zarówno OFT, jak i Competition Commission pełni organ pod nazwą Competition and Markets Authority (CMA).

Jednym z kluczowych etapów badania było wyznaczenie rynków właściwych dla działalności przedsiębiorców działających na szczeblu detalicznym sprzedaży artykułów spożywczych. Przy czym zgodnie z treścią przedmiotowego raportu[11] przez pojęcie „artykułów spożywczych" (*groceries*) należy rozumieć jedzenie (inne niż przeznaczone do spożycia w miejscu sprzedaży), karmę dla zwierząt, napoje (alkoholowe i bezalkoholowe), środki czystości, artykuły higieniczne i artykuły gospodarstwa domowego. Pojęcie to nie obejmuje natomiast paliwa, odzieży, produktów „DIY", usług finansowych, leków, gazet i magazynów, kart okolicznościowych, płyt CD i DVD, kaset wideo i taśm audio, zabawek, roślin, kwiatów, perfum, kosmetyków, urządzeń elektrycznych, sprzętu kuchennego, sprzętu ogrodniczego, książek oraz tytoniu i wyrobów tytoniowych.

Podstawą dla wskazania, które placówki handlowe należą do jednego rynku właściwego było zbadanie zakresu, w jakim konsumenci postrzegają poszczególne rodzaje sklepów jako substytucyjne względem siebie. W celu wyznaczenia rynku właściwego autorzy raportu przeprowadzili test hipotetycznego monopolisty[12] (tzw. test SSNIP[13]). Autorzy badania analizowali zarówno popytową, jak i podażową substytucyjność poszczególnych placówek handlowych. Ze względu na fakt, że obrany punkt startowy[14] dla analizy SSNIP może wpłynąć na otrzymane wyniki, Competition Commission przeprowadziło test przy wykorzystaniu wielu punktów startowych. Badanie możliwego zachowania konsumentów przeprowadzono również na podstawie dowodów przedstawiających zachowania konsumentów w przeszłości oraz cenowej elastyczności popytu. Analitycy Competition Commission obserwowali, w jaki sposób przedsiębiorcy reagują na działania konkurentów skierowane na pozyskiwanie nowych klientów. Dodatkowo przeprowadzono badania ilościowe, takie jak: budowa modelu ekonometrycznego popytu konsumentów na produkty spożywcze, analiza powiązań między marżą osiąganą przez sklep a stopniem koncentracji danego rynku lokalnego, analiza wpływu wywieranego przez nowo otwierane sklepy na przychody uzyskiwane przez sklepy istniejące. Do badań włączono również analizę wyników testu SSNIP przeprowadzonego przez jednego z uczestników rynku – Tesco.

W opinii autorów raportu głównymi czynnikami odróżniającymi od siebie poszczególne sklepy i formaty sklepów działających w Wielkiej Brytanii są: ceny, ilość dostępnych produktów (asortyment), jakość produktów, poziom usług, układ i lokalizacja sklepu, dostępne działy produktów, czystość, parkingi oraz godziny otwarcia. Niezależnie od powyższych czynników wyznaczono dwie cechy placówek handlowych, które zawierają w sobie większość przedstawionych powyżej zmiennych – wielkość sklepu i jego marka/szyld (*store fascia*). W przedmiotowym badaniu autorzy odeszli od analizy tzw. misji zakupowych, które dotychczas stanowiły punkt wyjścia dla tego rodzaju analiz. Uznano, iż w ostatnich latach rynek zmienił się w stopniu uzasadniającym zmianę podejścia, a konsumenci zrezygnowali z modelu dokonywania dużych tygodniowych zakupów na rzecz częstszych i mniejszych.

W pierwszym etapie badania dokonano badania wpływu wielkości sklepów na możliwość konkurowania i wywierania presji na innych uczestników rynku. Autorzy raportu zbadali: zależność

[11] pkt 4.15, s. 49 raportu.

[12] Założeniem testu jest wskazanie produktów, których zaopatrzenie hipotetycznie mogłoby zostać z zyskiem zmonopolizowane. Test hipotetycznego monopolisty stanowi jedną z metod definiowania rynku właściwego. Inne sposoby wyznaczania rynków właściwych to m.in. metoda *Critical loss*, przeprowadzenie analizy statystycznej (np. badanie korelacji cen produktów na rynku) czy badania konsumenckie (źródło: EU Competition Law…, s. 182–185) Metody te można również stosować łącznie.

[13] Ang. *small but significant non-transitory increase in prices test*.

[14] Punkt wyjściowy dla analizy – poziom cen lub poziom jakości, od których rozpoczęto badanie.

między powierzchnią sklepu a liczbą dostępnych artykułów, liczbę działów produktowych i innych udogodnień w sklepach o różnych powierzchniach, rozkład sklepów w Wielkiej Brytanii w ujęciu ich powierzchni, jak również liczbę różnych formatów sklepów działających w jednej sieci, modele zachowania klientów w zależności od wielkości sklepu (przeciętne wydatki konsumentów) i model popytu konsumentów na produkty spożywcze. W tym celu zbudowano model ekonometryczny oparty na danych dotyczących 13 tys. brytyjskich gospodarstw domowych, pozwalający na uzyskanie szczegółowych wyników dotyczących odsetka konsumentów zmieniającego format sklepu w odpowiedzi na 5% negatywną zmianę w dostępności produktów. Dodatkowo przeprowadzono analizę wpływu wywieranego przez nowo otwierane sklepy na przychody uzyskiwane przez sklepy istniejące, w zależności od ich powierzchni.

Analiza wpływu marek/szyldów sklepów na wybór klientów objęła szczegółowe badanie wpływu wejścia na rynek sklepów poszczególnych marek, na przychody już działających sklepów poszczególnych marek, asortymentu produktów dostępnego w sklepach poszczególnych marek, wzajemnego monitorowania sklepów przez konkurentów oraz modelu popytu konsumentów na produkty spożywcze (wskazanie odsetka konsumentów zmieniających markę sklepu w odpowiedzi na negatywną zmianę jakości, dostępności produktów czy też poziom usług[15] w danym sklepie).

Przy wyznaczeniu geograficznego aspektu rynku właściwego rozważono czynniki, takie jak geograficzny zasięg konkurowania w ocenie przedsiębiorców, liczba ogólnokrajowych i lokalnych działań konkurencyjnych przedsiębiorców, modele zachowania klientów i zasięg oddziaływania (*catchment area*) poszczególnych sklepów (szczegółowa analiza odsetka klientów dokonujących zakupów w sklepach zlokalizowanych w promieniu 5, 10, 15, 20 i 25 minut od danego sklepu, procent populacji w relacji odległości od przeciętnego sklepu z artykułami spożywczymi). Zbudowano model popytu konsumentów na produkty spożywcze (badanie wpływu negatywnej zmiany w ofercie sklepu na przychody konkurencyjnych sklepów w zależności od ich odległości od sklepu badanego). Analiza objęła również geograficzne zróżnicowanie wysokości marży osiąganej przez sklepy, wpływ wywierany przez nowo otwierane sklepy na przychody sklepów istniejących w zależności od ich lokalizacji, a także wpływ handlu internetowego produktami spożywczymi na rynek sprzedaży detalicznej.

Na podstawie przedstawionych powyżej badań Competition Commission doszła do wniosku, że rynki właściwe zaopatrywania konsumentów w produkty spożywcze w Wielkiej Brytanii obejmują:

1) dla dużych sklepów spożywczych (*larger grocery stores*) – rynek właściwy dużych sklepów spożywczych (o powierzchni sprzedaży większej niż 1000–2000 metrów kwadratowych) o zasięgu 10–15 min dojazdu do sklepu;
2) dla sklepów spożywczych średniej wielkości (*mid-sized stores*) – rynek właściwy sklepów średniej wielkości i dużych sklepów spożywczych (sklepy o powierzchni sprzedaży przekraczającej 280 metrów kwadratowych) o zasięgu 5–10 min dojazdu dla sklepów średniej wielkości i 10–15 min dla dużych sklepów spożywczych;
3) dla małych sklepów spożywczych (*convenience stores*) – rynek właściwy wszystkich sklepów spożywczych (małych sklepów, sklepów średniej wielkości oraz dużych sklepów) o zasięgu do 5 min dojazdu dla małych sklepów, od 5–10 min dojazdu dla sklepów średniej wielkości oraz 10–15 min dla dużych sklepów spożywczych.

[15] Ang. QRS – *quality, range, service*.

Warto podkreślić, że wskazana powyżej definicja rynków właściwych wypracowana przez Competition Commission nie objęła sklepów dyskontowych (LADs – Limited Assortment Discounters), sklepów oferujących wyłącznie żywność mrożoną oraz sklepów specjalistycznych. Nie wyznaczono rynków właściwych dla działalności sklepów dyskontowych, wskazano jedynie, że konkurują one z innymi sklepami dyskontowymi, sklepami średniej wielkości oraz dużymi sklepami spożywczymi. Niemniej, Competition Commission nie określiła zasięgu geograficznego oddziaływania dyskontów na konkurentów.

Badania wykazały, że o ile podmioty mniejsze, charakteryzujące się niewielką zdolnością konkurowania, w swojej działalności muszą zwracać uwagę na wszystkich innych uczestników rynku, niezależnie od skali i formy ich działalności, o tyle podmioty silniejsze, nie muszą obawiać się presji konkurencyjnej ze strony mniejszych przedsiębiorców, i faktycznie konkurują tylko między sobą. Pojęcie asymetrycznej konkurencji oznacza zatem, że podmioty działające na rynku nie wywierają na siebie presji konkurencyjnej w takim samym stopniu. W konsekwencji podmiotowy zakres rynku właściwego w danej sprawie zależy od przyjętej perspektywy, tj. od rodzaju działalności handlowej prowadzonej przez uczestników koncentracji.

IV. Zastosowanie koncepcji asymetrycznej presji konkurencyjnej w Polsce

Określone powyżej, w ramach zdefiniowanych przez Competition Commission rynków właściwych, zróżnicowane wywieranie wzajemnej presji konkurencyjnej przez sklepy spożywcze różnych formatów zostało określone przez Prezesa UOKiK jako zjawisko konkurencji asymetrycznej. Prezes UOKiK uznał tym samym, że podmioty działające na rynku nie wywierają na siebie presji konkurencyjnej w takim samym stopniu. W treści decyzji *Auchan/Real*, zostało wskazane, iż „(…) o ile większe formaty wywierają istotną presję konkurencyjną na formaty mniejsze, o tyle wpływ mniejszych formatów (supermarkety, dyskonty) na największy format sklepów (hipermarkety) jest ograniczony". Z uwagi na fakt, że pojęcie konkurencji asymetrycznej odnosi się zasadniczo do sytuacji, w której dwóch bezpośrednich konkurentów dysponuje nierównomiernie rozłożonymi zasobami[16], na potrzeby niniejszego artykułu zjawisko to zostało nazwane asymetryczną presją konkurencyjną.

W sprawie *Auchan/Real* wyznaczono dwa rynki właściwe produktowo dla działalności uczestników koncentracji:na potrzeby oceny wpływu transakcji na działalność innych hipermarketów – rynek hipermarketów, obejmujący wyłącznie największe placówki handlowe, oraz na potrzeby oceny wpływu transakcji na działalność supermarketów i dyskontów – rynek HSD, obejmujący zarówno hipermarkety, jak i supermarkety i dyskonty. Definiowanie w ten sposób rynków właściwych dla działalności stron jest w Polsce precedensowe. Nigdy wcześniej nie przedstawiono koncepcji asymetrycznej presji konkurencyjnej w decyzjach koncentracyjnych Prezesa UOKiK.

Należy wskazać, że definicja rynków właściwych zaczerpnięta z treści raportu i decyzji brytyjskiego organu antymonopolowego nie została w całości przeniesiona na grunt polski. Podstawowe różnice w polskiej definicji to włączenie dyskontów spożywczych w zakres sklepów spożywczych średniej wielkości (*mid-size*) czy też zmiana aspektu geograficznego rynków właściwych. Niemniej

[16] Pobrano z: http://www.wisegeek.com/what-is-asymmetrical-competition.htm (26.06.2014).

należy zauważyć, że zmiany te nie wynikały z przeprowadzonych badań konsumenckich, a zasadność ich wprowadzenia nie została w treści decyzji zweryfikowana.

Argumentując przyjętą definicję rynków właściwych, Prezes UOKiK powołał się przede wszystkim na przeprowadzone przez siebie w ramach prowadzonego postępowania badanie rynku[17]. Dodatkowo wskazywane zostały fragmenty raportów oraz opinie zawierające argumenty wspierające pogląd organu antymonopolowego o stanie konkurencji na rynku. Zdaniem Prezesa UOKiK „[w] świetle różnic poziomu cen między hipermarketami a supermarketami i dyskontami (w szczególności tych ostatnich) oraz wrażliwości cenowej polskich konsumentów, jak również różnic w zakresie odległości poszczególnych formatów sklepów względem zamieszkania/pracy trudno jest uzasadnić skłonność konsumentów do dokonywania zakupów w hipermarketach. Okoliczność powyższa natomiast daje się wyjaśnić w świetle hipotezy o wzajemnie uzupełniającym się charakterze zakupów w hipermarketach oraz supermarketach i dyskontach". Jednocześnie Prezes UOKiK nie odniósł się do argumentów uczestników transakcji, dotyczących m.in. obniżania cen w dużych formatach oraz stosowania licznych promocji i wprowadzania ofert specjalnych, mających na celu przyciągnięcie klientów lub wręcz powstrzymanie ich odpływu do sklepów mniejszych formatów.

Zasięg geograficzny lokalnych rynków, zdefiniowany jako 20 i 30 min dojazdu do placówki handlowej, został zaczerpnięty z „badań rynków lokalnych przeprowadzonych w krajach Unii Europejskiej (np. w Wielkiej Brytanii i w Niemczech)"[18]. Niemniej, wartości te nie są zgodne z przedstawionymi w Raporcie Competition Commision, z którego zaczerpnięto zatem jedynie podejście do produktowej definicji rynków właściwych.

Prezes UOKiK wykorzystał koncepcję asymetrycznej presji konkurencyjnej również w sprawie *Biedronka/Marcpol*. W decyzji tej, w zakres rynku właściwego włączono dyskonty spożywcze, stawiając je na równi ze sklepami spożywczymi średniej wielkości. Podejście to nie zostało uargumentowane. Aspekt geograficzny rynku właściwego został wyznaczony tak samo, jak we wcześniejszej decyzji w podobnej sprawie – *Auchan/Real*.

V. Podsumowanie

Koncepcja asymetrycznej presji konkurencyjnej jest zjawiskiem nowym w decyzjach polskiego organu antymonopolowego. Takie podejście do wyznaczania rynków właściwych Prezes UOKiK zaczerpnął z doświadczenia brytyjskich organów ochrony konkurencji. Competition Commision przeprowadziła kompleksowe i zaawansowane badanie rynku wprowadzania do obrotu artykułów spożywczych przez sprzedawców detalicznych w celu szczegółowego zbadania stanu i zagrożeń dla konkurencji na tym rynku. W wyniku przeprowadzonych badań powstał szczegółowy raport, z treści którego wynika, że brytyjski rynek detalicznej sprzedaży artykułów spożywczych cechuje asymetryczna presja konkurencyjna.

Koncepcja asymetrycznej presji konkurencyjnej dotyczy sytuacji, w której podmioty działające na rynku w tej samej branży nie wywierają na siebie takiej samej presji konkurencyjnej, zatem doświadczają innych warunków konkurencji, co powinno zostać odzwierciedlone w definicji

[17] Badanie rynku zostało oparte na ankiecie przeprowadzonej wśród największych konkurentów uczestników koncentracji (13 przedsiębiorców). Ankieta odnosiła się do oceny planowanej transakcji oraz substytucyjności różnych form sklepów wielkopowierzchniowych. Badanie nie uwzględniało opinii konsumentów.

[18] Decyzja Prezesa UOKiK nr DKK-4/2014 z dnia 21.01.2014 r.

rynków właściwych. Wprowadzenie tego rodzaju podejścia w definiowaniu rynków właściwych jest więc zasadne, o ile faktycznie odpowiada sytuacji rynkowej. W przypadku brytyjskiego organu antymonopolowego analiza statystyczna i ekonometryczna przeprowadzona na podstawie informacji uzyskanych z badań rynku przeprowadzonych na brytyjskich konsumentach bez wątpienia potwierdza przyjętą definicję.

Prezes UOKiK przeniósł koncepcję asymetrycznej presji konkurencyjnej do polskiej praktyki decyzyjnej decyzją w sprawie *Auchan/Real* i potwierdził decyzją w sprawie *Biedronka/Marcpol*. Należy jednak podkreślić, że trudno domniemywać czy sytuacja na krajowych rynkach handlu detalicznego produktami spożywczymi pozwala na proste przeniesienie tego schematu do Polski. Pomimo iż w treści wskazanych powyżej decyzji organ antymonopolowy podkreśla, że definicja rynków właściwych wynika z przeprowadzenia „analizy warunków konkurencji na wyznaczonych rynkach lokalnych hipermarketów", sama ich treść tego nie potwierdza.

Tak istotne zawężenie rynków zarówno w aspekcie produktowym, jak i geograficznym, wpływające zasadniczo na treść decyzji, a tym samym na działalność rynkową przedsiębiorców powinno wynikać z przeprowadzenia odpowiednich analiz i badań, aby odzwierciedlało faktyczny stan konkurencji na rynku. Wydanie dwóch istotnych decyzji koncentracyjnych odnoszących się do przedsiębiorców funkcjonujących na dynamicznie rozwijającym się w Polsce rynku detalicznej sprzedaży artykułów spożywczych, bez przeprowadzenia odpowiednich analiz statystycznych i ekonomicznych, może prowadzić do zachwiania stanu konkurencji na rynku, poprzez możliwość popełnienia przez organ antymonopolowy błędów zarówno I, jak i II rodzaju (*false positives* i *false negatives*).

Rozszerzona skuteczność wyroków SOKiK w sprawach dotyczących klauzul niedozwolonych.

Glosa do wyroku Sądu Najwyższego
z dnia 12 lutego 2014 r., sygn. akt III SK 18/13

I. Wstęp

Glosowane orzeczenie Sądu Najwyższego dotyczy sporu zainicjowanego przez przedsiębiorcę wniesieniem odwołania od decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: Prezes UOKiK) uznającej za praktyki naruszające zbiorowe interesy konsumentów działanie powoda polegające na stosowaniu w relacjach z konsumentami postanowień wzorca umowy tożsamych z tymi wpisanymi do rejestru, o którym mowa art. 479^{45} kodeksu postępowania cywilnego[1] (dalej: k.p.c.). W stanie faktycznym sprawy kluczowym jest, że Prezes UOKiK orzekł o tożsamości stosowanych klauzul z wpisanymi do rejestru wobec przedsiębiorcy, który nie był stroną postępowań przed Sądem Okręgowym w Warszawie – Sądem Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: SOKiK) poprzedzających te wpisy. Co istotne, zgodnie z ustaloną praktyką orzeczniczą Prezesa UOKiK, takie działanie przedsiębiorcy godzi w zbiorowe interesy konsumentów, stanowiąc naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów[2] (dalej: uokik).

W przedmiotowej sprawie zarówno SOKiK, rozpatrując odwołanie przedsiębiorcy, jak i Sąd Apelacyjny w Warszawie, rozpoznając jego apelację, podzieliły stanowisko Prezesa UOKiK w tym względzie. Sądy obu instancji opowiedziały się bowiem za poglądem, zgodnie z którym stosowanie postanowienia wpisanego do rejestru, o którym mowa art. 479^{45} kodeksu postępowania cywilnego (dalej: rejestr) jest prawnie zakazane. Jednocześnie opowiedziały się za stanowiskiem, w myśl którego wyrok w sprawie o uznanie postanowień wzorca za niedozwolone, z chwilą wpisania do rejestru, ma skutek wobec osób trzecich, w tym wobec wszystkich przedsiębiorców.

Sąd Najwyższy (dalej: SN) dokonał jednak odmiennej oceny wskazanego zagadnienia, konstatując, że „z utrwalonego obecnie orzecznictwa SN w przedmiocie skutków wyroku wydanego w postępowaniu w sprawie o uznanie postanowień wzorca umowy za niedozwolone, zakończonego wpisem konkretnego postanowienia do rejestru niedozwolonych postanowień umownych, wynika, że ani wyrok SOKiK, ani wpis postanowienia do rejestru nie wiąże w sprawach dotyczących innego przedsiębiorcy, nawet jeżeli kwestionowane w takim postępowaniu postanowienia wzorca umowy mają tożsame brzmienie, co postanowienia uznane wcześniej za niedozwolone i wpisane do rejestru".

Co istotne, wraz z ukazaniem się uzasadnienia do glosowanego wyroku można zaobserwować istotną zmianę w sposobie rozpoznawania przez SOKiK odwołań od decyzji Prezesa UOKiK stwierdzających stosowanie praktyk określonych w art. 24 ust. 2 pkt 1 uokik. Można bowiem zaobserwować kształtowanie się w SOKiK linii orzeczniczej, zgodnie z którą Prezes UOKiK nie ma kompetencji do wydawania decyzji na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 uokik wobec przedsiębiorców,

[1] Ustawa z dnia 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (j.t. Dz.U. z 2014 r., poz. 101 ze zm.).

[2] Ustawa z dnia 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2007 r., nr 50, poz. 331 ze zm.).

którzy uprzednio nie byli stroną postępowania o uznanie postanowień wzorca umowy za niedozwolone. Przy czym czynnikiem mającym kluczowy wpływ na kształtowanie się nowej linii orzeczniczej SOKiK w tym względzie jest stanowisko zaprezentowane przez SN w uzasadnieniu do glosowanego wyroku[3].

II. Uwagi wprowadzające

Zgodnie z art. 24 ust. 1 uokik, zakazane jest stosowanie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, przy czym w ust. 2 pkt 1 jako przykład takiej praktyki ustawodawca wskazał działania przedsiębiorcy polegające na stosowaniu postanowień wzorców umów, które zostały wpisane do rejestru.

Z powołanych przepisów uokik wprost wynika, że przedsiębiorców obowiązuje zakaz stosowania klauzul wpisanych do rejestru. Podkreślić jednak należy, że rozstrzygając kwestię zakresu kontroli postanowień wzorca umowy, do prowadzenia której Prezes UOKIK jest upoważniony, nie można pominąć zapisów Działu IVb Tytułu VII Księgi Pierwszej k.p.c.

Zgodnie z art. 479^{42} § 1 k.p.c., w razie uwzględnienia powództwa, sąd w sentencji wyroku przytacza treść postanowień wzorca umowy uznanych za niedozwolone i zakazuje ich wykorzystywania. Jednocześnie, w myśl art. 479^{43} k.p.c., prawomocny wyrok uwzględniający powództwo o uznanie postanowienia wzorca umowy za niedozwolone, od chwili wpisania abuzywnej klauzuli do rejestru, ma skutek wobec osób trzecich. Co istotne, ustawodawca nie wskazał w sposób jednoznaczny, kogo należy rozumieć przez owe „osoby trzecie". Nie sprecyzowano zatem czy skutki prawomocnego rozstrzygnięcia SOKiK, z chwilą wpisania danego postanowienia wzorca umowy do rejestru, rozciągają się wyłącznie na konsumentów, którzy mogliby zawrzeć umowę z użyciem wzorca zawierającego zakazane postanowienie, czy może również na ogół przedsiębiorców uczestniczących w obrocie konsumenckim.

Zaznaczyć należy, że rozwiązanie wyżej wskazanego zagadnienia jest kluczowe dla jednoznacznego określenia kompetencji posiadanych przez Prezesa UOKiK w zakresie prowadzenia kontroli postanowień wzorców umów. Przyjęcie wąskiej wykładni art. 479^{43} k.p.c. i uznanie, że rozszerzona skuteczność wyroku SOKiK odnosi się jedynie do konsumentów, prowadzi do wniosku, że Prezes UOKIK nie posiada kompetencji do prowadzenia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 uokik kontroli stosowania klauzul objętych wpisem wobec przedsiębiorców niebędących stroną postępowania prowadzonego przed SOKiK.

W glosowanym orzeczeniu SN jednoznacznie opowiedział się za przyjęciem wąskiej wykładni pojęcia rozszerzonej skuteczności wyroków SOKiK. Podkreślić jednak należy, że kwestia ta pozostaje nierozstrzygnięta, a w orzecznictwie i doktrynie zaobserwować można istotne rozbieżności.

Zwolennicy stanowiska zaprezentowanego również na gruncie glosowanego wyroku podnoszą, że stosowanie klauzuli umownej wpisanej do rejestru na podstawie wyroku zapadłego przeciwko danemu przedsiębiorcy nie jest zakazane innym podmiotom, ponieważ ich zachowaniu nie można przypisać przymiotu bezprawności[4]. Odnoszą się przy tym do treści art. 479^{43} k.p.c., wskazując,

[3] Por. wyr. SOKiK: z dnia 20.05.2014 r., XVII AmA 21/13 (niepubl.); z dnia 26.05.2014 r., XVII AmA 29/13 (niepubl.); z dnia 2.06.2014 r., XVII AmA 50/13 (niepubl.); z dnia 10.06.2014 r., XVII AmA 105/12 (niepubl.); z dnia 25.07.2014 r., XVII AmA 128/12 (niepubl.); z dnia 5.08.2014 r., XVII AmA 65/12 (niepubl.).

[4] Zob. M. Skory, *Klauzule abuzywne w polskim prawie ochrony konsumenta*, Zakamycze, Kraków 2005, s. 323; M. Kaliński, P. Winczorek, *W sprawie zakresu skutków uznania postanowienia wzorca umownego za niedozwolone i jego zgodności z Konstytucją RP*, „Przegląd Sądowy" 2013, nr 9, s. 13; wyr. SOKiK z dnia 22 sierpnia 2005 r., XVII Ama 21/05, Dz.Urz.UOKiK 2005 nr 3, poz. 45.

że przepis ten nie zawiera wyraźnie sformułowanego obowiązku zaniechania stosowania klauzul wpisanych do rejestru. Zdaniem przedstawicieli tej części doktryny, skoro wszelkie ograniczenia praw muszą mieć charakter wyraźny, to nie mogą one w tym wypadku wynikać z rozszerzającej wykładni wskazanej regulacji k.p.c.[5]. Ponadto, wskazują oni, że ocena postanowień niedozwolonych w ramach postępowania przed SOKiK powinna być dokonywana na podstawie tekstu wzorca oraz szeroko pojętego kontekstu jego stosowania[6]. W konsekwencji, szerokie rozumienie pojęcia „osób trzecich" może prowadzić do tworzenia wyrokiem sądu norm generalnych i abstrakcyjnych, co stoi w sprzeczności z przyjętym na gruncie prawa polskiego zamkniętym systemem źródeł prawa powszechnie obowiązującego[7].

Autorzy ci wskazują również, że Prezes UOKiK, orzekając o niedozwolonym charakterze klauzul stosowanych przez przedsiębiorcę nie będącego uprzednio stroną postępowania przed SOKiK, niejako wychodzi ponad swoje ustawowe kompetencje, dokonując rozstrzygnięć w sprawach, w których właściwy jest sąd[8]. Jednocześnie orzekanie w tym zakresie przez Prezesa UOKiK, zdaniem w niektórych przedstawicieli literatury przedmiotu, może rodzić wątpliwości w kontekście art. 45 Konstytucji. W doktrynie i orzecznictwie wskazuje się w tym kontekście na brak możliwości obrony swoich praw przez przedsiębiorców niebiorących udziału w postępowaniu przed SOKiK, w toku którego orzeczono zakaz stosowania danej klauzuli uznanej za abuzywną[9].

Z kolei zwolennicy szerokiej wykładni pojęcia „osób trzecich" uregulowanego na gruncie art. 479^{43} k.p.c., który to pogląd podzielają autorzy niniejszej glosy, stoją na stanowisku, że kontrola postanowień wzorca umowy przed SOKiK powinna mieć charakter abstrakcyjny, oderwany od konkretnego węzła obligacyjnego[10]. Wskazują, że celem podstawowym postępowania przed SOKiK jest usunięcie z obrotu postanowień wzorca uznanych za niedozwolone[11]. Jednocześnie w orzecznictwie podkreśla się, że art. 24 ust. 2 pkt. 1 uokik (podobnie jak art. 23a ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z 2000 roku[12] – dalej jako: uokik2000), stanowiący podstawę prowadzenia administracyjnej kontroli klauzul umownych, nie zawiera rozróżnienia między stosowaniem klauzuli przez przedsiębiorcę, który brał udział w postępowaniu zakończonym wpisem klauzuli do rejestru, a innymi przedsiębiorcami. Artykuł 24 ust. 2 pkt 1 uokik posługuje się

[5] Zob. K. Flaga-Gieruszyńska, *Komentarz do art. 479^{43} Kodeksu postępowania cywilnego*, [w:] A. Zieliński, K. Flaga-Gieruszyńska, *Kodeks Postępowania cywilnego. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2010, s. 894; H. Ciepła, *Komentarz do art. 479^{43} Kodeksu postępowania cywilnego*, [w:] K. Piasecki (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz do artykułów 367–505^{37}*, C.H. Beck, Warszawa 2010, s. 610–611.

[6] Zob. A. Oponowicz, *Niedozwolone postanowienia wzorców umów zawieranych z konsumentami – zmienne tendencje w polskim orzecznictwie sądowym*, „internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny" 2014, nr 4(3), s. 24.

[7] Zob. M. Jagielska, *Niedozwolone klauzule umowne*, [w:] E. Nowińska, P. Cybula (red.), *Europejskie prawo konsumenckie a prawo polskie*, Zakamycze, Kraków 2005, s. 95–96; M. Kaliński, P. Winczorek, *W sprawie zakresu*…, s. 12–13; wyr. SN z dnia 20.09.2013 r., II CSK 708/12, LEX nr 1385871.

[8] Por. M. Jagielska, *Skutki wpisu postanowienia wzorca umownego do rejestru niedozwolonych postanowień – glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z 13.07.2006 r. (III SPZP 3/06)*, „Europejski Przegląd Sądowy" 2007, nr 5, s. 47; uchwała SN z dnia 13.12.2013 r., III CZP 73/13, LEX nr 1405243.

[9] Zob. M. Kaliński, P. Winczorek, *W sprawie zakresu*…, s. 12; B. Gawlik, *Skutki wyroku w sprawach o uznanie postanowień wzorca umowy za niedozwolone*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego" 2006, nr 5,s.196; uchwała SN z dnia 7.10.2008 r., III CZP 80/08, LEX nr 458124. Pogląd ten skorelowany jest z wątpliwością co do zgodności szerokiej wykładni art. 479^{43} k.p.c. z prawami podstawowymi uregulowanymi w Karcie Praw Podstawowych, w tym z prawem do bycia wysłuchanym.

[10] Zob. B. Jasinowska, *Charakter prawny wpisu klauzuli abuzywnej do rejestru postanowień wzorców umowy uznanych za niedozwolone*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego" 2006, nr 11, s. 21; M. Michalska, M. Wojewoda, *Kilka uwag o rozszerzonej mocy wiążącej wyroków uznających postanowienia wzorca umowy za niedozwolone*, „Radca Prawny" 2008, nr 4–5, s. 29; uchwała z dnia 19.12.2003 r., III CZP 95/03, LEX nr 82118; uchwała SN z 13.07.2006 r., III SZP 3/06, LEX nr 197804.

[11] Zob. J. Moskała, *Eliminacja klauzul abuzywnych z polskiego obrotu gospodarczego*, „Glosa" 2008, nr 4, s. 65; C. Banasiński (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, LexisNexis, Warszawa 2009, s. 417; wyr. Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 2 grudnia 2005 r., VI ACa 760/05, Dz.Urz. UOKiK 2006 nr 1, poz. 19; uchwała SN z 13.07.2006 r., III SZP 3/06, LEX nr 197804; wyr. SN z dnia 20.06.2006 r., III SK 7/06, LEX nr 278545.

[12] Ustawa z dnia 15.12.2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (j.t. Dz.U. z 2005 r., nr 244, poz. 2080 ze zm.).

bowiem sformułowaniem „stosowanie klauzuli wpisanej do rejestru", a nie przykładowo „dalsze stosowanie klauzuli wpisanej do rejestru"[13].

Za szeroką wykładnią art. 479[43] k.p.c. przemawiają istotne względy celowościowe. Akceptacja odmiennego stanowiska oznaczałaby bowiem, że art. 24 ust. 2 pkt 1 uokik zostałby pozbawiony skuteczności i w praktyce byłby stosowany niezwykle rzadko[14]. Znajdowałby bowiem zastosowanie tylko w odniesieniu do tych przedsiębiorców, którzy nie stosując się do wyroku SOKiK, nadal wykorzystywaliby wzorce umów zawierające postanowienia będące przedmiotem zakazu[15]. W orzecznictwie wskazuje się przy tym, że szeroka wykładnia skutków prawomocnego orzeczenia SOKiK znajduje również uzasadnienie w treści art. 7 dyrektywy 93/13, który obliguje państwa członkowskie do zapewnienia odpowiednich i skutecznych środków, dzięki którym stosowanie niedozwolonych klauzul w umowach konsumenckich zostanie wyeliminowane[16].

Zwolennicy szerokiego rozumienia pojęcia „osób trzecich" podnoszą również, że orzeczenie wydawane w trybie abstrakcyjnej kontroli postanowień wzorca umowy jest zawsze aktem stosowania prawa, a nie jego stanowienia. Element prawnokształtujący, zawarty w orzeczeniu SOKiK, w ich ocenie, nie pozbawia tego wyroku cech aktu stosowania prawa, kształtowanie to nie wychodzi bowiem poza granice upoważnienia ustawowego i jest tylko szczególną formą urzeczywistnienia normy prawnej[17].

III. Analiza argumentacji Sądu Najwyższego dotyczącej polskiego systemu ochrony przed nieuczciwymi postanowieniami umownymi

Mając na względzie praktyczne skutki rozstrzygnięcia podjętego przez SN, należy poddać analizie zaprezentowaną w uzasadnieniu do glosowanego wyroku wykładnię prawa krajowego. W tym zakresie w pierwszym rzędzie uwagę zwraca konstatacja, że utrwalonym obecnie w orzecznictwie SN poglądem jest ten, który skuteczność wyroków SOKiK odnosi jedynie do przedsiębiorcy, który był stroną postępowania o uznanie postanowienia wzorca umowy za niedozwolone, zakończonego wpisem tego postanowienia do rejestru. Z tak postawioną tezą trudno się zgodzić. Podkreślić należy, że zarówno w orzecznictwie, jak i w literaturze przedmiotu wciąż nie rozstrzygnięto w sposób jednoznaczny sporu co do zakresu rozszerzonej skuteczności wyroków wydanych w ramach abstrakcyjnej kontroli wzorców umownych[18]. W tym miejscu wystarczy przywołać postanowienie

[13] Por. uchwała SN z 13.07.2006 r., III SZP 3/06, LEX nr 197804.

[14] Na marginesie, zwrócić należy uwagę, że zgodnie z art. 105 uokik, Prezes UOKiK nie wszczyna postępowania w sprawie stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, jeżeli od końca roku, w którym zaprzestano ich stosowania, upłynął rok. Z kolei z treści zamieszczanych w rejestrze wpisów wynika, że od momentu rejestracji danej sprawy o uznanie postanowienia wzorca umowy za niedozwolone w SOKiK do momentu wpisu klauzuli do rejestru mijają średnio 2 lata. W tym czasie pozwany przedsiębiorca może (i zazwyczaj to czyni) zaprzestać stosowania zakwestionowanej pozwem klauzuli (dokonuje zmian we wzorcu, zaprzestaje wykorzystywania danego wzorca lub też zwyczajnie zaprzestaje prowadzenia działalności gospodarczej). Mając na względzie okoliczność, że Prezes UOKiK może jedynie orzekać o tożsamości klauzul stosowanych przez przedsiębiorców z tymi wpisanym do rejestru, przyjęcie wąskiej wykładni art. 479[43] k.p.c. uniemożliwiłoby w praktyce wszczynanie postępowań na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 uokik. Uniemożliwiałby to upływ terminu określonego w art. 105 uokik.

[15] Zob. B. Jasinowska, *Charakter prawny*…, s. 22; C. Banasiński (red.), *Ustawa*…, s. 417; M. Sieradzka, *Komentarz do art. 24 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*, [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2008, s. 615; uchwała SN z 13.07.2006 r., III SZP 3/06, LEX nr 197804; wyr. SN z dnia 5.06.2007 r., I CSK 117/07, LEX nr 351189; wyr. SN z dnia 20.06.2006 r., III SK 7/06, LEX nr 278545.

[16] Por. uchwała SN z 13.07.2006 r., III SZP 3/06, LEX nr 197804.

[17] Por. A. Kadzik, *Postępowanie w sprawach o uznanie wzorców umownych za niedozwolone (abstrakcyjna kontrola wzorców umownych)*, „Radca Prawny" 2003, nr 4, s. 62; E. Łętowska, *Prawo umów konsumenckich*, C.H. Beck, Gdynia 2002, s. 360; J. Moskała, *Eliminacja*…, s. 61; postanowienie SN z dnia 19.03.2014 r., I CSK 20/2014, LEX nr 1460974.

[18] Por. A. Oponowicz, *Niedozwolone*…, s. 26, według której linia orzecznicza SN w tym zakresie jest utrwalona i jednolita. Jak wykazano powyżej, z taką tezą nie można się zgodzić.

SN z dnia 19 marca 2014 r.[19], wydane krótko po glosowanym wyroku, w którym SN wskazał, że rozszerzona skuteczność wyroku uwzględniającego powództwo o uznanie postanowień wzorca umowy za niedozwolone uzasadnia odrzucenie pozwu w razie wytoczenia powództwa przez inną stronę powodową przeciwko innej stronie pozwanej (innemu przedsiębiorcy), jeżeli przedmiotem sporu są takie same postanowienia wzorca, jak wpisane do rejestru. Ponadto, w uzasadnieniu do przywołanego postanowienia SN krytycznie odniósł się do stanowiska, prezentowanego również w glosowanym wyroku, zgodnie z którym abstrakcyjna kontrola wzorca umowy nie może prowadzić do generalnego wyłączenia danej klauzuli z obrotu[20].

Zwrócić należy uwagę, że SN w glosowanym wyroku wspiera swoją argumentację analizą skutków uchwalenia uokik, podkreślając przy tym doniosłość zmian wprowadzonych w artykule 24 uokik w stosunku do uprzedniej regulacji art. 23a uokik2000. W ocenie SN, z przepisu art. 23a ust. 2 uokik2000 wynikało, że wymienione w nim zachowania przedsiębiorców zostały uznane przez ustawodawcę wprost za nazwane praktyki naruszające zbiorowe interesy konsumentów. Podobnego zabiegu interpretacyjnego, zdaniem SN, nie można przeprowadzić w przypadku art. 24 ust. 2 pkt 1–3 uokik, który jedynie wylicza w sposób przykładowy zachowania przedsiębiorców, jakie mogą naruszać zakaz praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów z art. 24 ust. 1 tej ustawy.

Trudno zgodzić się z powyższym poglądem. Sąd Najwyższy zdaje się nie dostrzegać, że właśnie w art. 24 ust. 1 uokik ustawodawca w sposób jednoznaczny przesądził o bezprawności praktyk godzących w zbiorowe interesy konsumentów, poprzez wskazanie, że „zakazane jest stosowanie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów". Artykuł 23a uokik2000 takiego jednoznacznego stwierdzenia nie zawierał. Przy czym zaznaczyć należy, że istnienie generalnego zakazu stosowania praktyk godzących w zbiorowe interesy konsumentów nie budziło wątpliwości również na gruncie uokik2000[21].

Warto również zauważyć, że w przypadku art. 23a uokik2000 ustawodawca celowo nie posłużył się techniką ustawowego zakazu stosowania tych praktyk. Ich bezprawność wynika bowiem z przepisów odrębnych ustaw, a w konsekwencji zbędnym było wyrażanie na gruncie uokik2000 dodatkowego zakazu ich stosowania[22].

W kontekście wykładni art. 24 ust. 2 uokik zgodzić się natomiast należy ze stanowiskiem SN wyrażonym w glosowanym wyroku, według którego przepis ten zawiera jedynie przykładowe wyliczenie zachowań, które mogą stanowić naruszenie zakazu stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów[23]. Przy czym, wbrew stanowisku SN, identyczny charakter

[19] Postanowienie SN z dnia 19.03.2014 r., I CSK 20/2014, LEX nr 1460974.

[20] W uzasadnieniu do postanowienia z dnia 19.03.2014 r. (I CSK 20/14, LEX nr 1460974) SN stwierdził, że „to, że sąd dokonuje tzw. abstrakcyjnej kontroli postanowienia wzorca umownego, a prawomocny wyrok stwierdzający uznanie za niedozwolone postanowienia wzorca umowy jest skuteczny wobec osób trzecich w żadnym razie nie oznacza, iż postanowienie uznane za niedozwolone, po wpisaniu go do rejestru prowadzonego przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, ma charakter normy generalnej i abstrakcyjnej. Jest oczywiste, że takie ujęcie godziłoby bezpośrednio i wprost w postanowienia Konstytucji normujące kompetencje do stanowienia norm prawnych. W rozważanym wypadku nie mamy jednak do czynienia z prawotwórczą działalnością sądu, lecz z klasycznym stosowaniem prawa. Natomiast z woli samego ustawodawcy prawomocny wyrok stwierdzający uznanie za niedozwolone postanowienia wzorca umowy ma, po wpisaniu go do właściwego rejestru, skutek wobec osób trzecich".

[21] Por. wyr. SN z dnia 10.04.2008 r., III SK 27/2007, LexPolonica nr 2046127.

[22] W uzasadnieniu do projektu ustawy o zamianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego wskazano, że „same przepisy art. 23a–23d nie regulują bezprawności działań przedsiębiorcy. Działania te mogą okazać się bezprawne w razie ustalenia, że doszło do naruszenia przepisów innych ustaw, ale także zasad współżycia społecznego i dobrych obyczajów" (druk sejmowy nr 366 z 2002 r., s. 20); por. również M. Szydło, *Publicznoprawna ochrona zbiorowych interesów konsumentów*, „Monitor Prawniczy" 2004, nr 17, s. 797–798.

[23] Zob. m.in. D. Miąsik, *Komentarz do art. 24 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*, [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów*, C.H. Beck, Warszawa 2009, s. 965–966; C. Banasiński (red.), *Ustawa*…, s. 412; M. Sieradzka, *Komentarz*…, s. 602–603.

ma enumeracja praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów zawarta w art. 23a ust. 2 uokik2000. Na powyższe wskazuje zamieszczenie w obydwu wskazanych przepisach zwrotu „w szczególności", który w sposób jednoznaczny przemawia za otwartym charakterem obydwu katalogów. Jednocześnie nie sposób się zgodzić ze stanowiskiem SN, że sama treść tego przepisu stanowiła o bezprawności przykładowo wyliczonych w nim praktyk. W tym kontekście zaaprobować należy pogląd wyrażony w literaturze, zgodnie z którym w przepisie tym sprecyzowano jedynie rodzaje działań przedsiębiorców, które mogą być uznane za bezprawne. Jednocześnie, aby takie działania mogły być uznane za praktyki naruszające zbiorowe interesy konsumentów, niezbędne jest stwierdzenie ich bezprawności na gruncie odrębnych ustaw. Mamy zatem w tym przypadku do czynienia z konkretyzacją przesłanki bezprawności, o której mowa w art. 23a ust. 1 uokik2000. Nie jest to więc konkretyzacja pełna[24].

Dokonując konkretyzacji przesłanki bezprawności, należy mieć na uwadze specyfikę analizowanej praktyki. W przypadku praktyki określonej w art. 24 ust. 2 pkt 1 uokik należy pamiętać, że przepisów ustawy nie stosuje się do spraw o uznanie postanowień wzorca umowy za niedozwolone (art. 25 zd. 2 uokik). W konsekwencji, Prezes UOKiK nie posiada kompetencji do wydania decyzji uznającej dane postanowienie za niedozwolone z uwagi na przesłanki określone w art. 385[1] kodeksu cywilnego (dalej: k.c.)[25]. W tym zakresie umocowany jest jedynie sąd w ramach kontroli indywidualnej lub abstrakcyjnej. Prezes UOKiK może jedynie orzec, że dane postanowienie jest tożsame z tym wpisanym do rejestru[26].

W tym miejscu zwrócić należy uwagę na samą treść art. 385[1] k.c. Zgodnie z art. 385[1] § 1 zd. 1 k.c., postanowienia umowy zawieranej z konsumentem nie uzgodnione indywidualnie nie wiążą go, jeżeli kształtują jego prawa i obowiązki w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, rażąco naruszając jego interesy. Nie może budzić wątpliwości, że wskazany przepis sankcjonuje w sposób powszechny wykorzystywanie przez przedsiębiorców w obrocie konsumenckim niedozwolonych klauzul umownych[27]. Takie postanowienia nie wiążą konsumentów, są wobec nich bezskuteczne[28]. Wobec powyższego, należy stwierdzić, że o generalnym zakazie stosowania praktyk polegających na stosowaniu klauzul abuzywnych przesądził sam ustawodawca w treści art. 385[1] k.c. Co istotne, wskazana regulacja jest adresowana do wszystkich przedsiębiorców uczestniczących w obrocie konsumenckim. Każdy przedsiębiorca w relacjach z konsumentami powinien tak konstruować treść umowy, aby była ona wolna od postanowień kształtujących prawa i obowiązki słabszego uczestnika rynku w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami i rażąco naruszający jego interesy.

Zasadnym wydaje się być zatem stwierdzenie, że SOKiK, orzekając w wyroku o niedozwolonym charakterze postanowienia i jednocześnie zakazując jego wykorzystywania, w ramach aktu stosowania prawa, dokonuje jedynie subsumcji ustalonego stanu faktycznego do regulacji prawa

[24] Zob. M. Szydło, *Publicznoprawna ochrona*…, s. 795–796; M. Olczyk, *Komentarz do art.23(a) ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*, [w:] K. Kohutek, K. Korus, M. Olczyk, S. Szuster, *Komentarz do ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów*, LEX, Wolters Kluwer, Warszawa 2005, dostęp za pośrednictwem elektronicznej bazy danych wydawnictwa.

[25] Ustawa z dnia 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (j.t. Dz.U. z 2014 r., poz. 121).

[26] Por. D. Miąsik, *Komentarz*…, s. 1025–1026.

[27] W literaturze, co do zasady, nie budzi wątpliwości, iż regulacja art. 385[1] k.c. dotyczy stosunków przedsiębiorcy z konsumentem. Tak M. Bednarek, [w:] E. Łętowska (red.), *System prawa prywatnego. Prawo zobowiązań – część ogólna*, t. 5, C.H. Beck, Warszawa 2006, s. 654; odmiennie M. Skory, *Klauzule*…, s. 85.

[28] Zob. A. Olejniczak, [w:] A. Kidyba, A. Olejniczak, A. Pyrzyńska, T. Sokołowski, Z. Gawlik, A. Janiak, G. Kozieł (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania – część ogólna*, Wolters Kluwer, Warszawa 2010, s. 224–225; W. Popiołek, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks Cywilny. Komentarz do artykułów 1–44911*, t. I, C.H. Beck, Warszawa 2008, s. 1097–1098.

materialnego. Subsumcja ta polega na weryfikacji zakwestionowanej klauzuli wzorca umownego pod kątem spełnienia przesłanek umożliwiających stwierdzenie jej abuzywności. Inaczej mówiąc, SOKiK, wydając wyrok w tym przedmiocie, jedynie konkretyzuje generalny zakaz stosowania niedozwolonych postanowień umownych wypływający z art. 385^1 § 1 k.c.[29] Wskazać przy tym należy, że kontrola prowadzona przez SOKiK w ramach postępowania o uznanie postanowień wzorca umowy za niedozwolone, poprzedzająca dokonanie wpisu postanowienia do rejestru, ma charakter abstrakcyjny, a więc oderwany od konkretnego węzła obligacyjnego[30]. Pozytywnymi skutkami takiej kontroli objęte są zatem jedynie takie postanowienia, które w każdym przypadku ich wykorzystania przez przedsiębiorców we wzorcach umów stosowanych w obrocie konsumenckim, niezależnie od okoliczności zawarcia kontraktu, mogą naruszać ów generalny zakaz stosowania niedozwolonych klauzul umownych.

Mając powyższe na uwadze, nie można zgodzić się z poglądem SN wyrażonym w glosowanym wyroku, że zachowaniu, polegającemu na stosowaniu przez innego przedsiębiorcę postanowień wzorca umowy wpisanych do rejestru, nie można przypisać znamion bezprawności. O bezprawności takiej praktyki przesądza generalny zakaz stosowania niedozwolonych postanowień umownych w obrocie konsumenckim wyinterpretowany z treści przepisu art. 385^1 § 1 k.c. Zakaz ten w wyroku SOKiK jest jedynie konkretyzowany w odniesieniu do klauzuli będącej przedmiotem powództwa. Co istotne, konkretyzacja ta ma charakter abstrakcyjny, a zatem każdy przedsiębiorca, niezależnie od okoliczności, stosując w relacjach z konsumentami postanowienia tożsame z klauzulami wpisanymi do rejestru, czyni to równocześnie w sposób bezprawny, sprzeczny z regulacją art. 385^1 § 1 k.c. W konsekwencji zasadnym jest wniosek, że Prezes UOKiK posiada kompetencję do orzekania o stosowaniu praktyki określonej w art. 24 ust. 2 pkt 1 uokik nie tylko wobec przedsiębiorcy będącego stroną uprzedniego postępowania przed SOKiK, lecz także wobec wszystkich pozostałych przedsiębiorców.

Jednocześnie argumentem przemawiającym za koniecznością ograniczenia skuteczności wyroków, wydawanych w ramach kontroli abstrakcyjnej postanowień wzorców umownych jedynie do przedsiębiorcy będącego stroną postępowania przed SOKiK, nie może być okoliczność istnienia wad rejestru. Zgodzić się należy z poglądem wyrażonym przez SN w glosowanym wyroku, że rejestr, na skutek wielu czynników, aktualnie jest mało czytelny. Niewątpliwie, wobec faktu, że nie do wszystkich postanowień objętych wpisem w rejestrze załączono uzasadnienia do wyroków orzekających o zakazie ich stosowania, często ograniczona jest także możliwość zapoznania się z motywami leżącymi u podstaw dokonania tych wpisów. Powyższe wady rejestru bezsprzecznie należy wyeliminować. Niemniej, nie mogą one przesądzać o ograniczaniu skuteczności wyroków SOKiK wydanych w toku postępowania o uznanie postanowień wzorca umowy za niedozwolone. Wskazać bowiem należy, że wady w tym zakresie nie mogą stanowić przesłanki dla ograniczania skuteczności uregulowanego na gruncie prawa krajowego systemu ochrony konsumentów przed skutkami stosowania przez przedsiębiorców niedozwolonych postanowień umownych.

Analiza praktyki orzeczniczej Prezesa UOKiK pozwala stwierdzić, że w samym 2013 r. na 340 decyzji wydanych w sprawach praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów,

[29] Por. A. Kadzik, *Postępowanie*…, s. 62; postanowienie SN z dnia 19.03.2014 r., I CSK 20/14, LEX nr 1460974.

[30] Zob. uchwała SN z 13.07.2006 r., III SZP 3/06, LEX 197804.

w 180 przypadkach dotyczyły one stosowania przez przedsiębiorców postanowień wpisanych do rejestru[31]. Przy czym w ramach decyzji stwierdzających wykorzystywanie klauzul wpisanych do rejestru, zasadą było ich wydawanie wobec przedsiębiorców, którzy nie byli stroną uprzedniego sądowego postępowania o uznanie postanowienia wzorca umowy za niedozwolone. W konsekwencji akceptacja stanowiska wyrażonego przez SN w glosowanym wyroku, zgodnie z którym wyrok SOKiK uwzględniający powództwo o uznanie postanowienia wzorca umowy za niedozwolone odnosi skutek wyłącznie wobec przedsiębiorcy będącego stroną uprzedniego postępowania sądowego, w praktyce doprowadzi do ograniczenia, jeśli nie pozbawienia, skuteczności art. 24 ust. 2 pkt 1 uokik. Znajdowałby on bowiem zastosowanie tylko w odniesieniu do tych przedsiębiorców, którzy nie stosowaliby się do wyroków SOKiK, przy czym w praktyce prawdopodobieństwo wystąpienia tego typu przypadku jest znikome[32].

IV. Analiza argumentów Sądu Najwyższego dotyczących prawa unijnego

W swojej argumentacji SN odwołuje się również do obowiązującego prawa Unii Europejskiej. Należy bowiem pamiętać, że polskie rozwiązania dotyczące nieuczciwych postanowień umownych w obrocie konsumenckim stanowią wdrożenie dyrektywy Rady 93/13/EWG z dnia 5 kwietnia 1993 r. w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich[33] (dalej: dyrektywa nr 93/13).

Artykuł 7 ust. 1 powołanej dyrektywy ustanawia obowiązek państw członkowskich do zapewnienia „stosownych i skutecznych środków mających na celu zapobieganie stałemu stosowaniu nieuczciwych warunków w umowach zawieranych (…) z konsumentami". Analiza przytoczonego przepisu prowadzi do wniosku, że wyznacza on dwa standardy ochrony, które spełnić musi system danego państwa członkowskiego. Po pierwsze, system taki musi być stosowny (*adequate*, *adéquat*, *angemessene*), tj. adekwatny czy odpowiedni dla wyznaczonego celu, jakim jest ochrona konsumentów przed stosowaniem przez przedsiębiorców nieuczciwych postanowień umownych oraz eliminacja takich postanowień z umów zawieranych z konsumentami[34]. Tak określony standard stanowi swego rodzaju górną granicę dla konstrukcji systemu. Dyrektywa wyznacza także minimalny standard ochrony: środki powinny być skuteczne (*effective*, *efficace*, *wirksame*), a więc powinny w efektywny sposób przyznawać konsumentom rzeczywistą ochronę przed stosowaniem nieuczciwych postanowień umownych.

Jednocześnie, należy zauważyć, że dyrektywa nr 93/13 stanowi środek harmonizacji minimalnej i w myśl art. 8 państwa członkowskie mogą przyjąć lub utrzymać bardziej rygorystyczne przepisy prawne, o ile zgodne są z unijnym prawem pierwotnym w dziedzinie objętej tą dyrektywą. Wobec powyższego, należy zadać pytanie o zakres zastosowania powołanych pojęć zawartych w art. 7 ust. 1 dyrektywy. O ile mniej wątpliwości budzić może minimalny standard ochrony wyznaczony w dyrektywie i wzmocniony obowiązkiem do stanowienia środków „skutecznych"[35], o tyle w kontekście zastosowania harmonizacji minimalnej zasadne jest pytanie o ostrość górnej granicy

[31] Analizę przeprowadzono w oparciu o decyzje Prezesa UOKiK opublikowane na stronie internetowej www.uokik.gov.pl.

[32] Zbieżny temu pogląd SN wyraził w uchwale z 13.07.2006 r., III SZP 3/06, LEX 197804.

[33] Dz. Urz. L 95 z dn. 21.04.1993, s. 29.

[34] Por. preambuła dyrektywy.

[35] Jako skuteczne rozumiane będą takie środki, które w praktyce nie uniemożliwiają lub nadmiernie nie utrudniają zastosowania ochrony, którą dyrektywa nr 93/13 gwarantuje konsumentom – por. powoływana niżej opinia rzecznika generalnego Wahla w sprawie C-482/12 *Macinský*.

wyznaczonej przez kryterium stosowności. Warto też zauważyć, że w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości (dalej: TS) wykształciła się linia dotycząca pojęcia skuteczności[36], ale brak jest dotychczas wypowiedzi Trybunału w kwestii interpretacji pojęcia stosowności[37].

Określenie relacji między normami zawartymi w powołanym fragmencie art. 7 ust. 1 i w art. 8 dyrektywy nr 93/13 wymaga pogłębionej analizy problemu, która nie powinna abstrahować od przypadku konkretnego systemu krajowego oraz od pozostałych elementów systemu prawnego, w tym postanowień Karty Praw Podstawowych[38] i uregulowanego w niej prawa do bycia wysłuchanym.

Na poziomie ogólnym zasadne wydaje się uwzględnienie kontekstu historycznego, w jakim powstawała dyrektywa nr 93/13. Dominowało wówczas podejście do stanowienia prawa unijnego w ramach minimalnej harmonizacji, co pozostawiało państwom członkowskim swobodę w zakresie stanowienia reguł wykraczających ponad tak wyznaczony minimalny standard ochrony. Takie podejście *expressis verbis* wyraża zresztą powołany art. 8 dyrektywy[39].

Wobec powyższego, należy uznać, że na podstawie dyrektywy nr 93/13 państwa członkowskie mogą wykraczać w ustawodawstwach krajowych ponad standardy ochrony konsumentów wyznaczone w tej dyrektywie. Trudno bowiem uznać kryterium stosowności jako np. *lex specialis* do art. 8 wyrażającego ogólną zasadę minimalnej harmonizacji. Przeczy temu nie tylko wykładnia historyczna, lecz także struktura aktu prawnego i umiejscowienie w nim dyskutowanych przepisów względem siebie. Przede wszystkim jednak takie podejście mogłoby okazać się sprzeczne z celami dyrektywy (w tym z koniecznością stworzenia systemu umożliwiającego eliminację z obrotu konsumenckiego niedozwolonych postanowień umownych).

Wydaje się, że SN nie przeprowadził indywidualnej analizy zgodności szerokiej wykładni art. 479^{43} k.p.c. z prawem unijnym. Oparł on bowiem swój wyrok na rozumowaniu Trybunału Sprawiedliwości przedstawionym w sprawie dotyczącej istotnie odmiennego problemu prawnego[40].

W pierwszej kolejności podkreślenia wymaga, że sprawa *Invitel*[41], na którą powołuje się SN w glosowanym wyroku, dotyczyła węgierskiego systemu ochrony przed klauzulami niedozwolonymi, a jej przedmiotem było pytanie prejudycjalne sądu węgierskiego, który powziął wątpliwość czy „stwierdzenie – w sprawie z powództwa o zaniechanie naruszeń (…) wytoczonego przeciwko przedsiębiorcy na rzecz konsumentów przez działający w interesie publicznym podmiot wskazany przez prawo krajowe – nieważności nieuczciwego postanowienia umownego zawartego we wzorcu umowy konsumenckiej, wywierało, zgodnie z [art. 7 dyrektywy nr 93/13], skutki wobec ogółu konsumentów, którzy zawarli umowę, do której stosuje się ten sam wzorzec umowy, w tym wobec konsumentów, którzy nie byli stroną postępowania o zaniechanie naruszeń" (pkt 32 wyroku). Innymi słowy, w sprawie *Invitel* TS nie badał czy system rozszerzonej względem

[36] Por. wyr. TS z dnia 14.06.2012 r. w sprawie C-618/10 *Banco Español de Crédito SA* v *Joaquín Calderón Camin*, niepubl, pkt 49 oraz z dnia 14.03.2013 r. w sprawie *Mohamed Aziz* v *Catalunyacaixa*, niepubl, pkt 53 oraz opinię rzecznika generalnego Nilsa Wahla z dnia 21.11.2013 r. w sprawie C-482/12 *Peter Macinský v Getfin s.r.o.*, pkt. 68.

[37] Pojęcie to nie stoi jednak w sprzeczności z „odstraszającym" celem art. 7 dyrektywy, który ma być niezależny od konkretnego sporu; wyr. TS z dnia 24.01.2002 r. w sprawie C-372/99 *Komisja Wspólnot Europejskich* v *Republika Włoska*, Zb. Orz. I (2002), s. 819, pkt 15.

[38] O wpływie Karty Praw Podstawowych na interpretację przepisów dyrektywy nr 93/13 TS wypowiedział się m.in. w wyr. z dnia 14.07.2014 r. w sprawie C-169/14 *Juan Carlos Sánchez Morcillo* v *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria*, niepubl. Zob. również I. Benöhr, *EU Consumer Law and Human Rights*, Oxford University Press, Oxford 2013, s. 213.

[39] Co więcej, nie było wówczas jeszcze stosowane innego rodzaju modyfikacje harminizacji minimalnej, jak np. tzw. *full targeted harmonisation*, w ramach której w dyrektywie będącej środkiem harmonizacji minimalnej zawiera się ściśle określone przepisy stanowiące środki harmonizacji pełnej, tj. niepozostawiające państwom członkowskim swobody co do wyboru dalej idących rozwiązań.

[40] Sąd Najwyższy podnosi, że dotychczas brak było orzecznictwa TS, w którym Trybunał dokonałby wykładni art. 7 dyrektywy nr 93/13 odnośnie do pojęcia stosowności. Sytuacja ta, według SN, zmieniła się z momentem wydania wyr. TS w sprawie *Invitel*. Należy zauważyć, że jest to jedyny wyr. TS, na który powołuje się SN, określając go „orzecznictwem TSUE".

[41] Wyr. TS z dnia 26.04.2012 r. w sprawie C-472/10 *Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság* v *Invitel Távközlési Zrt*, niepubl.

przedsiębiorców skuteczności wyroku stwierdzającego, że dane postanowienie umowne jest niedozwolone zgodne jest z prawem unijnym. Przedmiotem analizy była natomiast kwestia rozszerzonej skuteczności takiego wyroku względem konsumentów. Trybunał wypowiada się zatem w wyroku w sprawie *Invitel* na temat zupełnie inny niż będący przedmiotem wątpliwości SN w glosowanym wyroku.

Należy zauważyć, że w omawianym wyroku TS w ogóle nie odniósł się do znaczenia pojęcia „stosowności". Ograniczył się jedynie do konstatacji, że skuteczny (w rozumieniu art. 7 dyrektywy nr 93/13, a więc jest to wypowiedź na temat minimalnego, „dolnego" standardu) jest system prawa krajowego, w którym „postanowienia umowne ujęte we wzorcu umowy konsumenckiej uznane za nieuczciwe wskutek powództwa o zaniechanie naruszeń wytoczonego przeciwko zainteresowanemu przedsiębiorcy nie wiązały ani tych konsumentów, którzy byli stronami postępowania o zaniechanie naruszeń, ani też tych konsumentów, którzy zawarli z tym przedsiębiorcą umowę, do której stosuje się ten sam wzorzec umowy" (pkt 38 wyroku TS). Należy więc stwierdzić, że sprawa *Invitel* nie dotyczy interpretacji art. 7 dyrektywy nr 93/13 w takim zakresie, jaki byłby istotny dla zbadania zgodności z prawem unijnym systemu polskiego.

Na marginesie warto zwrócić uwagę, że wobec faktu, że dyrektywa nr 93/13 stanowi środek harmonizacji minimalnej, należy pamiętać, że w wielu państwach członkowskich samo uznanie rozszerzonej skuteczności wyroku stwierdzającego nieuczciwość danej klauzuli na wszystkich konsumentów, którzy zawarli umowę z danym przedsiębiorcą, stanowi istotne *novum*. W tym kontekście warto zaznaczyć, że interpretacja i recepcja wyroku w sprawie *Invitel* jest taka, że TS rozszerzył, a nie zawęził zakres zastosowania art. 7 dyrektywy[42].

Oprócz faktu, że SN zbyt pochopnie powołuje się na wyrok w sprawie *Invitel* dla poparcia swojego stanowiska, z rozczarowaniem należy przyjąć, że niektóre wypowiedzi TS cytowane są przez SN w sposób niepełny, co może istotnie wpłynąć na sposób ich rozumienia. Sąd Najwyższy powtarza bowiem za TS: „zastosowanie […] sankcji nieważności nieuczciwego postanowienia umownego, skutecznej względem wszystkich konsumentów, którzy zawarli umowę konsumencką, do której stosuje się ten sam wzorzec umowy, zapewnia, że konsumenci ci nie będą związani omawianym postanowieniem". Pomija natomiast dalszą część tego zdania, w której TS stwierdza: „co nie wyklucza jednak zastosowania innych stosownych i skutecznych sankcji przewidzianych w przepisach krajowych".

Sąd Najwyższy w uzasadnieniu do glosowanego wyroku znacznie więcej uwagi poświęca opinii rzecznik generalnej V. Trstenjak przedłożonej w sprawie *Invitel* w dniu 28 marca 2012 r. niż samemu wyrokowi wydanemu w tej sprawie.

Na wstępie należy jednak przypomnieć, że opinie przedkładane przez rzeczników generalnych w żaden sposób nie są wiążące dla TS wydającego wyrok w sprawie ani dla żadnego innego organu stosującego prawo unijne. To TS, a nie rzecznik generalny, ma kompetencję do dokonywania wykładni pierwotnego i wtórnego prawa unijnego, co wynika z art. 19 TUE[43]. Jak stanowi art. 252 akapit drugi TFUE[44], rola rzecznika generalnego polega na przedstawieniu

[42] S. Law, F. Cafaggi, *Unfair Contract Terms - Effect of Collective Proceedings – C-472-10, Invitel*, [w:] E. Terryn i in. (red.), *Landmark Cases of EU Consumer Law. In Honour of Jules Stuyck*, Intersentia, Cambridge 2013, s. 668.

[43] Traktat o Unii Europejskiej zmieniony Traktatem z Lizbony zmieniającym Traktat o Unii Europejskiej i Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską; podpisany dnia 13.12.2007 roku, wszedł w życie 1.12.2009 roku; Dz.U. z 2009 r. Nr 203 poz. 1569.

[44] Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej, por. wyżej.

w rozpatrywanej przez TS sprawie uzasadnionej opinii, przy zachowaniu zasad bezstronności i niezależności. Przede wszystkim należy jednak pamiętać, że opinie rzeczników generalnych nie są cytowane jako samodzielne orzecznictwo Trybunału – jeśli ten ostatni się na nie powołuje, to jedynie dla wzmocnienia swojej argumentacji[45]. Nawet zgadzając się z opinią rzecznika, Trybunał nie ma obowiązku wskazać, które fragmenty aprobuje, a których nie. Może również okazać się, że nawet w przypadku dojścia do takiego samego wniosku, rzecznik i Trybunał opierają swoje rozumowanie na innych przesłankach[46]. Dlatego też dla lepszego zrozumienia stanowiska TS przy powoływaniu się na opinię rzecznika generalnego należy zachować daleko idącą ostrożność.

W swojej opinii rzecznik V. Trstenjak wychodzi z założenia, że stwierdzenie zgodności krajowego systemu uznawania postanowień umownych za niedozwolone z dyrektywą nr 93/13 wymaga pogłębionej analizy, uwzględniającej indywidualne cechy danego systemu. Po jej przeprowadzeniu na konkretnym węgierskim przypadku rzecznik generalna dochodzi do wniosku, że nie ma sprzeczności między tym systemem a celami i brzmieniem dyrektywy. System ów spełnia bowiem wyrażone w art. 7 dyrektywy kryteria skuteczności i stosowności.

Po przeprowadzeniu analizy, rzecznik V. Trstenjak podaje abstrakcyjny przykład systemu, który w jej mniemaniu nie spełniałby kryterium stosowności, a którego zasadniczą cechą byłoby uznanie skuteczności wyroku stwierdzającego nieuczciwy charakter danego postanowienia umownego także względem przedsiębiorców, którzy nie brali udziału w postępowaniu przed sądem wydającym taki wyrok. Tak naszkicowany system przypomina system polski.

Nie należy jednak z tak ogólnego i abstrakcyjnego przykładu rzecznik generalnej wywodzić wniosku o niezgodności polskiego systemu z dyrektywą nr 93/13. Po pierwsze, przykład rzecznik V. Trstenjak nie uwzględniał (nie było też takiej potrzeby) realiów całości polskiego systemu. Ponadto, można odnieść wrażenie, że nawet dla rzecznik generalnej jej konstatacja – stanowiąca istotną oś rozumowania SN – stanowi uwagę na marginesie. Jest raczej figurą retoryczną, mającą na zasadzie kontrastu wzmocnić przekonanie o spełnieniu kryterium stosowności przez system węgierski. W żadnej mierze nie ma natomiast bezpośredniego przełożenia na ocenę systemu polskiego. Ponadto, warto zauważyć, że V. Trstenjak, komentując wyrok w sprawie *Invitel* już po złożeniu urzędu rzecznika generalnego, stwierdza, że w wyroku tym TS wypowiedział się na temat minimalnego standardu ochrony ustanowionego w art. 7 dyrektywy nr 93/13[47]. Dokonał zatem interpretacji kryterium skuteczności, a nie stosowności. Warto zatem zauważyć, że V. Trstenjak inaczej rozumie znaczenie wyroku w sprawie *Invitel* niż SN w glosowanym wyroku. Jest to o tyle istotne, że SN w dużej mierze opiera swój wywód na argumentacji rzecznik generalnej.

Oceny zgodności polskiego systemu z dyrektywą nr 93/13 dokonać mogła np. Komisja Europejska (z inicjatywy własnej lub zaalarmowana przez dane podmioty, np. stowarzyszenia przedsiębiorców). W przypadku stwierdzenia błędnego wdrożenia przez Polskę tej dyrektywy Komisja

[45] C. Ritter, *A New Look at the Role and Impact of Advocates-General – Collectively and Individually*, „Columbia Journal of European Law" 2006, No. 12/3, s. 758.

[46] D. Chalmers, G. Davies, G. Monti, *European* Union Law, Cambridge University Press, Cambridge 2010, s. 145. Dobrym przykładem tego typu sytuacji jest wyr. TS z dnia 12.07.2012 r. w sprawie C-171/11 *Fra.bo* v *Deutsche Vereinigung des Gas- und Wasserfaches eV (DVGW) – Technisch-Wissenschaftlicher Verein* oraz opinia rzecznik generalnej V. Trstenjak przedłożona w tej sprawie. Więcej na ten temat: por. M. Malaga, *Swoboda przepływu towarów – stosowanie art. 34 TFUE do działań podmiotów prywatnych - glosa do wyroku TS z 12.07.2012 r. w sprawie C-171/11 Fra.bo SpA*…, „Europejski Przegląd Sądowy" 2014, nr 6, s. 47 i nast.

[47] V. Trstenjak, *Procedural Aspects of European Consumer Protection Law and the Case Law of the CJEU*, „European Review of Private Law" 2013, No. 2, s. 458.

mogłaby wnieść do Trybunału skargę o uchybienie zobowiązaniom na podstawie art. 258 TFUE[48]. O ile z braku podjęcia działań przez Komisję nie można wywodzić domniemań o zgodności polskiego systemu z prawem unijnym, o tyle fakt ten jednak potwierdza, że problem stosowanej w Polsce rozszerzonej skuteczności wyroku o nieuczciwym postanowieniu umownym nie był dotychczas traktowany jako istotny przez instytucje Unii.

Bezpośrednio do polskiego przypadku systemu rozszerzonej skuteczności wyroków SOKiK nawiązuje w omówieniu sprawy *Invitel* B. Keirsbilck[49]. Powołując się na tę publikację, SN stwierdza: „[z] rozumowania tego wynika, że rozszerzająca interpretacja art. 479[43] k.p.c. w związku z art. 7 dyrektywy 93/13 mogłaby zostać uznana za niezgodną z prawem unijnym". Tymczasem autor podnosi jedynie, że kwestią czasu jest, gdy TS będzie musiał orzec czy tak istotne, jak w prawie polskim, rozszerzenie zasady *res iudicata* jest zgodne z art. 6 i 7 dyrektywy nr 93/13 oraz z prawami podstawowymi chronionymi przez prawo unijne. Wydaje się, że sprawa, w której wydane zostało glosowane orzeczenie byłaby odpowiednim momentem do wniesienia takiego pytania prejudycjalnego do TS przez SN. W tym miejscu warto zauważyć, że cytowany przez SN Keirsbilck nie przesądza, żeby system, taki jak polski miał być uznany za niezgodny z prawem unijnym: postuluje jedynie, aby wyroki o rozszerzonej skuteczności były wydawane przez sądy wyższych (czy najwyższych) instancji bądź przez organy wyspecjalizowane w ochronie konsumentów[50].

Warto również zauważyć, że rozstrzygając w opisany wyżej sposób, SN przychylił się do takiej interpretacji powoływanych polskich przepisów, która może spowodować pozbawienie ich skuteczności w rozumieniu art. 7 dyrektywy nr 93/13[51]. Rozszerzona skuteczność wyroku względem przedsiębiorców innych niż biorący udział w postępowaniu jest bowiem istotnym elementem systemu uznawania postanowień umownych za niedozwolone. Wobec jego zneutralizowania, okazać się może, że cały system wzajemnie powiązanych rozwiązań i instytucji traci swoją efektywność.

Wobec powyższego, oparcie wyroku przez SN przede wszystkim na opinii rzecznik generalnej, w tym na części nieuwzględnionej przez Trybunał w jego wyroku, może stanowić nadinterpretację prawa unijnego. Opinia rzecznik generalnej przedłożona w jednej sprawie nie powinna stanowić wyłącznej podstawy dla stwierdzenia braku stosowności polskiego systemu w rozumieniu art. 7 dyrektywy. Co więcej, wobec faktu, że wyrok w sprawie *Invitel* dotyczył innego problemu, niż dyskutowana przez SN rozszerzona skuteczność wyroku względem przedsiębiorców oraz że brak jest relewantnego orzecznictwa TS w kwestii interpretacji art. 7 dyrektywy nr 93/13, uzasadnione są wątpliwości co do prawidłowości tez wywiedzionych przez SN z prawa unijnego.

V. Podsumowanie

Powyższe rozważania prowadzą do wniosku, że SN wydał glosowany wyrok opierając się na nieprawdziwych przesłankach, co w ostateczności doprowadziło do błędnego rozstrzygnięcia. Nie jest bowiem prawdą, że problem tzw. rozszerzonej skuteczności wyroków SOKiK jest bezsporny

[48] Tego typu sytuacja miała np. miejsce w przypadku Hiszpanii, która wadliwie wdrożyła dyrektywę nr 93/13; por. wyr. TS z dnia 9.09.2004 r. w sprawie C-70/03, *Komisja Wspólnot Europejskich* v *Królestwo Hiszpanii*, Zb. Orz. I (2004), s. 7999.

[49] B. Keirsbilck, *The erga omnes effect of the finding of an unfair contract term: Nemzeti*, „Common Market Law Review" 2013, Vol. 50, No. 5, s. 1467–1478.

[50] Ibidem, s. 1475.

[51] Konstatacja ta jest zbieżna z wnioskami przedstawionymi w uwagach wprowadzających do niniejszej glosy, poczynionymi w odniesieniu do polskiego systemu prawnego.

w judykaturze i doktrynie. W samym orzecznictwie SN znaleźć można aktualne przykłady rozumowania odmiennego od zaprezentowanego w omawianym wyroku.

Nie jest również prawdą, że podnoszona kwestia nie budzi wątpliwości w ramach prawa unijnego. Przeciwnie, uważa się, że na ten temat powinien wypowiedzieć się TS, który jednak nie dokonuje interpretacji prawa unijnego w sposób abstrakcyjny. Wyrok w takiej sprawie może zapaść wyłącznie w przypadku skierowania konkretnego przypadku do TS: np. w ramach procedury odesłań prejudycjalnych lub skargi na uchybienie zobowiązaniom.

Wobec doniosłości problemu ewentualnej rozszerzonej skuteczności wyroku uwzględniającego powództwo o uznanie postanowień umownych za niedozwolone oraz wobec istotnych problemów interpretacyjnych w tym zakresie wywołujących rozbieżności w doktrynie i orzecznictwie zasadnym byłoby skierowanie przez sąd polski, rozpatrujący sprawę związaną z rozszerzoną skutecznością wyroku SOKiK, pytania prejudycjalnego do TS. W odesłaniu tym można byłoby zadać pytanie o następującej treści: „czy zasada stosowności wyrażona w art. 7 ust 1 dyrektywy 93/13 sprzeciwia się stosowaniu przepisów prawa krajowego, według których wyrok stwierdzający, że dane postanowienie umowne jest nieuczciwe skuteczny jest nie tylko względem przedsiębiorcy, który brał udział w postępowaniu przed sądem wydającym wyrok w tej sprawie, lecz także względem każdego innego przedsiębiorcy?”[52].

Co więcej, wobec obserwowanych rozbieżności w orzecznictwie SN, pożądanym byłoby rozważenie prezentowanego zagadnienia prawnego przez szerszy skład Sądu Najwyższego, co umożliwiłoby jednoznaczne rozstrzygnięcie omawianego w niniejszej glosie problemu.

Paweł Gutkowski
aplikant III roku aplikacji radcowskiej; pracownik Delegatury UOKiK w Poznaniu;
pawel.gutkowski@uokik.gov.pl

Miłosz Malaga
doktorant w Katedrze Prawa Europejskiego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu; pracownik Delegatury UOKiK w Poznaniu;
milosz.malaga@uokik.gov.pl

[52] Należy odnotować, że postulat ten został spełniony przez Sąd Apelacyjny w Warszawie, który przed publikacją niniejszej glosy postanowieniem z dnia 19.11.2014 r. w postępowaniu o sygn. akt VI ACa 165/14 zwrócił się do TS z dwoma pytaniami prawnymi, w tym z pytaniem o następującej treści: „czy w świetle art. 6 ust. 1 i art. 7 dyrektywy Rady 93/13/EWG z dnia 5 kwietnia 1993 r. w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich (Dz. U. L 95, s. 29) w zw. z art. 1 i 2 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/22/WE z dnia 23 kwietnia 2009 r. w sprawie nakazów zaprzestania szkodliwych praktyk w celu ochrony interesów konsumentów (Dz. U. L 110, s. 30) stosowanie postanowień wzorców umów o treści tożsamej z treścią postanowień uznanych za niedozwolone prawomocnym wyrokiem sądu i wpisanych do rejestru postanowień wzorców umowy uznanych za niedozwolone, może być uznane w stosunku do innego przedsiębiorcy, który nie brał udziału w postępowaniu zakończonym wpisem do rejestru postanowień wzorców umowy uznanych za niedozwolone, za działanie bezprawne, stanowiące w świetle prawa krajowego praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów i stanowiące podstawę nałożenia kary pieniężnej z tego tytułu w krajowym postępowaniu administracyjnym?”.

Systemy rabatowe stosowane przez przedsiębiorstwa dominujące – czy najnowsze orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości UE można obronić?

Glosa do wyroku Sądu (siódma izba w składzie powiększonym) z dnia 12 czerwca 2014 r. w sprawie T-286/09 *Intel Corp. przeciwko Komisji Europejskiej*[1]

I. Wprowadzenie

W dniu 12 czerwca 2014 r. Sąd Unii Europejskiej (dalej: Sąd) wydał wyrok w sprawie skargi wniesionej przez spółkę Intel Corp. o stwierdzenie nieważności decyzji Komisji Europejskiej (dalej: Komisja) z dnia 13 maja 2009 r.[2] Sąd odrzucił skargę w całości, potwierdzając tym samym stanowisko przyjęte w decyzji Komisji, stwierdzającej nadużycie przez Intel pozycji dominującej na światowym rynku procesorów x86[3].

Decyzja Komisji w sprawie Intel była przedmiotem licznych komentarzy i opracowań. Częściowo niewątpliwie dlatego, że nakładała najwyższą w historii karę pieniężną na pojedyncze przedsiębiorstwo za naruszenie unijnych reguł konkurencji wymierzoną przez Komisję[4]. Ponadto, była pierwszą decyzją dotyczącą oceny systemów rabatowych stosowanych przez przedsiębiorstwa dominujące wydaną po przyjęciu przez Komisję *Wytycznych w sprawie priorytetów, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. 82 Traktatu WE w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wykluczającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące* (dalej: Wytyczne)[5], przewidujących bardziej ekonomiczne podejście do oceny zachowań podmiotów dominujących.

Komisja, oceniając konsekwencje praktyk stosowanych przez Intel, obok dotychczasowego, formalistycznego podejścia (*form-based approach*), wyraźnie zastosowała analizę opartą na skutkach ekonomicznych praktyki (*effects-based approach*), w tym test tzw. równie efektywnego konkurenta (*as-efficient-competitor test*; dalej: test AEC). Nie zmieniło to jednak faktu, że Komisja stwierdziła naruszenie przez Intel zakazu z art. 102 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej[6] (dalej: TFUE) poprzez stosowanie systemu rabatów warunkowych (oraz tzw. nagich ograniczeń; *naked restrictions*, które nie będą przedmiotem niniejszej glosy). Wyroku Sądu oczekiwano z ciekawością. Zastanawiano się, jakie stanowisko po wydaniu nowych Wytycznych Komisji przyjmie Sąd. W szczególności czy zapoczątkuje bardziej ekonomiczne podejście w dotychczasowym orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości UE (dalej: Trybunał) do oceny systemów rabatowych

[1] Do czasu złożenia niniejszego tekstu do publikacji – nieopublikowany.

[2] Decyzja Komisji nr COMP/C-3/37.990 – *Intel*, tekst decyzji dostępny na stronie: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/37990/37990_3581_18.pdf (30.10.2014).

[3] W okresie badanym przez Komisję, tj. w latach 1997–2007 Intel posiadała udziały w rynku mikroprocesorów x86 w wysokości powyżej lub ok. 70%.

[4] Tj. 1,06 miliarda euro.

[5] Dz. Urz. UE C 45 z dnia 24 lutego 2009 r., s. 7.

[6] Dz. Urz. UE C 326 z dnia 26 października 2012 r., s. 47.

podmiotów dominujących, ale także czy wskaże pewne kierunki bądź potwierdzi, jak należy interpretować Wytyczne do oceny tak istotnej i powszechnej praktyki biznesowej, jak systemy rabatowe.

II. Stan faktyczny i ustalenia Komisji

Decyzja Komisji dotyczyła procesorów (*Central Processing Unit*, *CPU*) typu x86, które są podstawowym elementem każdego komputera. Przed 2000 r. istniało kilka firm produkujących procesory typu x86, jednak większość z nich wycofała się z rynku. Od 2000 r. Intel i Advanced Micro Devices, Inc. (dalej: AMD) były w zasadzie ich jedynymi producentami[7].

W latach 2002–2005 i 2007 spółka Intel przyznawała wiodącym producentom sprzętu komputerowego rabaty uzależnione od, przynajmniej w niektórych segmentach rynku, (i) całkowitego zaopatrywania się w procesory Intel – w przypadku Dell i Lenovo lub (ii) znacznego pokrycia zapotrzebowania u Intel – tj. 95% w przypadku HP oraz 80% w przypadku NEC[8].

Komisja stwierdziła, że rabaty warunkowe (*conditional rebates*) przyznawane przez Intel były rabatami lojalnościowymi (*loyalty rebates*) w rozumieniu dotychczasowego orzecznictwa i, z uwagi na brak obiektywnego uzasadnienia (*objective justification*), naruszały art. 102 TFUE. Wykształciły one lojalność ze strony kluczowych producentów sprzętu komputerowego i głównego detalisty, której skutki wzajemnie się uzupełniały, znacznie zmniejszając zdolność konkurentów do konkurowania w oparciu o zalety ich procesorów x86. W ocenie Komisji strategia przyjęta przez Intel miała na celu wykluczenie konkurencji z rynku procesorów x86. Antykonkurencyjne postępowanie Intel spowodowało tym samym ograniczenie wyboru konsumentów oraz zmniejszenie motywacji do wprowadzania innowacji[9].

W skardze o stwierdzenie nieważności decyzji Komisji[10] Intel zarzuciła, że Komisja nie wykazała jakoby warunkowe obniżki udzielane producentom sprzętu komputerowego mogły rzeczywiście prowadzić do wyeliminowania konkurencji, a mimo to uznała, że miały one *per se* abuzywny charakter ze względu na to, że były warunkowe. Zdaniem skarżącej, Komisja naruszyła także wymogi obowiązujące w zakresie oceny dowodów poprzez brak wykazania, że warunkiem udzielania przez Intel rabatów było nabywanie procesorów Intel w ilości zaspakajającej całe lub prawie całe zapotrzebowanie kontrahentów na takie jednostki. Posługując się testem AEC, Komisja popełniła liczne błędy w zakresie analizy i oceny dowodów w związku z jego zastosowaniem. Zdaniem Intel, Komisja (i) pominęła także dowód prowadzący do wniosku, że w okresie zarzucanego naruszenia jeden z konkurentów Intel (tj. AMD – *przyp. aut.*) znacząco zwiększył swój udział w rynku oraz zysk; (ii) nie wykazała istnienia związku przyczynowego między tym, co uznała za warunkowe rabaty a decyzjami klientów Intel o rezygnacji z dokonywania zakupów u tego konkurenta; (iii) nie dokonała oceny dowodu dotyczącego kwestii oddziaływania obniżek udzielanych przez Intel na zachowania konsumentów.

[7] Pkt 14 i 15 streszczenia decyzji Komisji z dnia 13 maja 2009 r. w sprawie nr COMP/C-3/37.990 – *Intel*, Dz. Urz. UE C 227 z dnia 22 września 2009 r., s. 13.

[8] Dodatkowo, Intel dokonywała płatności na rzecz Media Saturn Holding (dalej: MSH), największego europejskiego detalisty prowadzącego sprzedaż komputerów osobistych, które były uzależnione od sprzedaży przez MSH wyłącznie komputerów opartych na procesorach Intel. Komisja uznała, że płatności, jakie otrzymywał MSH, były równoważne pod względem ich skutku z warunkowymi rabatami udzielanymi wskazanym wyżej producentom. Pkt 23 streszczenia decyzji Komisji.

[9] Pkt 33 i 43 streszczenia decyzji Komisji.

[10] Skarga Intel z dnia 22 września 2009 r., Dz. Urz. UE C 220 z dnia 12 września 2009 r., s. 41.

III. Stanowisko Sądu

1. Rabaty lojalnościowe są zakazane *per se*

Sąd zgodził się z ustaleniami dokonanymi przez Komisję, że rabaty warunkowe stosowane przez Intel były rabatami lojalnościowymi. Potwierdził jednocześnie dotychczasowe orzecznictwo, zgodnie z którym rabaty lojalnościowe z samej swojej natury prowadzą do ograniczenia konkurencji i dlatego nie mogą być stosowane przez przedsiębiorstwa dominujące (ogólny zakaz *per se*)[11]. Orzecznictwo to odrzuca konieczność przeprowadzania jakichkolwiek analiz ekonomicznych do oceny tego typu rabatów na rzecz formalistycznego podejścia (*form-based approach*). Podejście formalistyczne zakłada, że „zakazane są takie zachowania przedsiębiorców, które wypełniają formalne przesłanki jednostronnych praktyk ograniczających konkurencję (…). Opiera się ono na przekonaniu, że dobrobyt konsumentów (i inne wartości chronione przez prawo konkurencji) zostaje naruszony przez każde zachowanie przedsiębiorcy dominującego, które wypełnia formalne przesłanki określone w przepisach prawa"[12]. Do stwierdzenia niezgodnego z prawem nadużycia pozycji dominującej wystarczy zatem sprawdzenie czy kwestionowane zachowanie prezentuje formalne cechy danej praktyki. Nie ma potrzeby badania czy praktyka faktycznie lub potencjalnie spowodowała lub mogła spowodować antykonkurencyjne skutki na rynku. Jeśli takie formalne cechy zostaną wykazane, jest to równoznaczne z uznaniem, że zachowanie dominanta, z samej swojej natury, ma zdolność wywoływania antykonkurencyjnych skutków na rynku[13].

Rozważania Sądu w wielu miejscach omawianego wyroku powołują się na utrwalone orzecznictwo, którego przedmiotem była ocena rabatów lojalnościowych[14]. Punktem wyjściowym rozważań jest konkluzja, że przedsiębiorstwo „zajmujące na rynku pozycję dominującą, które wiąże nabywców – choćby na ich życzenie – obowiązkiem lub obietnicą zaopatrywania się wyłącznie u dominanta w celu pokrycia całości lub większej części ich zapotrzebowania stanowi nadużycie pozycji dominującej w rozumieniu art. 102 TFUE, bez względu na to czy to zobowiązanie zostało zaciągnięte bez dodatkowych zastrzeżeń, czy też w zamian za przyznanie rabatu. Nie ma przy tym znaczenia czy korzyść jest przyznawana w drodze formalnego obowiązku lub wiążącego zobowiązania. Wystarczy, jeśli dominant w wiarygodny sposób daje do zrozumienia swojemu kontrahentowi, że uzyskanie korzyści zależy od wyłącznego lub prawie wyłącznego zaopatrywania się u dominanta[15].

Sąd przywołał zarysowany dotychczas podział na trzy rodzaje rabatów, obejmujący: (i) rabaty ilościowe; (ii) rabaty lojalnościowe oraz (iii) rabaty o skutku lojalnościowym. Pierwsze z nich są przyznawane wyłącznie od wielkości zakupów i zazwyczaj nie wywołują ryzyka na gruncie prawa

[11] Patrz szerzej: A. Jurkowska [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2009, s. 647–648.

[12] A. Stawicki, [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2011, s. 309–310.

[13] N. Petit, *From Formalism to Effects? – The Commission's Guidance on Article 82 EC*, Working Paper Institut d'Etudes Juridiques Européennes (IEJE), 2009, Nr 3,s. 2. stronie pobrano z: http://local.droit.ulg.ac.be/sa/ieje/fileadmin/IEJE/WP/working-paper-3-2009.pdf (30.10.2014).

[14] Wyr. Trybunału z dnia 13 lutego 1979 r. w sprawie 85/76 – *Hoffmann-La Roche v Komisji*, Zb. Orz. 1979 461. Wyr. Sądu z dnia 1 kwietnia 1993 r. w sprawie C-310/93 P – *BPB Industries i British Gypsum v* Komisji, 1995 I-865. Wyr. Trybunału z dnia 19 kwietnia 2012 r. C-549/10 P – *Tomra i in. v Komisji*, opublikowany w elektronicznym Zbiorze Orzeczeń na stronie: curia.europa.eu.
Trybunał wyróżnił także rabaty u skutku lojalnościowym (zob. pkt (iii) powyżej): wyr. Trybunału z dnia 9 listopada 1983 r. w sprawie C-322/81 – *Michelin v Komisji* (*Michelin I*), Zb. Orz. 1983 3461. Wyr. Trybunału z dnia 15 marca 2007 r. w sprawie C-95/04 P – *British Airways v Komisji*, Zb. Orz. 2007 I-2331. Wyr. Sądu z dnia 30 września 2003 r. w sprawie T-203/01 – *Michelin przeciwko Komisji* (*Michelin II*), Zb. Orz. 2003 II-4071. W pkt 75 wyr. Sąd powołuje sprawę *Michelin II* w kontekście – z reguły nieproblematycznych – rabatów ilościowych [pkt (i) powyżej], które rzeczywiście były przedmiotem tej sprawy i gdzie Sąd uznał, że wywoływały one efekt w postaci wytworzenia lojalności.

[15] Pkt 11, 72, 73 oraz 106 glosowanego wyroku oraz powołane tam orzecznictwo.

konkurencji. Rabaty drugiej kategorii zawsze stanowią nadużycie, a w związku z tym nie ma potrzeby dalszego badania okoliczności sprawy. Jedynie w przypadku trzeciej kategorii rabatów, których przyznanie nie jest uzależnione od wyłącznego lub prawie wyłącznego zaopatrywanie się u dominanta, ale których przyznawanie może w pewnych sytuacjach powodować efekt związania nabywców przez dominanta i zablokowania dostępu do rynku, Sąd wskazał na konieczność badania wszystkich okoliczności sprawy[16].

Swoje stanowisko Sąd uzasadnił tym, że rabaty lojalnościowe stanowią *de facto* zobowiązanie o wyłącznym charakterze i w związku z tym z samej swojej natury mają zdolność ograniczania konkurencji. Ich nieodłącznym elementem jest efekt wiązania kontrahentów przez przedsiębiorstwo dominujące. Polega on na powstrzymaniu nabywców od zaopatrywania się u konkurencji poprzez przyznanie korzyści finansowej w zamian za realizowanie większości lub znacznej części zamówień u dominanta. Przeniesienie zakupów do konkurentów wiązałoby się z utratą tejże korzyści. Taka sytuacja prowadzi do zablokowania dostępu do rynku (*foreclosure effect*), ponieważ nabywcy nie są skłonni (w tej części zapotrzebowania, która jest objęta wyłącznym zobowiązaniem) do przeniesienia swoich zamówień do konkurentów dominanta. Kluczowe w tym kontekście jest stwierdzenie Sądu, że efekt zamknięcia dostępu do rynku ma miejsce nie tylko wtedy, kiedy dostęp taki jest niemożliwy dla konkurentów dominanta, lecz także gdy jest on utrudniony[17]. W związku z tym, że stosowanie rabatów lojalnościowych zawsze wiąże się z możliwością ograniczenia konkurencji, nie ma konieczności wykazywania, że takie skutki – rzeczywiście lub potencjalnie – miały lub mogły mieć miejsce. Sąd potwierdził również, że nie jest konieczne wykazywanie bezpośredniej szkody dla konsumentów oraz związku przyczynowego pomiędzy tą szkodą a stosowaną praktyką, ponieważ art. 102 TFUE zakazuje nie tylko tych zachowań, które powodują taką szkodę bezpośrednio, lecz także tych, które poprzez wpływ na strukturę skutecznej konkurencji na rynku szkodzą konsumentom.

W ocenie Sądu należy rozróżnić sytuacje, gdy warunki wyłącznego zakupu są stosowane przez przedsiębiorstwa posiadające pozycję dominującą oraz podmioty nieposiadające takiej pozycji. O ile w przypadku rynków w pełni konkurencyjnych warunki polegające na wyłączności, co do zasady, mogą mieć korzystne skutki dla konkurencji, o tyle konkluzji takich nie można odnieść do rynków, na których jeden z graczy posiada pozycję dominującą i gdzie – z uwagi na ten fakt – konkurencja jest już w znacznym stopniu ograniczona, a każde dodatkowe zobowiązanie o wyłącznym charakterze jeszcze bardziej ją ogranicza[18].

Ustalenia Sądu zostały poparte faktem, że spółka Intel, z uwagi na posiadaną pozycję dominującą, była dla wielu kontrahentów koniecznym partnerem handlowym (*unavoidable trading partner*). W związku z tym, że dla znacznej części popytu nie było na rynku odpowiednich substytutów, nabywcy musieli realizować przynajmniej część swojego zapotrzebowania u Intel (tzw. niepodważalny udział; *non-contestable share*). W konsekwencji konkurenci Intel nie mogli konkurować o całość dostaw, ale jedynie o tę porcję, która przekraczała niepodważalną część popytu (tzw. część podważalna; *contestable share*) i która mogła być przeniesiona do konkurentów. Przyznawanie rabatów lojalnościowych utrudniało konkurentom dominanta sprzedaż swoich

[16] Pkt 74–84 glosowanego wyroku.

[17] Pkt 85–88 oraz 95–105 glosowanego wyroku.

[18] Pkt 89–90 glosowanego wyroku.

produktów, ponieważ nabywcy, którzy zdecydowaliby się realizować swoje zamówienia u konkurencji, utraciliby nie tylko rabat przypadający na przeniesione jednostki, lecz także całość rabatu lojalnościowego. Z tego powodu konkurenci Intela, aby przedłożyć atrakcyjną ofertę, musieliby zaproponować nabywcom korzystniejszą cenę, ale również wynagrodzić utratę rabatu. Sąd określił to jako zjawisko „dźwigni" (*leverage*), ponieważ dominant, wykorzystując swoją siłę ekonomiczną na niepodważalnej części popytu (czyli tej, która w każdym przypadku musiała być realizowana u dominanta), zapewnił sobie także podważalną część popytu, utrudniając w ten sposób dostęp do rynku[19]. Sąd zaznaczył, że nawet jeśli przyjąć, iż udzielenie rabatu opartego na warunku wyłącznego zaopatrywania się u dominanta (*exclusivity rebates*) przez przedsiębiorstwo posiadające pozycję dominującą samo w sobie nie jest w stanie prowadzić do ograniczenia konkurencji, to faktem jest, że przyznanie takiej zachęty finansowej przez partnera handlowego, którego nie dało się uniknąć, stanowi co najmniej wskazanie, że rabaty miały zdolność ograniczania konkurencji[20].

2. Przeprowadzenie testu AEC nie jest konieczne do wykazania skutku wykluczającego

Sąd znacznie umniejszył rolę testu AEC[21], odrzucając konieczność jego przeprowadzania w przypadku oceny systemu rabatów opartych na warunku wyłącznego zaopatrywania się u dominanta. W przypadku tych rabatów nie ma konieczności badania okoliczności sprawy i w związku z tym Komisja nie musi wykazywać, że efekt zamknięcia dostępu do rynku miał miejsce[22].

Sąd wskazał, że w celu ustalenia, iż skutki antykonkurencyjne miały miejsce nie jest konieczne, by system rabatowy zmuszał równie efektywnego konkurenta do pobierania „ujemnych" cen (*negative prices*), tj. cen niższych niż koszty produkcji lub koszty nabycia (*cost price*)[23]. By wykazać potencjalne skutki antykonkurencyjne, wystarczy dowieść, że istniał mechanizm oparty na lojalności (*loyalty mechanism*). Z powyższego wynika zatem – zdaniem Sądu – że, nawet jeśli ocena okoliczności sprawy byłaby konieczna w celu ustalenia potencjalnych antykonkurencyjnych skutków rabatów opartych na wyłączności, to i tak nie byłoby wymagane przeprowadzenie w tym celu testu AEC[24].

Swoje stanowisko Sąd uzasadnił tym, że test AEC umożliwia jedynie zweryfikowanie hipotezy czy dostęp do rynku był zablokowany. Nie pozwala jednak wykluczyć możliwości, że dostęp ten był utrudniony. Sąd przyznał, że ujemny wynik testu[25] oznacza, że ekonomicznie niemożliwe jest, by równie efektywny konkurent zapewnił sobie podważalną część popytu nabywców. W celu zrekompensowania takim nabywcom utraty rabatu oferowanego w zamian za wyłączne zakupy, konkurent taki musiałby sprzedawać swoje produkty po cenach na takim poziomie, jaki nie

[19] Pkt 91–93 glosowanego wyroku.

[20] Pkt 178 glosowanego wyroku.

[21] Jak wskazał Sąd w pkt 141 glosowanego wyroku, test AEC pozwala ocenić czy równie efektywny konkurent, który zamierza uzyskać podważalną część zamówień realizowanych dotychczas przez dominanta będącego nieuniknionym partnerem handlowym, musiałby skompensować nabywcy utratę rabatu lojalnościowego, gdyby ten zdecydował się nabywać od dominanta mniejszą część zamówień niż ta objęta wyłącznym lub prawie wyłącznym zobowiązaniem. Innymi słowy czy konkurent, który jest tak samo skuteczny, jak dominant i który ponosi takie same koszty, mógłby w dalszym ciągu odzyskać swoje koszty. Sąd nie sprecyzował tu jednak, o jakie koszty miałoby chodzić.

[22] Pkt 143 glosowanego wyroku. Co więcej, Sąd powołując się na dotychczasowe orzecznictwo (sprawa *Michelin I*) uznał, że nawet w przypadku rabatów zaliczanych do trzeciej kategorii, tj. rabatów o skutku lojalnościowym, gdzie analiza okoliczności sprawy jest wymagana, nie jest konieczne przeprowadzenie testu AEC. Wystarczające jest wykazanie istnienia mechanizmu opartego na lojalności. glosowanego wyroku.

[23] Sąd nie sprecyzował jednak, o jakie dokładnie koszty miałoby chodzić, tj. np. koszty zmienne, koszty całkowite, koszty możliwe do uniknięcia itp. Można sądzić, że obejmowałyby one jakiekolwiek koszty (produkcji lub nabycia).

[24] Pkt 145–146 glosowanego wyroku.

[25] Sąd nie wyjaśnił określenia „ujemny wynik testu". Odwołując się jednak do pkt 145 glosowanego wyroku, należy sądzić, że równie efektywni konkurenci byliby zmuszeni do pobierania cen poniżej kosztów produkcji lub kosztów nabycia.

pozwalałby mu nawet na odzyskanie swoich kosztów[26]. Dodatni wynik testu oznacza natomiast tylko tyle, że równie skuteczny konkurent jest w stanie odzyskać swoje koszty (jak wskazał Sąd, w przypadku testu AEC przeprowadzonego zarówno przez Komisję, jak i zaproponowanego przez Intel były to jedynie średnie koszty możliwe do uniknięcia; *average avoidable costs*)[27]. Nie można jednak na tej podstawie przesądzić, że efekt zamknięcia dostępu do rynku nie miał miejsca. Nawet w przypadku otrzymania dodatniego wyniku testu AEC mechanizm rabatu opartego na warunku wyłącznego zaopatrywania u dominanta może powodować, że dostęp do rynku będzie utrudniony[28].

Sąd jednocześnie wyraźnie odróżnił okoliczności sprawy Intel od innych rozstrzygnięć, gdzie test AEC był jednym z kluczowych kryteriów. Dotyczyły one praktyk cenowych polegających na stosowaniu tzw. nożyc cenowych (*margin squeeze*) (*TeliaSonera*[29], *Deutsche Telekom*[30]) oraz wybiórczo niskich cen (*Post Danmark*[31]). Sąd wyjaśnił, że konieczność zastosowania w powołanych sprawach testu równie efektywnego konkurenta wynikała z faktu, że nie jest możliwe stwierdzenie czy stosowanie określonej ceny stanowiło nadużycie pozycji dominującej bez porównania jej do cen i kosztów konkurentów (cena sama w sobie nie może być niezgodna z prawem). Natomiast w przypadku rabatów lojalnościowych to nie wysokość rabatu jest antykonkurencyjna, ale warunek wyłącznego lub prawie wyłącznego zaopatrywania się u dominanta w celu otrzymania rabatu[32].

Sąd nie kwestionował faktu, że w przypadku rabatów warunkowych (jak i innych praktyk) możliwe jest podnoszenie argumentów, że dana praktyka była niezbędna do osiągnięcia korzyści kosztowych lub innego rodzaju, które następnie zostałyby przeniesione na konsumentów (*efficiency defence*). Sąd uznał, że skarżąca nie przedłożyła żadnych argumentów w tym zakresie[33].

3. Nie ma znaczenia jaka część rynku była dotknięta praktyką

Dla oceny skutków rabatów lojalnościowych nie ma również znaczenia jaka część rynku była dotknięta praktyką. Sąd potwierdził tym samym wcześniejsze orzecznictwo (sprawy *Hoffmann-La Roche* oraz *Tomra*) odrzucające kryterium „odczuwalnego skutku" (*appreciable effect*) oraz progu *de minimis* na potrzeby stosowania art. 102 TFUE. W uzasadnieniu wyjaśnił, że konkurenci dominanta muszą mieć możliwość konkurować merytorycznie o cały rynek, a nie tylko o jego część, z kolei klienci znajdujący się w części rynku, do której dostęp jest zamknięty, powinni mieć możliwość korzystania z konkurencji w pełnym wymiarze, jaki tylko jest możliwy. Przedsiębiorstwo dominujące nie może uzasadniać przyznania niektórym nabywcom rabatu uzależnionego od wyłącznego zaopatrywania się u dominanta okolicznością, że jego konkurenci mogą dostarczać swe towary innym kontrahentom[34]. Ten sam argument Sąd powołał, uznając za nieistotną okoliczność,

[26] Ponownie, Sąd nie określił, jakich dokładnie kosztów.

[27] Koszt możliwy do uniknięcia (*avoidable cost*) oznacza taki koszt, którego przedsiębiorstwo mogłoby uniknąć, gdyby zaprzestało pewnej działalności w określonym okresie, np. produkcji jednostek towaru, do którego odnosi się antykonkurencyjna praktyka. Średni koszt możliwy do uniknięcia jest obliczany przez podzielenie wszystkich kosztów możliwych do uniknięcia przez wielkość produkcji. Zob. R. Whish, D. Bailey, *Competition Law*, Oxford University Press, Nowy Jork 2012, s. 717.

[28] Pkt 149–150 glosowanego wyroku.

[29] Wyr. Trybunału z dnia 17 lutego 2011 r. w sprawie C-52/09 – *Konkurrensverket v TeliaSonera Sverige AB*, Zb. Orz. 2011 I-527.

[30] Wyr. Trybunału z dnia 14 października 2010 r. w sprawie C-280/08 P – *Deutsche Telekom v Komisji*, Zb. Orz. 2010 I-9555.

[31] Wyr. Trybunału z dnia 27 marca 2012 r. w sprawie C-209/10 – *Post Danmark*, opublikowany w elektronicznym Zbiorze Orzeczeń na stronie: curia.europa.eu.

[32] Pkt 152 glosowanego wyroku.

[33] Argumentom Intel poświęconym korzyściom kosztowym i innego rodzaju zostały poświęcone pkt 1632– 640 decyzji Komisji. Komisja uznała jednak, że żaden z tych argumentów nie stanowi wystarczającego uzasadnienia dla stosowania kwestionowanych praktyk. Zob. również pkt 94 glosowanego wyroku.

[34] Pkt 114–117 glosowanego wyroku.

że warunek wyłącznego lub prawie wyłącznego zakupu w przypadku niektórych producentów sprzętu komputerowego dotyczył tylko wybranych segmentów rynku (konkretnych rodzajów komputerów), podczas gdy w innych segmentach producenci mieli swobodę wyboru[35].

IV. Ocena stanowiska Sądu

Formalistycznie podejście (*form-based approach*), jakie przyjął Sąd, rozpoznając skargę Intel na decyzję Komisji, nie jest zgodne z najnowszymi kierunkami rozwoju prawa konkurencji, które dążą do jego coraz większej „ekonomizacji". Polega ona na stosowaniu analiz ekonomicznych w celu wykazania czy na rynku ujawniły lub mogły (ze znacznym stopniem prawdopodobieństwa) ujawnić się antykonkurencyjne skutki określonych zachowań sprzecznych z prawem (*effects-based approach*)[36]. Podejście takie coraz częściej stosuje Komisja, czemu dała wyraz w wydanych Wytycznych w stosowaniu art. 102 TFUE do praktyk o charakterze wykluczającym podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące[37]. Również w swoim orzecznictwie Trybunał Sprawiedliwości zwracał uwagę na konieczność wykazywania potencjalnych antykonkurencyjnych skutków w celu stwierdzenia, że dana praktyka jest niezgodna z prawem[38]. Stosowanie analiz ekonomicznych, w tym także do zachowań przedsiębiorców dominujących, postuluje też doktryna[39].

1. Krytyka stosowania zakazu *per se*

Przede wszystkim negatywnie należy ocenić analizowanie jednostronnych praktyk Intela z perspektywy ogólnego zakazu *per se*. Przyznawanie rabatów, w tym także warunkowych, nie jest działaniem tak jednoznacznym, jak np. kartele (gdzie wyraźną intencją uczestników jest ograniczenie konkurencji)[40] i wymaga pogłębionych analiz ekonomicznych. Analizy te powinny być przeprowadzone za pomocą odpowiednich narzędzi i polegać na wykazaniu, że stosowany system rabatowy spowodował zablokowanie dostępu do rynku i w konsekwencji przyniósł szkodę konsumentom. W niniejszej sprawie Sąd nie wykazał w sposób wystarczający, że dostęp do rynku był zablokowany. Ograniczył się jedynie do stwierdzenia, że rabaty lojalnościowe z uwagi na sam swój charakter oraz okoliczność, że stanowiły zobowiązanie o wyłącznym charakterze, wiązały nabywców u dominanta. Nie można jednak uznać, że jest to równoznaczne z faktem, że dostęp do rynku dla konkurentów dominanta był niemożliwy lub utrudniony ze szkodą dla dobrobytu konsumentów. W wyroku Sądu brakuje rozważań co do tego czy kwestionowane zachowanie było szkodliwe dla konsumentów, gdyż Sąd stwierdził, że taka analiza nie jest konieczna. Trudno jednak zgodzić się ze stanowiskiem Sądu.

Ocena rabatów warunkowych w świetle zakazu *per se* wydaje się niewłaściwa, również dlatego, że rabaty – w tym także warunkowe – w wielu przypadkach mogą przyczynić się do osiągnięcia

[35] Pkt 125–132 glosowanego wyroku. Intel argumentowała, że spółka HP co prawda kupowała u Intel 95% swojego zapotrzebowania na procesory do stacjonarnych komputerów korporacyjnych, ale komputery te były tylko jednym z segmentów rynku. Biorąc pod uwagę całość zapotrzebowania HP na procesory (do różnego rodzaju komputerów), zakupy realizowane u Intel stanowiły jedynie 28% całości. Oznaczało, że nie była spełniona przesłanka pokrycia całości lub znacznej części zapotrzebowania u dominanta w rozumieniu powołanego orzecznictwa. Sąd nie podzielił jednak tych argumentów.

[36] A. Stawicki, [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i…*, s. 308–311.

[37] *Antitrust: Guidance on Commission enforcement priorities in applying Article 82 to exclusionary conduct by dominant firms – frequently asked questions*, pkt 1 i 2. Pobrano z: http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/08/761&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en (30.10.2014).

[38] R. Whish, D. Bailey, *Competition Law…*, s. 201 oraz powołane tam orzecznictwo: wyrm Trybunału z dnia 14 października 2010 r. w sprawie C-280/08 P – *Deutsche Telekom v Komisji*, Zb. Orz. 2010 I-9555, oraz wyr. Trybunału z dnia 17 lutego 2011 r. C-52/09 – *TeliaSonera Sverige*, Zb. Orz. 2011 I-527.

[39] Zob. A. Stawicki, [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i…*, s. 308–309.

[40] D. Geradin, A *Proposed Test for Separating Pro-Competitive Conditional Rebates from Anti-Competitive Ones*, s. 8 Pobrano z: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1315292 (30.10.2014).

różnego rodzaju korzyści (*efficiencies*). Obejmują one obniżenie cen dla nabywców, osiągnięcie korzyści skali, szybsze i bardziej efektywne odzyskanie kosztów stałych[41], czy też wspieranie konkurencji na niższym szczeblu rynku[42]. Rabaty, w tym lojalnościowe, mogą również służyć jako zachęta dla odsprzedawców, by podejmowali określonego rodzaju usługi dodatkowe dla dominanta, jak np. promocja jego produktów. W tym przypadku struktura rabatowa może wzmocnić konkurencję wewnątrzmarkową, międzymarkową bądź obie jednocześnie[43].

2. Krytyka odrzucenia testu AEC

W doktrynie argumentuje się, że efekt zablokowania dostępu do rynku powinien być badany, biorąc pod uwagę równie efektywnych konkurentów. Jeśli skutkiem stosowania systemu rabatowego jest eliminacja z rynków mniej efektywnych graczy, którzy przykładowo generują koszty dużo wyższe niż dominant, to w takiej sytuacji rabaty nie powinny być uznane za antykonkurencyjne, ponieważ nie przynoszą szkody konsumentom. W tym kontekście test równie efektywnego konkurenta, zaproponowany przez Komisję w Wytycznych, wydaje się być odpowiednim narzędziem do oceny rzekomo antykonkurencyjnych praktyk[44].

Co więcej, stanowisko przyjęte w wyroku w sprawie Intel pozostaje w sprzeczności do wcześniejszych, powołanych wyżej orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości, w których stwierdził on, że przeprowadzenie testu AEC jest konieczne do wykazania efektu zablokowania dostępu do rynku[45]. Nie jest zrozumiałe, dlaczego Sąd, pomimo że praktyki polegające zarówno na stosowaniu rabatów, jak i stosowania nożyc cenowych oraz wybiórczo niskich cen to praktyki cenowe, odmówił zastosowania testu AEC w stosunku do praktyk rabatowych, mimo że wcześniej stosował go w stosunku do nożyc cenowych i wybiórczo niskich cen. Rezultatem stosowania każdej z tych praktyk jest przecież określona cena, która determinuje czy równie efektywni konkurenci co dominant, są z nim w stanie skutecznie konkurować ceną. Nie są przekonujące argumenty Sądu, że rabaty stosowane przez Intel stanowiły *de facto* zobowiązanie o wyłącznym charakterze i dlatego różniły się od praktyk cenowych. Rabaty mogły co najwyżej być zachętą dla producentów sprzętu do zaopatrywania się wyłącznie u Intela, jednak ostatecznie mieli oni swobodę w realizowaniu swoich zakupów w innych źródłach, jeśli tylko otrzymaliby lepszą ofertę[46].

3. Krytyka innych ustaleń Sądu

Należy również zwrócić uwagę na kryterium „całości lub większości zakupów", jakie musiałyby być zrealizowane u dominanta, żeby otrzymać rabat (zob. pkt III.1. powyżej), które przesądza o tym, że rabaty warunkowe byłyby uznane za antykonkurencyjne w rozumieniu dotychczasowego orzecznictwa. Trudno nie zgodzić się, że kryterium to jest nieprecyzyjne, i o ile w przypadku wielkości, takich jak w niniejszej sprawie (tj. 100%, 95%, czy 80% zakupów) nie budzi większych

[41] Rabaty umożliwiają zwiększenie produkcji, co pozwala na rozłożenie kosztów stałych na większe ilości. To z kolei skutkuje obniżeniem średnich kosztów całkowitych i niższymi cenami dla konsumentów. Ma to znaczenie zwłaszcza w sektorach, gdzie koszty stałe są wysokie, np. nowe technologie czy farmaceutyki. D. Geradin, *A Proposed Test*…, s. 36.

[42] Przyznawanie takich samych obniżek zarówno dużym, jak i małym firmom pobudza konkurencję na rynku niższego szczebla, ponieważ dzięki nim odsprzedawcy osiągają podobny poziom kosztów krańcowych (pod warunkiem, że obniżki nie są rabatami zryczałtowanymi). Dzięki temu mniejsi gracze na rynku mogą wywrzeć większą presję konkurencyjną na większych odsprzedawców, z którymi konkurują na rynku niższego szczebla w stosunku do dominanta, niż miałoby to miejsce w przypadku przyznawania rabatów ilościowych. Zob. J. Padilla i D. Slater, *Rebates as an Abuse of Dominance under Article 82 EC*, GCLC Research Papers on Article 82 EC, Brugia 2005, s. 89.

[43] Ibidem, s. 88–89.

[44] Tak np. D. Geradin, *A Proposed Test*…, s. 11.

[45] Pkt 152 glosowanego wyroku.

[46] Zob. w tym kontekście J. Padilla i D. Slater, *Rebates as an Abuse of Dominance*…, s. 98.

wątpliwości, o tyle można się zastanawiać czy przyznanie rabatu w zamian za realizowanie zakupów, stanowiących np. 51% całości zapotrzebowania nabywcy, wyłącznie u dominanta również byłoby uznane za praktykę antykonkurencyjną. Wydaje się, że byłoby pożądane doprecyzowanie tego kryterium albo wprowadzenie kryterium tzw. bezpiecznej przystani (*safe harbour*), o czym również mowa poniżej.

Już nieco na marginesie zauważyć należy, że niekonsekwentne są rozważania Sądu dotyczące kryterium „odczuwalnego skutku" czy też progu *de minimis*. Jak wskazano powyżej, w jednym z punktów wyroku Sąd odrzuca te kryteria w przypadku stosowania art. 102 TFUE[47]. Mimo to w dalszych punktach analizuje, jaka część rynku była dotknięta praktyką i stwierdza, że była to część znaczna[48]. Wydaje się, że w kontekście powyższego, rozważania te mogłyby być zbędne, skoro konkurenci muszą mieć możliwość konkurować merytorycznie o cały rynek. Można jednak sądzić, że Sąd w ten sposób chciał w pełni odnieść się do argumentów i zarzutów Intel. Niemniej, nasuwa się pytanie: czy jednak kryterium „odczuwalnego skutku" nie miałoby racji bytu w stosowaniu także art. 102 TFUE, zwłaszcza w kontekście coraz większej ekonomizacji prawa konkurencji.

4. Argumenty na poparcie stanowiska Sądu

Mimo powyższej krytyki należy zastanowić się czy wyrok w sprawie Intel i przyjęte w nim formalistyczne podejście nie prezentuje jednak pewnych zalet nie tylko dla uczestników rynku, lecz także organów antymonopolowych, i nie przyczynia się w pewnym stopniu do wyjaśnienia aktualnego stanu prawnego w zakresie stosowania rabatów warunkowych, w tym rabatów lojalnościowych. Jak wskazuje się w doktrynie niewątpliwie największa zaletą formalnego podejścia do oceny zakazów wynikających z art. 102 TFUE jest ich większa przewidywalność[49]. Potwierdzenie przez Sąd, że stosowanie rabatów lojalnościowych w każdym przypadku stanowi naruszenie reguł konkurencji i jest zakazane *per se* może przyczynić się do zwiększenia pewności prawnej, która niewątpliwie byłaby pożądana w tak niejednoznacznym obszarze prawa konkurencji, jak polityka rabatowa dominantów[50]. Często powoduje ona wiele wątpliwości i trudności praktycznych zarówno dla samych zainteresowanych, jak i prawników doradzających takim podmiotom, jak skonstruować system rabatowy zgodny z prawem. Rezygnacja przez Sąd z oceny rabatów warunkowych w świetle ogólnego zakazu *per se* oznaczałaby natomiast konieczność zmiany całego dotychczasowego orzecznictwa w tym obszarze prawa konkurencji (co może zresztą częściowo uzasadniać, dlaczego Sąd wydał wyrok właśnie takiej treści).

Zapewnienie większej pewności prawnej w zakresie stosowania rabatów warunkowych byłoby szczególnie pożądane z uwagi na fakt, że Wytyczne, których celem było zapewnienie większej jasności i przewidywalności, okazały się narzędziem nie w pełni skutecznym i doskonałym. Jak wskazują niektórzy autorzy, nie są one wystarczająco radykalne i wprowadzają niewiele w kwestii pewności prawa[51]. Ponadto, Wytyczne nie mają jednak charakteru prawnie wiążącego, a zatem

[47] Pkt 116–117 glosowanego wyroku.

[48] Sąd uznał, że w latach 2003-2005 udziały rynkowe spółki Dell (która otrzymywała rabaty w zamian za realizację całości zapotrzebowania u Intel) wynosiły od 14,58% do 16,34%, co oznacza, że w tym okresie dostęp do przynajmniej takiej części rynku był zablokowany przez Intel, co jest w ocenie Sądu częścią znaczną.

[49] A. Stawicki, [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i…*, s. 310.

[50] Zob. J. Padilla i D. Slater, *Rebates as an Abuse of Dominance…*, s. 98.

[51] Tak np. G. Monti, *Article 82 EC: What Future for the Effects-Based Approach?*, „Journal of European Competition Law & Practice" 2010, nr 1,s. 10.

Komisja nie jest zobowiązana do ich stosowania w każdej sprawie (określają jedynie priorytety, jakimi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. 102 TFUE). Tym bardziej sądy krajów członkowskich oraz krajowe organy ochrony konkurencji nie mają obowiązku się do nich odwoływać (mimo iż, jak wskazuje sama Komisja, Wytyczne były szeroko omawiane z krajowymi organami ochrony konkurencji i istnieje przez to zgoda co do ich treści[52]).

Ponadto, podejście oparte na analizie skutków ekonomicznych w związku ze zwiększonym zróżnicowaniem reguł oceny wymaga dużo większych nakładów niż podejście formalne. Każdorazowa ocena systemu rabatowego oparta na skutkach (*case-by-case analysis*) prowadziłaby do zwiększenia kosztów po stronie zarówno organów antymonopolowych, jak i przedsiębiorców. Pierwsze obejmują koszty regulacyjne (tj. koszty związane ze stanowieniem reguł konkurencji oraz ponoszone przez organy ochrony konkurencji koszty monitorowania, tak o charakterze szczególnym, jak i ogólnym), koszty informowania oraz koszty administrowania. Natomiast koszty ponoszone przez przedsiębiorców to koszty związane z przestrzeganiem reguł konkurencji oraz wszelkiego rodzaju koszty pośrednie wynikające ze zmniejszonej pewności co do prawa[53]. Stosowanie podejścia *per se* do oceny rabatów lojalnościowych pozwala utrzymać te koszty na niewątpliwie niższym poziomie niż w przypadku podejścia opartego na analizie skutków konkretnej sprawy[54].

Testowi AEC można z kolei zarzucać, że przynosi odmienne wyniki w zależności od przeprowadzonej analizy i oceny dowodów uwzględnionych do zastosowania testu. Wyniki te są następnie kwestionowane przez uczestników postępowań tak, jak miało to miejsce w sprawie Intel[55]. Wprowadzenie ogólnych zakazów *per se* mogłoby zatem zapobiec tego typu problemom, a oprócz tego przyczynić się do zmniejszenia długości i kosztów postępowania.

V. Uwagi końcowe

Wyrok w sprawie Intel spotkał się ze zróżnicowanymi ocenami. Jedni zarzucają mu „swego rodzaju krok w tył”[56], inni natomiast pochwalają Sąd za potwierdzenie dotychczasowego orzecznictwa unijnego w zakresie nadużycia pozycji dominującej[57]. Mimo niewątpliwie pewnych korzyści, jakie można osiągnąć, stosując formalistyczne podejście do oceny systemów rabatowych dominantów, stanowisko Sądu w sprawie Intel nie zasługuje na aprobatę. Przede wszystkim odbiega ono znacznie od aktualnych kierunków rozwoju prawa konkurencji, a poza tym może z góry prowadzić do zakazania wielu systemów rabatowych, które byłyby korzystne albo chociaż neutralne z punktu widzenia konkurencji na rynku. Stosowanie ogólnych zakazów *per se* do praktyk, których ocena wymaga przeprowadzenia szczegółowych analiz ekonomicznych, nie jest właściwe.

52 *Antitrust: Guidance on Commission enforcement priorities*…, pkt 9.

53 A. Zawłocka-Turno, B. Turno, *Ustalanie sztywnych lub minimalnych cen odsprzedaży jako porozumienie ograniczające konkurencję ze względu na cel (przedmiot) w prawie unijnym*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2011, z. 4, s. 78–79.

54 Jak słusznie argumentuje się w doktrynie, podejście formalistyczne zwiększa ryzyko błędów polegających na wydawaniu decyzji błędnie stwierdzających (*false positive decisions*) albo decyzji błędnie niestwierdzających stosowania zakazanej praktyki (*false negative decisions*). Podejście oparte na analizie skutków, poprzez rozróżnianie pro- i antykonkurencyjnego charakteru konkretnej praktyki, pozwoliłoby na zmniejszenie kosztów takich błędów. Zob. A. Zawłocka-Turno, B. Turno, *Ustalanie sztywnych lub minimalnych cen*…, s. 78–79. Zob. również: A. Stawicki, [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i*…, s. 310 i K. Kohutek, Praktyki wykluczające przedsiębiorstw dominujących. Prawidłowość i stosowalność reguł prawa konkurencji, LEX a Wolters Kluwer biseness, Warszawa 2012, s. 220–221.

55 D. Geradin, *The Decision of the Commission of 13 May 2009 in the Intel case: Where is the Foreclosure and Consumer Harm?*, s. 16. Pobrano z: http://www.intel.com/pressroom/legal/docs/Damian_paper.pdf (30.10.2014).

56 K. Kohutek, Glosa do wyroku S(PI) z dnia 12 czerwca 2014 r., T-286/09, LEX.

57 W. Wils, *The judgement of the EU General Court in Intel and the so-called ‘more economic approach’ to abuse of dominance*. Pobrano z: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2498407 (30.10.2014).

Pewność prawną można natomiast osiągnąć innymi sposobami (nie odwołując się jednocześnie do przesłanek w pełni opartych na teoriach ekonomicznych[58]).

Jednym z takich sposobów byłoby zdefiniowanie przez Sąd tzw. bezpiecznych przystani. Mogłyby one polegać na przyjęciu, że rabaty warunkowe stosowane do ograniczonej wielkości popytu, jaka miałaby być realizowana u dominanta (w relatywnie niedługim okresie referencyjnym)[59], co do zasady nie mogą wywoływać wykluczających skutków na rynku[60]. Innym rozwiązaniem byłoby zastosowanie zmodyfikowanego zakazu *per se*. Obejmowałby on domniemanie, że rabaty lojalnościowe są prokonkurencyjne i przynoszą korzyści, chyba że istniałyby silne dowody wskazujące, że ich stosowanie może doprowadzić do wykluczenia z rynku równie efektywnych konkurentów[61].

Spółka Intel wniosła odwołanie do Trybunału o uchylenie wyroku Sądu i stwierdzenie nieważności decyzji Komisji[62]. Czas pokaże czy Trybunał wykorzysta tę okazję, by zmienić swoją dotychczasową linię orzeczniczą.

Emilia Wardęga
LL.M. (College of Europe, Brugia), aplikant adwokacki II roku, *associate* w dziale prawa konkurencji kancelarii WKB Wierciński Kwieciński Baehr Sp. k. w Warszawie[*];
email: emilia.wardega@wkb.com.pl

[58] Zob. G. Monti, *Article 82 EC:*…, s. 6. Autor przytacza poglądy zwracające uwagę na fakt, że analizy ekonomiczne mogą pomóc w kształtowaniu prawa, ale nie mogą być jedynym czynnikiem je kształtującym. Poleganie wyłącznie na zasadach ekonomicznych może się okazać nieproduktywne i odwrotne do zamierzonego skutku.

[59] J. Padilla i D. Slater proponują 50%. Zob. J. Padilla i D. Slater, *Rebates as an Abuse of Dominance*…

[60] Przy założeniu, że nie istniałoby żadne formalne zobowiązanie do wyłącznego zakupu, ale jedynie zachęta do wyłącznego zaopatrywania się u dominanta, gdzie ostatecznie nabywca korzystałby ze swobody wyboru.

[61] J. Padilla i D. Slater, *Rebates as an Abuse of Dominance*…, s. 98 i 104.

[62] Sprawa nr C-413/14 P – *Intel Corporation przeciwko Komisji*.

[*] Autorka dziękuje dr. Bartoszowi Turno za jego cenne uwagi.

Początek biegu terminu dla wszczęcia postępowania antymonopolowego w przypadku zaprzestania stosowania praktyki ograniczającej konkurencję.

Wyrok Sądu Najwyższego z 20 lutego 2014 r. III SK 26/13

1. **Co prawda organ ochrony konkurencji może wydać decyzję o uznanie praktyki za ograniczającą konkurencję i stwierdzającą zaniechanie jej stosowania, ale postępowanie antymonopolowe musi zostać wszczęte przed upływem terminu z art. 93 ustawy. Początek biegu tego terminu prawodawca połączył zaś z zaprzestaniem stosowania praktyki ograniczającej konkurencję.**
2. **W przypadku porozumień ograniczających konkurencję ze względu na cel to zasadniczo sama treść porozumienia, wsparta oceną kontekstu gospodarczo-prawnego porozumienia, uzasadnia przyjęcie założenia, że do ograniczenia konkurencji doszło już wskutek zawarcia porozumienia. Skutki tego porozumienia nie muszą zmaterializować się w obrocie gospodarczym. Nie ma to jednak bezpośredniego znaczenia dla art. 93 ustawy, dla którego liczy się tylko, czy zaprzestano stosowania porozumienia.**

Niniejszy wyrok wydany został w związku z wniesieniem skargi kasacyjnej przez przedsiębiorcę – J.K. w sprawie stwierdzenia przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: Prezes UOKiK) istnienia porozumienia ograniczającego konkurencję.

Skarżona decyzja

Decyzją Nr RKT 97/2006 z dnia 29 grudnia 2006 r. Prezes UOKiK uznał za ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów[1] (dalej: ustawa) praktykę polegającą na zawarciu przez 94 przedsiębiorców współpracujących z Systemem Oferowania Nieruchomości Spółka z o.o. z/s w K. porozumienia ograniczającego konkurencję na rynku usług pośrednictwa w obrocie nieruchomościami obejmującym obszar województwa śląskiego polegającego na przyjęciu w umowach uczestnictwa w Systemie Oferowania Nieruchomości Sp. z o.o. oraz w promocyjnych umowach uczestnictwa kandydata do Systemu Oferowania Nieruchomości zobowiązania do stosowania w umowach pośrednictwa w obrocie nieruchomościami zapisów obowiązkowych zamieszczonych w ramowym wzorze umowy pośrednictwa sprzedaży (wynajmu) lokali (nieruchomości) na zasadach wyłącznego prawa sprzedaży (wynajmu) określającym minimalną wysokość prowizji za świadczone usługi, tryb dokonywania płatności prowizji, wysokość kar umownych oraz wysokość odsetek umownych za nieuregulowanie należności w terminie i stwierdził zaniechanie jej stosowania z dniem 1 października 2005 r.

[1] Ustawa z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2003 r., nr 86, poz. 804; nr 170, poz.1652 oraz Dz.U. z 2004 r., nr 93, poz. 891).

Postepowanie sądowe

W związku z wniesionym przez J.K. oraz innych przedsiębiorców odwołaniem, Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Warszawie (dalej: SOKiK) wyrokiem z dnia 10 listopada 2009 r., sygn. akt: XVII AmA 7/08, oddalił odwołanie. SOKiK wskazał, że dla uznania porozumienia za objęte zakazem z art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy nie jest konieczne wykazanie jego skutków w postaci rzeczywistego wpływu na konkurencję, gdyż z samej natury tych porozumień wynika ich cel w postaci ograniczenia konkurencji.

SOKiK potwierdził, iż porozumienie zakwestionowane przez Prezesa UOKiK w decyzji jest porozumieniem polegającym na ustaleniu cen i innych warunków sprzedaży towarów wpływającym negatywnie na zarówno swobodną konkurencję między uczestnikami rynku, jak i sytuację konsumentów.

SOKiK podzielił przy tym stanowisko Prezesa UOKiK, że zawarte porozumienie potencjalnie wykluczało konkurencję między uczestnikami, naruszało zasadę niezależności uczestników porozumienia w zakresie podejmowania samodzielnych decyzji odnośnie do ustalania własnej strategii rynkowej, co w konsekwencji pozbawiało konsumentów możliwości wyboru spośród biur działających w ramach SON przedsiębiorcy oferującego najkorzystniejsze warunki świadczonych usług. Podkreślił też, że nieustalenie przez organ świadomości ograniczenia konkurencji po stronie przedsiębiorców nie jest konieczne do uznania, że doszło do naruszenie art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy, ponieważ o tym decyduje obiektywny cel porozumienia. SOKiK wskazał również, że bez znaczenia dla uznania porozumienia za antykonkurencyjne ma okoliczność czy obowiązki wynikające z porozumienia były egzekwowane oraz czy powodowie stosowali się do treści podpisanych umów, gdyż do naruszenia ustawy wystarczy już samo zawarcie porozumienia.

Rozstrzygając w przedmiocie wniesionego odwołania, SOKiK nie podzielił także zarzutu naruszenia art. 93 ustawy. Powodowie wskazali tu bowiem, iż porozumienie zawarte w dniu 18 października 2003 r. nigdy nie było realizowane, zatem brak było podstaw do wszczęcia i prowadzenia postępowania antymonopolowego pomimo tego, biorąc pod uwagę upływ rocznego terminu, w ciągu którego dopuszczalne było wszczęcie postępowania antymonopolowego. W związku z postawionym zarzutem SOKiK stwierdził, iż z materiału dowodowego sprawy wynika, że stosowania niedozwolonych praktyk zaprzestano najwcześniej w dniu 20 lutego 2005 r., a najpóźniej w dniu 1 października 2005 r., postępowanie zaś wszczęto przed upływem rocznego terminu przedawnienia, który w świetle tych ustaleń należało liczyć od końca 2005 r., w którym to roku zaprzestano stosowania praktyk.

Od powyższego rozstrzygnięcia przedsiębiorcy wnieśli apelacje. Rozpatrując zarzuty powodów, Sąd Apelacyjny w Warszawie wyrokiem z 25 kwietnia 2012 r., sygn. akt: VI ACa 1498/11, oddalił apelacje. W pierwszej kolejności Sąd Apelacyjny skazał na bezzasadność zarzutu opartego na naruszeniu przez SOKiK art. 93 ustawy. Jak wskazał Sąd, w przypadku praktyk antykonkurencyjnych polegających na zawarciu umowy termin, o którym mowa w art. 93 ustawy, zaczyna swój bieg od końca roku, w którym zaprzestano stosowania takiej umowy. Sąd Apelacyjny nie podzielił poglądu, zgodnie z którym w przypadku zawarcia porozumienia, którego strony w ogóle nie wykonywały, za datę początkową biegu terminu przedawnienia należy uznać datę zawarcia porozumienia, gdyż ustawa zakazuje zawierania porozumień antykonkurencyjnych bez względu

na to czy były lub będą one realizowane, skoro zakazem zawierania porozumień objęty jest sam cel porozumienia. Tym samym SOKiK uznał, że kwestionowane porozumienie zostało zawarte w dniu 18 października 2003 r. i obowiązywało większość jego uczestników do 1 października 2005 r., wobec czego wszczęcie postępowania przez Prezesa Urzędu w dniu 19 października 2005 r. było dopuszczalne. Dopiero bowiem w dniu 25 sierpnia 2005 r. zarząd SON podjął uchwałę wprowadzającą z dniem 1 października 2005 r. regulamin SON w nowym brzmieniu, z treści regulaminu usunięto postanowienie nakładające na biura nieruchomości, współpracujące z SON, obowiązek stosowania w zawieranych umowach zapisów obowiązkowych zawartych w treści umowy pośrednictwa obrocie nieruchomościami.

W przedmiocie zarzutu naruszenia art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy Sąd Apelacyjny wyjaśnił, że dla uznania porozumienia za naruszające interes publiczny, przez złamanie zakazu określonego w art. 5 ustawy, wystarczającym jest, że strony porozumienia postawiły sobie za cel ograniczenie konkurencji i nie ma znaczenia czy cel ten został osiągnięty. Zakazem objęty jest sam zamiar zrezygnowania w całości lub części z suwerenności w zakresie podejmowania decyzji gospodarczych. Cel porozumienia powinien być ustalany na podstawie kryteriów obiektywnych oraz kontekstu ekonomicznego porozumienia bez konieczności badania subiektywnego zamiaru stron. Sąd Apelacyjny uznał także za bezpodstawny zarzut naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy w związku z art. 1 pkt 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 2004 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz o zmianie niektórych ustaw[2], ponieważ powodowie zaprzestali stosowania praktyk antykonkurencyjnych dopiero w dniu 1 października 2005 r.

Powyższe rozstrzygnięcie zaskarżone zostało przez J.K. skargą kasacyjną, wskazując na zarzuty analizowane wcześniej przez Sąd Apelacyjny w toku postępowania apelacyjnego.

Rozstrzygnięcie Sądu Najwyższego

Rozstrzygając o zasadności wniesionej skargi kasacyjnej, w pierwszej kolejności Sąd Najwyższy najobszerniej odniósł się do zarzutu naruszenia art. 93 ustawy, jak bowiem wskazano – w przypadku jego uwzględnienia decyzja Prezesa Urzędu powinna zostać w postępowaniu sądowym uchylona ze względu na wygaśnięcie kompetencji organu ochrony konkurencji do ścigania naruszeń ustawy, przybierających postać praktyki ograniczającej konkurencję.

Sąd Najwyższy wskazał na istnienie obszernego orzecznictwa oraz piśmiennictwa w zakresie zastosowania art. 93 ustawy, jednakże brak jest rozstrzygnięcia kwestii początku biegu terminu, o którym mowa w tym przepisie, w odniesieniu do porozumień ograniczających konkurencję, które zostały zawarte, ale nie były przez strony realizowane.

W tym zakresie powód przedstawił istniejący spór w piśmiennictwie, gdzie z jednej strony podnosi się, iż w przypadku porozumień ograniczających konkurencję przybierających postać umowy cywilnoprawnej nie można mówić o zaprzestaniu stosowania praktyki, dopóki umowa nie zostanie rozwiązana (zmieniona). Tak długo, jak taka umowa obowiązuje, strony zobligowane są do określonego zachowania, które jest sprzeczne z ustawą[3]. W przypadku takich porozumień termin, o którym mowa w art. 93 ustawy, rozpoczyna swój bieg dopiero z końcem roku, w którym

[2] Ustawa z dnia 16 kwietnia 2004 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz o zmianie niektórych ustawy (Dz.U. 2004 Nr 93, poz. 891).

[3] J. Krüger [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2011, s. 908.

umowa została rozwiązana (zmieniona), przy czym nie ma znaczenia czy umowa taka – stanowiąca formalną podstawę dla porozumienia – jest rzeczywiście wykonywana.

W opozycji do powyższego stanowiska, drugi pogląd, reprezentowany m.in. przez K. Kohutka, zakłada, że niewykonywanie przybierającego postać umowy porozumienia ograniczającego konkurencję powinno skutkować szybszym rozpoczęciem biegu terminu, o którym mowa w art. 93 ustawy. Wskazuje się, że skoro status porozumienia w rozumieniu ustawy mają także umowy, które zostały rozwiązane przez strony oraz umowy, które i tak (z różnych powodów) nie wywołują skutków cywilnoprawnych, do zaprzestania stosowania praktyki w rozumieniu art. 93 ustawy nie jest konieczne rozwiązanie takiej umowy. Decydujące znaczenie powinno mieć samo zaprzestanie jej realizacji[4].

Rozstrzygając powyższe Sąd Najwyższy w pierwszej kolejności stwierdził, że art. 93 ustawy łączy wygaśnięcie kompetencji Prezesa UOKiK do wszczynania postępowania w sprawie praktyk ograniczających konkurencję z upływem określonego przedziału czasu liczonego od zaprzestania stosowania praktyki. Organ ochrony konkurencji może wydać decyzję o uznanie praktyki za ograniczającą konkurencję i stwierdzającą zaniechanie jej stosowania, jednakże postępowanie antymonopolowe musi zostać wszczęte przed upływem terminu, o którym mowa w art. 93 ustawy. Początek biegu tego terminu prawodawca połączył zaś z zaprzestaniem stosowania praktyki ograniczającej konkurencję.

Jak wskazał Sąd Najwyższy, w przypadku porozumień, które nie są wykonywane, o ewentualnym naruszeniu zakazu z art. 5 ust. 1 ustawy można mówić wyłącznie w odniesieniu do porozumień, których celem jest ograniczenie konkurencji. Aby można było stwierdzić, że powyższy zakaz został naruszony, porozumienia ograniczające konkurencję ze względu na skutek muszą być realizowane w praktyce obrotu gospodarczego przez strony. Inaczej jest w przypadku porozumień ograniczających konkurencję ze względu na cel, w których to zasadniczo sama treść porozumienia, wsparta oceną kontekstu gospodarczo-prawnego porozumienia, uzasadnia przyjęcie założenia, że do ograniczenia konkurencji doszło już wskutek zawarcia porozumienia. Skutki tego porozumienia nie muszą zmaterializować się w obrocie gospodarczym, co nie ma jednak bezpośredniego znaczenia dla art. 93 ustawy, dla którego liczy się tylko czy zaprzestano stosowania porozumienia.

Sąd Najwyższy podkreślił, że porozumienie, którego celem jest ograniczenie konkurencji, jest stosowane, gdy jego strony zachowują się w sposób odpowiadający poczynionym ustaleniom. Jednakże, gdy takie porozumienie pomimo zawarcia nie było nigdy wykonywane, tj. – jak ma to miejsce w przedmiotowym stanie faktycznym – gdy sformalizowana w umowie koordynacja zachowań przedsiębiorców nie miała miejsca, nie można mówić o „stosowaniu praktyki ograniczającej konkurencję". Zdaniem Sądu Najwyższego oznacza to, że „w przypadku porozumień ograniczających konkurencję w rozumieniu art. 5 ust. 1 ustawy ze względu na cele, które nie były wykonywane przez strony, do zaprzestania stosowania praktyki w rozumieniu art. 93 ustawy dochodzi z chwilą zawarcia takiego porozumienia".

[4] K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2008, s. 948–949; C. Banasiński, E. Piontek (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, LexisNexis, Warszawa 2009, s. 775–776). W przypadku porozumienia, które nie było wykonywane, o zaprzestaniu stosowania praktyki można zatem mówić już od chwili jego zawarcia; zob. E. Modzelewska-Wąchal, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Twigger, Warszawa 2002, s. 307.

Dokonując powyższej wykładni, Sąd Najwyższy w związku z brzmieniem art. 398^{13} § 2 kodeksu postępowania cywilnego nie uwzględnił zarzutu naruszenia art. 93 ustawy, gdyż jak zauważył „wydając wyrok w pierwszej instancji, Sąd Okręgowy w Warszawie stwierdził, że ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego wynika, iż stosowania niedozwolonych praktyk zaprzestano najwcześniej w dniu 20 lutego 2005 r., a najpóźniej w dniu 1 października 2005 r. A zatem, wbrew argumentacji powoda, zgodnie z którą porozumienie zawarto, ale go nie wykonywano, z ustaleń Sądu pierwszej instancji, których nie podważono na etapie postępowania kasacyjnego, wynika jednoznacznie, iż porozumienie nie tylko zawarto, ale także wykonywano".

Za bezpodstawne uznał Sąd Najwyższy również dwa pozostałe zarzuty, dotyczące naruszenia art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy w związku z art. 1 pkt 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 2004 r. oraz art. 5 ust. 1 ustawy. W odniesieniu do tego ostatniego, Sąd Najwyższy, wskazując na utrwalone orzecznictwo[5], podkreślił, iż świadomość naruszenia zakazów wynikających z ustawy nie ma znaczenia dla samej możliwości kwalifikacji zachowania przedsiębiorcy jako praktyki ograniczającej konkurencję i nie jest konieczne do stwierdzenia zachowania niedozwolonego w świetle art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy. Sąd Najwyższy powtórzył również za wcześniejszym orzecznictwem[6], że „objęte zakresem normowania tego przepisu porozumienia cenowe mają na celu ograniczenie konkurencji, nie tylko wtedy, gdy strony porozumienia mają zamiar ingerencji w funkcjonowanie mechanizmu konkurencji, ale także wtedy, gdy z przedmiotu poczynionych przez jego strony uzgodnień wynika, że nieodzownym skutkiem porozumienia jest ograniczenie konkurencji. Decyduje o tym sprzeczność materii uzgodnień przedsiębiorców z celami ustawy, zaś ocena, czy celem porozumienia jest ograniczenie konkurencji obejmuje analizę treści (przedmiotu) porozumienia oraz kontekstu gospodarczego, w jakim doszło do uzgodnień między przedsiębiorcami" i stwierdził, że konstatacja ta dotyczy także porozumień, których treść odpowiada praktykom ograniczającym konkurencję wymienionym w art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy.

Ilona Szwedziak-Bork
doktorantka w Zakładzie Europejskiego Prawa Gospodarczego
Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego;
e-mail: ilona.szwedziak@gmail.com

[5] Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 stycznia 2009 r., III SK 26/08 (OSNP 2010 r. nr 13–14, poz. 179).

[6] Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 maja 2004 r., III SK 44/04 (OSNP 2005 r. nr 9, poz. 139) oraz z dnia 23 listopada 2011 r., III SK 21/11 (OSNP 2012 r. nr 21–22, poz. 276).

Kontrola koncentracji a rynki instrumentów finansowych – wyznaczanie rynku właściwego w praktyce Komisji Europejskiej.

Decyzje Komisji Europejskiej
w sprawach Nr COMP/.6166 *Deutsche Börse/NYSE Euronext*
oraz Nr COMP/M.6873 *Intencontinental Exchange NYSE Euronext*

I. Wstęp

Przedmiotem niniejszego artykułu jest omówienie dwóch decyzji Komisji Europejskiej (dalej: Komisja) pod kątem analizy zagadnienia wyznaczania rynków właściwych przez organy antymonopolowe podczas oceny koncentracji, dotyczących instrumentów finansowych. W ostatnich latach Komisja Europejska wydała w tym zakresie dwie istotne decyzje. Pierwszą z nich była decyzja zakazująca koncentracji *Deutsche Borse* i *NYSE Euronext* w 2012 roku, drugą – decyzja zezwalająca na dokonanie koncentracji pomiędzy *Intencontinental Exchange* a *NYSE Euronext* z 2013 roku.

II. Rynek właściwy w prawie ochrony konkurencji

Prawidłowe zdefiniowanie rynku właściwego jest podstawą każdego postępowania antymonopolowego, w tym również postępowania w sprawie kontroli koncentracji. Jak podkreśla się w doktrynie prawa ochrony konkurencji, rynek właściwy jest pierwszą z dwóch centralnych i fundamentalnych kategorii konkurencji, kluczową także dlatego, że druga z tych kategorii – siła rynkowa – uzewnętrznia się właśnie na rynku właściwym[1]. Zadaniem prawa antymonopolowego nie jest badanie zjawisk zachodzących na rynku rozumianym w myśl zasad ekonomii jako miejscu zetknięcia się popytu i podaży[2], ale takich, które zachodzą na rynku ściśle określonym zarówno produktowo, jak i geograficznie. Pozwala to na uchwycenie odpowiedniego obszaru, na którym w gospodarce wolnorynkowej odbywa się walka konkurencyjna między przedsiębiorcami. W związku z tym rynek właściwy często jest określany w doktrynie prawa konkurencji jako „arena konkurencji[3]. Podsumowując, do zachowań ograniczających konkurencję, którym starają się zapobiegać organy antymonopolowe dochodzi zawsze na odpowiednio zdefiniowanym rynku właściwym.

Wyznaczenie rynku właściwego w przypadku kontroli połączeń kapitałowych jest niezbędnym etapem każdego postępowania przed organami antymonopolowymi, w tym także przed Komisją Europejską. Spowodowane jest to tym, że Komisja zobowiązana jest zbadać czy w wyniku konkretnego połączenia konkurencja na danym rynku właściwym nie zostanie istotnie ograniczona (tzw. test SIEC – *Significant Impediment of Effective Competition*).

Dla identyfikacji rynku właściwego kluczowe jest określenie dwóch jego wymiarów – produktowego oraz geograficznego. Ponadto w niektórych przypadkach konieczne może okazać

[1] T. Skoczny, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2014, s. 207.

[2] Ibidem.

[3] L. Ritter, W.D. Braun, *European Competition Law*, Kluwer Law International, The Hague 2005, s. 24.

się wyznaczenie wymiaru czasowego rynku właściwego. Badanie wymiaru produktowego rynku właściwego odbywa się na podstawie analizy substytucyjności towarów, definiowanej najczęściej z perspektywy popytu. Takie badanie wymaga zasadniczo wzięcia pod uwagę trzech elementów: przeznaczenia, ceny i właściwości (w tym jakości) towarów. Generalnie towary należące do jednego rynku właściwego muszą być zastępowalne (na zasadzie bliskiej substytucyjności) i muszą służyć zaspokojeniu tych samych potrzeb nabywców. Badanie wymiaru geograficznego rynku właściwego sprowadza się natomiast do określenia obszaru geograficznego, na którym panują zbliżone warunki konkurencji. Kryteria pomagające określić rynek właściwy geograficznie to m.in. rodzaj i właściwość towarów, istnienie barier dostępu do rynku czy preferencje konsumentów.

III. Decyzje *Deutsche Borse/NYSE Euronext* oraz *InterContinental Exchange/NYSE Euronext*

Decyzją *Deutsche Borse/NYSE Euronext* Komisja Europejska zakazała dokonania koncentracji pomiędzy giełdami będącymi (pod względem obrotu) drugim i trzecim tego typu podmiotami na świecie. Po przeprowadzeniu planowanej transakcji obrót osiągany przez nowo powstałego przedsiębiorcę dwukrotnie przewyższałby obrót osiągany przez dotychczasowego lidera rynku.

Zakazując dokonania koncentracji, Komisja Europejska stwierdziła, że doprowadzenie do jej skonsumowania istotnie ograniczy konkurencję na rynku europejskich finansowych instrumentów pochodnych. Przeprowadzona przez Komisję analiza wykazała również, że koncentracja na tak wyznaczonym rynku właściwym dotyczy dwóch najbliższych konkurentów. Po dokonaniu koncentracji nowy podmiot kontrolowałby ponad 90% tego geograficznie globalnego rynku właściwego. W ocenie Komisji tak wysoki udział rynkowy powiązany z bliskością konkurencji, odbywającej się dotychczas pomiędzy uczestnikami koncentracji, a także wysokie bariery wejścia na rynek właściwy świadczyły o tym, że koncentracja doprowadziłaby do powstania quasi-monopolu, co w przypadku badanego rynku skutkowałoby istotnym ograniczeniem konkurencji[4].

W drugiej z decyzji będącej przedmiotem niniejszej analizy Komisja nie znalazła natomiast przeszkód wydania zgody na dokonanie koncentracji pomiędzy *InterContinental Exchange* a *NYSE Euronext*. Podczas oceny tej koncentracji organ antymonopolowy przeprowadził głównie badanie rynków obrotu i rozliczania określonych instrumentów pochodnych (w szczególności tych, których instrumentami bazowymi były produkty rolne lub *US equity index*)[5].

IV. Rynek właściwy dla papierów wartościowych w praktyce Komisji Europejskiej

1. Rynek właściwy dla notowań akcji i obligacji w praktyce Komisji Europejskiej

Komisja Europejska, dokonując analizy koncentracji w sprawach *Deutsche Borse/NYSE Euronext* oraz *InterContinental Exchange/NYSE Euronext*, w kilku przypadkach pozostawiła otwartą kwestię wyznaczenia rynku właściwego (nie przesądzając jednoznacznie o jego zakresie produktowym i geograficznym). Pomimo tego decyzje będące przedmiotem niniejszej analizy dostarczają istotnych wskazówek, jak w przyszłości organy antymonopolowe, posiłkując się praktyką

[4] Decyzja Komisji Europejskiej Nr COMP/6166 *Deutche Borse/Nyse Euronext* z 1.02.2012.

[5] Decyzja Komisji Europejskiej Nr COMP/M.6873 *Intercontinental Exchange/Nyse Euronext* z 24.06.2013.

decyzyjną Komisji, mogą określić rynek właściwy dla papierów wartościowych, na potrzeby przeprowadzenia kontroli koncentracji przedsiębiorców.

Rynki właściwe dla akcji i obligacji zostały przeanalizowane przez Komisję Europejską w decyzji *Deutsche Borse/NYSE Euronext*. W pierwszym rzędzie dokonane zostało rozdzielenie tych papierów wartościowych jako wchodzących w skład odrębnych rynków właściwych produktowo. Podstawą przeprowadzenia takiego podziału było założenie, że emisja akcji, odmiennie od obligacji, wiąże się z konsekwencjami zmian w strukturze własnościowej podmiotów przeprowadzających emisję. Zarówno rynki akcji, jak i obligacji podzielone zostały natomiast na rynki notowań oraz obrotu, a także m.in. rynek rozliczeń papierów wartościowych.

Wyznaczając rynek właściwy notowań akcji, Komisja Europejska wskazała, że co do zasady należy wyróżnić dwa sposoby notowania tego typu papierów wartościowych. Akcje są bowiem notowane w jednym (*primary domestic listing*) lub w kilku krajach (*international listing*). W związku z dokonaniem takiego podziału dla każdego z rodzajów notowań Komisja Europejska przeprowadziła odrębną analizę i badanie rynków. Badanie przeprowadzone dla notowań krajowych wykazało, że są one przeprowadzane z reguły przez spółki zarejestrowane w kraju, w którym dochodzi do emisji akcji. Według Komisji Europejskiej związane jest to z „domowym przywiązaniem" spółek wynikającym z pewności prawnej przedsiębiorców w danym środowisku gospodarczym, która wiąże się m.in. ze znajomością przepisów administracyjnych i regulacyjnych obowiązujących w danym kraju. Wpływ na takie rozróżnienie z punktu widzenia emisji krajowych nierzadko ma również baza inwestorów ułatwiających przeprowadzenie emisji akcji. Dla większości spółek notowania krajowe są także jedynymi miejscami notowań tego rodzaju papierów wartościowych.

Notowania zagraniczne dotyczą natomiast emisji akcji dokonywanych na giełdach w krajach, w których dana spółka nie jest zarejestrowana. W tym zakresie Komisja wyróżniła dwa rodzaje notowań. Po pierwsze – notowania polegające na emisji akcji tylko w jednym kraju zagranicznym. Po drugie – tzw. *dual listing*, czyli notowania zagraniczne będące dodatkowymi do emisji pierwotnej (krajowej). Według Komisji Europejskiej przy tego typu notowaniach nie występuje wskazane wcześniej i charakterystyczne dla notowań krajowych „domowe przywiązanie"; nie ma ono więc wpływu na wybory spółek dokonujących emisji akcji poza granicami własnego kraju.

Podczas prowadzonego postępowania uczestnicy koncentracji wskazywali, że ponieważ konkurencja pomiędzy parkietami giełdowymi w zakresie notowań międzynarodowych ma charakter globalny, rynek ten w aspekcie geograficznym jest rynkiem światowym. Dokonując emisji akcji poza granicami państw – miejsc rejestracji – przedsiębiorcy dokonują wyboru, rozważając aspekty strategiczne i biznesowe, które uzależnione są od oddzielnych uwarunkowań każdej emisji. Jednocześnie uczestnicy koncentracji podkreślili, że w przypadku tego typu produktów nie należy wyznaczać węższego rynku geograficznego (np. ograniczonego do danego regionu). Przeprowadzone przez Komisję Europejską badanie rynku potwierdziło takie stanowisko. Badania Komisji Europejskiej wykazały także, że wybór dokonywany przez przedsiębiorców w niektórych przypadkach dotyczy tylko rynków unijnych, a w innych – rynków geograficznych o zasięgu globalnym. W ocenie Komisji notowania międzynarodowe pod względem geograficznym uzależnione są od wielu czynników zewnętrznych, takich jak przepisy i regulacje, baza inwestorów, strategie biznesowe czy też usługi związane z obrotem.

Badając rynek notowań obligacji, Komisja Europejska wskazała natomiast na możliwą segmentację tego rynku w aspekcie produktowym ze względu na rodzaj podmiotów dokonujących emisji. Od rodzaju podmiotu emitującego obligacje może również zostać uzależnione wyznaczenie rynku właściwego geograficznie. Badania rynkowe pozwoliły bowiem na stwierdzenie, że mniejsze podmioty oraz podmioty publiczne dokonują emisji na rynkach krajowych, podczas gdy większe korporacje często emitują obligacje za granicą. Konkluzja w tym aspekcie prowadziła Komisję do stwierdzenia, że im większy podmiot i im większa emisja, tym bardziej prawdopodobne przeprowadzenie zagranicznej emisji obligacji. Badanie rynku doprowadziło również do stwierdzenia, że (poza mniejszymi i publicznymi emitentami) miejsce przeprowadzenia emisji ma ograniczone znaczenie, ponieważ prawie całość notowań obligacji (90%) jest notowana poza rynkiem regulowanym (OTC).

2. Rynek właściwy dla obrotu akcjami i obligacjami w praktyce Komisji Europejskiej

Komisja Europejska definiuje obrót instrumentami finansowymi jako zakup i sprzedaż takich instrumentów. Dyrektywa MIFiD wskazuje, że obrót instrumentów finansowych w Unii Europejskiej może się odbywać na rynkach regulowanych, w alternatywnym systemie obrotu oraz jako transakcje zawierane poza rynkiem regulowanym (OTC).

Podobnie jak w przypadku badania rynku notowań papierów wartościowych uczestnicy koncentracji stwierdzili, że zasadne jest przeprowadzenie podziału między rynkami właściwymi produktowo dla akcji i obligacji. Stanowisko to zostało zaakceptowane przez Komisję Europejską jako zgodne z jej dotychczasową linią orzeczniczą. Takie podejście do wyznaczania rynku produktowego odnajdziemy w szeregu decyzji, m.in.: Wiener *Borse et al./Budapest Stock Exchange/Budapest Commodity Exchange/Keler/JV*[6], czy *UniCredit/Banca IMI/EUROTLX SIM JV*[7].

Badanie rynku przeprowadzone przez organ antymonopolowy nie pozwoliło jednak na podzielenie opinii uczestników koncentracji dotyczącej zaliczenia wszystkich sposobów obrotu papierami wartościowymi do jednego rynku właściwego. Komisja Europejska stwierdziła bowiem, że za oddzielny rynek należy uznać obrót mający miejsce poza rynkiem regulowanym (OTC). Do jednego rynku właściwego produktowo należy natomiast obrót na rynkach regulowanych lub MTF. Podstawy takiego wyznaczenia rynków właściwych produktowo upatrywać należy w innej charakterystyce transakcji zawieranych poza rynkiem regulowanym, na co wskazywały badania rynku przeprowadzone przez Komisję. Pomimo że część przebadanych respondentów stwierdziła, że jest skłonna dokonywać obrotu poza rynkiem regulowanym, jeśli płynność na rynku regulowanym lub MTF jest niewystarczająca, to jednak te dwa ostatnie rynki pozostają alternatywnym wyborem według twierdzeń przebadanych konsumentów.

Następnie Komisja przeanalizowała zagadnienie substytucyjności pomiędzy akcjami i innymi jednostkami uczestnictwa w kapitale zakładowym, co skutkowało wyznaczeniem następującego podziału: akcje, FTP oraz tzw. *structured products* (np. warranty). Mimo że uczestnicy koncentracji wskazywali, że wszystkie te produkty stanowią jeden rynek właściwy (o czym przesądzać miał fakt, że obrotu dokonuje się w ten sam sposób i że jest on oparty na cenie, płynności, a także możliwości zwrotu inwestycji), to Komisja, na podstawie przeprowadzonego badania rynku, doszła do

[6] Decyzja Komisji Europejskiej Nr COMP/M.3511 *Wiener Borse Et Al./Budapest Stock Exchange/Budapest Commodity Exchange/Keler/JV* z 22.03.2005.

[7] Decyzja Komisji Europejskiej Nr COMP/M.5495 *Unicredit/Banca IMI/EUROTLX SIM JV* z 23.11.2009.

odmiennego wniosku. Wydający omawianą decyzję organ antymonopolowy stwierdził bowiem, że z punktu widzenia popytu – substytucyjność tych produktów jest ograniczona. Różnice polegają m.in. na profilu ryzyka, profilu własnościowym czy odpowiednich regulacjach prawnych określających obrót danego rodzaju papierów wartościowych. Warto jednak zauważyć, że niektórzy z respondentów – adresatów badań przeprowadzanych przez Komisję Europejską – przyznali, że między badanymi produktami występuje pewien stopień substytucyjności podaży. Większość platform oferuje bowiem możliwość obrotu wszystkimi z nich. Co więcej, według odpowiedzi udzielonych na pytania Komisji Europejskiej rozpoczęcie oferowania nowej kategorii papierów wartościowych nie byłoby czasochłonne, jeśli uznano by je za ekonomicznie uzasadnione i opłacalne. Komisja Europejska uznała jednak za bardziej przekonujące argumenty dotyczące ograniczonej substytucyjności popytowej, rozróżniając rynki produktowe badanych papierów wartościowych. Za rynek w wymiarze geograficznym został natomiast uznany, w badanym zakresie, obszar EOG (chociaż w przypadku MTF zauważono pewne argumenty świadczące o istnieniu rynków krajowych).

Przeprowadzając badanie rynku obligacji, Komisja Europejska stwierdziła natomiast, że większość z tych papierów wartościowych (90%) obracana jest poza rynkiem regulowanym (OTC), co potwierdziły również przeprowadzone badania rynkowe. Zdaniem uczestników koncentracji nie należało także dokonywać rozróżnienia produktowego obligacji ze względu na rodzaj emitentów. Kwestia ta nie została przez Komisję rozstrzygnięta. Podobnie jak w przypadku obrotu akcjami, rynek obrotu obligacjami został zakreślony jako obszar EOG. Poza rynkami notowań i obrotu papierów wartościowych Komisja Europejska przeprowadziła podobną analizę innych rynków właściwych związanych z tymi papierami wartościowymi, takich jak np. rynki usług poobrotowych, do których zalicza się m.in. osobny rynek rozliczania papierów wartościowych.

V. Rynek właściwy dla instrumentów pochodnych w praktyce Komisji Europejskiej

Instrumenty pochodne są rodzajem instrumentu finansowego, którego specyfika polega na uzależnieniu jego wartości od wartości instrumentu bazowego. Instrumentem bazowym dla instrumentu pochodnego mogą być przykładowo towar, akcje, wskaźnik czy wartość indeksu giełdowego. Instrumenty te różnią się od instrumentów udziałowych oraz instrumentów dłużnych głównie tym, że ich celem jest zasadniczo transfer ryzyka, a nie transfer kapitału. Generalnie przyjmuje się podstawowy podział takich instrumentów na: opcje, kontrakty terminowe (typu futures lub forward) oraz kontrakty swap.

Decyzje Komisji Europejskiej omawiane w niniejszym tekście stanowią pierwsze przypadki przeprowadzenia przez organ antymonopolowy wyznaczania oraz analizy rynków właściwych dla instrumentów pochodnych. Dlatego też mają istotne znaczenie dla praktyki decyzyjnej organów antymonopolowych. W pierwszym rzędzie należy podkreślić, że na potrzeby decyzji w sprawie *Deutsche Borse/NYSE Euronext* Komisja Europejska uznała za należące do jednego rynku właściwego obrót i rozliczanie instrumentów pochodnych. Zasadnicza konkluzja z przeprowadzonego badania sprowadza się natomiast do tego, że rynek właściwy dla instrumentów pochodnych powinien zostać określony w nawiązaniu do: 1) miejsca obrotu (rynek regulowany lub obrót poza rynkiem regulowanym), 2) rodzaju instrumentu bazowego, oraz 3) typu instrumentu pochodnego[8].

[8] Decyzja Komisji Europejskiej Nr COMP/6166 *Deutche Borse/Nyse Euronext*, s. 50.

Takie wnioski wywieść należy zarówno z decyzji zakazującej dokonania koncentracji pomiędzy *Deutsche Borse/NYSE Euronext*, jak i decyzji zezwalającej na dokonanie koncentracji pomiędzy *InterContinental Exchange/NYSE Euronext*[9].

Wydając decyzję w sprawie planowanej koncentracji pomiędzy *Deutsche Borse* a *NYSE Euronext*, Komisja Europejska w pierwszym rzędzie stwierdziła brak substytucyjności między instrumentami pochodnymi, których obrót odbywa się na giełdzie, a obracanymi poza rynkiem regulowanym (OTC). Według Komisji sposób obrotu instrumentami pochodnymi wpływa na to, że odpowiadają one innym potrzebom konsumentów. W szczególności instrumenty pochodne w obrocie poza rynkiem regulowanym pozwalają na uzyskanie zabezpieczenia dostosowanego do potrzeb konsumenta, co nie jest możliwe w obrocie giełdowym. W ocenie Komisji przeprowadzone przez nią badanie rynku pozwala stwierdzić, że nawet konsumenci posiadający instrumenty pochodne w obrocie na obydwu tych platformach nie uważają ich za substytuty, ale raczej produkty komplementarne w swoich strategiach inwestycyjnych[10]. Konkludując, Komisja dokonała rozdzielenia rynków produktowych dla instrumentów pochodnych ze względu na miejsce ich obrotu.

W dalszej kolejności, także w decyzji *Deutsche Borse/NYSE*, Komisja Europejska, przeprowadzając badanie rynku właściwego, stwierdziła, że popyt na instrumenty pochodne różni się również ze względu na konkretny instrument bazowy. Badania rynku przeprowadzone przez Komisję pozwoliły stwierdzić, że instrument bazowy określonego typu nie może być zastąpiony innym instrumentem. Konsumenci wykazują bowiem przywiązanie ich działalności związanej z obrotem instrumentami pochodnymi do instrumentów opartych na danym rodzaju instrumentu bazowego[11].

Przykładowo w decyzji *InterContinental Exchange/NYSE Euronext* Komisja Europejska wyróżniła instrumenty pochodne mające za instrumenty bazowe produkty rolne. Na wyróżnienie takich instrumentów miały wpływ m.in. krótki okres ważności produktów oraz znaczenie kosztów transportu, odróżniające je przykładowo od instrumentów pochodnych powiązanych z metalami lub energią. Uczestnicy koncentracji stali jednak na stanowisku, że należy dodatkowo zawęzić rynek właściwy do tego stopnia, by dla poszczególnego instrumentu bazowego pod uwagę wziąć m.in. cel dostarczenia produktu czy jego pochodzenie. Takie podejście potwierdzone zostało przez badania rynku przeprowadzone przez Komisję Europejską. Komisja wyróżniła m.in. instrumenty bazowe, takie jak kakao, kawa, rzepak czy cukier.

Ostatnim aspektem badanym przez Komisję Europejską przy wyznaczaniu rynku właściwego dla instrumentów pochodnych jest kategoria instrumentu pochodnego. W tym zakresie Komisja wyróżniła m.in. opcje, kontrakty terminowe (typu futures, lub forward) czy kontrakty typu swap. Rozróżnienie to podyktowane jest inną charakterystyką produktów. Na potrzeby omawianych decyzji Komisja Europejska zdecydowała odróżnić rynki kontraktów terminowych oraz opcji od rynku instrumentów finansowych typu swap. W pierwszej z omawianych decyzji Komisja nie przesądziła jednak czy należy dokonać dalszego rozróżnienia tych rynków na oddzielne rynki produktowe opcji i kontraktów terminowych dla europejskich finansowych instrumentów pochodnych (wykazujących substytucyjność podażową, ale również brak substytucyjności popytowej);

[9] Decyzja Komisji Europejskiej Nr COMP/M.6873 *Intercontinental Exchange/Nyse Euronext*, s. 4.

[10] Decyzja Komisji Europejskiej Nr COMP/6166 *Deutche Borse/Nyse Euronext*, s. 86.

[11] Ibidem, s. 93.

dokonała jednak takiego rozróżnienia w decyzji *InterContinental Exchange/NYSE Euronext* dla instrumentów pochodnych opartych na *US equity index*.

VI. Podsumowanie

Niniejszy tekst miał na celu przedstawienie praktyki decyzyjnej organów antymonopolowych w przedmiocie wyznaczania rynków właściwych przy koncentracjach dotyczących instrumentów finansowych. Należy podkreślić, że mimo iż Komisja Europejska w przedstawionych decyzjach często nie przesądziła o wyznaczeniu rynku właściwego, to przeprowadzone badania rynków mogą stanowić istotną wskazówkę dla praktyków prawa ochrony konkurencji.

Dariusz Aziewicz
doktorant w Zakładzie Europejskiego Prawa Gospodarczego
Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego;
e-mail: darek.aziewicz@gmail.com

Pomoc publiczna – zakaz nabywania udziałów jako środek służący ograniczeniu pomocy publicznej do niezbędnego minimum.

Wyrok Sądu z 8 kwietnia 2014 r.
w sprawie T-319/11 – *ABN Amro przeciwko Komisji Europejskiej*

1. **Zakaz nabywania udziałów jest środkiem mającym na celu ograniczenie pomocy publicznej do niezbędnego minimum, jednakże ma również pomocniczy cel polegający na zapobieganiu zakłóceniom konkurencji.**
2. **W uzasadnieniu swoich decyzji instytucje unijne są zobowiązane uwzględnić jedynie fakty i rozważania prawne, które mają decydujące znaczenie dla podjętego działania. Tym samym instytucje nie mają obowiązku odniesienia się do wszystkich okoliczności w sprawie oraz argumentów podnoszonych przez strony postępowania.**

Wyrokiem z 8 kwietnia 2014 r. w sprawie T-319/11 Sąd oddalił odwołanie ABN Amro Group NV (dalej: ABN Amro) od decyzji KE z 5 kwietnia 2011 r. w sprawie C 11/09 (dalej: Decyzja KE) uznającej środki pomocowe zastosowane przez Holandię za zgodne z rynkiem wewnętrznym. ABN Amro żądała uchylenia Decyzji KE w części nakładającej na nią zakaz nabywania wszelkich praw, które mogą umożliwiać sprawowanie kontroli powyżej progu 5% w jakimkolwiek przedsiębiorstwie w wyznaczonym okresie (zakaz nabywania udziałów – *acquisition ban*).

I. Stan faktyczny; beneficjent pomocy publicznej

ABN Amro jest instytucją kredytową z siedzibą w Amsterdamie, która specjalizuje się w świadczeniu usług bankowości detalicznej, korporacyjnej oraz usług *asset management*, będąc jedną z największych tego typu instytucji w Holandii.

ABN Amro powstała w 2010 r. w wyniku połączenia, przejętych przez Holandię w wyniku kryzysu finansowego, Fortis Bank Nederland i holenderskich aktywów ABN Amro Holding, co stanowiło jeden z elementów planu restrukturyzacyjnego tych instytucji kredytowych. W planie założono, że działalność tej instytucji kredytowej skupiać się będzie na dwóch podstawowych obszarach, tj. bankowości detalicznej oraz korporacyjnej dla klientów z tzw. mid-market w Holandii. W planie restrukturyzacyjnym przewidziano również szereg środków, z których część została zaklasyfikowana jako stanowiące pomoc publiczną, m.in. rekapitalizację ABN Amro.

KE uznała pomoc publiczną dla ABN Amro za zgodną z rynkiem wewnętrznym na podstawie art. 107(3) TFUE pod warunkiem wypełnienia przez Holandię i ABN Amro warunków. Jednym z nich był zakaz nabywania przez ABN Amro wszelkich praw, które mogą umożliwiać sprawowanie kontroli powyżej progu 5% w jakimkolwiek przedsiębiorstwie w okresie co najmniej 3 lat od wydania Decyzji lub do czasu, gdy udział Holandii w ABN Amro będzie niższy niż 50%, w zależności

które zdarzenie będzie późniejsze. Czas trwania zakazu nie przekroczy jednak 5 lat od momentu wydania Decyzji.

ABN Amro złożyła od Decyzji odwołanie, w wyniku którego Sąd wydał omawiany wyrok.

II. Stanowisko Sądu

1. Zakres nałożonego na ABN Amro zakazu nabywania udziałów

1.1. Błędne zastosowanie przez KE *soft law*, w tym Komunikatu Restrukturyzacyjnego

Sąd oddalił zarzuty ABN Amro dotyczące błędnego zastosowania przez KE *soft law*, w szczególności Komunikatu Restrukturyzacyjnego[1].

ABN Amro powoływała się na okoliczność zbyt szerokiego zakresu zakazu nabywania udziałów, który (i) dotyczył zarówno konkurentów ABN Amro, jak i przedsiębiorców niebędących konkurentami ABN Amro oraz (ii) obejmował udziały mniejszościowe na niskim poziomie, co uniemożliwiało ABN Amro współpracę w zwyczajowych wspólnych przedsięwzięciach pomiędzy podmiotami sektora bankowego, np. w zakresie wypracowania standardów czy też świadczenia usług płatniczych.

Na wstępie swoich rozważań Sąd poczynił dwie uwagi ogólne. Po pierwsze, przypomniał konsekwencje przyjęcia przez KE *soft law* w postaci komunikatów, wytycznych i im podobnych. KE, wydając tego typu dokumenty, wyznacza sobie granice swojego szerokiego uznania administracyjnego w zakresie oceny zgodności pomocy publicznej z rynkiem wewnętrznym. Po ich wydaniu jest nimi związana i nie może odstępować od przyjętych w nich zasad. Wszelkie odstępstwa będą skutkować naruszeniem zasad równego traktowania i uzasadnionych oczekiwań. Po drugie, sprecyzował podstawowe cele środków restrukturyzacyjnych nakładanych na instytucje kredytowe-beneficjentów pomocy publicznej, które jego zdaniem są skierowane na spełnienie trzech podstawowych celów, tj. (i) odzyskanie ich długoterminowej rentowności, (ii) ograniczenie pomocy publicznej do niezbędnego minimum i (iii) zapobieganie zakłóceniom konkurencji w wyniku przyznania pomocy publicznej. Sąd podkreślił, że pomoc publiczna dla instytucji kredytowych powinna być ograniczona do minimum niezbędnego do odzyskania przez nie rentowności. KE, wydając swoje decyzje, powinna zapewnić, że beneficjenci pomocy publicznej oraz ich właściciele ponieśli odpowiednią część kosztów restrukturyzacji.

W przedmiotowej sprawie Sąd uznał, że nałożony na ABN Amro zakaz nabywania udziałów słusznie dotyczy wszelkiego rodzaju przedsiębiorców, nie tylko konkurentów ABN Amro. Został on bowiem wprowadzony nie po to, by ograniczać zakłócenia konkurencji, lecz by ograniczyć pomoc publiczną do niezbędnego minimum, na co wskazuje jego przywołana w Decyzji podstawa, tj. punkt 23 Komunikatu Restrukturyzacyjnego traktujący o wkładzie własnym beneficjenta i podziale obciążenia (*burden sharing*). KE wskazała, że nabycie musi być związane procesem restrukturyzacji i poprawą rentowności beneficjenta pomocy publicznej. *A contrario*, każde nabycie nieprowadzące do tego celu, a finansowane ze środków publicznych, jest zakazane i sprzeczne z zasadą ograniczenia pomocy publicznej do niezbędnego minimum. Sąd zauważył również, że celem wprowadzenia zakazu nabywania udziałów było doprowadzenie do jak najszybszej spłaty

[1] Komunikat KE w sprawie przywrócenia rentowności i oceny środków restrukturyzacyjnych stosowanych w sektorze finansowym w dobie kryzysu zgodnie z regułami pomocy państwa, pkt 22 i nast. (OJ C 195/9 z 19 sierpnia 2009 r., s. 9; dalej: Komunikat Restrukturyzacyjny).

pomocy publicznej przez ABN Amro kosztem rozwoju poprzez przejęcia. Jeżeli przed jej dokonaniem ABN Amro dysponowałaby środkami na dokonywanie zakupów udziałów, świadczyłoby to o nadmiernej wysokości pomocy publicznej.

Mając powyższe na uwadze, Sąd podkreślił, że zakaz nabywania udziałów jest środkiem mającym na celu ograniczenie wsparcia do ścisłego minimum, jednakże ma również pomocniczy cel polegający na zapobieżeniu zakłóceniom konkurencji. Dzięki zakazowi nabywania udziałów ABN Amro nie będzie bowiem mogła się rozwijać, naruszając konkurencję poprzez spożytkowanie pomocy publicznej na przejęcia. Zdaniem Sądu środki restrukturyzacyjne nie mogą być skierowane na zwiększenie efektywności funkcjonowania instytucji kredytowej-beneficjenta pomocy publicznej, lecz jedynie na przywrócenie jego rentowności. W związku z tym zakaz nabywania udziałów obowiązuje również po odzyskaniu przez ABN Amro rentowności, wypracowane zaś zyski powinny być przeznaczane na wynagrodzenie jej właścicieli, tj. Holandii, i w rezultacie spłatę pomocy publicznej.

Sąd przypomniał również, że zakaz nabywania udziałów nie jest sprzeczny z art. 41 Komunikatu Restrukturyzacyjnego, który umożliwia KE akceptację procesu konsolidacji, który będzie skutkował zapewnieniem efektywnej konkurencji i przywróceniem stabilności finansowej. Wiąże się to z uprawnieniem KE do zmiany wcześniej wydanej decyzji administracyjnej. Jednocześnie Sąd wytłumaczył, że „udział" powinien być traktowany funkcjonalnie i obejmuje on wszelkie prawa, które mogą umożliwiać sprawowanie kontroli powyżej progu 5% ustalonego przez KE w Decyzji.

1.2. Naruszenie zasad proporcjonalności, równego traktowania oraz dobrej administracji

Sąd oddalił zarzut ABN Amro dotyczący naruszenia przez KE zasad proporcjonalności, równego traktowania oraz dobrej administracji.

ABN Amro zarzuciła KE, że nałożony na nią zakaz nabywania udziałów jest nieproporcjonalny do założonych celów. Uznała również, że została potraktowana w sposób nazbyt restrykcyjny w porównaniu z innymi instytucjami kredytowymi, które otrzymały pomoc publiczną. Co więcej, zdaniem ABN Amro KE nie przedstawiła odpowiedniego uzasadnienia Decyzji w części dotyczącej zakazu nabywania udziałów i tym samym naruszyła zasady dobrej administracji.

Sąd, rozważając kwestię proporcjonalności środków nakładanych na instytucje kredytowe-beneficjentów pomocy publicznej, zauważył, że jej warunki każdorazowo powinny być dostosowane do sytuacji ekonomicznej beneficjenta, w tym uwzględniać wysokość udzielonego wsparcia i charakterystykę rynków, na których działa beneficjent. Tylko pomoc o takiej charakterystyce umożliwi zapobieganie ewentualnym zakłóceniom konkurencji. Sąd odniósł się również do trybu nakładania warunków pomocy publicznej dla instytucji kredytowych. Stają się one wiążące po uprawomocnieniu decyzji KE i nie muszą być ostatecznie zaaprobowane przez państwo członkowskie. Co więcej, KE powinna oceniać plan restrukturyzacji jako całość i jeżeli uzna to za konieczne, do uznania go za zgodny z rynkiem wewnętrznym może go zmodyfikować, np. poprzez wprowadzenie dodatkowych obowiązków dla beneficjenta.

Przy ocenie proporcjonalności zakazu nabywania udziałów nałożonego na ABN Amro Sąd kierował się zasadą, że jest to środek, którego podstawowym celem jest ograniczenie pomocy do niezbędnego minimum. Nie są przy jego ocenie istotne kwestie związane z efektywnością działalności beneficjenta. Zdaniem Sądu KE była uprawniona do zastosowania zakazu nabywania

udziałów, gdyż dzięki temu ABN Amro nie wykorzysta publicznych środków na finansowanie działań potencjalnie naruszających konkurencję na rynku i niepowiązanych z procesem restrukturyzacji. Sąd uznał, że inne środki nie przyczynią się do osiągnięcia powyższego celu. Proponowany przez ABN Amro „netting" inwestycji, polegający na obowiązku dokonania zbycia przez ABN Amro części działalności każdorazowo po dokonaniu przez nią nabycia udziałów, Sąd uznał za trudniejszy do wprowadzenia i zarazem łatwiejszy do obejścia. Jednocześnie zakaz nabywania udziałów nie był bezwzględny i zawierał wyłączenia, gdyż ABN Amro mogła dokonywać transakcji *private equity* zgodnie z przyjętym i zaakceptowanym w toku postępowania przed KE biznesplanem.

Analizując proporcjonalność kwestionowanego środka, Sąd odniósł się również do okoliczności, że pomoc publiczna dla ABN Amro nie wynikała ze złego zarządzania. Sąd zgodził się z KE, że w związku z brakiem nadmiernego ryzyka, podjętego przez ABN Amro w toku jej działalności, pomoc dla niej nie wywołuje ryzyka „pokusy nadużycia" (*moral hazard*) i jest mniej szkodliwa dla rynku wewnętrznego. Nie oznacza to jednak, że nie wywołuje ona negatywnych skutków dla konkurencji, którym KE powinna przeciwdziałać. Profil ryzyka instytucji kredytowej otrzymującej pomoc publiczną jest istotnym, lecz nie jedynym czynnikiem przy ustalaniu warunków pomocy publicznej dla beneficjenta. Nakładając na ABN Amro zakaz nabywania udziałów, KE winna była uwzględnić również takie okoliczności, jak brak wykorzystania środków strukturalnych oraz wysokość udzielonego wsparcia.

ABN Amro zarzuciła również KE, że naruszyła zasadę równego traktowania, gdyż, odmiennie niż w podobnych sprawach, nałożyła na ABN Amro zakaz nabywania udziałów zarówno przedsiębiorstw konkurencyjnych, jak i nie-konkurentów oraz wprowadziła ograniczenie nabyć do wysokości 5% udziałów, gdy w innych przypadkach pomocy publicznej dla instytucji kredytowych KE zakazywała jedynie przejęć kontroli nad takimi przedsiębiorstwami. Zgodnie z pkt 38 Komunikatu Restrukturyzacyjnego, KE zobowiązana jest do uwzględniania w swojej analizie potencjalnych środków strukturalnych dotychczasowego dorobku decyzyjnego KE. Sąd zinterpretował Komunikat Restrukturyzacyjny w sposób funkcjonalny, rozszerzając ten obowiązek KE również na środki behawioralne, co pozwoliło mu ocenić merytorycznie zarzut ABN Amro. Wyraził jednakże wątpliwość, co do możliwości porównywania pomocy publicznej przyznanej instytucjom finansowym w kryzysie. Podkreślił bowiem, że podejmując swoje decyzje KE ocenia sytuację danej instytucji kredytowej na podstawie *soft law* opartego na dotychczasowym orzecznictwie. Analizowane przez KE środki odnoszą się do konkretnych problemów i charakterystyki danej instytucji kredytowej, jak również do konkretnego kontekstu gospodarczego. Zdaniem Sądu sama okoliczność niezastosowania w sprawie ABN Amro odstępstw od zakazu nabywania udziałów, jest wystarczająca, aby przesądzić o odmiennych okolicznościach sprawy. W kwestii proceduralnej Sąd zauważył, że ciężar dowodu w zakresie wykazania czy w innych decyzjach KE zastosowała mniej rygorystyczne środki, spoczywa na ABN Amro.

ABN Amro podniosła również zarzut naruszenia zasady dobrej administracji poprzez brak odpowiedniego uzasadnienia Decyzji poprzez niewskazanie zasad wyrażonych w Komunikacie Restrukturyzacyjnym, na których została ona oparta. Sąd przypomniał ogólną zasadę dobrej administracji, zgodnie z którą instytucje unijne powinny dokładnie i bezstronnie ocenić wszystkie istotne aspekty w indywidualnej sprawie. Według Sądu w zaskarżonej Decyzji KE dochowała tego standardu. Samo nieuwzględnienie wniosków Holandii i ABN Amro o złagodzenie zakazu

nabywania udziałów składanych w toku postępowania nie może bowiem zostać uznane za działanie sprzeczne z zasadą dobrej administracji.

Analizując zarzut naruszenia obowiązku odpowiedniego uzasadnienia działań, Sąd podkreślił, że uzasadnienie powinno wskazywać na rozumowanie instytucji unijnej będące podstawą jej działania i powinno być tak sformułowane, aby umożliwić sądom Unii Europejskiej ocenę jego legalności, zainteresowanym zaś ochronę swoich praw. Instytucje unijne są zobowiązane uwzględnić jedynie fakty i rozważania prawne, które mają decydujące znaczenie dla podjętego działania. Tym samym nie mają one obowiązku odniesienia się do wszystkich okoliczności w sprawie oraz argumentów podnoszonych przez strony postępowania. Sąd przypomniał, że uzasadnienie środka negatywnie wpływającego na sytuację danej osoby będzie wystarczające, gdy środek ten zostanie podjęty w kontekście znanym tej osobie i umożliwiającym jej zrozumieć jego zakres. Co więcej, każdorazowo gdy podejmowana przez KE decyzja jest precedensowa, tj. znacząco wykracza poza zakres dotychczasowego orzecznictwa, powinna ona w szerszy sposób uzasadnić podejmowane działania.

Zdaniem Sądu w Decyzji KE w sposób dostateczny uzasadniła zastosowanie zakazu nabywania udziałów wobec ABN Amro i tym samym dochowała wymaganego dla działań instytucji unijnych standardu prawnego. Z tego powodu nie miała obowiązku odnosić się w Decyzji do wszystkich alternatywnych propozycji Holandii i ABN Amro dotyczących zakresu zakazu nabywania udziałów w szczególności, że nie miała ona charakteru precedensowego. Ze względu na charakter zastosowanego środka i wzgląd na konieczność ograniczenia pomocy publicznej do niezbędnego minimum Sąd uznał, że nie było możliwości jego złagodzenia, czego KE dała wyraz w korespondencji, także za pomocą poczty elektronicznej, z Holandią i ABN Amro w toku postępowania. Sąd podkreślił również, że cel zastosowanego zakazu nabywania udziałów, tj. ograniczenie pomocy publicznej do niezbędnego minimum, wyjaśnia brak podjęcia przez KE szczegółowej analizy wpływu tego środka na rynek.

2. Czas trwania zakazu nabywania udziałów

2.1. Naruszenie zasady neutralności wobec publicznego lub prywatnego charakteru własności

Sąd oddalił zarzut ABN Amro dotyczący naruszenia art. 345 TFUE.

ABN Amro zarzuciła KE, że zakaz nabywania udziałów powiązany ze strukturą własnościową ABN Amro, w szczególności w aspekcie jego czasu trwania, narusza zasadę neutralności wobec publicznego lub prywatnego charakteru własności. ABN Amro podnosiła *również, że nie wolno traktować własności* państwowej jako *per se* stanowiącej pomoc publiczną.

Sąd zauważył, że nałożenie na beneficjenta pomocy publicznej obowiązków mających obiektywne przyczyny i związanie ich z własnością państwową nie narusza art. 345 TFEU. Działania KE zdaniem Sądu dążyły do ograniczenia skutków dwóch środków pomocowych, które polegały na nacjonalizacji i rekapitalizacji Fortis Bank Nederland.

Sąd częściowo uwzględnił jednak argumentację ABN Amro, uznając, że nie jest pomocą publiczną*, lecz jedynie jej rezultatem.*

2.2. Naruszenie przez KE art. 107(3)(b) TFUE i błędne zastosowanie *soft law*

Sąd oddalił zarzut ABN Amro dotyczący naruszenia przez KE art. 107(3)(b) TFUE i błędne zastosowanie *soft law*.

Zdaniem ABN Amro KE nieprawidłowo zastosowała pkt 40 Komunikatu Restrukturyzacyjnego, zgodnie z którym czas trwania zakazu nabywania udziałów powinien trwać co najmniej 3 lata, jednakże nie dłużej niż do zakończenia planu restrukturyzacyjnego. ABN Amro podniosła, że zakaz nabywania udziałów nie powinien trwać dłużej niż 3 lata, gdyż nie była ona poddana żadnemu procesowi restrukturyzacji.

Analizując zarzut ABN Amro, Sąd zauważył, że konieczne jest ustalenie czy zakaz nabywania udziałów nałożony na ABN Amro jest zgodny z zasadami restrukturyzacji beneficjenta ujętymi w pkt 23 Komunikatu Restrukturyzacyjnego. Sąd dokonał wykładni tego punktu, wiążąc go z pkt 40 Komunikatu Restrukturyzacyjnego, uznając, że mają one tożsamy charakter. W związku z tym wszelkie środki służące restrukturyzacji mogą być stosowane do czasu, gdy istnieją okoliczności ich wprowadzenia.

Zdaniem Sądu, zakaz nabywania udziałów nie był związany z planem restrukturyzacji, lecz ze strukturą własnościową ABN Amro, a jego zakończenie ze względu na istotę zastosowanego środka, tj. rekapitalizację, nie jest bezpośrednio związane ze spłatą pomocy, lecz momentem wyzbycia się przez Holandię większościowego udziału w ABN Amro. Należy mieć bowiem na uwadze kontekst gospodarczy udzielonej ABN Amro pomocy, że korzyści z niej płynące ustaną dopiero po wybyciu się przez Holandię kontroli nad beneficjentem pomocy. Sąd podkreślił, że kilkukrotna interwencja publiczna Holandii na rzecz Fortis Bank Nederland oraz ABN Amro Holandia mogła stanowić zapewnienie, że ABN Amro jest bankiem bezpiecznym, co ułatwiało jej zbieranie funduszy z depozytów. *Świadczy o tym również fakt, że* Fortis Bank Nederland podkreślał w swoich materiałach reklamowych dla inwestorów, iż jest bankiem z państwowym właścicielem, co miało zapewnić zaufanie klientów.

Zdaniem Sądu KE nie nałożyła na ABN Amro nadmiernie długiego zakazu nabywania udziałów. Nie przekracza on bowiem 5-letniego okresu referencyjnego, który KE wyznaczyła w Komunikacie Restrukturyzacyjnym KE, np. dla środków strukturalnych. Jednocześnie przestanie on obowiązywać po 5 latach od wydania Decyzji, niezależnie od okoliczności czy Holandia wyzbędzie się swoich akcji w ABN Amro.

2.3. Naruszenie zasad proporcjonalności, równego traktowania oraz dobrej administracji

Sąd oddalił zarzuty ABN Amro dotyczące naruszenia zasad proporcjonalności, równego traktowania oraz dobrej administracji.

ABN Amro zarzuciła KE, że nakładając zakaz nabywania udziałów trwający potencjalnie 5 lat, naruszyła zasadę równego traktowania, ponieważ w podobnych sprawach KE zobowiązała inne banki, które otrzymały pomoc publiczną, do nienabywania udziałów innych przedsiębiorców jedynie przez 3 lata.

Sąd zauważył, że w trakcie kryzysu finansowego nie jest możliwe jednoznaczne ustalenie tożsamości sytuacji ekonomicznej instytucji kredytowych-beneficjentów pomocy publicznej. Ciężar wykazania okoliczności, że sytuacja ABN Amro jest porównywalna z sytuacją innej instytucji kredytowej, spoczywał na ABN Amro. Sąd oddalił zarzut ABN Amro, uznając, że choćby ze względu

na brak zastosowania w niniejszej sprawie środków strukturalnych, sytuacja ABN Amro była odmienna od przywoływanych przez nią decyzji.

Zdaniem ABN Amro czas trwania zakazu nabywania udziałów jest nieproporcjonalnie długi, gdyż KE nie przedstawiła przekonujących dowodów na konieczność jego zastosowania w okresie dłuższym niż 3-letni, wskazywany w Komunikacie Restrukturyzacyjnym. ABN Amro w szczególności kwestionowała adekwatność 5-letniego zakazu nabywania udziałów do jego zamierzonych celów.

Analizując tę kwestię, *Sąd* uznał, że zastosowanie maksymalnie 5-letniego okresu zakazu nabywania udziałów pozwala na spełnienie podstawowego celu tego środka, jakim jest ograniczenie pomocy do niezbędnego minimum. Na jego proporcjonalność wpływa również okoliczność, że przestanie on obowiązywać w momencie wyzbycia się kontroli nad ABN Amro przez Holandię, co wskaże na zakończenie występowania pomocy publicznej. Po tym okresie środek ten nie będzie już uznawany za wkład ABN Amro w ograniczenie wysokości pomocy do minimum. Straci również *raison d'être* jako środek przeciwdziałający naruszeniom konkurencji, co jednakże było jedynie jego pomocniczym celem. Sąd uznał, że inne możliwe środki, takie jak sprzedaż akcji ABN Amro w drodze pierwotnej oferty publicznej, będą mniej efektywne do osiągnięcia przedstawionych wyżej celów. ABN Amro nie udowodniła jednocześnie, że zakaz nabywania udziałów obniży cenę jej sprzedaży prywatnym inwestorom. Co więcej, KE zastosowała środek najmniej uciążliwy dla beneficjenta, gdyż w toku postępowania odeszła od swojej pierwotnej propozycji zniesienia zakazu nabywania udziałów jedynie przypadku pełnej prywatyzacji.

Sąd za trafny uznał pogląd KE, że państwowa własność ABN Amro może przynosić jej korzyści. Potwierdzają tę okoliczność raporty agencji ratingowych, w których wskazano, że struktura własnościowa ABN Amro i wsparcie akcjonariuszy ma istotne znaczenie dla oceny banku. Sąd wskazał również na warunkowy charakter okresu obowiązywania zakazu nabywania udziałów, który w przypadku prywatyzacji ABN Amro zakończy się przed upływem 5 lat od jego wprowadzenia. Co więcej, wyznaczenie momentu granicznego, po którego przekroczeniu zakaz nabywania udziałów automatycznie przestaje mieć zastosowanie, może być korzystne dla ABN Amro, gdyż pozwoli jej nadal czerpać korzyści z dotychczasowej struktury własnościowej.

Sąd nie podzielił również poglądu ABN Amro, że KE naruszyła zasady dobrej administracji i niedostatecznie uzasadniła Decyzję. KE rozważyła bowiem wszystkie istotne dla rozstrzygnięcia okoliczności sprawy, jak również odpowiednio wykazała związek pomiędzy strukturą własnościową ABN Amro i okresem obowiązywania zakazu nabywania udziałów.

Wojciech Podlasin
doktorant w Zakładzie Europejskiego Prawa Gospodarczego Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego; prawnik w warszawskim biurze kancelarii Linklaters;
e-mail: Wojciech.podlasin@post.pl

Sarah Riddell, William Schubert, Spencer Weber Waller, *Antitrust in Pop Culture: A Guide For Antitrust Gurus*, Institute for Consumer Antitrust Studies, Chicago 2014

Czy studiowanie prawa konkurencji może być przyjemne? Czy powinno być? Osobom, które udzielą na te pytania odpowiedzi twierdzących, uwadze polecam przewodnik po popkulturze antytrustu: *Antitrust in Pop Culture: A Guide For Antitrust Gurus*, przygotowany w Institute for Consumer Antitrust Studies Loyola University Chicago przez Sarah Riddell, Williama Schuberta i Spencera Wallera[1]. Autorzy starają się zidentyfikować książki, filmy fabularne, dokumenty, dzieła teatralne i muzyczne, które w swojej tematyce bezpośrednio lub pośrednio nawiązują do ochrony konkurencji. Pomaga to zrozumieć, jak wielu dziedzin życia dotyczą reguły konkurencji. Prezentowany materiał jest niezwykle bogaty i służyć może nie tylko przyjemnemu poszerzaniu wiedzy w ramach świątecznego odpoczynku fascynatowi antytrustu, ale także być wykorzystany jako ciekawy materiał dydaktyczny. Tak przynajmniej dzieje się na zajęciach profesora Wallera na wydziale prawa Loyola University Chicago, gdzie studenci mają, przykładowo, okazję interpretować wypowiedzi filmowych gangsterów z perspektywy reguł konkurencji i doszukują się „konkurencyjnych" znaczeń w odtworzonych utworach muzycznych.

Wśród prezentowanych filmów należy obejrzeć *The Informant* (w wersji polskiej zatytułowany *Intrygant*, 2009), inspirowany postępowaniem amerykańskiego Departamentu Sprawiedliwości przeciwko kartelowi Archer Daniels Midland i firm azjatyckich, którego skutkiem był wzrost światowych cen paszy dla bydła (co z kolei skutkowało wyższymi cenami produktów spożywczych dla konsumentów). W kontekście rozszerzenia w Polsce odpowiedzialności za naruszenia reguł konkurencji na osoby zarządzające, szczególnie ciekawe jest pokazanie sposobu myślenia i postępowania członka zarządu ADM Marka Whitacre'a, który decyduje się na współpracę z Departamentem Sprawiedliwości, licząc na objęcie go programem *Amnesty.* Sprawie ADM poświęcona jest też książka Jamesa Liebera, pt. *Rats in the Grain: The Dirty Tricks of the Supermarket to the World, Archer Daniels Midland* (2000). Osobom zainteresowanym całościowo historią prawa konkurencji polecić natomiast można dokument *Fair Fight in the Marketplace* (2006), który z pewnością pomoże zrozumieć ponad stuletnią historię amerykańskiego prawa konkurencji.

Sprawą z zakresu ochrony konkurencji, która dotychczas przykuła najszerszą uwagę publiczną jest sprawa Microsoftu. Tym, którzy chcieliby poznać tło procesowe sądowego postępowania amerykańskiego w tej sprawie, autorzy przewodnika polecają książkę Kena Auletty pt. *World War 3.0* (2000). Autorowi udało się dotrzeć do osób bezpośrednio włączonych w proces, takich jak np. Richard Posner, co zdecydowanie podnosi wartość książki. Nie jest to oczywiście jedyna publikacja na ten temat. Warto zajrzeć również do nowszych pozycji autorstwa Williama H. Page'a i Johna E. Lopatki (*The Microsoft Case: Antitrust, High Technology, and Consumer Welfare*, 2007) oraz Harry'ego Firsta i Andrew I. Gavila (*The Microsoft Antitrust Cases*, *Competition Policy for the Twenty-first Century*, 2014).

[1] Przewodnik dostępny jest obok innych publikacji Instytutu pod adresem: http://www.luc.edu/law/centers/antitrust/publications/index.html.

Ciekawym zagadnieniem zarówno w amerykańskim, jak i europejskim prawie konkurencji jest stosowanie reguł konkurencji w sporcie. Może się wydawać, że co do zasady, bez względu na rodzaj dyscypliny sportowej, w tym zakresie nie powinno być wyjątków. By się przekonać, że to twierdzenie jest błędne warto sięgnąć po książkę Stuarta Bannera pt. *The Baseball Trust: A History of Baseball's Antitrust Exemption*. Pokazuje ona, że baseball, jak żaden inny rodzaj sportu w USA, oparł się wpływowi reguł konkurencji. Amerykanie na pytanie: dlaczego tak się stało, odpowiadają – *bo to baseball…*

Prawo konkurencji tworzą ludzie – zarówno przedsiębiorcy, jak i urzędnicy – o czym możemy się przekonać, sięgając po biografie. O przedsiębiorcy Johnie D. Rockefellerze i jego Standard Oil opowiada książka Rona Cherwona zatytułowa *Titan. The Life of John D. Rockefeller, Sr.* (1998). Biografię urzędnika przybliża nam natomiast książka Spencera Wallera pt. *Thurman Arnold. A Biography* (2005). Książka opowiada historię jednego z najbardziej wpływowych amerykańskich prawników – Thurmana Arnolda, szefa Antitrust Division Departamentu Sprawiedliwości w okresie New Deal i obrońcy w głośnych procesach osób oskarżanych o poglądy prokomunistyczne w czasach Mc Carthy'ego.

A kiedy już zaczniemy czytać, to w tle należy słuchać rockowej muzyki *Antitrust Division*. Dopuszczalną, spokojniejszą alternatywą są *Trzej Tenorzy (The Three Tenors)*, płyta która stała się podstawą do wypracowania w precedensowym wyroku D.C. Circuit testu *inherently suspect* w ramach którego możliwe jest stwierdzenie ograniczania konkurencji bez konieczności przeprowadzenia pełnej analizy w ramach reguły rozsądku (por. Polygram Holding v. FTC, 416 F. 3d 39, D.C. Cir. 2005).

Zachęcam do zapoznania się ze wszystkimi materiałami prezentowanymi w omawianym przewodniku. Rozważyć też można stworzenie jego polskiej wersji. Czy, aby zrozumieć historię reguł rządzących polską gospodarką sięgnęlibyśmy po *Ziemię Obiecaną* Andrzeja Wajdy?

Dr Maciej Bernatt
Zakład Europejskiego Prawa Gospodarczego Wydziału Zarządzania UW;
e-mail: mbernatt@wz.uw.edu.pl

Ogólnopolska konferencja naukowa pn. „Ustawa o prawach konsumenta – szanse i zagrożenia”, 15 września 2014 r., Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego

W dniu 15 września 2014 r. na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego (dalej: WPiA UŁ) odbyła się ogólnopolska konferencja naukowa pn. „Ustawa o prawach konsumenta – szanse i zagrożenia” zorganizowana przez Katedrę Europejskiego Prawa Gospodarczego WPiA UŁ we współpracy z Urzędem Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: UOKiK) oraz Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych (dalej: CARS). Przedmiotem konferencji była ustawa o prawach konsumenta wchodząca w życie w dniu 25 grudnia 2014 r., implementująca do polskiego prawa dyrektywę 2011/83/UE z dnia 25 października 2011 r. w sprawie praw konsumentów. Celem konferencji było przybliżenie słuchaczom nowej regulacji oraz próba rozwiania części pojawiających się już wątpliwości interpretacyjnych.

Otwarcia konferencji dokonali: Dziekan WPiA UŁ – dr hab., prof. UŁ Sławomir Cieślak, Adam Jasser, Prezes UOKiK, dr hab., prof. UŁ Maria Królikowska-Olczak – kierownik Katedry Europejskiego Prawa Gospodarczego oraz prof. dr hab. Tadeusz Skoczny – kierownik CARS. Wszyscy w swoich wystąpieniach podkreślali przede wszystkim wagę odbywającej się konferencji oraz konieczność wykorzystania ustanowionego dla ustawy vacatio legis na dyskusję i wyjaśnienie związanych z nią wątpliwości, tak aby w momencie wejścia w życie znane były konsekwencje nowej regulacji. Zwrócono także uwagę na bardzo dobrze dobrany termin konferencji – niemal 3 miesiące po uchwaleniu i 3 miesiące przed wejściem w życie nowej ustawy.

Wystąpienie wprowadzające do konferencji zaprezentowała Dorota Karczewska, Wiceprezes UOKiK, odpowiadająca za ochronę konsumentów. W swojej prezentacji zwróciła uwagę na trudny przebieg procesu legislacyjnego związanego z implementacją dyrektywy 2011/83/UE. Podkreśliła, że zarówno dyrektywa, jak i implementująca ją ustawa wyznaczają nowy kierunek w ochronie konsumentów oraz stanowią istotny krok na drodze ku ujednoliceniu systemu ochrony konsumentów w Unii Europejskiej, co powinno sprzyjać intensyfikacji transgranicznej wymiany towarów i rozwojowi związanych z nią gałęzi rynków, w szczególności rynku obrotu elektronicznego.

Konferencja została podzielona na cztery sesje tematyczne. Sesja I zatytułowana „Nowe regulacje – czy wzmacniają pozycję konsumenta?”, której moderatorem była dr hab., prof. UŁ Maria Królikowska-Olczak (Uniwersytet Łódzki), została rozpoczęta wystąpieniem dr Moniki Namysłowskiej (Uniwersytet Łódzki) pt. „Ustawa o prawach konsumenta – najważniejsze zmiany”. Prelegentka syntetycznie zaprezentowała nową regulację, wskazując zagadnienia, które w jej ocenie mogą okazać się problematyczne. Jednym z potencjalnych problemów wskazanych przez dr Monikę Namysłowską był brak wyraźnie wskazanych w ustawie sankcji za naruszenie obowiązków informacyjnych. Następnie dr hab. Anna Piszcz (Uniwersytet w Białymstoku) przeprowadziła analizę wyłączeń spod zastosowania ustawy w swoim referacie zatytułowanym „Wyłączenia spod zakresu stosowania ustawy – praktyczny wymiar dla konsumentów i przedsiębiorców”. Na zakończenie

pierwszej sesji dr Małgorzata Sieradzka (Uczelnia Łazarskiego) zaprezentowała nową definicję konsumenta w referacie pt. „Konsument w świetle ustawy – czy zmiany idą w dobrym kierunku”.

Pierwsza sesja konferencji wywołała żywiołową dyskusję na sali. Głos zabrał między innymi prof. dr hab. Wojciech J. Katner, sędzia Sądu Najwyższego, który skrytykował ustawę o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej z 2002 r. oraz aktualne tendencje w tworzeniu prawa, w szczególności dodawanie w każdej ustawie autonomicznych „słowniczków” i tworzenie wielu definicji tego samego pojęcia, różniących się w zależności od regulowanej materii. Jednocześnie pozytywnie wypowiedział się na temat definicji konsumenta zawartej w nowej ustawie o prawach konsumenta.

Krytyka wypowiedziana przez prof. dr hab. Wojciecha J. Katnera spotkała się z natychmiastową reakcją dr Anety Wiewiórskiej-Domagalskiej, reprezentującej Ministerstwo Sprawiedliwości, która wzięła w obronę zarówno autorów ustawy o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej, jak i autorów nowej regulacji. Jej zdaniem, zarzuty powinny być skierowane pod adresem prawodawcy unijnego, który decydując się na harmonizację zupełną, wyłącza możliwość swobodnego odstąpienia od regulacji zawartych w dyrektywach.

Druga sesja konferencji zatytułowana „Prawo konsumenta do informacji i odstąpienia od umowy – obowiązki i wyzwania dla przedsiębiorców”, poświęcona przede wszystkim nowym obowiązkom informacyjnym nakładanym na przedsiębiorców, moderowana przez dr Joannę A. Luzak (Uniwersytet w Amsterdamie, Holandia), rozpoczęła się od wystąpienia dr Marka Świerczyńskiego (Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego). W referacie pt. „Obowiązki informacyjne przedsiębiorcy” zaprezentował on zakres informacji, jakie przedsiębiorca jest zobowiązany każdorazowo przekazać konsumentowi, poddał w wątpliwość czy spełnią one swoją funkcję, ponieważ konsument może okazać się nimi niezainteresowany i zwyczajnie nie chcieć tracić czasu na zapoznanie się z tak dużą ilością tekstu, co w efekcie pozbawi go części ochrony wprowadzanej przez nową ustawę. Kolejny referat zaprezentował dr hab., prof. UŁ Paweł Księżak (Uniwersytet Łódzki), który w swoim wystąpieniu pt. „Skurki prawne naruszenia obowiązków informacyjnych przez przedsiębiorców” przeprowadził szczegółową analizę następstw cywilno-prawnych niezastosowania się przedsiębiorcy do obowiązków nałożonych na niego przez ustawę. Zaprezentowane zostało szerokie spektrum możliwych konsekwencji, począwszy od prawa do odstąpienia od umowy lub stwierdzenia jej nieważności, poprzez hipotetyczną możliwość dochodzenia odszkodowania, kończąc na propozycji wyprowadzenia z obowiązków informacyjnych uregulowanych w ustawie dobra osobistego konsumentów w postaci „prawa do podjęcia oświeconej decyzji” – swobody w kreowaniu i zawieraniu umów, które mogłyby być powiązane z godnością lub wręcz wolnością każdej osoby. Wyprowadzone na tym gruncie interesy niemajątkowe konsumentów mogłyby również podlegać ochronie poprzez możliwość dochodzenia zadośćuczynienia za naruszenie dóbr osobistych. Kolejny referat pt. „Specyfika umów o dostarczenie treści cyfrowych” zaprezentowali dr Berenika Kaczmarek-Templin (Uniwersytet Opolski) wraz z dr hab., prof. UO Dariuszem Szostkiem (Uniwersytet Opolski). Referenci w szczególności podkreślali obszerność pojęcia treści cyfrowych, przy obrocie którymi znajdzie zastosowanie analizowana ustawa. Powyższe wiązało się będzie z koniecznością przystosowania prowadzonej działalności gospodarczej przez bardzo wielu przedsiębiorców, którzy dotychczas nie mieli styczności z tak obszernymi obowiązkami względem konsumentów, w szczególności w sferze informacyjnej. Następnie dr hab. Marlena

Pecyna (Uniwersytet Jagielloński) przedstawiła problematykę odstąpienia przez konsumenta od zawartej umowy. Na zakończenie II sesji konferencji dr hab. Edyta Rutkowska-Tomaszewska (Uniwersytet Wrocławski) obszernie zaprezentowała problematykę relacji regulacji sektora usług finansowych i regulacji praw konsumentów w referacie zatytułowanym „Umowy dotyczące usług finansowych zawierane na odległość”.

Sesja III zatutyłowana „Wybrane aspekty odpowiedzialności przedsiębiorcy w obrocie konsumenckim”, moderowana przez dr Beatę Giesen (Uniwersytet Łódzki), rozpoczęła się od wystąpienia pt. „Skutki prawne spełnienia niezamówionych świadczeń” zaprezentowanego przez dr Elwirę Macierzyńską-Franaszczyk (Akademia Leona Koźmińskiego), która przedstawiła problem dostarczania konsumentom niezamówionych przez nich towarów i konsekwencji prawnych, jakie taka sytuacja będzie rodziła pod rządami nowej ustawy. W kolejnym wystąpieniu pt. „Rękojmia i gwarancja – zmiany w odpowiedzialności” dr hab. Monika Jagielska (Uniwersytet Śląski) przeanalizowała przyczyny wprowadzenia zmian i szczegółowo zaprezentowała relację pomiędzy rękojmią i gwarancją udzielaną przez przedsiębiorcę. Na zakończenie III sesji konferencji głos zabrał prof. dr hab. Wojciech J. Katner (Uniwersytet Łódzki), który w wystąpieniu pt. „Czy nowa ustawa w zakresie dotyczącym rękojmi i gwarancji przy sprzedaży jest nam rzeczywiście potrzebna? Doświadczenia doktryny i orzecznictwa na tle k.c. oraz ustawy z 2002 r. o sprzedaży konsumenckiej” pozytywnie odniósł się do nowej ustawy o prawach konsumenta, jednak skrytykował, że jej wprowadzenie trwało aż 11 lat i wiązało się z koniecznością stosowania ustawy z 2002 r. o sprzedaży konsumenckiej, którą ocenia krytycznie. Prof. dr hab. Wojciech J. Katner pozytywnie odniósł się do powrotu pojęcia „wady fizycznej” oraz podkreślił, że w jego ocenie będzie istniała możliwość odpowiedniego wykorzystania dużego dorobku doktryny oraz orzecznictwa SN oraz sądów powszechnych dotyczącego rękojmi i gwarancji.

W trakcie dyskusji, która nastąpiła po zakończeniu trzeciej sesji konferencji największe emocje budziły zagadnienia relacji rękojmi za wady fizyczne rzeczy do gwarancji udzielanej przez przedsiębiorcę oraz kwestia bardzo silnej ochrony konsumenta w przypadku spełnienia na jego rzecz niezamówionego świadczenia. W tym kontekście podkreślano, że pozbawienie przedsiębiorcy wszelkich roszczeń względem konsumenta, który otrzymał wprawdzie niezamówione przez siebie świadczenie, ale jednak zaczął z niego korzystać, jest rozwiązaniem zbyt drastycznym.

Moderatorem ostatniej sesji konferencji pt. „Praktyczne skutki wejścia w życie ustawy – różne perspektywy” była dr Monika Namysłowska. W czwartej sesji referaty przedstawili: dr Aneta Wiewiórowska-Domagalska (Ministerstwo Sprawiedliwości), Małgorzata Rothert (Miejski Rzecznik Konsumentów w Warszawie/Wiceprzewodnicząca Krajowej Rady Rzeczników Konsumentów), Łukasz Wroński (Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów), dr Dominik Lubasz (Lubasz i Wspólnicy – Kancelaria Radców Prawnych) oraz Grzegorz Wójcik (Członek Zarządu Izby Gospodarki Elektronicznej). W tej części konferencji zaprezentowane zostało spojrzenie na nową ustawę z punktu widzenia podmiotów, które ją przygotowywały (Ministerstwo Sprawiedliwości) oraz podmiotów, które będą musiały ją stosować (Miejscy Rzecznicy Konsumentów, urzędnicy, radcowie prawni oraz adwokaci reprezentujący przedsiębiorców oraz sami przedsiębiorcy). W związku z powyższym przez dr Anetę Wiewiórowską-Domagalską zaprezentowane zostały: przebieg procesu legislacyjnego nowej ustawy, najistotniejsze problemy, z którymi musieli zmierzyć się jej twórcy oraz relacja ustawy względem dyrektywy 2011/83/UE i konsekwencje związane

z późniejszą koniecznością wykazania prawidłowej jej implementacji do prawa krajowego. Z kolei praktycy wskazywali na liczne zagadnienia sporne i problemy interpretacyjne, jakie mogą wyniknąć na tle stosowania ustawy o prawach konsumenta. Dr Dominik Lubasz wskazywał na niejasność podobnych, lecz różnych pojęć wykorzystywanych przez ustawodawcę, m.in. takich jak: „jasny i zrozumiały”, „jasny i widoczny”, „jasne i czytelne”, które zgodnie z zasadami wykładni powinny być rozumiane inaczej, a jednocześnie są bliskoznaczne. Z kolei Grzegorz Wójcik zwracał uwagę na olbrzymią ilość nowych obowiązków nakładanych na przedsiębiorców sektora e-commerce, wysokie koszty związane z koniecznością dostosowania wykorzystywanych witryn internetowych oraz potencjalne problemy ze zrozumieniem przez konsumentów pojęć wykorzystywanych przez ustawodawcę, które musi wprowadzić przedsiębiorca internetowy do swoich formularzy, związanych przykładowo z obowiązkiem wyraźnego wskazania momentu wiążącego zawarcia umowy i konieczności uiszczenia zapłaty przez konsumenta.

Konferencja została zakończona po ponad 8 godzinach obrad i cieszyła się niezmiernie dużym zainteresowaniem – osobiście wzięło w niej udział blisko 350 osób, a dodatkowo transmisję na żywo miała możliwość śledzić nieograniczona liczba zainteresowanych. Dzięki prelegentom oraz aktywnemu uczestnictwu wielu słuchaczy, konferencja stanowiła doskonałą płaszczyznę wymiany poglądów i wątpliwości odnoszących się do nowej ustawy o prawach konsumenta, a także przyczyniła się do rozwikłania wielu problematycznych, z praktycznego punktu widzenia, zagadnień. Transmisję z konferencji można obejrzeć na stronie www.uokik.gov.pl.

mgr Mateusz Izbicki
doktorant; Katedra Europejskiego Prawa Gospodarczego
Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego;
e-mail: m.m.izbicki@gmail.com

Sprawozdanie z konferencji naukowej pn. „Egzekwowanie reguł konkurencji w Polsce – prawo i praktyka”, Warszawa, 28 listopada 2014 r.

Wejście w życie w dniu 18 stycznia 2014 r. nowelizacji ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów inspiruje do organizowania różnorodnych spotkań stanowiących forum do dyskusji nad przyszłymi kierunkami stosowania nowych rozwiązań prawa ochrony konkurencji zarówno dla akademików, jak i praktyków. Taki cel przyświecał również konferencji, która odbyła się w dniu 28 listopada 2014 r. w siedzibie dziennika „Rzeczpospolita”, a została zorganizowana przez tenże dziennik pod patronatem merytorycznym Kancelarii Modzelewska & Paśnik oraz Polskiego Stowarzyszenia Prawników Przedsiębiorstw. Uczestnikami konferencji była grupa kilkudziesięciu prawników reprezentujących kancelarie i firmy wielu branż.

Na szczególną uwagę zasługuje ciekawa formuła konferencji – treści koncentrujące się na nowelizacji ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów prezentowane były w formie klasycznych prezentacji-wykładów oraz wywiadu czy dyskusji panelowych. Prelegentami byli przedstawiciele świata nauki i prawnicy-praktycy, w tym także ci posiadający doświadczenia z obcymi systemami prawnej ochrony konkurencji.

Pierwszym punktem programu konferencji („Egzekwowanie reguł konkurencji w Polsce ‘z lotu ptaka’ – stan obecny i priorytety na przyszłość”) był wywiad z Wiceprezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów Bernadetą Kasztelan-Świetlik, przeprowadzony przez mecenas Małgorzatę Modzelewską de Raad. Wśród wielu wątków podejmowanych w wywiadzie jednym z najciekawszych był ten dotyczący działań UOKiK na rzecz podniesienia poziomu pewności prawnej dla przedsiębiorców-adresatów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Choć B. Kasztelan-Świetlik podkreślała ograniczone oddziaływanie wytycznych z zakresu stosowania prawa ochrony konkurencji w indywidualnych przypadkach, to jednak zapowiedziała aktywność Urzędu tak co do rewizji istniejących wytycznych (pod kątem ich zgodności ze znowelizowaną ustawą oraz dotychczasowych doświadczeń), jak i wydawania nowych wytycznych dla przedsiębiorców, m.in. prawdopodobnie zaleceń odnoszących się do dobrowolnego poddania się karze. Istotna część rozmowy wiceprezes B. Kasztelan-Świetlik i mecenas M. Modzelewskiej de Raad poświęcona została takim problemom, jak: współpraca UOKiK z innymi organami administracji państwowej na rzecz wykrywania praktyk ograniczających konkurencję; sposób postępowania UOKiK z zawiadomieniami w sprawach podejrzenia stosowania praktyk ograniczających konkurencję (mniej niż 10% zawiadomień skutkuje wszczęciem postępowań antymonopolowych „właściwych”, tj. innych niż wyjaśniające); efektywność rozwiązań z zakresu *leniency* w Polsce czy znaczenie programów *compliance*. Wiceprezes UOKiK wielokrotnie podkreślała otwartość Urzędu na współpracę z przedsiębiorcami, niekoniecznie tylko w toku samych postępowań wyjaśniających lub właściwych. Zapowiedziana została także dalsza aktywność UOKiK w – jak to określiła B. Kasztelan-Świetlik – „eliminowaniu *en bloc*” niektórych antykonkurencyjnych praktyk,

czego przejawem jest opublikowany niedawno przez UOKiK poradnik dla zarządców cmentarzy poświęcony praktykom na rynku usług cmentarnych i pogrzebowych (zob. P. Adamczewski, *Świadczenie usług cmentarnych i pogrzebowych. Obowiązki zarządcy cmentarza w świetle ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*, UOKiK, Warszawa 2014).

Kolejnym punktem programu była dyskusja panelowa moderowana przez mecenasa Waldemara Kopera (Polskie Stowarzyszenie Prawników Przedsiębiorstw), zatytułowana „Nowe instrumenty wykrywania naruszeń prawa konkurencji, nowe formy ingerencji w działalność przedsiębiorcy". Paneliści podejmowali w swoich wystąpienia i rozmowach takie zagadnienia, jak: wprowadzenie dwufazowości postępowania w sprawie koncentracji (Pola Karolczyk, Kancaleria Sidley Austin, Bruksela), środki zaradcze jako jeden z instrumentów ingerencji Prezesa UOKiK w prawa i wolności przedsiębiorcy (dr hab. Agata Jurkowska-Gomułka, Of Counsel Modzelewska & Paśnik), różnice między przeszukaniem a kontrolą z punktu widzenia przedsiębiorców, ochrona poufności komunikacji z prawnikami (dr Maciej Bernatt, Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych UW). Punktem odniesienia wypowiedzi wszystkich uczestników panelu była praktyka Komisji i sądów Unii Europejskiej.

Następnie Ken Daly, partner z Kancelarii Sidley & Austin z Brukseli, przedstawił przegląd europejskich i światowych rozwiązań z zakresu programu *leniency* (w tym *leniency plus* i *leniency* osób fizycznych) oraz osobistej odpowiedzialności osób zarządzających. Prelegent podkreślił, że w praktyce państw europejskiej brakuje spektakularnych przykładów skutecznego zastosowania sankcji pozbawienia wolności wobec osób fizycznych, choć próby takie były już w niektórych państwach podejmowane. Pozostaje to w znaczącej opozycji wobec sytuacji w Stanach Zjednoczonych, gdzie w każdym roku dochodzi do co najmniej kilkunastu skazań na karę pozbawienia wolności rocznie.

Ostatnim punktem południowej sesji konferencji było wystąpienie Piotra Paśnika, partnera z Kancelarii Modzelewska & Paśnik („Sankcje za naruszenie prawa konkurencji, sankcje dla osób fizycznych – z perspektywy orzecznictwa sądowego"). Prelegent przedstawił wyniki analizy orzecznictwa sądowego z ostatnich lat dokonanej z perspektywy zasad i kryteriów nakładania (ewentualnie zmiany) kar nakładanych za naruszenia ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. P. Paśnik zwrócił uwagę na istotną tendencję do zmniejszania kar nałożonych przez Prezesa UOKiK w toku kontroli sądowej decyzji tego organu. Obliczając wielkość kary, sądy są również skłonne do uwzględniania m.in. części przychodu z rynku objętego antykonkurencyjną praktyką, zaprzestania (dobrowolnego lub „wymuszonego") praktyki czy precedensowego charakteru kary. Tym samym mamy do czynienia z racjonalizacją polityki karania za naruszenia z zakresu prawa konkurencji. P. Paśnik poddał także krytyce wiele elementów konstrukcji odpowiedzialności osób zarządzających w znowelizowanej ustawie. Problematyczne mogą być takie kwestie, jak określoność praktyki stanowiącej przedmiot odpowiedzialności, przesłanka umyślności, jak również sam zakres tej odpowiedzialności, z którego wykluczone zostały zmowy przetargowe.

Popołudniowa sesja konferencji została otwarta przez prof. INP PAN dr hab. Dawida Miąsika wystąpieniem zatytułowanym „Stosowanie Ustawy do zdarzeń sprzed wejścia w życie nowelizacji, czyli wyczerpująco o zagadnieniach intertemporalnych". Prof. Miąsik wskazał na problemy, jakie wyniknęły ze zmian i nowelizacji ustaw o ochronie konkurencji w przeszłości, a znalazły swoje odzwierciedlenie w orzecznictwie Sądu Najwyższego. Prelegent zidentyfikował najbardziej, jak

się wydaje, kontrowersyjne kwestie przepisów intertemporalnych, głównie te związane z tzw. przedawnieniem antymonopolowym i odpowiedzialnością osób zarządzających. Słuchacze otrzymali również bardzo praktyczne wskazania terminowe (np. w kontekście wydłużenia terminu na wniesienie odwołania od decyzji Prezesa UOKiK).

Ostatnim punktem programu była dyskusja panelowa z udziałem prawników przedsiębiorstw, którzy w codziennej pracy staną przed wyzwaniami, jakie niesie ze sobą nowelizacja ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Uczestnikami dyskusji byli: Agnieszka Kosowska (Dyrektor ds. Prawnych, Roche Polska), Magdalena Taff (Dyrektor Działu Prawnego i Zgodności, WSiP) oraz Radosław Radowski (Partner, Grupa Strategia). Dyskusję moderował Tom Ruhan (General Counsel, Przewodniczący European Competitive Telecommunications Association). W dyskusji podnoszone były takie m.in. zagadnienia, jak: problemy praktyczne definiowania „osoby zarządzającej" w konkretnym przedsiębiorstwie, perspektywy działania *leniency* dla osób fizycznych, praktyczne aspekty współpracy przedsiębiorcy i jego pracowników, w tym prawników, z Prezesem UOKiK czy rola programów zgodności (*compliance*). Dyskusja toczyła się wartko, a wypowiedzi jej uczestników i moderatora nierzadko były bardzo emocjonalne, co z pewnością wpłynęło na dobrą jakość przekazu i komunikację ze słuchaczami.

Konferencja zakończyła się krótkim podsumowaniem jej głównych wątków oraz perspektyw i oczekiwań przedsiębiorców i prawników w związku z wejściem w życie nowelizacji ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Podsumowania dokonała niżej podpisana.

Dr hab. Agata Jurkowska-Gomułka
Wyższa Szkoła Informatyki i Zarządzania w Rzeszowie;
e-mail: agathajur@o2.pl

Competition Law or Free Competition Law? *(from the Volume Editor)*

Dr. Monika Zielińska, Obituary *(Maria Królikowska-Olczak)*

Articles

Jan Polański, **Informant reward schemes under European competition regulations**

Table of contents:

I. Introduction
II. Informant rewards
    1. Public enforcement and rewards for private parties
    2. Cartel stability
    3. Incentives to cooperate
III. Reward schemes in practice
    1. United Kingdom
    2. Hungary
    3. Slovak Republic
    4. Two models
IV. Implementation
    1. Types of infringements
    2. Level of rewards
        2.1. Comparative analysis
        2.2. Informants' expectations
        2.3. Rewards and leniency discounts
        2.4. Recommendations
    3. Types of informants
    4. Cooperation
V. Conclusion

Summary: The article discusses the idea of informant reward schemes as one of the new cartel detection methods. Informant reward schemes are supposed to enhance the reactive detection capabilities of competition authorities by lowering their reliance on leniency programmes in the early stages of cartel investigations. The article provides: (i) an overview of the main rationales behind the idea of providing financial rewards in antitrust enforcement; (ii) an analysis of the informant rewards schemes introduced in the United Kingdom, Hungary, and the Slovak Republic; (iii) recommendations regarding the implementation of such schemes in practice. An extended English version of this article is available at: http://ssrn.com/abstract=2457450.

Key words: cartel; detection; enforcement; informant; reward schemes; whistle-blowing; United Kingdom; Hungary; Slovak Republic.

Dariusz Aziewicz, **Control over acquisition of minority shareholdings in the planned reform of the Regulation 139/2004**

Table of contents:

I. Introduction
II. European Commission's merger control regime – current legal status
III. Minority shareholdings as concentrations in particular merger control regimes
IV. Position of the Commission in the scope of acquisition of minority shareholdings, economic assumptions – polemics
V. Proposals of the Commission in the scope of a notification requirement for minority shareholdings
VI. Proposals of the Commission and the Polish law
VII. The principle of effectiveness (*effet utile*)
VIII. Conclusions

Summary: The article is devoted to the planned reform of merger control regime in the European Union. In July 2014 the European Commission issued a White paper: „Towards more effective EU merger control." The article is focused on economic aspects of the reform provided by the European Commission and several legal studies. Moreover, the article concerns the effects which the planned regime may take, while assessing transactions in which one of the parties will be a polish company. Furthermore, it indicates possible amendments to the Polish commercial law, which should be undertaken to preserve the principle of effectiveness of the European law.

Key words: competition law, merger control, concentrations, minority shareholdings.

Maciej Marek, **Slotting fees versus price-setting mechanisms**

Table of contents:

I. Introduction
II. Freedom to set prices
III. Unconditional percentage discounts and fees
IV. Remuneration set as a fraction of turnover
V. Unconditional fixed fees
VI. Target fees
VII. Evaluation of unconditional fixed fees on the basis of Article 15(1)(4) of Unfair Competition Act

Summary: Ban on slotting fees, stemming from art. 15 par. 1 pt. 4 of Act on combating unfair competition, has been too loosely interpreted by the Polish courts. In particular, wrongly qualified as slotting fees are payments which are primarily price-setting measures and which are generally neither unfair nor harmful. The category of price-setting payments includes payments defined as a fraction of a value of a turnover and payments due after specified level of sales is reached. The prerequisites of art. 15 par. 1 pt. 4 of Act on combating unfair competition may be met by fixed payments, but even those often do not create unfair barriers to entry, but improve economic efficiency and consumer welfare.

Key words: slotting allowances; slotting fees; price; rebates; discounts; premiums; bonuses; remuneration for services provided by retail chains; fixed payments; percentage payments;

Bartosz Wojtaczka, **Incentive effect in state aid law**

Table of contents:

I. Introduction
II. Incentive effect
III. Formal incentive effect
IV. Economic incentive effect
V. Incentive effect – presumption or condition
VI. Incentive effect in Regulation 651/2014
VII. VII Conclusions.

Summary: One of the requirements of a compatibility of State aid with the internal market, arising from art. 107 (3) of TFEU, is its necessity. The aid granted from the State has to be necessary to execute a project – it should be a kind of an incentive to pursue projects, which are compatible with the economic policy of a State. In other case, the granted aid will only lead to improvement of financial position of a beneficiary. The aim of this article is to present some legal solutions connected with an incentive effect, which were lately accepted by European Commission in its guidelines and in a new regulation which declares certain categories of aid compatible with the internal market.

Key words: Incentive effect, necessity of aid, guidelines of European Commission, regulation declaring certain categories of aid compatible with the internal market.

Justyna Kulawik-Dutkowska, **Correct determination of SME status in the context of State Aid for companies**

Table of contents:

I. Introduction
II. Elements of SME definition in the light of EU and Polish Law
III. SME definition in the light of EU case law
IV. SME definition in the light of Polish jurisprudence
V. Legal consequences of incorrect assessment of SME status by an enterprise
VI. Closing remarks

Summary: Despite the introduction of SME definition in the EU and Polish legal acts, this notion raises a number of doubts in the economic practice, in particular in the context of making certain types of State Aid conditional on possessing status of a micro, small, or medium-sized enterprise. The EU and Polish regulations governing this issue leave a significant interpretation gap, filled by the decisions of national administration and European Commission, as well as judgments of EU and national courts. The aim of this article is to discuss the range of problems related to correct assessment of SME status, taking into account legal provisions and established jurisprudence, in order to avoid negative consequences of any mistakes in this regard.

Key words: SME definition; SME status; size of a company; enterprise; single economic unit; single economic unit; State Aid

Legislation and Case Law Reviews

Robert Stefanicki, **The effects of "price umbrella". Comments on the judgment of the Court of Justice of the European Union of 5 June 2014 in C-557/12 Kone AG and others**
Table of Contents:
I. Introduction
II. Facts
III. Request for a preliminary ruling and proceedings before the EU Court of Justice
IV. Adequate causal link determination
V. The justification for the concept of liability under the effects of "price umbrella"
VI. The program of voluntary cooperation between business and competition authorities
VII. Conclusions
Summary: EU competition law is implemented by public and private law measures for the protection of individual victims of practices contrary to the law. With immediate effect the prohibitions laid down in the Treaty flows that any person may request compensation for harm suffered where there is a causal link between the damage and the violation of the law. EU case-law uses a broad definition of entities authorized because it points to "any entity". The title judgment reinforces this construction providing that civil law liability for cartel damages may also include the so-called effects of "price umbrella".
Key words: private enforcement; action for damages; the effects of price umbrella; adequate causal link; the effectiveness principle

Justyna Matuszczak-Piasta, **Concept of the asymmetric competitive pressure. Polish competition authority's decisions in Auchan Polska and Jeronimo Martins cases in the light of British experience**
Table of contents:
I. Introduction
II. Defining of the relevant market
III. Analysis of the retail grocery market in the UK
IV. The use of concept of asymmetric competitive pressure in Poland
V. Conclusions
Summary: This article presents the concept of asymmetric competitive pressure in the jurisprudence of antitrust authorities in the UK and indicates economic tools used in order to determine the relevant markets for the activities of grocery retailers. This paper discusses also the application of the concept of asymmetric competitive pressure by Polish competition authority.
Key words: asymmetric competitive pressure; relevant market; retail sale; economic analysis; quantitative analysis

Extended effect of the Competition Court judgments concerning unfair consumer terms. Case comment to the Polish Supreme Court's judgment of 12 February 2014, no. III SK 18/13
(Paweł Gutkowski, Miłosz Malaga)
Table of contents:
I. Introduction
II. Introductory remarks

III. Analysis of Supreme Court's arguments concerning the Polish legal system of protection against unfair contract terms
IV. Analysis of Supreme Court's arguments concerning the European Union law
V. Conclusions

Summary: In this case note we comment the Polish Supreme Court's judgment issued on 12 February 2014 which deals with an issue of extended effect of judgments by District Court of Warsaw – Court for Competition and Consumer Protection (hereinafter: District Court). In these judgments contract terms used by entrepreneurs may be declared unfair and abusive. The Supreme Court supported the view, according to which a judgment declaring unfairness of a contract term – on the basis of which this term is entered into a register of unfair contract terms – does not bind entrepreneur who was not a party to proceedings in the District Court. The authors of this contribution disapprove of such approach. In this case note we provide arguments, deriving both from EU and Polish law, that support the necessity of adopting a wide approach towards interpretation of an issue of extended effect of judgments of the District Court.

Key words: unfair contract terms, register of unfair contract terms, consumers protection, extended effectiveness of the judgment by Competition and Consumer Protection Court, Directive 93/13

Rebates granted by dominant undertakings – can the recent case law of the Court of Justice be defended? Judgment of the General Court of 12 June 2014 in case T-286/09 – *Intel Corp. v European Commission* (Emilia Wardęga)

List of contents:

I. Introduction
II. Facts and findings of the European Commission
III. Position of the General Court
    1. Loyalty rebates are prohibited *per se*
    2. The AEC test is not necessary to demonstrate exclusionary effect
    3. It is of no importance what part of the market was affected by the practice
IV. Assessment of the position of the General Court
    1. Criticism of applying the *per se* prohibition
    2. Criticism of rejecting the AEC test
    3. Criticism of other findings of the General Court
    4. Arguments in favour of the General Court's position
    5. Final remarks

Summary: The case comment attempts to seek arguments to defend the formalistic approach adopted by the General Court in a recent judgment regarding rebates granted by undertakings holding dominant position. However, in spite of certain advantages of such approach, it does not seem appropriate for the assessment of conditional rebates and it is not in line with the recent developments of competition law. The case comment criticizes in particular the *per se* prohibition of loyalty rebates adopted by the General Court and the depreciation of the usefulness of the AEC test as a tool to demonstrate exclusionary effects of certain rebates. The last part of the case comment presents some *de lege ferenda* remarks.

Key words: abuse of dominant position; microprocessors market; loyalty rebates; as-efficient-competitor test; form-based approach; effects-based approach; foreclosure effect; unavoidable trading partner; exclusionary effect

Merger control and financial markets – relevant market delineation in European Commission's decisions. **Cases: No. COMP/.6166 Deutsche Borse / NYSE Euronext and No. COMP/M.6873 Intencontinental Exchange NYSE Euronext** (Dariusz Aziewicz)

Table of contents:

I. Introduction
II. Relevant market in the Competition law
III. Cases Deutsche Borse / NYSE Euronext and Intencontinental Exchange NYSE Euronext
IV. Relevant market for securities in the Commission's practice
V. Relevant market for derivatives in the Commission's practice
V. Conclusions

Summary: The article concerns the way of delineation of a relevant market for mergers between stock exchanges assessed by the European Commission. Focus here is placed on the delineation of markets for securities and for derivatives, on the basis of Deutsche Borse / NYSE Euronext and Intencontinental Exchange NYSE Euronext decisions.

Key words: Competition law, merger control, merger prohibition, financial markets, securities, derivatives

The beginning of period of limitation for instituting competition proceedings. Supreme Court judgment of 20 February 2014, no. III SK 26/13 (Ilona Szwedziak-Bork)

State aid – Acquisition ban as a measure for limitation of aid to the minimum necessary. Judgment of General Court of 8 April 2014 in the case T-319/11 – ABN Amro v European Commission (Wojciech Podlasin)

Book Reviews

Sarah Riddell, William Schubert, Spencer Weber Waller, **Antitrust in Pop Culture: A Guide For Antitrust Gurus** (Maciej Bernatt)

Event and Activity Reports

Consumer Rights Law – opportunities and risks, Faculty of Law and Administration, University of **Łódź**, 15 September 2014 (Mateusz Izbicki)

Enforcement of competition law in Poland – law and practice, Warsaw, 28 November 2014 (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)