internetowy
# KWARTALNIK ANTYMONOPOLOWY I REGULACYJNY
7(5)
2016
SERIA ANTYMONOPOLOWA

- **Wyłączenie dystrybucji selektywnej spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję**
- **Unia i fuzja personalna w polskim prawie ochrony konkurencji**
- **Wadliwe uzasadnienie jako postawa unieważnienia decyzji Komisji Europejskiej w świetle aktualnego orzecznictwa TSUE dotyczącego kontroli przedsiębiorstw**
- **Metody ustalania podejrzenia istnienia zmowy przetargowej**
- **Utrudnianie dostępu do rynku jako przesłanka czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na pobieraniu opłat półkowych podlegająca każdorazowemu badaniu**
- **Ograniczenia konkurencji w porozumieniach wertykalnych – czy jest miejsce na badanie skutku? Uwagi w świetle ostatniego orzecznictwa sądów polskich i TSUE**

ISSN 2299-5749

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

UNIWERSYTET WARSZAWSKI · WYDZIAŁ ZARZĄDZANIA

internetowy KWARTALNIK ANTYMONOPOLOWY I REGULACYJNY

7(5)
2016

75. publikacja Programu Wydawniczego 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 Finansów Publicznych w Europejskiej Wyższej Szkole Prawa i Administracji w Warszawie) – wiceprzewodniczący.

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 Administracji WNSiA Wyższej Szkoły Menedżerskiej w Warszawie) – członek.

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

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

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

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

Prof. INP PAN dr hab. **Dawid Miąsik** (Zakład Prawa Europejskiego INP PAN; sędzia Sądu Najwyższego) – 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** (kierownik Katedry Prawa Gospodarczego Publicznego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Szczecińskiego) – członek.

Prof. dr hab. **Adam Noga** (kierownik Katedry Ekonomii Akademii Leona Koźmińskiego) – członek.

Prof. ALK dr hab. **Bartłomiej Nowak** (Katedra Prawa Międzynarodowego i Prawa UE Akademii Leona Koźmińskiego w Warszawie) – członek.

Prof. dr hab. **Bożena Popowska** (kierownik Zakładu Publicznego Prawa Gospodarczego Wydziału Prawa i Administracji 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.

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 profesor w Pracowni Ekonomii Instytucji Instytutu 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 Zakładu Integracji Europejskiej IRWiR PAN) – członek.

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

Kolegium Redakcyjne

Prof. dr hab. **Tadeusz Skoczny** (dyrektor CARS i kierownik Samodzielnego Zakładu Europejskiego Prawa Gospodarczego Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego) – redaktor naczelny i nadzór nad „Serią Antymonopolową" oraz redaktor tematyczny ds. prewencyjnej kontroli koncentracji; e-mail: skoczny@wz.uw.edu.pl; tadeuszskoczny@gmail.com; tel. (+48 22) 55 34 126; tel. kom. 604 759 706.

Dr hab. **Anna Fornalczyk** (partner firmy COMPER Fornalczyk i Wspólnicy Sp.j.) – zastępca redaktora naczelnego i nadzór nad publikacjami z ekonomii konkurencji i regulacji oraz redaktor tematyczna ds. pomocy publicznej; e-mail: afornalczyk@comper.com.pl; tel. kom. 601 293 922.

Prof. dr hab. **Stanisław Piątek** (kierownik Katedry Prawnych Problemów Administracji i Zarządzania Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego – zastępca redaktora naczelnego, nadzór nad „Serią Regulacyjną", redaktor tematyczny ds. regulacji w dziedzinie łączności i mediów oraz redaktor jednego zeszytu regulacyjnego; e-mail: piatek@wz.uw.edu.pl; tel. kom. 601 214 611.

Prof. dr hab. **Jerzy Wierzbiński** (kierownik Zakładu Metod Matematycznych i Statystycznych Zarządzania Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego) – redaktor statystyczny; e-mail: wierzbinski@wz.uw.edu.pl; tel. kom. 602 245 591.

Dr **Maciej Bernatt** (adiunkt w Samodzielnym Zakładzie Europejskiego Prawa Gospodarczego Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego) – red. tematyczny ds. reguł wdrażania prawa ochrony konkurencji i redaktor jednego zeszytu „Serii Antymonopolowej"; e-mail: mbernatt@wz.uw.edu.pl; tel. kom. 603 608 432.

Dr **Marzena Czarnecka** (adiunkt w Katedrze Prawa Uniwersytetu Ekonomicznego w Katowicach) – redaktor tematyczny ds. regulacji energetycznej oraz redaktor prowadzący jednego zeszytu „Serii Regulacyjnej"; e-mail: mczg@interia.pl; tel. kom. 601 482 488.

Łukasz Gołąb (Katedra Publicznego Prawa Gospodarczego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie) – redaktor tematyczny ds. regulacji kolejowej oraz współredaktor jednego zeszytu „Serii Regulacyjnej"; e-mail: lukaszgolab84@gmail.com; tel. kom. 664 257 487.

Prof. WSIiZ dr hab. **Agata Jurkowska-Gomułka** (kierownik Katedry Prawa Administracyjnego na Wydziale Nauk Społecznych i Administracji Wyższej Szkoły Informatyki i Zarządzania w Rzeszowie) – redaktor tematyczna ds. porozumień ograniczających konkurencję oraz redaktor prowadzący jednego zeszytu „Serii Antymonopolowej"; e-mail: agathajur@o2.pl; tel. kom. 501 060 776.

Prof. KA dr hab. **Konrad Kohutek** (Kierownik Katedry Publicznego Prawa Gospodarczego na Wydziale Prawa, Administracji i Stosunków Międzynarodowych Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza-Modrzewskiego w Krakowie) – redaktor tematyczny ds. nadużywania pozycji dominującej; e-mail: kohutek@gmx.net; tel. kom. 600 346 215.

Dr **Magdalena Olender-Skorek** (adiunkt w Katedrze Gospodarki Narodowej Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego) – redaktor tematyczny ds. ekonomii konkurencji i regulacji; e-mail: M.Olender@itl.waw.pl; tel. kom. 505 118 860.

Prof. UwB dr hab. **Anna Piszcz** (p.o. kierownika Katedry Prawa Gospodarczego Publicznego Wydziału Prawa Uniwersytetu w Białymstoku) – redaktor tematyczna ds. prawa ochrony konkurencji zagranicą i redaktor prowadząca jednego zeszytu „Serii Antymonopolowej"; e-mail: piszcz@uwb.edu.pl; tel. kom. 608 777 236.

Dr **Jan Walulik** (adiunkt w Samodzielnym Zakładzie Europejskiego Prawa Gospodarczego Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego) – redaktor tematyczny w dziedzinie regulacji lotniczej oraz redaktor prowadzący jednego zeszytu „Serii Regulacyjnej"; e-mail: j.walulik@neostrada.pl; tel. kom. 607 559 689.

Dr **Ewa Kwiatkowska** (adiunkt w Katedrze Metod Ilościowych i Zastosowań Informatyki Akademii Leona Koźmińskiego w Warszawie) – sekretarz redakcji odpowiedzialny za „Serię Regulacyjną"; e-mail: ewcia@alk.edu.pl; tel. kom. 502 031 389.

Spis treści

O liczbach i wdrażaniu reguł konkurencji w Polsce (od redaktora) 6

Artykuły

Maciej Marek, **Wyłączenie dystrybucji selektywnej spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję** 8

Adrian Bielecki, **Unia i fuzja personalna w polskim prawie ochrony konkurencji** 28

Marta de Bazelaire de Ruppierre, **Wadliwe uzasadnienie jako postawa unieważnienia decyzji Komisji Europejskiej w świetle aktualnego orzecznictwa TSUE dotyczącego kontroli przedsiębiorstw** 45

Joanna Piechucka, Marta Stryszowska, **Metody ustalania podejrzenia istnienia zmowy przetargowej** 60

Joanna Affre, Joanna Piechucka, Piotr Skołubowicz, Marta Stryszowska, **Utrudnianie dostępu do rynku jako przesłanka czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na pobieraniu opłat półkowych podlegająca każdorazowemu badaniu** 69

Przeglądy prawa i orzecznictwa

Katarzyna Górna, Małgorzata Kozak, Anna Wawruch, **Ograniczenia konkurencji w porozumieniach wertykalnych – czy jest miejsce na badanie skutku? Uwagi w świetle ostatniego orzecznictwa sądów polskich i TSUE** 93

Możliwość pociągnięcia do odpowiedzialności przedsiębiorcy za antykonkurencyjne zachowanie niezależnego usługodawcy.
Glosa do wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 21 lipca 2016 r. w sprawie *VM Remonts SIA, Ausma grupa SIA* przeciwko *Konkurences padome* (oraz *Konkurences padome* przeciwko *Pārtikas kompānija SIA*) (Marta Michałek-Gervais). 116

Postępowanie antymonopolowe w sprawach koncentracji a dostęp do informacji publicznej.
Glosa do wyroku WSA w Warszawie z 16.12.2015 r. SAB/Wa 796/15 (Aleksandra Kędzior). 123

Kontrola w toku postępowania przed Prezesem UOKiK.
Wyrok SOKiK z dnia 20 marca 2015 r., XVII AmA 136/11 oraz z dnia 8 sierpnia 2014 r., XVI AmA 145/11 (Dariusz Aziewicz) 131

Przegląd piśmiennictwa

Jan Szczodrowski, *Kontrola rynków oligopolistycznych w prawie konkurencji*, LEX a Wolters Kluwer Business, Warszawa 2015, s. 350 (Konrad Kohutek) 135

Anna M. Nolan, *Unijne prawo konkurencji. Efektywność systemu odesłań spraw dotyczących koncentracji przedsiębiorstw*, C.H. Beck, Warszawa 2015, s. 228 (Dariusz Aziewicz) 137

Sprawozdania

Seminarium naukowe *Najważniejsze zmiany w sferze ochrony konsumentów w świetle ustawy z dnia 5 sierpnia 2015 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz niektórych innych ustaw.* Instytut Nauk Prawnych PAN, Warszawa, 14 kwietnia 2016 r. (Jarosław Łukawski) 139

Sprawozdanie z wykładu gościnnego prof. Michaela Jacobsa, pt. *The Durability of the Chicago School in Antitrust: What Accounts for it?* (Anna Tworkowska-Baraniuk) 142

Contents, summaries and key words 144

O liczbach i wdrażaniu reguł konkurencji w Polsce
(od redaktora)

Organy administracji publicznej często sięgają po dane statystyczne, by opisać swoją działalność. Podejście takie ma wiele słabości, ponieważ może odwracać uwagę od pytania o jakość podejmowanych działań. Mimo wszystko jednak liczby to dobry punkt wyjścia do oceny aktywności organów administracji. Z tej perspektywy uwagę zwraca sprawozdanie z działalności Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów za 2015 r. (upublicznione 30 września 2016 r.)[1], a zaprezentowane w nim dane statystyczne mogą prowadzić do następujących wniosków:

1) UOKiK przywiązuje większą wagę do interwencji służących bezpośrednio ochronie konsumentów niż do interwencji o charakterze antymonopolowym (w 2015 r. UOKiK wszczął 106 postępowań i wydał 144 decyzje w sprawach praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów; w sprawach praktyk ograniczających konkurencję wszczął 34 postępowania i wydał 22 decyzje);
2) zwalczając praktyki ograniczające konkurencję, UOKiK częściej niż po decyzje sięga po „miękkie", sygnalizacyjne środki załatwiania spraw (w 2015 r. 52 sprawy zostały zakończone w ten sposób);
3) znikomą pomoc w wykrywaniu porozumień ograniczających konkurencję stanowi program *leniency* (2 wnioski w 2015 r. w stosunku do 10 w 2014 r.);
4) UOKiK nie wykazuje aktywności jako organ wdrażający reguły konkurencji UE, tj. jako organ zwalczający praktyki, które mogły mieć wpływ na handel pomiędzy państwami członkowskimi (brak w 2015 r. nowych postępowań prowadzonych równoległe na podstawie art. 101–102 TFUE i przepisów uokik);
5) porozumienia ograniczające konkurencję o charakterze wertykalnym nie są priorytetem UOKiK (brak w 2015 r. nowych postępowań dotyczących takich porozumień);
6) Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów częściej niż w przeszłości dochodzi do wniosków odmiennych niż Prezes UOKiK (w latach 2014–2015 w sprawach praktyk ograniczających konkurencję SOKiK podtrzymał 63–64% decyzji Prezesa UOKiK w stosunku do 80 i 86% w latach 2012 i 2013).

Wskazane liczby zachęcają do prowadzenia badań naukowych, które ocenią działalność Prezesa UOKiK pod kątem jakościowym. *Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny* może temu celowi z pewnością służyć.

Prezentowany numer zawiera teksty dotyczące porozumień ograniczających konkurencję. Autorzy odnoszą się m.in. do zagadnienia budzącego obecnie duże zainteresowanie także w literaturze anglojęzycznej – rozróżnienia pomiędzy antykonkurencyjnym celem a skutkiem porozumień ograniczających konkurencję. Na uwagę zasługuje tutaj kompleksowa analiza aktualnego orzecznictwa sądów UE w takich sprawach, jak *Allianz Hungaria, MasterCard, Cartes Bancaires,*

1 Pozyskano z: https://www.uokik.gov.pl/download.php?plik=18516.

Maxima Latvija i *Toshiba* autorstwa Małgorzaty Kozak, Katarzyny Górnej i Anny Wawruch oraz glosa Marty Michałek-Gervais do wyroku TSUE w sprawie *VM Remonts.* Maciej Marek analizuje z kolei czy są podstawy do wyłączenia spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję dystrybucji selektywnej. Marta de Bazelaire de Ruppierre swoją uwagę poświęca natomiast podstawowemu środkowi służącemu wykrywaniu porozumień ograniczeń konkurencji – kontroli. Bada, w jakim stopniu wadliwe uzasadnienie stać się może podstawą do unieważnienia przez sądy UE decyzji Komisji o przeprowadzeniu kontroli. W końcu, ekonomistki Joanna Piechucka i Marta Stryszowska analizują strukturalne i behawioralne metody ustalania podejrzenia istnienia zmowy przetargowej.

Artykuły prezentowane w niniejszym numerze iKAR dotyczą ponadto problematyki kontroli koncentracji oraz zwalczania nieuczciwej konkurencji. Adrian Bielecki zastanawia się, czy zagadnienie unii personalnej – istotne z perspektywy definicji „przejęcia kontroli" – jest prawidłowo uregulowane w polskim prawie. Joanna Affre, Joanna Piechucka, Piotr Skołubowicz i Marta Stryszowska prezentują natomiast kompleksową analizę dotychczasowej literatury celem dowiedzenia tezy, że utrudnianie dostępu do rynku jest konieczną przesłanką stwierdzenie pobierania innych niż marża handlowa opłat na gruncie art. 15 ust. 1 pkt 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Nr 7/2016 iKAR tradycyjnie zawiera także komentarze do aktualnych wyroków, recenzje i omówienia książek oraz sprawozdania z wydarzeń dotyczących problematyki ochrony konkurencji i konsumentów.

Zapraszam do lektury.

Dr Maciej Bernatt
Wydział Zarządzania
Uniwersytetu Warszawskiego

Maciej Marek*

Wyłączenie dystrybucji selektywnej spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję

Spis treści

I. Wprowadzenie
II. Ogólne zasady oceny dystrybucji selektywnej
III. Dystrybucja selektywna na gruncie wyłączeń grupowych
1. Wyłączenia grupowe
2. Definicje systemu dystrybucji selektywnej
2.1. Definicja krajowa i definicja unijna
2.2. Wybór dystrybutorów według „określonych kryteriów”
2.3. Zakaz odsprzedaży dystrybutorom z „terytorium, na którym dostawca postanowił stosować system”
2.4. Zobowiązanie się „bezpośrednio lub pośrednio”
3. Ograniczenie sprzedaży użytkownikom ostatecznym
4. Ograniczenie dostaw wzajemnych
5. Łączenie dystrybucji selektywnej z innymi ograniczeniami
5.1. Dystrybucja selektywna i dystrybucja wyłączna
5.2. Dystrybucja selektywna i jednomarkowość
5.3. Dystrybucja selektywna i wyłączność zakupów
5.4. Konsekwencje rozbieżności między rozporządzeniem RM i rozporządzeniem KE
IV. Indywidualne wyłączenie dystrybucji selektywnej
1. Metodologia analizy przesłanek wyłączenia indywidualnego
2. Wyłączenie indywidualne a doktryna Metro
V. Wnioski

Streszczenie

Artykuł dotyczy stosowania wyłączeń grupowych i wyłączenia indywidualnego do systemów dystrybucji selektywnej. Autor analizuje warunki skorzystania z polskiego i europejskiego ogólnego wyłączenia grupowego dla porozumień wertykalnych oraz możliwość łączenia dystrybucji selektywnej z najpopularniejszymi ograniczeniami dodatkowymi. Autor przedstawia także metodologię stosowaną w orzecznictwie europejskim przy stosowaniu indywidualnego wyłączenia do dystrybucji selektywnej i bada relacje przesłanek wyłączenia indywidualnego do ogólnych przesłanek zakazu porozumień ograniczających konkurencję.

* Adwokat; absolwent Uniwersytetu Jagiellońskiego i Szkoły Głównej Handlowej w Warszawie; członek Instytutu Allerhanda. Specjalizuje się w prawie konkurencji i prawie własności intelektualnej; e-mail: maciej.marek@gmail.com.

Słowa kluczowe: dystrybucja selektywna; wyłączenia grupowe; wyłączenia blokowe; wyłączenie indywidualne; doktryna *Metro*.

JEL: K210, L420

I. Wprowadzenie

System dystrybucji selektywnej to sieć wertykalnych porozumień między dostawcą a jego dystrybutorami, które nakładają na dystrybutorów określone obowiązki w zakresie sposobu dystrybucji towarów dostawcy. Najczęściej są to obowiązki dotyczące odpowiedniego wyszkolenia personelu, sposobu prezentowania towaru, urządzenia i oznaczenia salonu sprzedaży w określony sposób oraz zlokalizowania go we właściwym miejscu, zapewnienia określonych usług przedsprzedażowych (np. możliwości przetestowania towaru) lub posprzedażowych (np. usług serwisowych), promowania towarów dostawcy oraz osiągania określonego poziomu obrotów. Jednocześnie umowy tworzące system dystrybucji selektywnej prawie zawsze przewidują zakaz odsprzedaży towarów dystrybutorom spoza systemu (tzw. dystrybutorom nieautoryzowanym).

Dystrybucja selektywna szczególnie dobrze sprawdza się w przypadku skomplikowanych produktów wymagających specjalistycznej obsługi okołosprzedażowej oraz produktów, których wartość w dużym stopniu zależy od wizerunku marki (zwłaszcza produktów luksusowych). Z jednej strony, wraz ze wzrostem zamożności polskiego społeczeństwa coraz więcej producentów złożonych towarów z wyższej półki oraz towarów luksusowych tworzy tu swoje sieci dystrybucji. Z drugiej zaś – krajowi przedsiębiorcy wytwarzają coraz bardziej skomplikowane produkty i coraz lepiej dbają o wizerunek marki. W związku z tym dystrybucja selektywna staje się w Polsce coraz popularniejsza. Jej popularność w znacznym stopniu wynika także z błyskawicznego rozwoju Internetu, który zintensyfikował konkurencję cenową między dystrybutorami[1]. Dystrybucja selektywna – ze względu na swój zamknięty charakter – dobrze nadaje się bowiem do ograniczania nacisków na marże dystrybutorów[2].

Prawo konkurencji akceptuje dystrybucję selektywną, ale stawia jej daleko idące wymagania. W polskiej literaturze (Skoczny, 1995; Kohutek, 2008a; Kohutek, 2008b) i judykaturze[3] jest wciąż niewiele na jej temat wypowiedzi, a od czasu ich sformułowania ewoluował zarówno stan prawny[4], jak i orzecznictwo europejskie[5].

[1] Niniejszy artykuł nie będzie się jednak koncentrował na dopuszczalnych i niedopuszczalnych ograniczeniach sprzedaży *online* w systemach dystrybucji selektywnej, gdyż obszerność tej tematyki wymaga osobnego opracowania. Ogólnie problematykę sprzedaży *online* omawiają: A. Bolecki (2013b), K. Kohutek (2011) oraz B. Targański (2013).

[2] Wytyczne Komisji Europejskiej w sprawie ograniczeń wertykalnych (2010/C 130/01; dalej: Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych), pkt 178; wyr. TS z 25.10.1983 r. w sprawie 107/82 *AEG-Telefunken przeciwko Komisji* (Zb.Orz. 1983, s. 3151), pkt 31.

[3] Wyr. SA z dnia 6.12.1995 r., sygn. akt XVII Amr 47/95 (Wokanda 1997 nr 1, str. 55); wyr. SA z dnia 25.06.1997 r., XVII Ama 19/97 (Wokanda 1998 nr 7, str. 47); wyr. SNo z dnia 28.11.1997 r., sygn. akt I CKN 837/97 (OSNC 1998 nr 6, poz. 96); dec. Prezesa UOKiK z 16.10.2001 r. nr DL WR 26/2001 (Dz. Urz. UOKiK 2001, nr 3, poz. 115); dec. Prezesa UOKiK z 12.12. 2001 r. nr DL WR 34/2001 (Dz. Urz. UOKiK 2002 nr 1, poz. 20); dec. Prezesa UOKiK z 8.12.2003 r. nr RWR 39/2003 (Dz. Urz. UOKiK 2004 nr 2, poz. 50); dec. Prezesa UOKiK z 22.01.2004 r. nr RKT-1/2004 (Dz. Urz. UOKiK 2004 nr 2, poz. 293), s. 6; wyr. SOKiK z dnia 7.11.2005 r., XVII Ama 26/04 (Dz. Urz. UOKiK 2006 nr 1, poz. 15); dec. Prezesa UOKiK z 12.12.2005 r. nr RKT-64/2005, niepubl. (uchylona ze względu – jak się wydaje – na wątpliwości co do istnienia pozycji dominującej – zob. dec. Prezesa UOKiK z 12.07.2006 r. nr RKT-45/2006, niepubl.).

[4] Chodzi zwłaszcza o wydanie nowych rozporządzeń w sprawie wyłączeń grupowych przez Komisję Europejską i Radę Ministrów oraz opublikowanie nowych wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych przez Komisję Europejską.

[5] Chodzi w szczególności o wyroki TSUE w sprawach Auto24 (wyr. TSUE z 14.06.2012 r. w sprawie C-158/11 *Auto 24 SARL* przeciwko *Jaguar Land Rover France SAS*, opubl. w el. Zb. Orz.) oraz *Pierre Fabre* (wyr. TSUE z 13.10.2011 r. w sprawie C-439/09 *Pierre Fabre,* Zb.Orz. 2011, s. I-9419).

II. Ogólne zasady oceny dystrybucji selektywnej

Kryteria oceny systemów dystrybucji selektywnej na gruncie zakazu porozumień ograniczających konkurencję zostały sformułowane po raz pierwszy w sprawie *Metro*[6]. Trybunał Sprawiedliwości wskazał wówczas, że dystrybucja selektywna jest zgodna z art. 85 ust. 1 TWE (obecnie art. 101 ust. 1 TFUE), o ile dobór dystrybutorów opiera się na obiektywnych kryteriach jakościowych odnoszących się do technicznych kwalifikacji dystrybutora, jego pracowników i lokalu, a kryteria te są jednakowe dla wszystkich potencjalnych dystrybutorów i nie są stosowane w sposób dyskryminujący[7]. Dystrybucja selektywna, choć nie kładzie nacisku na konkurencję cenową, nie musi ograniczać konkurencji, ponieważ konkurencja cenowa nie jest jedyną formą konkurencji[8].

Doktryna *Metro* była precyzowana i uzupełniana w kolejnych orzeczeniach. W szczególności w sprawie *L'Oreal* dodano, że charakterystyka danego towaru musi wymagać dystrybucji selektywnej dla zachowania jego jakości lub zapewnienia jego prawidłowego używania, a nałożone na dystrybutorów ograniczenia nie mogą wykraczać poza to, co jest konieczne dla osiągnięcia tych celów[9].

Dystrybucja selektywna spełniająca kryteria doktryny *Metro* (i niemieszcząca się w związku z tym w hipotezie art. 101 ust. 1 TFUE) zwana jest „czysto jakościową"[10] lub „prostą"[11]. *Z* orzeczenia *Metro* oraz orzeczeń rozwijających doktrynę *Metro* wywodzi się następujące warunki uznania dystrybucji selektywnej za zgodną z art. 101 ust. 1 TFUE (tj. „czysto jakościową"):

1) produkt wymaga dystrybucji selektywnej (tj. ze względu na jego szczególny charakter[12] dystrybucja selektywna jest w danym przypadku obiektywnie niezbędna dla zachowania jego jakości lub zapewnienia jego właściwego użytkowania[13]);
2) dystrybutorzy są wybierani na podstawie obiektywnych kryteriów o charakterze jakościowym (które – jak się zwykle uzupełnia – „odnoszą się do technicznych kwalifikacji dystrybutora i jego pracowników oraz lokalu w którym prowadzi on działalność"[14]), jednolitych oraz stosowanych w sposób niedyskryminujący;
3) stosowane kryteria nie wykraczają poza to, co jest konieczne[15] (dla zapewnienia jakości lub właściwego użytkowania towarów – przesłanka proporcjonalności).

[6] Wyr. TS z 25.10.1977 r. w sprawie 26/76 *Metro* przeciwko *Komisji* (Zb.Orz. 1977, s. 1875).

[7] Wyr. TS z 25.10.1977 r. w sprawie 26/76 *Metro* przeciwko *Komisji* (Zb.Orz. 1977, s. 1875), pkt 20: „selective distribution systems constituted, together with others, an aspect of competition which accords with Article 85(1), provided that resellers are chosen on the basis of objective criteria of a qualitative nature relating to the technical qualifications of the reseller and his staff and the suitability of his trading premises and that such conditions are laid down uniformly for all potential resellers and are not applied in a discriminatory fashion".

[8] Wyr. TS z 25.10.1977 w sprawie 26/76 *Metro* przeciwko *Komisji* (Zb.Orz. 1977, s. 1875), pkt 21; w orzeczeniu *Metro II* (Wyr. TS z 22.10.1986 r. w sprawie 75/84 *Metro* przeciwko *Komisji* (*Metro II*, Zb.Orz. 1986, s. 3021)) Trybunał wskazał dodatkowo, że ograniczenie konkurencji cenowej wynika z konieczności ponoszenia przez dystrybutorów autoryzowanych dodatkowych kosztów i jest nieodłącznym elementem dystrybucji selektywnej (pkt 45); podobnie: wyr. TS z 25.10.1983 r. w sprawie 107/82 *AEG-Telefunken* przeciwko *Komisji* (Zb.Orz. 1983, s. 3151), pkt 34.

[9] Wyr. TS z 11.12.1980 r. w sprawie 31/80 *L'Oréal* przeciwko *PVBA* (Zb.Orz. 1980, s. 3775), pkt 15–16.

[10] Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 175.

[11] Wyr. TS z 22.10.1986 r. w sprawie 75/84 *Metro* przeciwko *Komisji* (*Metro II*, Zb.Orz. 1986, s. 3021), pkt 40.

[12] Co podlega ocenie *a casu ad casum*. Uogólniając można powiedzieć, że dystrybucję selektywną uzasadniają przede wszystkim produkty zaawansowane technicznie (zob. np. dec. Komisji z 18.04.1984 r. w sprawie IV/30.849 *IBM personal computer*, Dz. Urz. UE L 118/24), produkty których wartość w dużym stopniu zależy od wizerunku marki (zob. np. wyr. SPI z 12.12.1996 r. w sprawie T-88/92 *Groupement d'Achat Édouard Leclerc* przeciwko *Komisji* (Zb.Orz. 1996, s. II-01961), pkt 105-117) oraz gazety (wyr. z 3.07.1985 r. w sprawie 243/83 *SA Binon & Cie* przeciwko *SA Agence et messageries de la presse* (Zb.Orz. 1985, s. 02015), pkt 32).

[13] Wyr. TS z 11.12.1980 r. w sprawie 31/80 *L'Oréal* przeciwko *PVBA* (Zb.Orz. 1980, s. 3775), pkt 16.

[14] Wyr. TS z 25.10.1977 r. w sprawie 26/76 *Metro* przeciwko *Komisji* (Zb.Orz. 1977, s. 1875), pkt 20; wyr. TS z 11.12.1980 r. w sprawie 31/80 *L'Oréal* przeciwko *PVBA* (Zb.Orz. 1980, s. 3775), pkt 16.

[15] Wyr. TS z 11.12.1980 r. w sprawie 31/80 *L'Oréal przeciwko PVBA* (Zb.Orz. 1980, s. 3775), pkt 16.

Niekiedy jako dodatkowy warunek wskazuje się, że nagromadzenie na danym rynku wielu sieci dystrybucji jakościowej nie może eliminować „realnej konkurencji”[16]. Systemy dystrybucji stosujące dalsze kryteria, które „w bardziej bezpośredni sposób”[17] ograniczają liczbę dealerów, zwane są systemami ilościowymi[18] lub mieszanymi (Kohutek, 2008a, s. 248).

Ze względu na podobieństwo polskiego i europejskiego prawa konkurencji w doktrynie postuluje się stosowanie kryteriów oceny dystrybucji selektywnej wypracowanych w orzecznictwie europejskim także na gruncie prawa krajowego (Kohutek, 2008a, s. 243; Sage, 2008, s. 223). Istotnie, choć orzeczeniom sądów wspólnotowych można by niekiedy zarzucać nadmierną kazuistykę i arbitralność, próba stworzenia nowych kryteriów oceny w prawie polskim prawdopodobnie prowadziłaby jedynie do skomplikowania oceny prawnej ze szkodą dla przedsiębiorców[19]. Dlatego z uznaniem należy odnotować, że przy ocenie dystrybucji selektywnej polskie orzecznictwo antymonopolowe odwołuje się (choć niezbyt konsekwentnie) do kryteriów doktryny *Metro*[20] lub podobnych[21].

Doktryna *Metro* jest nie tylko kazuistyczna, lecz także rygorystyczna. Niewiele funkcjonujących systemów dystrybucji selektywnej można uznać za systemy czysto jakościowe (Gurin i Peepkorn, 2014, pkt 9.250). W związku z tym ocena legalności dystrybucji selektywnej wymaga zwykle analizy przesłanek wyłączenia spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję. Zarówno polskie, jak i europejskie prawo konkurencji przewidują dwa rodzaje wyłączeń: wyłączenie indywidualne (tj. możliwość powołania się w konkretnej sprawie na art. 8 ust. 1 uokik lub art. 101 ust. 3 TFUE) oraz wyłączenia grupowe (wynikające z rozporządzeń wydawanych przez Radę Ministrów i Komisję Europejską).

III. Dystrybucja selektywna na gruncie wyłączeń grupowych

1. Wyłączenia grupowe

Najszerszy zakres zastosowania i największe znaczenie praktyczne mają ogólne grupowe wyłączenia dla porozumień wertykalnych wynikające z rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30 marca 2011 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję[22] (dalej: rozporządzenie RM) oraz rozporządzenia Komisji Europejskiej nr 330/2010 z dnia 20 kwietnia 2010 r. w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych[23] (dalej: rozporządzenie KE). Przepisy rozporządzeń RM i KE są bardzo

[16] Wyr. TS z 22.10.1986 r. w sprawie 75/84 *Metro* przeciwko *Komisji* (*Metro II*, Zb.Orz. 1986, s. 3021), pkt 42; praktyczne znaczenie efektu skumulowanego przy analizie jakościowych *systemów* dystrybucji jest jednak istotnie ograniczone, ponieważ – zdaniem Trybunału – jakościowa dystrybucja selektywna co do zasady intensyfikuje (a nie ogranicza) konkurencję – zob. np. wyr. SPI z 12.12.1996 r. w sprawie T-88/92 *Groupement d'Achat Édouard Leclerc* przeciwko *Komisji* (Zb.Orz. 1996, s. II-01961), pkt 172, 183.

[17] Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 175 *in fine*. Pośrednio ograniczeniem liczby dealerów mogą bowiem skutkować także kryteria czysto jakościowe (jeśli nie wszyscy chętni dealerzy mogą lub chcą je spełnić).

[18] Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 175 *in fine*.

[19] Zwłaszcza w przypadkach, gdy system dystrybucji selektywnej może wpływać na handel między państwami członkowskimi (co może mieć miejsce także wtedy, gdy taki system dystrybucji został wprowadzony tylko w jednym kraju. Zob. J. Faull, L. Kjølbye, L. Henning i A. Nikpay (2014, pkt 3.391).

[20] Wyr. SA z 6.12.1995 r., sygn. akt XVII Amr 47/95 (Wokanda 1997 nr 1, str. 55); dec. Prezesa UOKiK z 12.12.2005 r. nr RKT-64/2005, niepubl. (uchylona ze względu – jak się wydaje – na wątpliwości co do istnienia pozycji dominującej – zob. dec. Prezesa UOKiK z 12.07.2006 r. nr RKT-45/2006, niepubl.), s. 15; dec. Prezesa UOKiK z 22.01.2004 r. nr RKT-1/2004 (Dz. Urz. UOKiK 2004 nr 2, poz. 293), s. 6.

[21] W wyr. z dnia 28.11.1997 r. SN potwierdził, że kryteria wyboru dystrybutorów powinny być obiektywne (choć nie wymagał aby kryteria były jakościowe ani aby produkt miał szczególny charakter) – wyr. SN z 28.11.1997 r., sygn. akt I CKN 837/97 (OSNC 1998 nr 6, poz. 96).

[22] Dz. Urz. Nr 81, poz. 441.

[23] Dz. Urz. L 102 z 23.4.2010, s. 1–7.

podobne, ponieważ polskie rozporządzenie było wzorowane na rozporządzeniu unijnym (Piszcz, 2013, s. 4).

Wyłączenia grupowe dla porozumień wertykalnych skonstruowane są w taki sposób, że podmioty posiadające odpowiednio niskie udziały w rynku właściwym (nie wyższe niż 30% – § 8 ust. 1 rozporządzenia RM, art. 3 ust. 1 rozporządzenia KE[24]) muszą jedynie zapewnić, że porozumienie między nimi nie zawiera tzw. klauzul czarnych (*hardcore restrictions* – §11 rozporządzenia RM, art. 4 rozporządzenia KE) ani tzw. postanowień wyłączonych (*excluded restrictions*) zwanych w Polsce klauzulami szarymi (Miąsik, 2009, nb. 228) (§ 12 rozporządzenia RM, art. 5 rozporządzenia KE[25]). Jeśli żadne z tych postanowień w porozumieniu nie występuje, w całości podlega ono wyłączeniu spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję, nawet jeśli jego celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji.

Porozumienia wertykalne składające się na system dystrybucji selektywnej także mogą korzystać z ogólnych wyłączeń grupowych[26]. Wyłączeniu spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję może podlegać w szczególności kluczowy dla funkcjonowania dystrybucji selektywnej zakaz odsprzedaży towarów nieautoryzowanym dystrybutorom (§ 11 pkt 2 lit. d rozporządzenia RM, art. 4 pkt b ppkt iii rozporządzenia KE). Jednakże wyjątki zezwalające na zakazanie dystrybutorom odsprzedaży towarów poza system odnoszą się wyłącznie do „systemu dystrybucji selektywnej" (§ 11 pkt 2 lit. d rozporządzenia RM, art. 4 pkt b ppkt iii rozporządzenia KE). Możliwość skorzystania z wyłączenia grupowego przez system dystrybucji selektywnej jest więc w pierwszym rzędzie uzależniona od tego czy dany system dystrybucji odpowiada definicji „systemu dystrybucji selektywnej" z rozporządzeń.

2. Definicje systemu dystrybucji selektywnej

2.1. Definicja krajowa i definicja unijna

Oba rozporządzenia definiują dystrybucję selektywną w nieco inny sposób. Zgodnie z § 3 pkt 5 rozporządzenia RM system dystrybucji selektywnej to:

> *system dystrybucji, w którym dostawca bezpośrednio lub pośrednio zobowiązuje się sprzedawać towary objęte porozumieniem wertykalnym jedynie dystrybutorom wybranym według określonych w tym porozumieniu kryteriów, a dystrybutorzy zobowiązują się nie odsprzedawać tych towarów dystrybutorom nienależącym do tego systemu na terytorium, na którym dostawca prowadzi działalność lub podjął działania świadczące o tym, że zamierza prowadzić działalność w tym systemie.*

Natomiast zgodnie z art. 1 ust. 1 lit. e rozporządzenia KE system dystrybucji selektywnej oznacza:

> *system dystrybucji, w którym dostawca zobowiązuje się sprzedawać bezpośrednio lub pośrednio towary lub usługi objęte porozumieniem tylko dystrybutorom wybranym według określonych*

[24] Jeśli jednak udział którejkolwiek strony wzrośnie powyżej 30% już po zawarciu porozumienia, przez pewien czas strony mogą nadal korzystać z wyłączenia (§ 8 ust. 2 Rozporządzenia RM, art. 7 lit. d) i e) rozporządzenia KE).

[25] Choć, jak zostanie pokazane, lista z § 12 rozporządzenia RM w obecnym brzmieniu jest w istocie listą klauzul czarnych, a nie klauzul szarych (wyłączonych).

[26] § 4 rozporządzenia RM wskazuje nawet wprost, że wyłączenie w nim przewidziane stosuje się także do dystrybucji selektywnej (pod warunkiem spełnienia warunków określonych w tym rozporządzeniu).

kryteriów, którzy zobowiązują się nie sprzedawać tych towarów lub usług nieautoryzowanym dystrybutorom na zarezerwowanym przez dostawcę obszarze objętym tym systemem.

Pomiędzy powyższymi definicjami występują znaczne podobieństwa, ale i pewne różnice. Część z nich ma charakter czysto językowy, niektóre mogą jednak – przynajmniej *prima facie* – rodzić rozbieżności interpretacyjne. Można zwrócić uwagę zwłaszcza na omówione w podpunktach 2.2.–2.4.

2.2. Wybór dystrybutorów według „określonych kryteriów"

Rozporządzenie KE stanowi, że w ramach dystrybucji selektywnej dostawca zobowiązuje się odsprzedawać towary jedynie dystrybutorom wybranym według „określonych kryteriów", natomiast rozporządzenie RM mówi o kryteriach „określonych w tym porozumieniu" (tj. w porozumieniu dystrybutorem).

Pojęcie „określonych kryteriów" było przedmiotem analizy Trybunału Sprawiedliwości w sprawie *Auto 24*[27]. Pozwany producent (Jaguar Land Rover France SAS) stosował ilościową dystrybucję selektywną. Powód (Auto 24 SARL – dystrybutor ubiegający się o dopuszczenie do sieci dystrybucji Jaguara) twierdził, że stosowane przez pozwanego kryteria wyboru dystrybutorów powinny być obiektywne, jednolite i niedyskryminujące[28]. Trybunał przyjął, że przez wyrażenie „określone kryteria" należy rozumieć „kryteria, których dokładną treść można sprawdzić"[29], ale w przypadku systemu ilościowej dystrybucji selektywnej „nie jest konieczne, aby opierał się on na kryteriach, które są obiektywnie uzasadnione oraz stosowane w jednolity i niezróżnicowany sposób wobec wszystkich wnioskujących o autoryzację"[30] ani by kryteria te były publikowane[31]. Sprawa *Auto 24* dotyczyła co prawda (nieobowiązującego już) rozporządzenia Komisji o wyłączeniu grupowym dla sektora motoryzacyjnego, jednakże stanowisko Trybunału zachowuje aktualność także na gruncie analogicznych definicji dystrybucji selektywnej z Rozporządzenia KE (Gurin i Peepkorn, 2014, pkt 9.254). Z pojęcia „określoności" kryteriów wynika zatem jedynie, że kryteria wyboru dystrybutorów powinny być weryfikowalne. Nie wynika z niego natomiast, że muszą być zawarte w porozumieniu z dystrybutorem (mogą być więc określone w zewnętrznym dokumencie[32]) ani opublikowane. Definicja nie wymaga również, aby kryteria wyboru dystrybutorów były jakościowe, jednolite, proporcjonalne i stosowane w sposób niedyskryminujący lub dystrybucja selektywna była niezbędna ze względu na naturę produktu[33]. **Z dobrodziejstwa rozporządzenia KE korzysta zatem tak dystrybucja jakościowa, jak i ilościowa (również czysto ilościowa)** (Kohutek, 2008a, s. 248; Wijckmans i Tuytschaever, 2011, pkt 6.46)[34]. Dostawca może więc w szczególności ustalić maksymalną liczbą dealerów na danym terytorium i nie przyjmować kolejnych, nawet jeśli spełnialiby pozostałe kryteria (Wijckmans i Tuytschaever, 2011, pkt 6.51). Ponadto, skoro kryteria nie muszą

[27] Wyr. TSUE z 14.06.2012 r. w sprawie C-158/11 *Auto 24 SARL* przeciwko *Jaguar Land Rover France SAS* (opubl. w el. Zb. Orz.).

[28] Ibidem, pkt 23.

[29] Ibidem, pkt 39.

[30] Ibidem, pkt 39.

[31] Ibidem, pkt 31.

[32] Jak to miało to miejsce w przypadku kryterium *numerus clausus* stosowanym w sprawie *Auto 24* – wyr. TSUE z 14.06.2012 r. w sprawie C-158/11 *Auto 24 SARL* przeciwko *Jaguar Land Rover France SAS* (opubl. w el. Zb.Orz.), pkt 18.

[33] Co potwierdzają wytyczne Komisji: „Rozporządzenie w sprawie wyłączeń grupowych przewiduje wyłączenie dystrybucji selektywnej niezależnie od charakteru danego produktu oraz charakteru kryteriów wyboru" – Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 176.

[34] Jeśli jednak charakter produktu nie uzasadnia dystrybucji selektywnej lub określonych kryteriów i jednocześnie występują „znaczące skutki antykonkurencyjne", przywilej wyłączenia grupowego z rozporządzenia KE może być wycofany – Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 176 i 179.

być stosowane w sposób niedyskryminujący, to samo kryterium może konkretyzować się w różny sposób w odniesieniu do różnych dystrybutorów. W konsekwencji na gruncie rozporządzenia KE dopuszczalne (i niewymagające obiektywnego uzasadnienia) jest na przykład wymaganie od jednego dystrybutora posiadania salonu sprzedaży o powierzchni 100 m^2, a w przypadku innego – akceptowanie salonu wielkości 50 m^2 (Wijckmans i Tuytschaever, 2011, pkt 6.50). Kryteria wyboru nie muszą być zatem również określone na tyle szczegółowo, aby całkowicie odebrać dostawcy swobodę oceny czy w konkretnym przypadku dane kryterium zostało spełnione[35].

Natomiast odczytywana literalnie definicja z rozporządzenia RM wymaga nie tylko by kryteria były „określone", lecz także aby były określone w porozumieniu z dystrybutorem i aby dostawca zobowiązał się wobec dystrybutora do sprzedawania towarów wyłącznie dystrybutorom wybranym według tych kryteriów. Jest to dość istotna różnica. Niektóre kryteria (np. wyszkolenie personelu) stanowią co prawda naturalny element każdej umowy dystrybucji selektywnej, inne jednak rzadko się w nich pojawiają (np. *numerus clausus* dystrybutorów na danym obszarze). *De lege lata* **polskie rozporządzenie wyłączeniowe wymaga zatem wpisania[36] kryteriów wyboru dystrybutorów do umowy z dystrybutorami**. Utrudnia to dostawcom skorzystanie z wyłączenia i znacząco ogranicza ich swobodę w porównaniu z wyłączeniem unijnym, ewentualna zmiana kryteriów może bowiem wymagać zmiany umów z dotychczasowymi dystrybutorami.

Obecnie obowiązujące rozporządzenie RM nie wymaga natomiast, aby kryteria były jakościowe, jednolite dla wszystkich dystrybutorów, proporcjonalne czy niedyskryminujące[37], co w pewnym stopniu ogranicza konsekwencje wskazanej wyżej rozbieżności. Wydaje się bowiem, że także na gruncie rozporządzenia RM kryteria wyboru mogą być sformułowane ogólnie i konkretyzowane w odmienny sposób w odniesieniu do poszczególnych dystrybutorów (bez konieczności obiektywnego uzasadnienia tych odmienności).

2.3. Zakaz odsprzedaży dystrybutorom z „terytorium, na którym dostawca postanowił stosować system"

Druga różnica między definicjami z obu rozporządzeń dotyczy opisu terytorium, na jakim dostawca wprowadził zakaz odsprzedaży dystrybutorom nieautoryzowanym. Rozporządzenie RM mówi o „terytorium, na którym dostawca prowadzi działalność lub podjął działania świadczące o tym, że zamierza prowadzić działalność w tym systemie", natomiast rozporządzenie KE wspomina jedynie o „zarezerwowanym przez dostawcę obszarze objętym tym systemem".

Powyższej różnicy towarzyszy rozdźwięk pomiędzy brzmieniem wyjątków zezwalających dostawcy na zamknięcie systemu, tj. zakazanie odsprzedaży towarów poza system. Mianowicie polskie rozporządzenie zezwala na zakazanie odsprzedaży dystrybutorom nienależącym do systemu dystrybucji selektywnej „na terytorium, na którym dostawca prowadzi działalność lub podjął działania świadczące o tym, że zamierza prowadzić działalność w tym systemie" (§ 11 pkt 2 lit. d rozporządzenia RM), podczas gdy rozporządzenie KE pozwala na wprowadzenie takiego zakazu „na terytorium, na którym dostawca postanowił stosować system" (art. 4 lit. b pkt iii rozporządzenia

[35] Pewna doza dyskrecjonalności dostawcy jest charakterystyczna dla dystrybucji selektywnej – zob. J.T. Lang (1985, s. 331).

[36] Trzeba bowiem przyjąć, że skoro kryteria powinny być obiektywnie weryfikowalne, to niewystarczające byłoby ustalenie niektórych kryteriów jedynie w formie ustnej lub w sposób dorozumiany.

[37] Pierwsze polskie rozporządzenie wyłączeniowe (z 2002 r.) stanowiło, że kryteria powinny być jakościowe, co słusznie poddano krytyce, wskazując, że dystrybucja jakościowa w ogóle nie narusza zakazu porozumień ograniczających konkurencję – zob. E.D. Sage (2008, s. 223).

KE). Różnica pomiędzy definicją „dystrybucji selektywnej" z rozporządzenia KE (art. 1 ust. 1 lit. e rozporządzenia KE) a sformułowaniem użytym w art. 4 pkt b ppkt iii rozporządzenia KE jest prawdopodobnie konsekwencją błędnego tłumaczenia, w wersji angielskojęzycznej rozporządzenia KE w obu miejscach użyto bowiem dokładnie tego samego zwrotu (*within the territory reserved by the supplier to operate that system*). Nie należy zatem doszukiwać się różnic pomiędzy „zarezerwowanym przez dostawcę obszarze objętym tym systemem" (art. 1 ust. 1 lit. e rozporządzenia KE) a „terytorium, na którym dostawca postanowił stosować system" (art. 4 pkt b ppkt iii rozporządzenia KE). Pozostaje jednak pytanie: czy wymienione zwroty użyte w rozporządzeniu KE merytorycznie różnią się od zwrotu użytego w rozporządzeniu RM („terytorium, na którym dostawca prowadzi działalność lub podjął działania świadczące o tym, że zamierza prowadzić działalność w tym systemie").

Z Wytycznych Komisji wynika, że przez zwrot (a w polskiej wersji językowej – zwroty) użyty w rozporządzeniu KE należy rozumieć terytorium „na którym aktualnie działa taki system lub na którym dostawca jeszcze nie prowadzi sprzedaży produktów objętych porozumieniem"[38]. Na gruncie rozporządzenia KE dopuszczalne jest zatem zakazanie odsprzedaży towarów dystrybutorom nieautoryzowanym znajdującym się na terytorium, na którym dostawca aktualnie stosuje dystrybucję selektywną, a także na terytorium, na którym dostawca w ogóle nie prowadzi jeszcze sprzedaży produktów objętych porozumieniem (w żadnym systemie). Rozporządzenie RM także pozwala zakazać odsprzedaży dystrybutorom spoza terytorium, na którym aktualnie działa dystrybucja selektywna, ale tylko jeśli dostawca „podjął działania świadczące o tym, że zamierza prowadzić" tam działalność w systemie dystrybucji selektywnej. Jest wątpliwe, aby wskazana różnica była efektem celowego zabiegu. Anna Piszcz zwraca uwagę, że zmiany w rozporządzeniu RM z 2011 r. w stosunku do rozporządzenia o wyłączeniu grupowym z 2007 r. miały służyć raczej zbliżeniu polskiej regulacji do nowego rozporządzenia KE (poprzednie rozporządzenie w ogóle nie wspominało o terytorium) (Piszcz, 2013, s. 4).

Pozostawiając na boku ocenę spójności między intencjami a działaniami polskiego prawodawcy, można zauważyć, że literalne interpretowanie omawianych fragmentów obu rozporządzeń prowadzi do podobnych rezultatów. O podjęciu działań świadczących o zamiarze prowadzenia na danym terytorium sprzedaży w systemie dystrybucji selektywnej (czego wymaga rozporządzenie krajowe) nie świadczy samo zakazanie dystrybutorom odsprzedaży dystrybutorom z tego terytorium (czyniłoby to zresztą omawiany wymóg bezprzedmiotowym). Jeśli jednak dostawca zakazuje odsprzedaży dystrybutorom z danego terytorium, a jednocześnie nie prowadzi na tym terytorium sprzedaży w żadnym innym systemie dystrybucji, można przyjąć, że dostawca podjął kroki świadczące o zamiarze prowadzenia tam sprzedaży w systemie dystrybucji selektywnej. Wskazuje to bowiem, że dostawca chce zachować na tym terytorium określoną jakość dystrybucji (a nie sprzedawać w jakikolwiek sposób), czemu służy właśnie dystrybucja selektywna.

W konsekwencji wydaje się, że zwroty:

– „zarezerwowany przez dostawcę obszar objęty tym systemem" (art. 1 ust. 1 lit. e rozporządzenia KE),
– „terytorium, na którym dostawca postanowił stosować system" (art. 4 lit. b pkt iii rozporządzenia KE) oraz

[38] Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 55.

– „terytorium, na którym dostawca prowadzi działalność lub podjął działania świadczące o tym, że zamierza prowadzić działalność w tym systemie" (§ 3 pkt 5 oraz § 11 pkt 2 lit. d rozporządzenia RM),

można wykładać w taki sam sposób.

2.4. Zobowiązanie się „bezpośrednio lub pośrednio"

Trzecia różnica między przytoczonymi wcześniej definicjami dystrybucji selektywnej polega na użyciu zwrotu „bezpośrednio lub pośrednio" w nieco innym kontekście. W rozporządzeniu KE zwrot ten odniesiono do pojęcia „sprzedaży" („[…] dostawca zobowiązuje się sprzedawać bezpośrednio lub pośrednio towary lub usługi objęte porozumieniem tylko dystrybutorom wybranym według określonych kryteriów […]") natomiast w rozporządzeniu krajowym dotyczy on „zobowiązania się" („[…] dostawca bezpośrednio lub pośrednio zobowiązuje się sprzedawać […]").

Zwrot „pośrednio lub bezpośrednio zobowiązuje się sprzedawać" (użyty w rozporządzeniu RM) potwierdza możliwość tworzenia systemów, w których dopuszczenie kolejnego dystrybutora i zawarcie umowy dystrybucyjnej następuje przez pośrednika działającego z upoważnienia dostawcy (np. przez dystrybutora hurtowego). Dopuszczalność pośredniego autoryzowania dystrybutorów wynika z ogólnych zasad prawa cywilnego i nie budzi wątpliwości także na gruncie prawa UE – również poza wyłączeniem grupowym[39]. Natomiast sposób użycia zwrotu „bezpośrednio lub pośrednio" w rozporządzeniu KE wskazuje, że dostawca, choć musi sprzedawać towary wyłącznie dystrybutorom wybranym na podstawie określonych kryteriów, nie musi robić tego bezpośrednio, lecz także za pośrednictwem podmiotów (dystrybutorów hurtowych), które – w domyśle – nie muszą spełniać tych samych kryteriów. Potwierdza to możliwość oddzielenia hurtowego i detalicznego szczebla dystrybucji selektywnej z różnymi kryteriami dla każdego z nich. Niemniej jednak nawet poza wyłączeniem (tj. na gruncie doktryny *Metro*) możliwość odmiennego traktowania dystrybutorów detalicznych i dystrybutorów hurtowych nie budzi wątpliwości[40], a dopuszczenie tej praktyki wydaje się wręcz nieodzowne (nakładanie na hurtowników tych samych wymogów, które stosuje się wobec detalistów, stałoby zwykle w sprzeczności z różnymi funkcjami, jakie pełnią obie kategorie pośredników). Wydaje się więc, że rozdzielenie szczebla detalicznego i hurtowego z różnymi kryteriami wyboru trzeba uznać za dopuszczalne także na gruncie rozporządzenia RM[41]. Omawiana różnica zachodziła także między poprzednim rozporządzeniem krajowym[42] a poprzednim rozporządzeniem Komisji[43] i pomimo tego w doktrynie wskazywano, że rozporządzenie krajowe w pełni odwzorowuje rozporządzenie unijne (Kohutek, 2008a, s. 240).

[39] Wyr. TS z 22.10.1986 r. w sprawie 75/84 *Metro* przeciwko *Komisji* (*Metro II*, Zb.Orz. 1986, s. 3021), pkt 12; dec. Komisji z 21.12.1993 r. w sprawie IV/29.420 *Grundig's EC distribution system* (Dz. Urz. UE L 20/15), pkt 11.

[40] Wyr. TS z 22.10.1986 r. w sprawie 75/84 *Metro* przeciwko *Komisji* (*Metro II*, Zb.Orz. 1986, s. 3021), pkt 8; dec. Komisji z 16.12.1985 r. w sprawie IV/30.665 *Villeroy & Boch* (Dz. Urz. UE L 376/15), pkt 11 i 15; dec. Komisji z 21.12.1993 r. w sprawie IV/29.420 *Grundig's EC distribution system* (Dz. Urz. UE L 20/15), pkt 10 i 16.

[41] Inną kwestią jest, czy na gruncie rozporządzenia RM kryteria dla hurtowników powinny być wskazane w umowach z detalistami (stosownie do omówionego wyżej wymogu, zgodnie z którym kryteria wyboru dystrybutorów powinny być określone w porozumieniach z dystrybutorami). Choć brzmienie definicji mogłoby sugerować odpowiedź twierdzącą, wydaje się, że nie było to intencją prawodawcy, a kryteria dla różnych kategorii dystrybutorów nie muszą znajdować się w każdej umowie.

[42] Tj. rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 19 listopada 2007 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (Dz. Urz. Nr 230, poz. 1691).

[43] Tj. rozporządzeniem Komisji nr 2790/1999 z dnia 22 grudnia 1999 r. w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 traktatu do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych (Dz. Urz. UE L 336, s. 21).

3. Ograniczenie sprzedaży użytkownikom ostatecznym

Poza samą definicją przy ocenie systemu dystrybucji selektywnej zasadnicze znaczenie mają także wyjątki odbierające dobrodziejstwo wyłączenia grupowego systemom dystrybucji selektywnej, które ograniczają sprzedaż ostatecznym użytkownikom. Zgodnie z § 11 pkt 3 rozporządzenia RM wyłączeniu grupowemu nie podlegają porozumienia wertykalne, które mają na celu ograniczenie „dystrybutorom detalicznym działającym w systemie dystrybucji selektywnej możliwości prowadzenia sprzedaży użytkownikom ostatecznym, z wyjątkiem ograniczenia możliwości prowadzenia przez nich sprzedaży w lokalach niespełniających kryteriów określonych w porozumieniu wertykalnym będącym podstawą utworzenia systemu dystrybucji selektywnej". Przytoczone postanowienie mówi o ograniczeniu „możliwości prowadzenia sprzedaży użytkownikom ostatecznym", nie precyzując jednak, o jakie ograniczenia chodzi i czyniąc wyjątek jedynie dla „ograniczenia możliwości prowadzenia […] sprzedaży w lokalach niespełniających kryteriów określonych w porozumieniu będącym podstawą utworzenia systemu […]". Sformułowanie to jest na tyle ogólne, że można by się zastanawiać, jak traktować np. wymóg wyszkolenia personelu czy też wymóg zapewnienia odpowiednich usług przedsprzedażowych i czy takie ograniczenia (w przeciwieństwie do ograniczeń „możliwości prowadzenia […] sprzedaży w lokalach niespełniających kryteriów" należy uznać za wyjęte z dobrodziejstwa wyłączenia grupowego. Literalna wykładnia przytoczonego fragmentu mogłaby sugerować odpowiedź twierdzącą, ponieważ każdy wymóg nałożony na detalistów w pewien sposób ogranicza swobodę prowadzenia sprzedaży użytkownikom ostatecznym. Przeciwko niej przemawiają jednak zdecydowanie względy funkcjonalne – pozbawienie możliwości grupowego wyłączenia wszelkich wymogów wpływających na sprzedaż ostatecznym użytkownikom, nawet wymogów czysto jakościowych, nie miałoby racjonalnego uzasadnienia i pozbawiałoby wyłączenie grupowe praktycznego znaczenia w odniesieniu do systemów dystrybucji selektywnej.

Nieco inaczej sformułowany został europejski odpowiednik §11 pkt 3 rozporządzenia RM, tj. art. 4 lit. c rozporządzenia KE. Zgodnie z tym przepisem wyłączeniu nie podlegają porozumienia mające na celu: „ograniczenie dystrybutorom detalicznym działającym w systemie dystrybucji selektywnej możliwości prowadzenia aktywnej lub pasywnej sprzedaży na rzecz użytkowników ostatecznych, bez uszczerbku dla możliwości zabronienia tym dystrybutorom prowadzenia działalności w miejscach do tego nieautoryzowanych". Od polskiego odpowiednika odróżnia go przede wszystkim wzmianka, że chodzi w nim o ograniczenia sprzedaży „aktywnej lub pasywnej". *Prima facie* dodanie tego zwrotu zmienia niewiele, bliższa analiza wskazuje jednak, że niesie on ze sobą istotną informację. Pojęcia sprzedaży pasywnej i aktywnej służą rozgraniczeniu dopuszczalnego i niedopuszczalnego ograniczania dystrybutorowi możliwości prowadzenia sprzedaży na rzecz klientów lub na terytoria przydzielone na wyłączność innemu dystrybutorowi w systemie dystrybucji wyłącznej[44]. Ograniczanie możliwości prowadzenia aktywnej sprzedaży na terytorium lub do grupy klientów innego dystrybutora wyłącznego jest dopuszczalne, niedopuszczalne jest natomiast ograniczanie sprzedaży pasywnej na takie terytorium lub do takiej grupy klientów[45]. O ograniczeniach sprzedaży aktywnej lub pasywnej mówi się zatem nie w kontekście ogólnych ograniczeń nakładanych na dystrybutorów (np. wymogów dotyczących wyszkolenia personelu

[44] I, jak wskazuje Bartosz Targański (2013, s. 19), wywodzą się one jeszcze z grupowego wyłączenia dla systemów dystrybucji wyłącznej z 1967 r.

[45] Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 51.

czy wyglądu salonu sprzedaży), lecz w kontekście ograniczeń zmierzających do utrudnienia lub uniemożliwienia dystrybutorowi sprzedaży na terytoria lub do grup klientów przydzielonych na wyłączność komu innemu. Artykuł 4 lit. c rozporządzenia KE zapobiega zatem w istocie (formalnemu lub nieformalnemu) przydzielaniu dystrybutorom działającym w systemie dystrybucji selektywnej określonych terytoriów lub grup klientów na wyłączność lub quasi-wyłączność (choć czyni to od drugiej strony, tj. zakazuje ograniczania dystrybutorom możliwości sprzedaży wybranym grupom podmiotów lub na wybrane terytoria). Z taką interpretacją koresponduje również końcowa część przepisu, zgodnie z którą niedopuszczalność ograniczania sprzedaży aktywnej i pasywnej pozostaje „bez uszczerbku dla możliwości zabronienia tym dystrybutorom prowadzenia działalności w miejscach do tego nieautoryzowanych". Oznacza to, że – choć ochrona autoryzowanego dystrybutora przed sprzedażą pasywną lub aktywną z innego terytorium jest niedopuszczalna – dopuszczalne jest wprowadzenie namiastki ochrony terytorialnej w postaci zakazu prowadzenia działalności w określonym lokalu albo wyznaczenie obszaru, na którym powinien znajdować się punkt sprzedaży (tzw. *location clause*)[46]. *Ratio legis* art. 4 lit. c rozporządzenia KE nie jest więc wykluczenie wszelkich ograniczeń nakładanych na dystrybutorów, lecz wymogów mających na celu ograniczenie terytorialnego lub podmiotowego zasięgu dystrybutora[47]. Potwierdza to pkt 56 Wytycznych, w którym, wyjaśniając art. 4 lit. c Rozporządzenia KE, stwierdzono: „Komisja uważa za najpoważniejsze ograniczenie konkurencji [tj. za *hardcore restriction* z art. 4 lit. c – dop. M.M.] wszelkie zobowiązania odwodzące wyznaczonych dealerów od wykorzystywania Internetu w celu dotarcia do **większej liczby** klientów oraz **innych grup** klientów poprzez nałożenie na sprzedaż przez Internet kryteriów, które nie są ogólnie równoważne z kryteriami odnoszącymi się do sprzedaży w lokalu handlowym".

Podobieństwo §11 pkt 3 rozporządzenia RM i art. 4 lit. c rozporządzenia KE wskazuje, że zamiarem polskiego prawodawcy było osiągnięcie podobnego efektu. Przemawia za tym, jak wspomniano, również wykładnia funkcjonalna. §11 pkt 3 rozporządzenia RM nie dotyczy zatem jakichkolwiek wymogów mogących ograniczać sprzedaż ostatecznym użytkownikom, lecz wymogów mających na celu ograniczenie terytorialnego lub podmiotowego zasięgu danego dystrybutora. Na zasadzie wyjątku dopuszczalne jest wprowadzenie wspomnianej *location clause*, a także zakazanie dystrybutorom hurtowym sprzedaży bezpośrednio użytkownikom końcowym (§ 11 pkt 2 lit. c rozporządzenia RM; art. 4 lit. b pkt ii rozporządzenia KE). Ma to zapobiegać efektowi gapowicza, jaki mógłby wynikać z konkurencji o klientów końcowych między sprzedawcami detalicznymi a sprzedawcami hurtowymi (którzy zwykle nie muszą spełniać tak daleko idących wymogów, jak sprzedawcy detaliczni).

Ograniczenia wymienione w art. 4 rozporządzenia KE Komisja kwalifikuje jako tzw. *hardcore restrictions*[48], tj. ograniczenia konkurencji ze względu na cel[49]. W konsekwencji ograniczenie

[46] Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 57. Znacznie większą swobodę przewiduje prawo amerykańskie, przy mniejszych udziałach rynkowych dozwala bowiem także na stosowanie w zasadzie dowolnych ograniczeń terytorialnych. Podejście amerykańskie wydaje się nie tylko łatwiejsze do praktycznego stosowania, ale i bardziej racjonalne, jeśli bowiem (przy silnej konkurencji międzymarkowej) producent dopuści do pobierania przez swoich dystrybutorów marż nieznajdujących pokrycia w wytwarzanej przez nich wartości dodanej (wynikającej z dodatkowych usług, informacji, polepszenia wizerunku marki, itd.), wówczas może stracić klientów na rzecz konkurencyjnych producentów. Odmienność podejścia unijnego tłumaczy się tym, że celem prawa konkurencji UE jest nie tylko promowanie efektywności, ale także integrowanie wspólnego rynku – zob. np. Accardo (2011, s. 101, 117).

[47] Podobnie kwestię tę ujmuje K. Kohutek (2008a, s. 249), który wskazuje, że omawiane przepisy rozporządzeń zakazują ograniczania swobody dystrybutorów w zakresie wyboru ich kontrahentów.

[48] Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 47.

[49] Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 23; *Guidance on restrictions of competition "by object" for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice*, C(2014) 4136 *final*, s. 3, pkt 1.

sprzedaży, które nie spełnia wymogów art. 4 lit. c rozporządzenia KE lub § 11 pkt 3 rozporządzenia RM (tj. zmierza do ograniczenia terytorialnego lub podmiotowego zasięgu dystrybutora), nie tylko nie skorzysta z wyłączenia grupowego, ale prawdopodobnie zostanie uznane za naruszenie prawa bez badania jego rzeczywistych skutków.

4. Ograniczenie dostaw wzajemnych

Spotykane w Polsce umowy dystrybucyjne niekiedy zakazują także wzajemnych dostaw między dystrybutorami należącymi do sieci. Zwykle nie czynią tego wprost, ale np. przez wskazanie odbiorców, którym dystrybutor może dostarczać (np. tylko użytkownikom końcowym).

Ani polskie, ani unijne wyłączenie grupowe nie obejmuje porozumień, których celem jest ograniczenie wzajemnych dostaw między autoryzowanymi dystrybutorami (co wyraźnie wynika z §11 pkt 4 rozporządzenia RM i art. 4 lit. d rozporządzenia KE[50]). Odnośne regulacje są sformułowane bardzo szeroko. Dotyczą wszelkich postanowień mających na celu ograniczenie dostaw wzajemnych (np. całkowity zakaz, ograniczenie ilościowe, mechanizmy zmierzające do zmniejszenia opłacalności) – także dostaw „zwrotnych”[51] – w dowolnych wariantach podmiotowych (pomiędzy dystrybutorami tego samego szczebla, dystrybutorami różnych szczebli, dystrybutorami z różnych krajów członkowskich (Wijckmans i Tuytschaever, 2011, pkt 4.175)).

Jak wspomniano, postanowienia naruszające §11 rozporządzenia RM i art. 4 rozporządzenia KE są kwalifikowane jako *hardcore restrictions*. W konsekwencji wszelkie klauzule zmierzające do ograniczenia wzajemnych dostaw będą zwykle naruszały art. 6 uokik i art. 101 TFUE.

5. Łączenie dystrybucji selektywnej z innymi ograniczeniami

5.1. Dystrybucja selektywna i dystrybucja wyłączna

Łączenie dystrybucji selektywnej z dystrybucją wyłączną jest co do zasady niedopuszczalne. Ważnym elementem dystrybucji wyłącznej jest zakazanie dystrybutorom aktywnej sprzedaży skierowanej do obszaru lub grupy klientów zastrzeżonych na wyłączność dla dostawcy lub przydzielonych przez dostawcę innemu dystrybutorowi[52]. Tymczasem § 11 pkt 3 rozporządzenia RM i art. 4 lit. c rozporządzenia KE zakazują – jak już wspomniano – stosowania postanowień mających na celu ograniczenie zasięgu terytorialnego lub podmiotowego danego dystrybutora. Dystrybutorom działającym w sieci dystrybucji selektywnej nie można więc przyznać (charakterystycznej dla dystrybucji wyłącznej) ochrony przed aktywną (ani tym bardziej pasywną) sprzedażą ze strony innych dystrybutorów[53]. Oba rozporządzenia zezwalają jednak, o czym także była już mowa, na wprowadzenie namiastki ochrony terytorialnej w postaci tzw. *location clause*, tj. zakazu prowadzenia działalności w określonym lokalu (np. ze względu na niewielką odległość od istniejących lokali innych dystrybutorów[54]) albo wyznaczenie obszaru, na którym powinien znajdować się punkt sprzedaży[55]. Dostawca może się również zobowiązać do niewyznaczania innych dystrybutorów

[50] Choć trzeba się zgodzić, że oba przepisy stanowią *superfluum* – zob. F. Wijckmans i f. Tuytschaever (2011, pkt 4.176).

[51] To jest od detalisty do hurtownika – zob. K. Kohutek (2008a, s. 250).

[52] Pozwalają na to art. 4 lit. b pkt i rozporządzenia KE oraz § 11 pkt 2 lit. b rozporządzenia RM.

[53] Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 152.

[54] Należy bowiem pamiętać, że z dobrodziejstwa wyłączenia grupowego korzystają nie tylko ograniczenia jakościowe, ale także ilościowe.

[55] Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 57.

na danym obszarze[56]. Powyższe ograniczenia mogą dość istotnie zbliżyć pozycję dystrybutora autoryzowanego do pozycji dystrybutora wyłącznego[57].

Ponadto Komisja Europejska sugeruje, że gdy dystrybucja wyłączna i dystrybucja selektywna są stosowane na odrębnych terytoriach, zakazanie dystrybutorom działającym w systemie dystrybucji selektywnej aktywnej sprzedaży na terytoria objęte dystrybucją wyłączną jest dopuszczalne[58]. Akceptuje zatem łączenie dystrybucji selektywnej z dystrybucją wyłączną, o ile funkcjonują na innych obszarach (np. dystrybucja selektywna w Polsce i dystrybucja wyłączna w Niemczech). Stanowisko Komisji niełatwo pogodzić z brzmieniem art. 4 lit. c rozporządzenia KE (i § 11 pkt 3 rozporządzenia RM), choć uważam je za racjonalne i godne uwzględnienia także na gruncie prawa polskiego. Jego praktyczne znaczenie może być jednak ograniczone. Komisja nie wskazuje bowiem czy dopuszczalne jest całkowite zakazanie dystrybutorom wyłącznym (działającym na terytorium, gdzie dostawca stosuje dystrybucję wyłączną) odsprzedawania towarów na rzecz dystrybutorów nieautoryzowanych działających na terytorium, na którym dostawca stosuje dystrybucję selektywną (Wijckmans i Tuytschaever, 2011, pkt 6.57). Brzmienie art. 4 lit. b pkt i rozporządzenia KE wspiera odpowiedź negatywną, w ogóle nie zezwala bowiem na zakazanie dystrybutorom wyłącznym sprzedaży pasywnej, a ponadto zezwala na zakazanie sprzedaży aktywnej do określonego obszaru jedynie wtedy, gdy został on przydzielony na wyłączność komu innemu (co nie ma miejsca w przypadku obszaru, na którym stosuje się dystrybucję selektywną). Analogiczny problem występuje na gruncie § 11 pkt 2 lit. b rozporządzenia RM. Zamknięty charakter systemu, tj. uniemożliwienie sprzedaży dystrybutorom nieautoryzowanym, stanowi zwykle klucz do skuteczności dystrybucji selektywnej. Literalne odczytywanie wymienionych przepisów mogłoby więc w praktyce uniemożliwiać jednoczesne stosowanie dystrybucji wyłącznej i dystrybucji selektywnej (nawet na odrębnych terytoriach) (Wijckmans i Tuytschaever, 2011, pkt 4.187), co wydaje się nie mieć racjonalnego uzasadnienia[59]. W mojej ocenie dopuszczalne jest zastosowanie funkcjonalnej, rozszerzającej wykładni art. 4 lit. b pkt iii rozporządzenia KE (oraz § 11 pkt 2 lit. d rozporządzenia RM) i przyjęcie, że zakaz odsprzedaży nieautoryzowanym dystrybutorom (działającym na terytorium, na którym dostawca stosuje dystrybucję selektywną) może być nałożony także na dystrybutorów działających w innych systemach dystrybucji (na innych terytoriach) (inaczej jednak: Wijckmans i Tuytschaever, 2011, pkt 4.186).

5.2. Dystrybucja selektywna i jednomarkowość

W umowach dystrybucji selektywnej niekiedy pojawiają się też postanowienia zakazujące dystrybutorowi sprzedaży produktów konkurencyjnych marek. Stanowią one formę jednomarkowości, tj. nakłaniania nabywcy do skoncentrowania swoich zamówień na produktach danego producenta[60]. Zbliżają one charakter systemu dystrybucji selektywnej do systemu dystrybucji *franchisingowej*. Ich ocena prawna może rodzić pewne trudności.

[56] Ibidem, pkt 57.

[57] Prawdopodobnie to ma na myśli Komisja wskazując, że „*Jakościowa i ilościowa dystrybucja selektywna jest zwolniona przez rozporządzenie w sprawie wyłączeń grupowych […] nawet w połączeniu z innymi mniej poważnymi ograniczeniami wertykalnymi, takimi jak zakaz konkurowania lub dystrybucja wyłączna*" – Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 57.

[58] Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 176.

[59] W każdym razie przy udziałach rynkowych nieprzekraczających 30%.

[60] Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 129.

Artykuł 5 rozporządzenia KE zawiera listę postanowień, które nie korzystają z wyłączenia grupowego (tzw. *excluded restrictions*). Zgodnie z art. 5 ust. 1 lit. c rozporządzenia KE wyłączenie grupowe nie obejmuje zakazu sprzedaży produktów niektórych konkurentów dostawcy przez dystrybutorów działających w systemie dystrybucji selektywnej. *A contrario* wyłączenie grupowe obejmuje zakaz sprzedaży produktów odnoszący się do wszystkich (a nie jedynie niektórych) konkurentów dostawcy[61]. Przepis ten nie reguluje jednak kwestii czasu trwania tego rodzaju zakazu. W tym zakresie trzeba odwołać się do art. 5 ust. 1 lit. a rozporządzenia KE. Zgodnie z tym przepisem wyłączenie z rozporządzenia KE nie rozciąga się na „jakikolwiek bezpośredni lub pośredni zakaz konkurowania, którego czas trwania jest nieokreślony lub przekracza pięć lat". Z kolei „zakaz konkurowania" obejmuje m.in. „jakiekolwiek bezpośrednie lub pośrednie zobowiązanie zakazujące nabywcy wytwarzania, **zakupu, sprzedaży lub odsprzedaży** towarów lub usług, które konkurują z towarami lub usługami objętymi porozumieniem"[62]. Termin „zakaz konkurowania" obejmuje zatem również zakaz sprzedaży towarów konkurencyjnych producentów (Bolecki, 2013a, s. 71–72). Oznacza to, że zakaz sprzedaży towarów konkurencyjnych marek nałożony na autoryzowanych dystrybutorów jest objęty wyłączeniem grupowym tylko wtedy, gdy został nałożony na czas określony nie dłuższy niż 5 lat[63]. Wyłączeniu z rozporządzenia KE podlegają zatem tylko zakazy dotyczące wszystkich konkurentów (art. 5 ust. 1 lit. c rozporządzenia KE) nałożone na czas nie dłuższy niż 5 lat (art. 5 ust. 1 lit. a rozporządzenia KE). Podobnie sformułowano polskie odpowiedniki powyższych regulacji, tj. § 12 pkt 1 i pkt 2 rozporządzenia RM. Także one wykluczają zakaz sprzedaży konkurencyjnych produktów dotyczący tylko niektórych konkurentów dostawcy (§ 12 pkt 3 rozporządzenia RM) lub trwający dłużej niż 5 lat (§ 12 pkt 1 rozporządzenia RM).

Przepisy unijne i przepisy krajowe odróżnia jednak bardzo istotny szczegół. Mianowicie art. 5 Rozporządzenia KE wymienia postanowienia, które nie korzystają z wyłączenia grupowego (tzw. *excluded restrictions*), ale nie przesądza czy w danym przypadku postanowienia te ograniczają konkurencję. W konsekwencji zakaz sprzedaży konkurencyjnych marek przekraczający 5 lat nie jest na gruncie prawa europejskiego automatycznie nielegalny, lecz jest oceniany według kryteriów dotyczących jednomarkowości[64]. Zgodnie z nimi jednomarkowość jest problematyczna głównie wtedy, gdy pozycja rynkowa dostawcy (zobowiązującego swoich dystrybutorów do jednomarkowości) jest na tyle silna, że jest on nieuniknionym partnerem handlowym przynajmniej w zakresie części popytu (tj. dystrybutorzy nie mogą sobie pozwolić, aby nie sprzedawać towarów tego dostawcy)[65]. Jeżeli jednak dostawca nie ma tak silnej pozycji, a inne kanały dystrybucji pozostają dostępne, ograniczenie konkurencji jest mało prawdopodobne[66]. Oznacza to, że na gruncie prawa UE zakaz sprzedaży konkurencyjnych towarów nakładany w warunkach silnej konkurencji międzymarkowej z reguły będzie dopuszczalny nawet wtedy, gdy trwa dłużej niż 5 lat.

Tymczasem § 12 rozporządzenia RM nie tylko odbiera wymienionym w nim klauzulom dobrodziejstwo wyłączenia grupowego, ale wprost przesądza, że ich „występowanie w porozumieniu wertykalnym **stanowi naruszenie art. 6 ust. 1**" uokik. Inaczej niż jego europejski odpowiednik

[61] Ibidem, pkt 69.

[62] Zgodnie z definicją z art. 1 pkt 1 lit. d rozporządzenia KE.

[63] Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 131.

[64] Ibidem, pkt 183.

[65] Ibidem, pkt 132.

[66] Ibidem, pkt 133.

(a także inaczej niż jego polski poprzednik[67]), § 12 rozporządzenia RM nie zawiera zatem listy klauzul szarych, lecz drugą (po § 11 rozporządzenia RM) listę klauzul czarnych (bezwzględnie zakazanych). Zakaz sprzedaży konkurencyjnych marek zawarty na czas nieokreślony stanowi więc naruszenie polskiego prawa nawet wtedy, gdy znalazł się w umowie podmiotów o znikomych udziałach rynkowych działających w warunkach bardzo silnej konkurencji międzymarkowej i przy braku jakiegokolwiek zagrożenia zamknięciem dostępu do rynku[68]. Nie jest jasne, co skłoniło prawodawcę do sformułowania § 12 w taki właśnie sposób. Delegacja ustawowa (art. 8 ust. 3 uokik) nakazuje co prawda wskazać w rozporządzeniu „klauzule, których występowanie w porozumieniu stanowi naruszenie art. 6" uokik, jednak znacznie bardziej racjonalne byłoby uznanie za takowe postanowień wymienionych w § 11 rozporządzenia RM. Są one bowiem tradycyjnie określane mianem klauzul czarnych (Miąsik, 2009, nb. 228)[69]. Także Komisja kwalifikuje je jako tzw. *hardcore restrictions*[70], ograniczające konkurencję ze względu na cel[71] i zakazane bez konieczności analizy skutków oraz bez względu na udziały rynkowe[72].

Na gruncie prawa krajowego zakaz sprzedaży konkurencyjnych marek będzie więc niedopuszczalny, jeśli przekracza 5 lat lub został zawarty na czas nieokreślony. *De lege ferenda* należy jednak postulować zmianę § 12 rozporządzenia RM.

5.3. Dystrybucja selektywna i wyłączność zakupów

W umowach dystrybucji selektywnej dość często pojawiają się też postanowienia zobowiązujące dystrybutorów do kupowania danych produktów wyłącznie od dostawcy (tj. od drugiej strony umowy dystrybucji). Nazywa się je klauzulami wyłączności zakupów lub wyłączności zaopatrzenia[73]. Zobowiązanie autoryzowanych dystrybutorów do kupowania określonych towarów wyłącznie od określonego dostawcy jest niedopuszczalne (nawet jeśli nie dotyczy ono całej kategorii produktów, lecz np. tylko tych marek, które dostawca sam wprowadza na rynek). Nakaz kupowania wyłącznie od dostawcy implikuje bowiem zakaz wzajemnych dostaw między autoryzowanymi dystrybutorami, co stoi w sprzeczności zarówno z § 11 pkt 4 rozporządzenia RM, jak i z art. 4 lit. d rozporządzenia KE (Kohutek, 2008a, s. 251).

5.4. Konsekwencje rozbieżności między rozporządzeniem RM i rozporządzeniem KE

Jak wynika z powyższego, pomiędzy rozporządzeniem RM i rozporządzeniem KE zachodzą pewne różnice. Dotyczą one przede wszystkim miejsca określenia kryteriów wyboru dystrybutorów (krajowe rozporządzenie wymaga, aby były one określone w porozumieniu z dystrybutorem) oraz sposobu traktowania zakazów, których zakres wykracza poza granice wyznaczone w § 12

[67] To jest §8 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 19 listopada 2007 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (Dz. Urz. Nr 230, poz. 1691).

[68] Nie dotyczy to oczywiście wyjątku dot. własności lokalu wyraźnie wskazanego w § 12 pkt 1 rozporządzenia RM, a także *franchisingu* – zob. Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 190 lit. b. oraz Bolecki (2013a, s. 72–73).

[69] Dec. Prezesa UOKiK z 12.4.2007 r., Nr RKR-32/2007, s. 15.

[70] Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 47.

[71] Ibidem, pkt 23; *Guidance on restrictions of competition „by object" for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice*, C(2014) 4136 final, s. 3, pkt 1.

[72] Pkt 11 ppkt 2 Obwieszczenia Komisji w sprawie porozumień o mniejszym znaczeniu, które nie ograniczają odczuwalnie konkurencji na mocy art. 81 ust. 1 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (*de minimis*) (2001/C 368/07).

[73] Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 162. Nie należy ich mylić z omówionym wyżej zakazem sprzedaży konkurencyjnych marek, tj. jednomarkowością.

rozporządzenia RM (w prawie unijnym podlegają one badaniu indywidualnemu, w prawie polskim są bezwzględnie zakazane).

Ewentualne praktyczne konsekwencje powyższych rozbieżności są jednak istotnie ograniczone brzmieniem art. 3 ust. 2 rozporządzenia Rady nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu. Zgodnie z tym przepisem zastosowanie krajowego prawa konkurencji do porozumień, które mogą wpływać na handel między państwami członkowskimi[74], nie może prowadzić do ich zakazania, jeśli są objęte rozporządzeniem w celu stosowania art. 81 ust. 3 TWE (obecnie art. 101 ust.3 TFUE), tj. m.in. rozporządzeniem KE. Prawo krajowe zachowuje natomiast pełne zastosowanie do porozumień, które nie mają wpływu na handel między państwami członkowskimi.

IV. Indywidualne wyłączenie dystrybucji selektywnej

1. Metodologia analizy przesłanek wyłączenia indywidualnego

Porozumienia ograniczające konkurencję i niepodlegające wyłączeniu grupowemu (ani wyłączeniu *de minimis* – art. 7 uokik) są legalne, jeśli spełniają przesłanki tzw. wyłączenia indywidualnego (art. 8 uokik, art. 101 ust. 3 TFUE). Dotyczy to zarówno ograniczeń konkurencji ze względu na cel, jak i ograniczeń ze względu na skutek.

Obecnie na gruncie tak polskiego, jak i europejskiego prawa konkurencji przesłanki zakazu porozumień ograniczających konkurencję i przesłanki wyłączenia indywidualnego analizowane są w tym samym postępowaniu. Spełnienie przesłanek wyłączenia indywidualnego skutkuje zatem niewszczęciem (ew. umorzeniem) postępowania antymonopolowego. W związku z tym nie wydaje się obecnie decyzji stwierdzających spełnienie przesłanek wyłączenia. Znacznie utrudnia to przewidzenie, w jakich sytuacjach przesłanki wyłączenia mogą zostać przez organ uznane za spełnione. Przed 1 maja 2004 r. indywidualne wyłączenie w prawie wspólnotowym następowało w drodze decyzji wydawanej w osobnej procedurze na wniosek przedsiębiorcy (Piszcz, Jurkowska-Gomułka, Stankiewicz i Grzejdziak, 2014, nb. 8) i ani Trybunał Sprawiedliwości, ani sąd krajowy nie mogły go samodzielnie stosować[75]. Dodatkowo przed 1 stycznia 2000 r.[76] nie funkcjonowało ogólne grupowe wyłączenie dla porozumień wertykalnych. W konsekwencji przed 1 stycznia 2000 r. Komisja wydawała wiele decyzji dotyczących stosowania indywidualnego wyłączenia do porozumień tworzących dystrybucję selektywną[77]. Biorąc pod uwagę, że aktualne reguły oceny dystrybucji selektywnej na gruncie zakazu porozumień ograniczających konkurencję pochodzą właśnie z tego okresu, zasady stosowania wyłączenia indywidualnego do dystrybucji selektywnej również zasadniczo zachowują aktualność. Należy jednak mieć na uwadze, że od połowy lat 90. XX wieku europejskie prawo konkurencji cechuje bardziej ekonomiczne podejście (*more economic approach*), polegające m.in. na przesunięciu ciężaru z formalnej analizy treści porozumień na analizę rynkowej pozycji zaangażowanych przedsiębiorców (czego przejawem jest

[74] Co, jak wspomniano, może mieć miejsce także wtedy, gdy ograniczenia nakładane na dystrybutorów dotyczą tylko jednego kraju członkowskiego – zob. J. Faull i in. (2014, pkt 3.391).

[75] Por. teza 1 i 2 wyr. TS z 11.12.1980 r. w sprawie 31/80 *L'Oréal* przeciwko *PVBA* (Zb.Orz. 1980, s. 3775).

[76] To jest do chwili wejścia w życie rozporządzenia Komisji nr 2790/1999 w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych (Dz. Urz. L 336 z 29.12.1999).

[77] Wykaz orzecznictwa wspólnotowego z tego okresu dotyczącego dystrybucji selektywnej przedstawia T. Skoczny (1995, s. 206 i n.).

w szczególności stosowanie progów udziału w rynku uprawniających do skorzystania z wyłączeń grupowych) (Montag i Janssens, 2004, s. 211).

Analiza przesłanek wyłączenia indywidualnego w orzeczeniach Komisji i Trybunału była prowadzona na poziomie ogólnym, dalekim od analizy ekonometrycznej. Opierała się na racjonalizowanych spekulacjach co do antycypowanych skutków porozumienia (Miąsik, 2009, nb. 11). Przykładowo w decyzji *Givenchy* wymóg osiągania określonych minimalnych poziomów sprzedaży uznano za niespełniający przesłanek doktryny *Metro* i ograniczający konkurencję wewnątrzmarkową (ponieważ wyklucza dystrybutorów spełniających pozostałe kryteria) i międzymarkową (ponieważ zmusza dystrybutorów do poświęcenia znacznych zasobów na sprzedaż marki *Givenchy*)[78]. Jednocześnie jednak Komisja stwierdziła, że spełnia on przesłanki wyłączenia indywidualnego, ponieważ:

1) przyczynia się do polepszania dystrybucji (art. 101 ust. 3 TFUE, art. 8 ust. 1 pkt 1 uokik), bo pozwala dostawcy skoncentrować się na najbardziej efektywnych sklepach i racjonalizować koszty związane z dystrybucją i pomocą dla sprzedawców detalicznych[79];
2) zapewnia użytkownikom słuszną część zysku (art. 101 ust. 3 TFUE, art. 8 ust. 1 pkt 2 uokik), bo duża liczba dystrybutorów i swoboda kształtowania cen zapewnia przeniesienie korzyści z racjonalizacji dystrybucji na konsumentów[80];
3) jest niezbędny do osiągnięcia korzyści (tj. proporcjonalny; art. 101 ust. 3 lit. a TFUE, art. 8 ust. 1 pkt 3 uokik), bo w przypadku braku takiego ograniczenia doszłoby do znacznego rozrostu sieci dystrybucji, co – biorąc pod uwagę stabilność rynku – nie doprowadziłoby do istotnego wzrostu sprzedaży, natomiast spowodowałoby wzrost kosztów dystrybucji i stopniową erozję wizerunku marki, a ustalony minimalny poziom (40% średniej sprzedaży dystrybutorów z danego kraju) jest racjonalny[81];
4) nie daje możliwości wyeliminowania konkurencji w stosunku do znacznej części produktów (art. 101 ust. 3 lit. b TFUE, art. 8 ust. 1 pkt 4 uokik), bo nie zakazuje sprzedaży konkurencyjnych towarów, pozwala na konkurencję między autoryzowanymi dystrybutorami i nie wyklucza nowoczesnych metod dystrybucji[82].

W analogiczny sposób za spełniające przesłanki wyłączenia indywidualnego uznano szereg innych obowiązków[83]. W zakresie zastosowania wyłączenia indywidualnego decyzja Komisji została utrzymana przez Sąd Pierwszej Instancji[84]. Skuteczne powołanie się na wyłączenie indywidualne nie wymaga zatem przeprowadzenia ekonometrycznego dowodu spełnienia przesłanek art. 101 ust. 3 TFUE.

78 Dec. Komisji z 24.06.1992 r. w sprawie IV/33.542 *Givenchy* (Dz. Urz. UE L 236/11), pkt II. A. (6)(b).

79 Dec. Komisji z 24.06.1992 r. w sprawie IV/33.542 *Givenchy* (Dz. Urz. UE L 236/11), pkt II. B. (2) par. 3.

80 Ibidem, pkt II. B. (3).

81 Ibidem, pkt II. B. (4) par. 5.

82 Ibidem, pkt II. B. (5).

83 Obowiązek sprzedaży odpowiedniej minimalnej liczby marek konkurencyjnych, obowiązek utrzymywania odpowiedniej gamy produktów dostawcy, obowiązek współpracy w działaniach promocyjnych i reklamowych (choć moim zdaniem są to wymogi jakościowe i powinny być raczej analizowane na gruncie doktryny *Metro*) oraz obowiązek powstrzymania się przez jeden rok ze sprzedażą produktów, które nie zostały jeszcze wprowadzone na dany rynek (co ciekawe, ten ostatni wymóg w pewnym zakresie ogranicza sprzedaż pomiędzy autoryzowanymi dystrybutorami, co stanowi *hardcore restriction* na gruncie wyłączenia grupowego) – dec. Komisji z 24.06.1992 r. w sprawie IV/33.542 *Givenchy* (Dz. Urz. UE L 236/11), pkt II. B. (2)-(5), s. 18–22.

84 Wyr. SPI z 12.12.1996 r. w sprawie T-88/92 *Groupement d'Achat Édouard Leclerc* przeciwko *Komisji* (Zb.Orz. 1996, s. II-01961), pkt 196.

2. Wyłączenie indywidualne a doktryna *Metro*

Przesłanki wyłączenia indywidualnego wykazują znaczne podobieństwo do przesłanek doktryny *Metro*. Gdy szczególny charakter produktu wymaga dystrybucji selektywnej, dystrybutorzy są wybierani na podstawie obiektywnych, jednolitych i niedyskryminujących kryteriów o charakterze jakościowym, które są niezbędne dla zapewnienia jakości lub właściwego użytkowania towarów, a istnienie wielu równoległych sieci nie eliminuje „realnej konkurencji" (doktryna *Metro*), wówczas przesłanki wyłączenia indywidualnego zasadniczo również będą spełnione. Taki system przyczynia się bowiem do polepszenia dystrybucji (pozwala zachować jakość lub prawidłowe użytkowanie produktu), zapewnia użytkownikom słuszną część zysku (wyższą jakość lub wiedzę niezbędną do prawidłowego użytkowania produktu[85]), jest niezbędny i nie eliminuje konkurencji (w szczególności w stosunku do znacznej części produktów). Podobieństwo przesłanek doktryny *Metro* i wyłączenia indywidualnego nie jest przypadkowe – doktryna *Metro* została stworzona przez orzecznictwo w okresie, gdy stosowanie wyłączenia indywidualnego przez sądy nie było możliwe (wyłącznie upoważniona do tego była Komisja).

W wielu przypadkach doktryna *Metro* będzie więc „konsumowała" wyłączenie indywidualne. Wyłączenie indywidualne może wchodzić w grę przede wszystkim wtedy, kiedy pierwsze dwie przesłanki doktryny *Metro* (szczególny charakter produktu lub jakościowy charakter kryteriów) nie są spełnione. Gdy wymogi nie mają charakteru jakościowego przedsiębiorca może powołać się na inne formy polepszenia dystrybucji, takie jak racjonalizacja kosztów dystrybucji (np. w kontekście minimalnych poziomów sprzedaży[86]), stabilizacja dostaw i zatrudnienia (np. w odniesieniu do wymogu zamawiania z góry określonych ilości towarów[87])[88], ograniczenie sieci dystrybucji do dealerów gotowych ponieść odpowiedni wysiłek, aby promować sprzedaż (np. w przypadku wymogów utrzymywania odpowiednich zapasów i pełnej gamy produktów[89]), ochrona inwestycji poczynionych przez dealera (np. na uzasadnienie ograniczenia terytorium, na jakim inni dealerzy mogą otwierać sklepy)[90], a nawet potrzeba kreowania wizerunku marki[91]. Gdy produkt nie ma charakteru uznawanego za szczególny na gruncie doktryny *Metro*, indywidualne wyłączenie może także uzasadnić samą selekcję dystrybutorów (np. gdy selekcja jest konieczna dla efektywnego składowania towarów[92]).

Jeśli natomiast niespełnione będą dwie kolejne przesłanki doktryny *Metro* (proporcjonalność lub nieeliminowanie „realnej konkurencji" w związku z istnieniem wielu równoległych sieci) to prawdopodobnie również wyłączenie indywidualne nie znajdzie zastosowania. Za nieproporcjonalny (i w związku z tym niespełniający przesłanek ani doktryny *Metro*, ani wyłączenia indywidualnego) uznano nakaz sprzedaży sprzętu hydraulicznego wyłącznie instalatorom (nie był konieczny do

[85] Oczywiście różnica między dwiema pierwszymi przesłankami wyłączenia indywidualnego może się zacierać, jednak orzecznictwo wskazuje, że niektóre formy polepszenia dystrybucji same w sobie zapewniają użytkownikom odpowiednie korzyści – np. w odniesieniu do stabilizacji dostaw zob. wyr. TS z 25.10.1977 r. w sprawie 26/76 *Metro* przeciwko *Komisji* (Zb.Orz. 1977, s. 1875), pkt 48.

[86] Zob. powołany wcześniej przykład analizy przeprowadzonej w decyzji w sprawie *Givenchy*.

[87] Wyr. TS z 25.10.1977 r. w sprawie 26/76 *Metro* przeciwko *Komisji* (Zb.Orz. 1977, s. 1875), pkt 43.

[88] Komisja wskazuje, że korzyści logistyczne mogą wystąpić niezależnie od rodzaju produktu, ale że zwykle mają marginalne znaczenie – zob. Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 185.

[89] Dec. Komisji z 21.12. 1993 r. w sprawie IV/29.420 *Grundig's EC distribution system* (Dz. Urz. UE L 20/15), pkt 10 *tiret* drugie, pkt 36.

[90] Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 185.

[91] Ibidem, pkt 185; ma to szczególne znaczenie po orzeczeniu *Pierre Fabre*, który wedle niektórych autorów wyklucza możliwość uzasadnienia stosowania doktryny *Metro* ochroną prestiżu marki (osobiście nie podzielam tego poglądu) – zob. Bundeskartellamt, 2013, s. 23.

[92] Z tego powodu Urząd Antymonopolowy za dopuszczalne uznał stosowanie dystrybucji selektywnej przy dystrybucji nawozów mineralnych. Sąd Antymonopolowy zakwestionował co prawda kwalifikowanie analizowanego systemu jako dystrybucji selektywnej (z powołaniem się na doktrynę *Metro*), ale zasugerował, że ograniczenie liczby dealerów zapobiegające rozbudowie sieci „ponad uzasadnione potrzeby" może podlegać wyłączeniu indywidualnemu – wyr. SA z 6.12.1995 r., sygn. akt XVII Amr 47/95 (Wokanda 1997 nr 1, str. 55).

zapewnienia odpowiednich porad użytkownikom końcowym, ponieważ każdy sprzedawca może zatrudnić wykwalifikowany personel[93]). Z kolei gdy struktura rynku jest na tyle sztywna, że nawet jakościowe systemy dystrybucji nie zapewniają „realnej konkurencji", to prawdopodobnie dojdzie do wyeliminowania konkurencji w stosunku do znacznej części produktów (co uniemożliwi zastosowanie wyłączenia indywidualnego).

V. Wnioski

Dystrybucja selektywna, choć nieodłącznie wiąże się z ograniczeniem swobody dystrybutorów, nie musi naruszać zakazu porozumień ograniczających konkurencję. Niestety niewiele istniejących systemów spełnia przesłanki doktryny *Metro*, więc w praktyce istotne jest zwykle czy system dystrybucji może korzystać z wyłączenia grupowego lub indywidualnego.

Wyłączenia grupowe zapewniają przedsiębiorcom dużą (choć znacznie mniejszą niż prawo amerykańskie) swobodę kształtowania umów dystrybucji selektywnej. Nie wymagają zwłaszcza, aby produkt miał szczególny charakter ani aby kryteria nakładane na dystrybutorów były jakościowe, jednolite bądź obiektywnie uzasadnione. Rozporządzenia wyłączeniowe nie wyjaśniają niestety wszystkich wątpliwości, w szczególności kwestii dopuszczalności łączenia dystrybucji selektywnej z dystrybucją wyłączną. Pomiędzy polskim i unijnym rozporządzeniem wyłączeniowym zachodzą ponadto trudne do usprawiedliwienia różnice (dotyczące sposobu określania wymogów dla dystrybutorów i sposobu traktowania klauzul wyłączności), które utrudniają analizę i niepotrzebnie ograniczają swobodę przedsiębiorców działających na terenie Polski.

Znaczny potencjał tkwi także w wyłączeniu indywidualnym. W krajowej praktyce jego znaczenie było dotychczas raczej marginalne. Orzecznictwo organów UE pokazuje natomiast, że uzasadnienie wyłączenia indywidualnego nie wymaga dowodów ekonometrycznych i może być skuteczne także wówczas, gdy jest sformułowane w dość ogólny sposób. Wyłączenie indywidualne może stanowić przydatny instrument zwłaszcza wtedy, kiedy dystrybuowany produkt nie ma szczególnego charakteru lub gdy kryteria wyboru dystrybutorów nie są czysto jakościowe.

Bibliografia

Accardo, G. (2011). *Vertical Antitrust Enforcement: Transatlantic Perspectives on Restrictions of Online Distribution Under EU and U.S. Competition Laws* (SSRN Scholarly Paper No. ID 2038239). Rochester, NY: Social Science Research Network. Pobrano z: http://papers.ssrn.com/abstract=2038239.

Bolecki, A. (2013a). Cechy szczególne franczyzy w prawie ochrony konkurencji. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, *2*(7), 59–77.

Bolecki, A. (2013b). Ograniczenia w sprzedaży przez Internet w umowach dystrybucyjnych. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, *2*(3), 23–44.

Bundeskartellamt. (2013, październik). *Vertical Restraints in the Internet Economy*. Zaprezentowano na Spotkaniu Grupy Roboczej ds. Prawa Konkurencji. Pobrano z: http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Diskussions_Hintergrundpapiere/Vertical%20Restraints%20in%20the%20Internet%20Economy.pdf?__blob=publicationFile&v=2.

[93] Dec. Komisji z 10.12.1984 r. w sprawie IV/30.261 *Ideal-Standard's distribution system* (Dz. Urz. UE L 20/38), pkt 20–21.

Faull, J., Kjølbye, L., Henning, L., i Nikpay, A. (2014). Article 101. W: J. Faull, A. Nikpay (red.), *The EU Law of Competition*. Oxford: Oxford University Press.

Gurin, A. i Peepkorn, L. (2014). Vertical Agreements. W: J. Faull, A. Nikpay (red.), *The EU Law of Competition*. Oxford: Oxford University Press.

Kohutek, K. (2008a). Dystrybucja selektywna na gruncie polskich i wspólnotowych regulacji prawa konkurencji. W: A. Jurkowska-Gomułka, T. Skoczny (red.), *Wyłączenia grupowe spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję we Wspólnocie Europejskiej i w Polsce*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego.

Kohutek, K. (2008b). System dystrybucji selektywnej w porządku wspólnotowego prawa konkurencji. *Prawo i Podatki Unii Europejskiej w Praktyce*, (6), 40–48.

Kohutek, K. (2011). Internetowa dystrybucja towarów w prawie konkurencji (ze szczególnym uwzględnieniem wytycznych Komisji do rozporządzenia nr 330/2010 w sprawie porozumień wertykalnych). *Przegląd Prawa Handlowego*, (11), 36–43.

Lang, J.T. (1985). Selective distribution. *Fordham International Law Journal*, *8*(1), 323–361.

Miąsik, D. (2009). komentarz do art. 8 u.o.k.k. W: T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz* (1. wyd.). Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.

Montag, F. i Janssens, T. (2004). Article 81(3) in the Context of Modernisation – A Lawyers View. W: D. Geradin (red.), *Modernisation and Enlargement: Two Major Challenges for EC Competition Law*. Antwerp: Intersentia nv.

Piszcz, A. (2013). Przegląd zmian w polskim prawie antymonopolowym w roku 2012. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, *2*(3), 84–91.

Piszcz, A., Jurkowska-Gomułka, A., Stankiewicz, R., i Grzejdziak, Ł. (2014). komentarz do art. 8 u.o.k.k. W: T. Skoczny (Red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz* (2. wyd.). Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.

Sage, E.D. (2008). Wyłączenie grupowe dla porozumień wertykalnych. W: A. Jurkowska-Gomułka, T. Skoczny (red.), *Wyłączenia grupowe spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję we Wspólnocie Europejskiej i w Polsce*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego.

Skoczny, T. (1995). *Zakaz porozumień ograniczających konkurencję a selektywna dystrybucja*. Warszawa: Urząd Antymonopolowy (Seria PHARE).

Targański, B. (2013). Sprzedaż aktywna i pasywna w usługach marketingu internetowego. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, *2*(5), 18–26.

Wijckmans, F. i Tuytschaever, F. (2011). *Vertical Agreements in EU Competition Law*. Oxford: Oxford University Press.

Adrian Bielecki*

Unia i fuzja personalna w polskim prawie ochrony konkurencji

Spis treści

I. Wstęp
II. Unia a fuzja personalna
III. Unia i fuzja personalna w uokik z 2000 r.
IV. Unia i fuzja personalna w uokik z 2007 r.
1. Przejęcie kontroli i stosunek dominacji w świetle uokik z 2007 r.
2. Konfiguracja podmiotowa w unii personalnej według uokik z 2007 r.
3. Moment zgłoszenia zamiaru dokonania fuzji personalnej
V. Praktyka decyzyjna Prezesa UOKiK w zakresie unii (fuzji) personalnych
1. Decyzje Prezesa UOKiK z dnia 18 listopada 2008 r., sygn. DKK–89/08 oraz DKK–88/08 (sprawa *Sadrob* i *Exdrob*)
2. Decyzja Prezesa UOKiK z 22 października 2013 r. nr DKK–132/2013 (sprawa *TERG* oraz *Electro.pl*)
VI. Podsumowanie

Streszczenie

Pojęcie unii i fuzji personalnej odnosi się do sytuacji, w której określone osoby fizyczne pełnią jednocześnie funkcje w organach dwóch przedsiębiorców. Wskazana instytucja jest uregulowana niejednolicie w różnych systemach prawa ochrony konkurencji. W prawie polskim unia (fuzja) personalna stanowi element definicji „przejęcia kontroli". Przedmiotem artykułu jest krytyczna analiza obecnych rozwiązań zawartych w uokik z 2007 r., z uwzględnieniem historycznego rozwoju regulacji, a także praktyki jej stosowania. Tezą artykułu jest stwierdzenie, że obecna regulacja unii (fuzji) personalnych jest w dużym stopniu wadliwa i powinna zostać zreformowana.

Słowa kluczowe: unia personalna; fuzja personalna; kontrola koncentracji; grupa kapitałowa

JEL: K21

I. Wstęp

W prawie ochrony konkurencji unia (fuzja) personalna to sytuacja, w której określone osoby fizyczne pełnią jednocześnie funkcje w organach dwóch przedsiębiorców. Wskazana instytucja jest uregulowana niejednolicie w różnych systemach prawa ochrony konkurencji. Przykładowo, amerykańskie prawo antymonopolowe zabrania unii personalnych (*interlocking directorates*)

* Doktorant WPiA UW; aplikant adwokacki; prawnik w zespole prawa konkurencji kancelarii Dentons Europe Oleszczuk sp. k. E-mail: adrianbielecki@gmail.com. Tekst przedstawia osobiste poglądy autora.

pomiędzy konkurentami, przy zastrzeżeniu określonych progów *de minimis*[1]. Prawo włoskie przewiduje podobny zakaz, którego zakres jest jednakże ograniczony do sektora finansowego (Falce, 2013, s. 457 i n). Unijne prawo ochrony konkurencji wprost nie reguluje unii personalnych, jednak bywały one przedmiotem zainteresowania Komisji Europejskiej[2] (Moavero Milanes i Winterstein, 2002, s. 15–18).

Zagadnienie unii (fuzji) personalnej w polskiej ustawie z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. 2007 Nr 50, poz. 331 ze zm.; dalej: uokik z 2007 r.) występuje w ramach definicji przejęcia kontroli. Zgodnie z art. 4 pkt 4 lit. c) uokik z 2007 r., przez przejęcie kontroli „rozumie się (…) wszelkie formy bezpośredniego lub pośredniego uzyskania przez przedsiębiorcę uprawnień, które osobno albo łącznie, przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności prawnych lub faktycznych, umożliwiają wywieranie decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców; uprawnienia takie tworzą w szczególności: (…) członkowie jego zarządu lub rady nadzorczej stanowią więcej niż połowę członków zarządu innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego)". Cytowany przepis budzi wiele wątpliwości, odnoszących się zarówno do jego interpretacji, jak i do samego sensu istnienia.

Niniejszy artykuł ma na celu krytyczną analizę obecnej regulacji unii (fuzji) personalnej w polskim prawie konkurencji. Przede wszystkim należy podkreślić, że wskazany przepis w sposób wadliwy pod względem językowym i merytorycznym formułuje definicję przejęcia kontroli. Co do zasady, unia (fuzja) personalna w kształcie uregulowanym w art. 4 pkt 4 lit. c) uokik z 2007 r. może być skutkiem bądź zewnętrzną oznaką przejęcia kontroli, a nie jego przyczyną. W związku z tym, *de lege ferenda* art. 4 pkt 4 lit. c) uokik z 2007 r. powinien zostać wykreślony. Niezależnie od powyższego, *de lege lata* art. 4 pkt 4 lit. c) uokik z 2007 r. jest elementem prawa powszechnie obowiązującego, musi zatem być stosowany zarówno przez przedsiębiorców, jak i przez organ ochrony konkurencji. W konsekwencji, jednym z celów niniejszego artykułu jest także próba interpretacji omawianego przepisu w obecnym brzmieniu.

Punktem wyjścia rozważań są uwagi terminologiczne. Dalej nastąpi opis instytucji unii i fuzji personalnej w ustawie z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konsumentów i konkurencji (Dz.U. 2000 Nr 122, poz. 1319; dalej: uokik z 2000 r.). Następnie omówiona zostanie problematyka unii i fuzji personalnej na gruncie uokik z 2007 r. oraz dokonana analiza praktyki stosowania przepisów przez organ antymonopolowy, a następnie przedstawione zostanie podsumowanie.

II. Unia a fuzja personalna

Doktryna polskiego prawa ochrony konkurencji dotychczas niewiele uwagi poświęcała pojęciom unii i fuzji personalnej (fuzji faktycznej). Pomimo że wskazane pojęcia są pokrewne, z perspektywy poprawności terminologicznej zasadne wydaje się ich rozróżnienie. Wskazany podział jest konsekwencją podziału na posiadanie oraz przejęcie kontroli. Zgodnie z proponowaną terminologią, unia personalna to stan posiadania kontroli (ujęcie statyczne), podczas gdy fuzja personalna to proces przejęcia kontroli (ujęcie dynamiczne). Obydwa pojęcia stanowią inne podejście do instytucji kontroli sprawowanej za pomocą władztwa personalnego w prawie konkurencji[3]. Pomimo

[1] Section 8 of the Clayton Antitrust Act of 1914 (Pub.L. 63–212, 38 Stat. 730); zob. American Bar Association (2011).

[2] Decyzja Komisji Europejskiej z 26.06.2002 r. w sprawie nr COMP/M.2650 – *Haniel/Cementbouw/JV* (CVK), pkt 27.

[3] Pojęcia „władztwa personalnego" używa K. Kohutek (Kohutek i Sieradzka, 2014, s. 152).

określonego sformułowania art. 4 pkt 4 oraz art. 13 ust. 2 pkt 2 uokik z 2007 r. wskazującego na dynamiczny aspekt tego pojęcia, z perspektywy systemu kontroli koncentracji, jak i szerzej – prawa ochrony konkurencji, równie istotne jest ujęcie statyczne obejmujące strukturę podmiotową rynku po dokonaniu koncentracji.

Prezes UOKiK, co do zasady, nie ocenia zgodności z prawem konkurencji samej transakcji (przejęcia kontroli), ale skupia się raczej na wynikającym z transakcji stanie posiadania kontroli i związanej z tym zmianie struktury rynku[4]. Stosownie do art. 18 uokik z 2007 r., Prezes UOKiK wydaje zgodę na dokonanie koncentracji, w wyniku której konkurencja na rynku nie zostanie istotnie ograniczona, w szczególności przez powstanie lub umocnienie pozycji dominującej na rynku. W świetle przywołanego przepisu kluczowy jest „wynik" koncentracji, czyli stan będący jej efektem. Podobnie, punkt 6 preambuły rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 z dnia 20 stycznia 2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz. Urz. UE L/24 z 29.01.2004 r.; dalej: rozporządzenie 139/2004) wskazuje, że kontrola koncentracji na poziomie unijnym dokonywana jest z punktu widzenia ich wpływu na strukturę konkurencji we Wspólnocie.

Należy również wskazać, że ustalenie istnienia stosunku dominacji (kontroli) może mieć szersze implikacje aniżeli procedura kontroli koncentracji. Pojęcie kontroli w prawie ochrony konkurencji jest elementem definicji pojęcia grupy kapitałowej. Zgodnie z art. 4 pkt 4 uokik z 2007 r. przez grupę kapitałową rozumie się wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę. Z kolei pojęcie grupy kapitałowej może mieć znaczenie choćby z perspektywy zasięgu oddziaływania zakazu antykonkurencyjnych porozumień z art. 6 uokik (Zawłocka-Turno, 2012, s. 51–52 oraz tam powołana literatura). W związku z tym prawidłowa wykładnia przepisów regulujących instytucję przejęcia kontroli jest niezwykle istotna.

III. Unia i fuzja personalna w uokik z 2000 r.

W uokik z 2000 r. instytucja unii personalnej pełniła dwojaką funkcję. Po pierwsze, była elementem definicji przedsiębiorcy dominującego opisanym w art. 4 pkt 3 lit. c) uokik z 2000 r. Po drugie, podlegała reżimowi kontroli koncentracji jako specyficzny typ koncentracji wskazany w art. 12 ust. 3 pkt 2 uokik z 2000 r. (obok innych tzw. parakoncentracji, w tym nabycia określonego mniejszościowego pakietu udziałów lub akcji). Obydwa przepisy pełniły inne funkcje, a także dotyczyły nieco odmiennych typów unii (fuzji) personalnych.

Art. 4 pkt 3 uokik z 2000 r. definiował przedsiębiorcę dominującego poprzez wskazanie katalogu przypadków, w których występuje relacja dominant – podmiot zależny. Jednakże, w odróżnieniu od obecnie obowiązującej ustawy, w uokik z 2000 r. wywieranie decydującego wpływu na przedsiębiorcę nie odgrywało roli korygującej wobec wskazanego katalogu, lecz stanowiło jeden z jego elementów. Zgodnie z art. 4 pkt 3 lit. e) uokik z 2000 r. przedsiębiorca dominujący to przedsiębiorca, który wywiera decydujący wpływ na działalność innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego), w szczególności na podstawie umowy przewidującej zarządzanie innym przedsiębiorcą (przedsiębiorcą zależnym) lub przekazywanie zysku przez takiego przedsiębiorcę. Innym, równoważnym elementem tego katalogu była unia personalna. Stosownie do art. 4 pkt 3 lit. c) uokik z 2000 r., pojęcie „przedsiębiorcy dominującego" odnosiło się bowiem także do

[4] Wyjątkiem na gruncie prawa UE może być doktryna ograniczeń dodatkowych lub akcesoryjnych (*ancillary restraints*).

sytuacji, gdy więcej niż połowa członków zarządu przedsiębiorcy była jednocześnie członkami zarządu innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego).

Pojęciem „przedsiębiorcy dominującego" ustawodawca posługiwał się w art. 14 uokik z 2000 r., który stanowił, iż dokonanie koncentracji przez przedsiębiorcę zależnego uważało się za jej dokonanie przez przedsiębiorcę dominującego. Ponadto, zgodnie z art. 94 ust. 3 uokik z 2000 r., w przypadku gdy koncentracji dokonywał przedsiębiorca dominujący za pośrednictwem co najmniej dwóch przedsiębiorców zależnych, zgłoszenia zamiaru tej koncentracji powinien był dokonywać przedsiębiorca dominujący.

Jednocześnie, w uokik z 2000 r., ustawodawca odrębnie zdefiniował pojęcia „przejęcia kontroli"[5] i „grupy kapitałowej"[6], co mogło rodzić problemy ze stosowaniem tamtej ustawy. Kształt przepisów wywoływał choćby niepewność co do znaczenia pojęcia przedsiębiorcy dominującego z perspektywy ustalenia zasięgu grupy kapitałowej[7]. Podobnie, analiza stanu faktycznego przejęcia kontroli musiała być dokonywana w oparciu o łączne rozpatrzenie definicji przejęcia kontroli oraz przedsiębiorcy dominującego (Skoczny i in., 2014, s. 115). W związku z tymi problemami, postulowano wykreślenie z uokik z 2000 r. definicji pojęcia „przedsiębiorcy dominującego"[8].

Ponadto, uokik z 2000 r. przewidywała również obowiązek zgłoszenia zamiaru koncentracji polegającej na dokonaniu określonego rodzaju fuzji personalnej. Zgodnie z art. 12 ust. 3 pkt 2 uokik z 2000 r., obowiązek zgłoszenia zamiaru koncentracji dotyczył również objęcia przez tę samą osobę funkcji członka organu zarządzającego albo organu kontrolnego u konkurujących ze sobą przedsiębiorców. W doktrynie wskazano, że jest to przykład tzw. parakoncentracji (Modzelewska-Wąchal, 2002, s. 138; podział na koncentracje i parakoncentracje został jednak poddany krytyce w: Skoczny i in., 2014, s. 594).

Obowiązkowi zgłoszenia na podstawie art. 12 ust. 3 pkt 2 uokik z 2000 r. podlegał zamiar dokonania fuzji personalnej jedynie pomiędzy konkurentami. Ponadto, wskazany przepis dotyczył fuzji personalnych odnoszących się nie tylko do członków zarządu i rady nadzorczej, lecz także szerzej do członków organu zarządzającego lub kontrolnego. Dodatkowo, obowiązek zgłoszenia zamiaru koncentracji na podstawie art. 12 ust. 3 pkt 2 uokik z 2000 r. nie był uzależniony od spełnienia dodatkowych przesłanek, np. proporcji osób będących zaangażowanych w unię personalną tak, jak to miało miejsce w art. 4 pkt 3 uokik z 2000 r.

Wskazane rozwiązania ustawowe odnoszące się do unii (fuzji) personalnej były przedmiotem krytyki (Janusz, Sachajko i Skoczny, 2001, s. 193; Sołtysiński i Kanton, 2010, s. 199). W konsekwencji, w trakcie przygotowywania uokik z 2007 r. zrezygnowano z zawarcia w ustawie obowiązku zgłaszania fuzji personalnej mającej charakter parakoncentracji. Wskazuje się, że takie działanie było elementem ogólnego trendu ograniczającego katalog koncentracji podlegających zgłoszeniu do Prezesa UOKiK (Szwaj, 2010, s. 234–235).

[5] Stosownie do art. 4 pkt 13 uokik z 2000 r., ilekroć w ustawie była mowa o „przejęciu kontroli – rozumie się przez to wszelkie formy bezpośredniego lub pośredniego uzyskania uprawnień, które osobno albo łącznie, przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności prawnych lub faktycznych, umożliwiają wywieranie decydującego wpływu na określonego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców; uprawnienia takie tworzą w szczególności: a) prawo do całego albo do części mienia przedsiębiorcy, b) prawa lub umowy przyznające decydujący wpływ na skład, wynik głosowania lub decyzje organów przedsiębiorcy".

[6] Zgodnie z art. 4 pkt 14 uokik z 2000 r. definiującym grupę kapitałową — „rozumie się przez to wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę".

[7] Podsumowanie prac Grupy roboczej Stowarzyszenia Prawa Konkurencji d/s zmian w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów z dn. 15 grudnia 2000 r., z późn. zmianami oraz w niektórych aktach wykonawczych do ustawy, Warszawa, dn. 17 marca 2006 r.

[8] Ibidem.

IV. Unia i fuzja personalna w uokik z 2007 r.

1. Przejęcie kontroli i stosunek dominacji w świetle uokik z 2007 r.

Uokik z 2007 r. wprost reguluje jedynie zagadnienie fuzji personalnej, a więc władztwa personalnego w ujęciu dynamicznym. Fuzja personalna jest uregulowana w art. 4 pkt 4 lit. c) uokik z 2007 r. jako przykład wystąpienia szerszej instytucji przejęcia kontroli.

Przejęcie kontroli jest zdefiniowane w art. 4 pkt 4 uokik z 2007 r. Wskazana definicja składa się z części ogólnej oraz katalogu sytuacji, w których według ustawodawcy szczególnie może dojść do przejęcia kontroli. Najbardziej istotny element stanowi pierwsza część wskazanego przepisu, definiująca przejęcie kontroli 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". Istotą przejęcia kontroli w myśl cytowanej regulacji jest „wywieranie decydującego wpływu". W tym kontekście należy zauważyć, że nie ogranicza się jedynie do jego rzeczywistego wywierania, lecz obejmuje również uzyskanie realnej możliwości jego wywierania[9] (Kohutek i Sieradzka, 2014, s. 144; Banasiński i Piontek, 2009, s. 77).

Ważnym problemem jest zakres przedmiotowy decyzji organizacyjnych, jakich dotyczyć powinno wywieranie decydującego wpływu. W polskiej doktrynie prawa konkurencji można wyróżnić w tej materii dwie grupy stanowisk. Zgodnie z pierwszym z nich, możliwość wywierania decydującego wpływu należy rozumieć szeroko jako odnoszącą się do wszelkich istotnych aspektów funkcjonowania przedsiębiorcy, zarówno wewnętrznych, takich jak organizacja przedsiębiorcy, jak i zewnętrznych, tj. działalności przedsiębiorstwa na rynku, w tym podejmowania decyzji operacyjnych i strategicznych (Modzelewska-Wąchal, 2002, s. 41; Kohutek i Sieradzka, 2014, s. 144). Wymienia się w tym kontekście uchwały w przedmiocie prowadzenia działalności gospodarczej przedsiębiorcy oraz ustalanie polityki przedsiębiorstwa (Kohutek i Sieradzka, 2014, s. 144). Stosownie do drugiego poglądu, wywieranie decydującego wpływu powinno odnosić się do spraw najważniejszych, rozstrzygających o funkcjonowaniu i rozwoju kontrolowanego przedsiębiorcy (Stawicki i Stawicki, 2011, s. 104). Biorąc pod uwagę wskazane stanowiska, wydaje się, że wystarczająca jest możliwość podejmowania najważniejszych decyzji o charakterze strategicznym. Decyzje dotyczące bieżącej działalności, dokonywane na poziomie operacyjnym są istotne z perspektywy krótkoterminowej. W perspektywie długoterminowej możliwość podejmowania decyzji strategicznych warunkuje również kształt późniejszych decyzji operacyjnych. W tym kontekście, kluczowy jest decydujący głos w podejmowaniu właśnie decyzji strategicznych.

Należy jednak zwrócić uwagę, że mechanizm kontroli koncentracji jest elementem szerszego systemu prawa ochrony konkurencji. W związku z tym, pojęcie wywierania decydującego wpływu powinno być rozpatrywane w kontekście całości tego systemu, a zatem powinno odnosić się do decyzji, które mogłyby stanowić praktyki ograniczające konkurencję. Jeśli podmiot A jest w stanie spowodować, że podmiot B dopuści się zachowania będącego praktyką ograniczającą konkurencję, to można uznać, że wywiera na ten podmiot decydujący wpływ w rozumieniu prawa antymonopolowego.

[9] Wyr. Sądu Pierwszej Instancji UE z dnia 23 lutego 2006 r. w sprawie *Cementbouw* przeciwko *Komisji*, sygn. T-282/02, pkt 58.

Zgodnie z brzmieniem ustawy, decydujący wpływ może być wywierany poprzez wszelkie formy bezpośredniego lub pośredniego uzyskania przez przedsiębiorcę uprawnień. Stosownie do art. 4 ust. 4 lit. c uokik z 2007 r. uprawnienia takie występuje w szczególności, gdy członkowie zarządu lub rady nadzorczej przedsiębiorcy stanowią więcej niż połowę członków zarządu innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego).

Biorąc pod uwagę brzmienie art. 4 pkt 4 lit. a)-f) uokik z 2007 r., należy zauważyć, że *de facto* nie wszystkie formy wywierania decydującego wpływu mają charakter „uprawnień". Zgodnie ze słownikową definicją przez uprawnienie należy rozumieć „prawo do czegoś przysługujące lub nadane komuś"[10]. Pojęcie „uprawnienia" jest czasem zastępowane pojęciem „prawa podmiotowego" (Stawecki i Winczorek, 2003, s. 78). Zgodnie z definicją zaproponowaną przez A. Woltera prawem podmiotowym jest wynikająca ze stosunku prawnego sfera możności postępowania w określony sposób, przyznana przez normę prawną w celu ochrony interesów podmiotu uprawnionego i przez normę prawną zabezpieczona (Wolter, Ignatowicz i Stefaniuk, 2001, s. 128). W tym kontekście, forma określona w art. 4 pkt 4 lit. c) uokik 2007 r., odnosząca się do fuzji personalnej, nie ma charakteru uprawnienia w sensie technicznoprawnym, a jest to jedynie pewien stan faktyczny[11].

Jednakże, ustawodawca we wstępie do katalogu z art. 4 pkt 4 lit. a)-f) uokik z 2007 r., słusznie posługuje się terminem „uprawnienia" w kontekście przejęcia (istnienia) kontroli. Zgodnie z przytoczonymi definicjami uprawnienie jest środkiem ochrony pewnej sfery możności postępowania przysługującej konkretnemu podmiotowi. Podmiot uprawniony może w granicach prawa korzystać dowolnie z przysługującego mu uprawnienia i poprzez to korzystanie wywierać decydujący wpływ na przedsiębiorcę zależnego. Z kolei unia personalna opisana w art. 4 pkt 4 lit. c) uokik z 2007 r. nie ma takiego charakteru, ponieważ ani relacja wynikająca z określonej unii personalnej, ani tym bardziej członek zarządu „nie przysługuje" potencjalnemu przedsiębiorcy dominującemu. Unia personalna sama w sobie nie jest narzędziem służącym do wywierania decydującego wpływu, lecz może mu jedynie towarzyszyć.

Ponadto, uprawnienie zabezpiecza sferę możności postępowania określonego podmiotu. Jednocześnie, obecne sformułowanie przesłanek unii personalnej powoduje możliwość krzyżowego wystąpienia stosunku dominacji i zależności w przypadku, gdy ponad połowa członków zarządu jednego przedsiębiorcy stanowi jednocześnie ponad połowę składu zarządu drugiego przedsiębiorcy. W takiej sytuacji może wystąpić trudność w określeniu, która spółka wywiera decydujący wpływ na działalność drugiej spółki. W doktrynie wyrażono pogląd, iż w takich przypadkach może zajść tzw. podwójna dominacja, co oznacza, że obydwie spółki są wobec siebie wzajemnie dominujące i zależne. Pogląd o występowaniu podwójnej dominacji na gruncie uokik z 2000 r. wyrażała E. Modzelewska-Wąchal (2002, s. 41). Na gruncie uokik z 2007 r. podobny pogląd wyraził E. Stawicki (Stawicki i Stawicki, 2011, s. 113). Zdaniem tego autora przy ocenie, który z przedsiębiorców jest dominujący zasadne byłoby posługiwanie się kryteriami określonymi w art. 4 § 3–5 ustawy z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych (Dz.U. 2000 Nr 94, poz. 1037; dalej: ksh). Stanowisko o występowaniu podwójnej dominacji przyjmuje również M. Będkowski-Kozioł (Skoczny i in., 2014, s. 121).

[10] *Słownik Języka Polskiego PWN*. Pozyskano z: http://sjp.pwn.pl/szukaj/uprawnienie.html (21.11.2016).

[11] Na marginesie należy zauważyć, że wskazany przepis zawiera błąd językowy („uprawnienie tworzą (…) członkowie zarządu"), na co w doktrynie zwrócił uwagę K. Kohutek (Kohutek i Sieradzka, 2014, s. 153).

Wydaje się, że pojęcie „podwójnej dominacji" jest sprzeczne z istotą terminu dominacja. Według Słownika Języka Polskiego dominacja oznacza „przewagę nad osobą, grupą ludzi lub państwem, umożliwiająca decydowanie o nich według swej woli" lub też „przewagę ilościową, jakościową lub znaczeniową jednej rzeczy nad inną"[12]. Z istoty przewagi wynika stwierdzenie, że dwie strony nie mogą mieć wobec siebie wzajemnie przewagi w tej samej sferze. Wprawdzie istnieje możliwość wystąpienia przewagi krzyżowej, ale występuje ona tylko sytuacji, gdy każda ze stron ma przewagę na innym polu. Brzmienie przepisów pozwalające na wystąpienie dominacji krzyżowej jest wadliwością ustawy. W związku z powyższym, *de lege ferenda*, należy postulować wykreślenie art. 4 pkt 4 lit. c) uokik z 2007 r. stanowiącego, iż unia personalna prowadzi do wywierania decydującego wpływu.

Z kolei *de lege lata*, co do zasady należy dążyć do określenia jednego z przedsiębiorców jako dominującego. W praktyce mogą się jednak zdarzyć wypadki, w których obydwa podmioty połączone unią personalną „wywierają" taki sam wpływ na siebie nawzajem. W takiej sytuacji, wydaje się, że przedsiębiorcy nie są wobec siebie dominującymi lub zależnymi, lecz występuje między nimi specyficzna relacja współzależności[13].

Kluczową kwestią dla oceny ewentualnego wystąpienia „przejęcia kontroli" jest ustalenie charakteru katalogu wyrażonego w art. 4 pkt 4 lit. a)–f) uokik z 2007 r. Należy zgodzić się z poglądem K. Kohutka, że wyliczenie to ma wyłącznie charakter przykładowy oraz pomocniczy w zakresie ustalania czy w danym przypadku doszło do uzyskania możliwości wywierania decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę (Kohutek i Sieradzka, 2014, s. 143). Zdaniem A. Piszcz katalog z art. 4 pkt 4 uokik z 2007 r. stanowi w praktyce swego rodzaju check-listę z pytaniami skierowanymi do przedsiębiorcy – w przypadku pozytywnej odpowiedzi na którekolwiek z sześciu pytań sformułowanych na podstawie wskazanego katalogu, należy przejść do oceny czy występujące uprawnienie jest wystarczające do wywierania decydującego wpływu (Piszcz, 2013, s. 50). Następnie należy ustalić czy nie istnieją inne uprawnienia umożliwiające wywieranie decydującego wpływu (Piszcz, 2013, s. 50).

Poprzedzenie wyliczenia z art. 4 pkt 4 lit. a)–f) uokik z 2007 r. zwrotem „w szczególności" oznacza zatem, że ustawodawca zakłada istnienie innych, nienazwanych przypadków wywierania decydującego wpływu na przedsiębiorcę. Przykładowo można wskazać silną ekonomiczną zależność wynikającą z umowy kluczowej do prowadzenia działalności danego przedsiębiorcy. Jednakże użycie zwrotu „w szczególności" rodzić może pewne wątpliwości. Zgodnie z § 153 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej" (Dz.U. z dnia 5 lipca 2002 r.), jeżeli nie jest możliwe sformułowanie definicji zakresowej (wyliczającej elementy składowe zakresu) w jednym przepisie prawnym i objęcie nią całego zakresu definiowanego pojęcia można objaśnić znaczenie danego określenia przez przykładowe wyliczenie jego zakresu, wyraźnie wskazując przykładowy charakter wyliczenia przez posłużenie się zwrotami: „w szczególności" albo „zwłaszcza". Tak rozumiany zwrot „w szczególności" mógłby sugerować, że spełnienie jakiejkolwiek przesłanki z art. 4 pkt 4 lit. a)–f) uokik z 2007 r. warunkuje bezwzględnie zaistnienie przejęcia kontroli. Jednocześnie, nie zawsze wystąpienie jednej z sytuacji, o których mowa w art. 4 pkt 4 lit. a)–f) uokik z 2007 r. powoduje, że zachodzi możliwość

[12] *Słownik Języka Polskiego PWN*. Pozyskano z: http://sjp.pwn.pl/szukaj/dominacja.html (21.11.2016).

[13] Zaistnienie tego typu relacji nie wyklucza uznania współzależnych podmiotów za jeden organizm gospodarczy. Szerzej na temat jednego organizmu gospodarczego zob. Semeniuk, 2015.

wywierania decydującego wpływu prowadzącego do przejęcia kontroli. Pojęcie wywierania decydującego wpływu jako element definicji przejęcia kontroli musi być interpretowane nierozłącznie z pojęciem uprawnień. W związku z tym, do uznania przejęcia kontroli istotna jest całościowa ocena sytuacji danego przedsiębiorcy, a nie mechaniczne ustalenie zaistnienia przejęcia kontroli w przypadku wystąpienia któregokolwiek z uprawnień wskazanych w art. 4 pkt 4 lit. a)–f) uokik z 2007 r. Przesłanka wywierania decydującego wpływu odgrywa w tym wypadku rolę korygującą wobec katalogu uprawnień zawartego w omawianym przepisie (Piszcz, 2013, s. 50).

Ustawa wskazuje również, że uprawnienia mogą osobno albo łącznie pozwalać na wywieranie decydującego wpływu. W praktyce bardzo często dochodzi do kumulacji tych uprawnień. Jednakże, przy zaistnieniu innych okoliczności zapewniających możliwość wywierania decydującego wpływu wystarczające może być uzyskanie jednego uprawnienia wyliczonego w katalogu z art. 4 pkt 4 lit. a)–f) uokik z 2007 r., a nawet brak żadnego ze wskazanym tam uprawnień. Zwrot „w szczególności" wskazuje, że uprawnienia niewskazane w katalogu z art. 4 pkt 4 lit. a)–f) uokik z 2007 r. również mogą wpływać na ocenę przejęcia kontroli nad przedsiębiorcą.

Przepis art. 4 pkt 4 lit. a)–f) uokik z 2007 r. nie dokonuje hierarchizacji uprawnień wskazujących na przejęcie kontroli. Niektóre przypadki cechują się większym prawdopodobieństwem umożliwienia wywierania decydującego wpływu niż inne. W kontekście prowadzonych rozważań, szczególnie interesujący przypadek może wystąpić, gdy następuje kolizja pomiędzy powiązaniami kapitałowymi oraz wynikającymi z nich uprawnieniami do głosowania a powiązaniami personalnymi.

Niektórzy komentatorzy wskazują, że dominacja w formie unii personalnej może zaistnieć bez posiadania większości kapitałowej w przedsiębiorcy zależnym (Skoczny i in. 2014, s. 121) lub nawet bez posiadania jakiegokolwiek udziału kapitałowego (Kohutek i Sieradzka, 2014, s. 152). Należy przychylić się do drugiego z tych poglądów. Nie można wykluczyć sytuacji, w której np. silna zależność ekonomiczna decydowałaby faktycznie o posiadaniu decydującego wpływu na działalność przedsiębiorcy zależnego przy jednoczesnym występowaniu unii personalnej. Jednakże same powiązania personalne mogą być jedynie skutkiem lub zewnętrzną oznaką przejęcia kontroli. W tym kontekście K. Kohutek słusznie zwraca uwagę, że unia personalna jest „rozpoznawalnym" na zewnątrz powiązaniem pomiędzy przedsiębiorcami (Kohutek i Sieradzka, 2014, s. 144). Nie oznacza to jednak, jak wydaje się sugerować autor, że unia personalna automatycznie umożliwia choćby potencjalne wywieranie decydującego wpływu (Kohutek i Sieradzka, 2014, s. 144).

Jednocześnie, sytuacja, w której przedsiębiorca dominujący pozbawiony jest udziału kapitałowego w przedsiębiorcy zależnym jest w praktyce raczej przypadkiem wyjątkowym. Jako zasadę należy bowiem przyjąć prymat powiązań kapitałowych i wynikających z nich uprawnień do głosowania. Ekonomicznymi właścicielami spółki są ich udziałowcy i co do zasady to oni wpływają na kluczowe decyzje dotyczące działalności przedsiębiorcy (Sołtysiński i in., 2015, s. 499).

Przy ocenie kolidujących ze sobą „uprawnień" można pomocniczo korzystać z reguł wykładni ustalonych w art. 4 § 3–5 ksh. Ogólny przepis z art. 4 § 1 pkt 4 ksh, definiujący pojęcie spółki dominującej, zawiera katalog podobny do katalogu z art. 4 pkt 4 uokik z 2007 r., z tą zasadniczą różnicą, że pojęcie „decydującego wpływu" nie pełni funkcji korygującej wobec uprawnień zawartych w katalogu, lecz jest samodzielnym elementem tego katalogu. Jest to regulacja podobna do tej z uokik z 2000 r. Jak zauważono, art. 4 § 3–5 ksh wskazują pewne reguły interpretacyjne odnoszące się do kolizji uprawnień z ogólnego katalogu z art. 4 § 1 pkt 4 ksh. Stosownie do

art. 4 § 3 ksh pierwszeństwo należy przyznać większemu procentowi głosów na zgromadzeniu wspólników lub na walnym zgromadzeniu. W przypadku równej liczby głosów, za spółkę dominującą uważa się spółkę, która wywiera wpływ na spółkę zależną również poprzez inne powiązanie z katalogu z art. 4 § 1 pkt 4 ksh. W dalszej kolejności, stosownie do art. 4 § 4 ksh należy uznać, że o dominacji decyduje większa liczba powiązań ze wskazanego katalogu. Jeśli na podstawie powyższych reguł wciąż nie można ustalić, która ze spółek jest spółką dominującą, obie spółki są wzajemnie dominującymi i zależnymi.

Co do zasady, przepisy prawa spółek przyjmują prymat powiązań kapitałowych, co dobitnie pokazuje wskazany art. 4 § 3 ksh. Jak zostało podniesione powyżej, wydaje się, że podobna reguła może funkcjonować przy wykładni art. 4 pkt 4 uokik z 2007 r. Podobnie art. 4 § 5 ksh, wskazujący, że w wyjątkowych sytuacjach należy uznać pewną fikcję wzajemnej dominacji, może znaleźć zastosowanie w prawie ochrony konkurencji. Jednakże, w przypadku uokik z 2007 r. niezasadne wydaje się stosowanie reguły wyrażonej w art. 4 § 4 ksh. Nie zawsze większa ilość powiązań powinna decydować o możliwości wywierania decydującego wpływu. W okolicznościach konkretnej sprawy, uprawnienie do powoływania lub odwoływania większości członków zarządu lub rady nadzorczej innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego) może mieć większą wagę aniżeli unia personalna połączona np. z umową o przekazywanie części zysku.

W kontekście uprawnień wymienionych w katalogu z art. 4 pkt 4 uokik z 2007 r., E. Stawicki wyraził pogląd, zgodnie z którym uprawnienie z art. 4 pkt 4 lit. c) uokik z 2007 r. dubluje uprawnienie wskazane w art. 4 pkt 4 lit. b) uokik z 2007 r. (Stawicki i Stawicki, 2011, s. 112). W tym miejscu należy zauważyć, że wskazane przepisy mają nieco odmienny zakres zastosowania. Art. 4 pkt 4 lit. b) uokik z 2007 r. dotyczy uprawnienia do powoływania określonych osób jako członków organu przedsiębiorcy, podczas gdy art. 4 pkt 4 lit. c) uokik z 2007 r. dotyczy sytuacji faktycznej mogącej być efektem skorzystania z uprawnienia, o którym mowa w art. 4 pkt 4 lit. b) uokik z 2007 r., albo wynikającą z innych okoliczności pozostających poza zakresem art. 4 pkt 4 lit. b) uokik z 2007 r. Jednakże, powyższy pogląd jest słuszny o tyle, o ile zgłoszenie zamiaru koncentracji, polegającego na przejęciu kontroli w sposób opisany w art. 4 pkt 4 lit. c) uokik z 2007 r., jest w zasadzie możliwe jedynie w przypadku wcześniejszego wystąpienia sytuacji opisanej w art. 4 pkt 4 lit. b) uokik z 2007 r.

W doktrynie prezentowany jest także pogląd, zgodnie z którym do zaistnienia unii personalnej konieczne jest wystąpienie stosunku konkurencyjnego pomiędzy przedsiębiorcami (Karasiewicz, Stankiewicz i Wierzbowski, 2014, s. 1060). Powyższy pogląd był słuszny w świetle uokik z 2000 r., jednak w świetle uokik z 2007 r. utracił aktualność, ponieważ ani art. 13 ust. 2 pkt 2, ani art. 4 pkt 4 lit. c) uokik z 2007 r. nie zawierają jakiegokolwiek odniesienia do stosunku konkurencyjnego pomiędzy uczestnikami koncentracji polegającej na przejęciu kontroli nad przedsiębiorcą.

2. Konfiguracja podmiotowa w unii personalnej według uokik z 2007 r.

Unia personalna występuje w sytuacji, gdy określone osoby fizyczne są członkami organów różnych podmiotów. Jednakże, art. 4 pkt 4 lit. c) uokik z 2007 r. dotyczy jedynie unii personalnej z określoną konfiguracją podmiotową, a współwystępujący członek organu (*interlocking director*) musi pełnić określoną funkcję w świetle art. 4 pkt 4 lit.c) uokik z 2007 r. Brzmienie przepisu art. 4 pkt 4 lit. c) uokik z 2007 r. wskazuje na to, że przy ocenie przejęcia kontroli należy brać pod uwagę

członków zarządu lub rady nadzorczej potencjalnej spółki dominującej oraz członków zarządu potencjalnej spółki zależnej.

W odniesieniu do spółki dominującej istotne jest „pochodzenie" osób, które poprzez pełnienie określonych funkcji w spółce zależnej są „środkiem" kontroli nad tą spółką. W odróżnieniu od poprzednio obowiązującej uokik z 2000 r., prawodawca przyjął, że nie ma znaczenia czy osoby pełniące funkcje w organach spółek zależnych stanowią większość w spółkach dominujących. Kluczowe jest uznanie, że stanowią oni większość w spółce zależnej. W praktyce unia personalna może wystąpić w dwóch typach konfiguracji podmiotowych. Po pierwsze, współwystępujący członek organu może być członkiem zarządu spółki dominującej i zależnej. Po drugie, członek rady nadzorczej spółki dominującej może być członkiem zarządu spółki zależnej. W każdym z tych wypadków, współwystępujący członkowie organów muszą jednak stanowić większość w organach spółki zależnej.

Art. 4 pkt 4 lit. c) uokik z 2007 r. przewiduje, że współwystępujący członkowie organów przedsiębiorcy powinni pełnić w spółce dominującej funkcję członka zarządu lub rady nadzorczej. Taka regulacja w zamyśle ustawodawcy ma zapewnić powiązania pomiędzy tą osobą a przedsiębiorcą w takim stopniu, aby mógł posłużyć spółce jako „środek" do przejęcia kontroli. W spółkach kapitałowych zarząd prowadzi sprawy spółki i reprezentuje spółkę[14]. W przypadku spółek osobowych, co do zasady nie powołuje się zarządu, a sprawy spółki prowadzą wspólnicy[15], jedynie zaś w spółce partnerskiej przepisy kodeksu spółek handlowych przewidują możliwość powołania zarządu[16]. Również przepisy ustawy z dnia 16 września 1982 r. – Prawo spółdzielcze (Dz.U. 2016, poz. 21; dalej: prawo spółdzielcze) przewidują, że zarząd kieruje działalnością spółdzielni oraz reprezentuje ją na zewnątrz[17]. Rada nadzorcza jest z kolei organem sprawującym stały nadzór nad działalnością przedsiębiorcy[18]. W prawie polskim organ ten występuje w spółkach kapitałowych, spółce komandytowo-akcyjnej czy spółdzielni.

W świetle art. 4 pkt 4 lit. c) uokik z 2007 r., unia personalna zachodzi jedynie, gdy współwystępujący członkowie organów stanowią większość w zarządzie przedsiębiorcy zależnego. Jak wskazano powyżej, to zarząd jest organem wykonawczym przedsiębiorcy, którego głównym zadaniem jest reprezentacja i prowadzenie spraw. Organ ten najczęściej podejmuje kluczowe decyzje dotyczące działalności przedsiębiorcy. W konsekwencji poprzez działania współwystępującego członka organu w ramach zarządu przedsiębiorcy zależnego, hipotetycznie przedsiębiorca dominujący mógłby wywierać decydujący wpływ, o którym mowa w art. 4 pkt 4 uokik z 2007 r.

Jednocześnie, należy wskazać, że przepisy innych gałęzi prawa mają wpływ na ograniczony zakres występowania unii personalnych. W tym kontekście istnieją dwie główne grupy ograniczeń – ogólne zakazy podejmowania działalności konkurencyjnej oraz szczególne zakazy obejmowania funkcji w strukturze przedsiębiorcy zależnego.

Po pierwsze, przepisy regulujące wewnętrzną strukturę przedsiębiorcy, takie jak kodeks spółek handlowych czy prawo spółdzielcze, przewidują ogólne ograniczenia dotyczące podejmowania

[14] W przypadku spółki z ograniczoną odpowiedzialnością reguluje to art. 201 § 1 ksh, w przypadku zaś spółki akcyjnej art. 386 § 1 ksh.

[15] W przypadku spółki jawnej reguluje to art. 39 § 1 ksh.

[16] Zob. art. 97 § 1 ksh.

[17] Art. 48 § 1 prawa spółdzielczego.

[18] W przypadku spółki z ograniczoną odpowiedzialnością reguluje to art. 219 § 1 ksh, spółki akcyjnej – art. 382 § 1 ksh, spółki komandytowo-akcyjnej – art. 143 § 1 ksh, spółdzielni – art. 44 prawa spółdzielczego.

działalności konkurencyjnej przez członków organów spółek. Stosownie do art. 211 § 1 ksh (w odniesieniu do spółki z o.o.) oraz art. 380 § 1 ksh (w odniesieniu do spółki akcyjnej) członek zarządu nie może bez zgody spółki zajmować się interesami konkurencyjnymi ani też uczestniczyć w spółce konkurencyjnej między innymi jako członek organu spółki kapitałowej bądź uczestniczyć w innej konkurencyjnej osobie prawnej jako członek organu. Zgodnie z § 2 wskazanego przepisu, jeżeli umowa spółki nie stanowi inaczej, zgody udziela organ uprawniony do powołania zarządu. Podobnie, art. 56 § 3 prawa spółdzielczego przewiduje, że członkowie rady nadzorczej i zarządu spółdzielni nie mogą zajmować się interesami konkurencyjnymi wobec spółdzielni, a w szczególności uczestniczyć jako członkowie władz przedsiębiorców prowadzących działalność konkurencyjną wobec spółdzielni. Naruszenie zakazu konkurencji stanowi podstawę odwołania członka rady lub zarządu. Ponadto, istnieje możliwość wystąpienia kontraktowych obostrzeń ograniczających występowanie unii personalnych. Przykładowo, przedsiębiorca działający jako pracodawca wobec członka organu może na podstawie art. 101^1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks Pracy (Dz.U. 2014, poz. 1502) zawrzeć umowę o zakazie konkurencji w trakcie trwania stosunku pracy.

Po drugie, istnieją szczególne zakazy podejmowania działalności w strukturze przedsiębiorcy zależnego. Przepisy art. 214 § 3 ksh oraz art. 387 § 3 ksh wprowadzają generalny zakaz łączenia funkcji członka rady nadzorczej w spółce dominującej z członkostwem w zarządzie spółki lub spółdzielni zależnej (Skoczny i in., 2014, s. 121 oraz powołana tam literatura). Celem tej regulacji jest zapewnienie, aby osoba faktycznie zależna od zarządu spółki dominującej nie wchodziła w skład rady nadzorczej spółki dominującej, gdyż wówczas osoba nadzorowana byłaby jednocześnie osobą nadzorującą (Szwaja, Szumański, Szajkowski, Sołtysiński, Tarska i Herbet, 2014).

Powyższe zakazy znacząco ograniczają możliwość wystąpienia unii personalnej, jednak jej nie wykluczają. Po pierwsze, powyższe zakazy mogą nie znaleźć zastosowania w konkretnej sprawie, np. poprzez wyrażenie zgody na działalność konkurencyjną członka zarządu w trybie art. 211 § 2 ksh lub art. 380 § 2 ksh. Po drugie, zakres zastosowania art. 4 pkt 4 lit. c) uokik z 2007 r. obejmuje również przedsiębiorców podlegających prawu spółek innego państwa, którego przepisy mogą nie zawierać analogicznych zakazów.

3. Moment zgłoszenia zamiaru dokonania fuzji personalnej

Fuzja personalna to przejęcie kontroli w rozumieniu art. 13 ust. 2 pkt 2 uokik z 2007 r. Prezes UOKiK w swoich wytycznych wskazuje, że fuzja personalna (rozumiana jako szereg powiązań personalnych) podlega zgłoszeniu w procedurze kontroli koncentracji jedynie w przypadku, gdy zachodzi przejęcie kontroli, a więc zachodzi rzeczywista fuzja personalna (rozumiana jako uzyskanie decydującego wpływu na przedsiębiorcę za pośrednictwem powiązań personalnych)[19].

W odniesieniu do fuzji personalnej istotnym problemem praktycznym może być kwestia ustalenia odpowiedniego momentu na dokonanie zgłoszenia zamiaru koncentracji. W przypadku tego typu sytuacji faktycznej nie zawsze można jednoznacznie wskazać moment powstania zamiaru. Czasami wypełnienie przesłanki z art. 4 pkt 4 lit. c) uokik z 2007 r. nie musi wcale wynikać z zamiaru koncentracji przez przedsiębiorców, lecz może być po prostu zbiegiem okoliczności. W takiej sytuacji, ciężko jednak mówić o wywieraniu decydującego wpływu na przedsiębiorcę.

[19] Wyjaśnienia w sprawie kryteriów i procedury zgłaszania zamiaru koncentracji Prezesowi UOKiK, 2015.

Jeśli jednak unia personalna rzeczywiście jest powiązana z przyczyną powstania możliwości wywierania decydującego wpływu, koniecznym jest zgłoszenie zamiaru dokonania koncentracji polegającej na dokonaniu fuzji personalnej. Zgłoszeniu podlega zamiar dokonania koncentracji, zatem moment dokonania zgłoszenia powinien nastąpić przed ostatecznym dokonaniem operacji. Powołanie członków zarządu spółki kapitałowej następuje z chwilą nominacji, a nie z chwilą wpisu danej osoby do rejestru, gdyż wpis ten nie ma charakteru konstytutywnego, ale jedynie deklaratoryjny (Sołtysiński i in., 2015, s. 520). W konsekwencji, w przypadku powoływania członka zarządu uchwałą zgromadzenia wspólników lub walnego zgromadzenia akcjonariuszy zgłoszenia należy dokonać przed podjęciem uchwały[20].

Taka konstrukcja pokazuje jednak ułomność przepisu z art. 4 pkt 4 lit. c) uokik z 2007 r. Zamiar dokonania koncentracji zgłaszany do Prezesa UOKiK musi być dostatecznie skonkretyzowany[21] (Karasiewicz, Stankiewicz i Wierzbowski, 2014, s. 1077; Skoczny i in., 2014, s. 590). Zakres dowodów wskazywanych przez Prezesa UOKiK w Wyjaśnieniach w sprawie kryteriów i procedury zgłaszania zamiaru koncentracji Prezesowi UOKiK prowadzi do wniosku, że zgłoszenie zasadniczo powinno być oparte na wiążących dokumentach, np. umowach warunkowych. Jednocześnie, zdaniem Prezesa UOKiK nie są wystarczające przykładowo oświadczenia organów zarządzających przedsiębiorcy.

W konsekwencji, zgłoszenie zamiaru koncentracji polegającej na unii personalnej w kształcie określonym w art. 4 pkt 4 lit. c) uokik z 2007 r. jest możliwe głównie w sytuacji gdy (przyszły) przedsiębiorca dominujący dysponuje uprzednio (tj. przed dokonaniem fuzji personalnej) uprawnieniami do powoływania większości członków zarządu (przyszłego) przedsiębiorcy zależnego[22]. W takiej sytuacji (przyszły) przedsiębiorca dominujący ma pełną kontrolę nad procesem fuzji personalnej i może wykazać swój zamiar, przy czym do konkretyzacji tego zamiaru mogłoby dojść w przypadku przyjęcia oświadczenia lub podjęcia uchwały o powołaniu członka organu pod warunkiem wydania przez Prezesa UOKiK zgody na koncentrację. Jednocześnie wcześniejsze[23] posiadanie uprawnienia do powoływania większości członków zarządu spółki zależnej wypełnia normę z art. 4 pkt 4 lit. b) uokik z 2007 r. W takim wypadku zbędne jest jednakże późniejsze powoływanie się na art. 4 pkt 4 lit. c) uokik z 2007 r.

V. Praktyka decyzyjna Prezesa UOKiK w zakresie unii (fuzji) personalnych

Praktyka decyzyjna Prezesa UOKiK odnosząca się do unii (fuzji) personalnych w kontekście przejęcia kontroli nie jest szczególnie bogata. Poniżej zaprezentowane zostaną wybrane trzy decyzje, w których Prezes UOKiK podejmował bezpośrednio wskazaną problematykę.

[20] Zob. Decyzja Prezesa UOKiK z 22 października 2013 r. nr DKK-132/2013.

[21] Wyjaśnienia w sprawie kryteriów i procedury zgłaszania zamiaru koncentracji Prezesowi UOKiK, 2015, s. 46.

[22] Wydaje się, że w drodze wyjątku możliwe byłoby wykazanie zamiaru powołania większości organu podmiotu zależnego na potrzeby postępowania zgłoszeniowego również wtedy, gdy faktyczna możliwość powołania takiej większości przez podmiot dominujący jest niepewna. Przykładem takiej sytuacji jest zamiar powołania większości organu przez akcjonariusza mniejszościowego w przypadku wystąpienia akcjonariatu rozproszonego.

[23] To znaczy mające miejsce przed powołaniem określonej osoby na stanowisko.

1. Decyzje Prezesa UOKiK z dnia 18 listopada 2008 r., sygn. DKK–89/08 oraz DKK88/08 (sprawa *Sadrob* i *Exdrob*)

Decyzje Prezesa UOKiK z dnia 18 listopada 2008 r., sygn. DKK–89/08 oraz DKK–88/08 wydane zostały w okresie obowiązywania uokik z 2007 r., ale wiele kluczowych elementów stanu faktycznego sprawy miało miejsce podczas obowiązywania uokik z 2000 r.

W dniu 7 lutego 2008 r. do Prezesa UOKiK wpłynęło zgłoszenie zamiaru koncentracji polegające na połączeniu Płockich Zakładów Drobiarskich „Sadrob" S.A. (dalej: Sadrob) z Kutnowskimi Zakładami Drobiarskimi „Exdrob" S.A. (dalej: Exdrob). Z informacji przedstawionych w zgłoszeniu wynikało jednak, iż w chwili zgłoszenia planowanego połączenia pomiędzy obydwiema spółkami zachodziła unia personalna, ponieważ dwaj członkowie trzyosobowego zarządu Exdrob zajmowali jednocześnie stanowiska w trzyosobowym zarządzie Sadrob. Prezes UOKiK ustalił, że w dniu 1 września 2005 r. obydwie spółki miały jednego współwystępującego członka trzyosobowego zarządu każdej ze spółek. Następnie z dniem 5 września 2005 r., w wykonaniu uchwały rady nadzorczej Exdrob, osoba pełniąca funkcję prezesa zarządu spółki Sadrob objęła funkcję w trzyosobowym zarządzie spółki Exdrob.

W związku z tym, Prezes UOKiK zwrócił zgłoszenie zamiaru koncentracji polegającej na połączeniu Sadrob i Exdrob, a następnie wszczął postępowanie wyjaśniające w sprawie wstępnego ustalenia istnienia obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji polegającej na przejęciu przez Exdrob kontroli nad Sadrob bądź koncentracji polegającej na przejęciu przez Sadrob kontroli nad Exdrob. W dalszej kolejności Prezes UOKiK wszczął odrębne postępowania w sprawie nałożenia na Sadrob kary pieniężnej z tytułu dokonania koncentracji polegającej na przejęciu kontroli nad Exdrob bez uprzedniej zgody organu antymonopolowego oraz w sprawie nałożenia na Exdrob kary pieniężnej z tytułu dokonania koncentracji polegającej na przejęciu kontroli nad Sadrob bez uprzedniej zgody organu antymonopolowego. W konsekwencji wydał dwie decyzje o sygnaturach DKK–89/08 oraz DKK–88/08.

W decyzji DKK–88/08 skierowanej do Sadrob, Prezes UOKiK uznał, że przedsiębiorca naruszył art. 12 ust. 2 pkt 2 uokik z 2000 r. poprzez dokonanie koncentracji polegającej na przejęciu kontroli nad Exdrob bez zgody organu antymonopolowego. W konsekwencji, Prezes UOKiK nałożył na Sadrob karę pieniężną w wysokości 40 tys. zł. Z kolei w decyzji DKK–89/08 skierowanej do Exdrob, Prezes UOKiK umorzył postępowanie jako bezprzedmiotowe.

W obydwu decyzjach Prezes UOKiK odrębnie traktował unię personalną, polegającą na przejęciu kontroli, objętą obowiązkiem kontroli koncentracji na podstawie art. 12 ust. 2 pkt 2 uokik z 2000 r., oraz unię personalną, będącą parakoncentracją, objętą obowiązkiem kontroli koncentracji na postawie art. 12 ust. 3 pkt 2 uokik z 2000 r.

Według organu antymonopolowego, przy ocenie obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji polegającej na przejęciu przez Exdrob kontroli nad Sadrob istotny był fakt, iż objęcie przez drugiego z członków zarządu Sadrob funkcji członka zarządu Exdrob spowodowało, iż członkowie zarządu Sadrob zaczęli stanowić większość w zarządzie Exdrob, a członkowie zarządu Exdrob zaczęli stanowić większość w zarządzie Sadrob. W efekcie zdaniem Prezesa UOKiK doszło do sytuacji, którą można określić mianem wzajemnego przejęcia kontroli nad sobą przez obie wyżej wymienione spółki. Podkreślić również należy, iż do przejęcia przez Sadrob kontroli nad

Exdrob, jak i przez – Exdrob kontroli nad Sadrob doszło w wyniku objęcia funkcji, a zatem jednej czynności. Dlatego, pomimo wzajemnego przejęcia kontroli przez obie z wyżej wymienionych spółek, w ocenie organu zamiar przejęcia kontroli można było przypisać w takiej sytuacji wyłącznie Sadrob. Świadczyć miał o tym fakt, iż to w zarządzie tej spółki większość członków zarządu pierwotnie stanowiły osoby, które następnie w wyniku wyżej wymienionego objęcia funkcji przez drugiego członka zarządu Sadrob zaczęły stanowić również większość członków w zarządzie Exdrob. W ocenie Prezesa Urzędu przejęcie przez Exdrob kontroli nad Sadrob było zatem jedynie konsekwencją przejęcia przez Sadrob kontroli nad Exdrob. W takich okolicznościach Exdrob nie miał zamiaru przejęcia kontroli nad Sadrob.

Prezes UOKiK wskazał jednocześnie, iż objęcie przez drugiego członka zarządu Sadrob funkcji członka zarządu Exdrob nosiło także znamiona koncentracji, o której mowa w art. 12 ust. 3 pkt 2 uokik z 2000 r., tj. objęcia przez tę samą osobę funkcji członka organu zarządzającego albo organu kontrolnego u konkurujących ze sobą przedsiębiorców. Sadrob i Exdrob byli wobec siebie konkurentami zajmującymi się produkcją mięsa drobiowego i jego przetworów. Jednakże, zdaniem Prezesa UOKiK, ocena zamiaru przedmiotowej koncentracji jako fuzji personalnej, będącej parakoncentracją, nie byłaby celowa. Po pierwsze, nie oddałaby pełnych skutków rynkowych tej koncentracji. Prezes UOKiK zauważył, że fuzje personalne nie zawsze muszą prowadzić do przejęcia kontroli. Jednocześnie, Prezes UOKiK uznał, że jeśli fuzja personalna spełnia również przesłanki koncentracji polegającej na przejęciu kontroli, powinna być zgłoszona i oceniana jako koncentracja polegająca na przejęciu kontroli.

Po drugie, obowiązująca w momencie orzekania uokik z 2007 r. nie zawiera analogicznego uregulowania do przepisu z art. 12 ust. 3 pkt 2 uokik z 2000 r. Tym samym, uokik z 2007 r. nie nakłada już na przedsiębiorców obowiązku notyfikacji organowi antymonopolowemu fuzji personalnych będących parakoncentracjami. Zmiana stanu prawnego, wywołana wejściem w życie nowego aktu prawnego spowodowała w ocenie Prezesa UOKiK depenalizację obowiązku zgłoszenia opisanego zamiaru koncentracji, polegającej na dokonaniu fuzji personalnej, organowi antymonopolowemu, wobec czego nie mamy do czynienia z istnieniem ciągłości stanu bezprawności. W konsekwencji, po uchyleniu uokik z 2000 r. nie ma podstaw do nakładania kary pieniężnej za brak zgłoszenia fuzji personalnej będącej parakoncentracją.

W związku z powyższym, Exdrob, nie mając zamiaru dokonania koncentracji polegającej na przejęciu kontroli, naruszył jedynie uchylony w momencie orzekania obowiązek zgłoszenia zamiaru fuzji personalnej będącej parakoncentracją. Biorąc pod uwagę te okoliczności, decyzją o sygn. DKK–89/08 Prezes UOKiK umorzył postępowanie w sprawie nałożenia kary pieniężnej na Exdrob za naruszenie obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji.

Odnosząc się do uzasadnienia decyzji, należy podzielić pogląd Prezesa UOKiK, zgodnie z którym wystąpienie fuzji personalnej nie zawsze musi prowadzić do przejęcia kontroli. W tym kontekście dziwi jednak brak pogłębionej analizy okoliczności mogących wskazywać na wywieranie decydującego wpływu na działalność Exdrob przez Sadrob, szczególnie w decyzji o sygn. DKK-88/08 nakładającej karę na Sadrob. Prezes UOKiK, przyznając, że nie każda fuzja personalna prowadzi do przejęcia kontroli, nie zawarł w uzasadnieniu argumentacji przemawiającej za tezą, że w tym konkretnym przypadku Sadrob przejął kontrolę nad Exdrob. W szczególności, organ antymonopolowy nie wskazał dodatkowych okoliczności mogących decydować o wywieraniu

decydującego wpływu, poza wymienionym objęciem funkcji przez współwystępujących członków organów. Takie działanie zasługuje na krytykę, w praktyce zaprzecza bowiem stanowisku, zgodnie z którym wystąpienie fuzji personalnej nie oznacza automatycznie przejęcia kontroli.

2. Decyzja Prezesa UOKiK z 22 października 2013 r. nr DKK–132/2013 (sprawa *TERG* oraz *Electro.pl*)

Zagadnienie fuzji personalnej było również przedmiotem decyzji Prezesa UOKiK z 22 października 2013 r. (sygn. DKK–132/2013). W przywołanej decyzji, organ ochrony konkurencji nałożył na TERG S.A. (dalej: TERG) 40 tys. zł kary z tytułu dokonania bez uzyskania zgody Prezesa UOKiK koncentracji, polegającej na przejęciu przez TERG S.A. kontroli nad Electro.pl sp. z o.o. (dalej: Electro.pl).

W niniejszej sprawie, TERG sam poinformował Prezesa UOKiK o dokonaniu koncentracji bez zgody organu antymonopolowego oraz przedstawił okoliczności sprawy. TERG wskazało, że trzej akcjonariusze tej spółki byli jednocześnie udziałowcami Electro.pl. Ponadto, Electro.pl nabywała towary od TERG, kadrę Electro.pl stanowili zaś pracownicy wynajmowani od TERG.

W niniejszej sprawie Prezes UOKiK dość mechanicznie podszedł do oceny pod kątem ewentualnego dokonania koncentracji bez zgody organu antymonopolowego. Ze stanu faktycznego wynikało, że nadzwyczajne zgromadzenie wspólników Electro.pl w drodze uchwały powołało na stanowisko prezesa jednoosobowego zarządu Electro.pl osobę, która w tym czasie pełniła funkcję przewodniczącego rady nadzorczej TERG. Zdaniem Prezesa UOKiK oznaczało to, że TERG S.A. przejęła nad Electro.pl kontrolę w rozumieniu art. 4 pkt 4 lit. c) uokik z 2007 r., dokonując tym samym koncentracji w rozumieniu art. 13 ust. 2 pkt 2 uokik z 2007 r. bez uprzedniej notyfikacji zamiaru Prezesowi UOKiK.

W uzasadnieniu decyzji Prezes UOKiK wskazał, że spełnione zostały przesłanki, uzasadniające obowiązek zgłoszenia zamiaru koncentracji, ponieważ jego zdaniem: 1) spełniono próg obrotowy, o którym mowa w art. 13 ust. 1 pkt 2 uokik z 2007 r.; 2) objecie przez członka rady nadzorczej TERG S.A. funkcji prezesa w jednoosobowym zarządzie Electro.pl jest sposobem koncentracji, określonym w art. 13 ust. 2 pkt 2 uokik z 2007 r. w związku z art. 4 pkt 4 lit. c) uokik z 2007 r.; 3) nie wystąpiły przesłanki z art. 14 uokik z 2007 r., wyłączające obowiązek zgłoszenia zamiaru koncentracji.

Fragment analizy Prezesa UOKiK zawarty w punkcie 2) może wywoływać wątpliwości co do poprawności. Uzasadnienie decyzji nie zawiera pogłębionej analizy dotyczącej charakteru powiązań personalnych pomiędzy zainteresowanymi spółkami. Wręcz przeciwnie, treść uzasadnienia decyzji może sugerować, że każde powiązanie, które odpowiada brzmieniu art. 4 pkt 4 lit. c) uokik z 2007 r. niejako automatycznie powoduje obowiązek zgłoszenia zamiaru koncentracji polegającej na przejęciu kontroli nad przedsiębiorcą. Takie rozumowanie jest jednak sprzeczne z wykładnią zarówno literalną, jak i celowościową przepisów art. 4 pkt 4 lit. c) w związku z art. 13 ust. 2 pkt 2 uokik z 2007 r. Aby uznać, że konkretna fuzja personalna prowadzi do przejęcia kontroli podlegającego zgłoszeniu, Prezes UOKiK powinien dokonać wszechstronnej analizy wszelkich okoliczności, mogących przesądzić o wywieraniu decydującego wpływu na przedsiębiorcę zależnego, a nie ograniczać się jedynie do wskazania wystąpienia okoliczności określonej w art. 4 pkt 4 lit. c) uokik z 2007 r.

Ponadto, Prezes UOKiK uznał, że uchwała o powołaniu na członka zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością ma charakter konstytutywny. W konsekwencji, zgłoszenie zamiaru

koncentracji w niniejszej sprawie powinno według organu nastąpić najpóźniej przed podjęciem uchwały zgromadzenia wspólników Electro.pl.

Należy wskazać jednocześnie, że jednym z argumentów przedstawianych przez TERG na swoją obronę było twierdzenie, zgodnie z którym niedopełnienie obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji Prezesowi UOKiK wynikało z nieświadomości co do istnienia takiego obowiązku. W ocenie TERG czynność nie dotyczyła bezpośrednio spółki, lecz osoby pełniącej funkcję członka rady nadzorczej. Wbrew pozorom, wskazany argument nie jest pozbawiony racji. W mojej ocenie odpowiada on częściowo treści uwag zgłaszanych przez Stowarzyszenie Prawa Konkurencji w 2008 r. wobec brzmienia uokik z 2007 r. W dokumencie zawierającym propozycje nowelizacji Stowarzyszenie proponowało wykreślenie art. 4 pkt 4 lit. c) uokik z 2007 r. W ocenie Stowarzyszenia „z punktu widzenia prawa antymonopolowego pojawia się zasadnicze pytanie: kto dominuje nad kim i dzięki czemu?”[24]. Współwystępujący członek organu nie musi być konieczne „środkiem” przejęcia kontroli, w sposób analogiczny do innych uprawnień wskazanych w art. 4 pkt 4 lit. c) uokik z 2007 r. W tym kontekście nie można zapomnieć o oczywistym wręcz fakcie – mianowicie, że przyczyny współwystępowania członka organu u dwóch przedsiębiorców mogą mieć charakter inny niż międzyorganizacyjny (dotyczący organizacji, a nie osoby członka organu). W naukach społecznych powstało wiele teorii próbujących wytłumaczyć wskazany fenomen. W tym kontekście, oprócz wiodącej grupy teorii powiązań międzyorganizacyjnych, należy wymienić teorie stwierdzające, że współwystępowanie członków organu wynika z indywidualnych cech danej osoby, np. jej umiejętności, chęci podniesienia statusu społecznego (Mizruchi, 1996, s. 271–298). Uzasadnienie decyzji o sygn. DKK–132/2013 nie wskazuje jednak, aby Prezes UOKiK dokonał analizy w kontekście poszukiwania rzeczywistej natury przyczyn powstania unii personalnej między TERG i Electro.pl.

VI. Podsumowanie

Podsumowując, należy jeszcze raz krytycznie odnieść się do obecnej regulacji unii (fuzji) personalnej w kształcie określonym w art. 4 pkt 4 lit. c) uokik z 2007 r. Jak wynika z powyższych rozważań, regulacja unii personalnej w prawie konkurencji w kształcie określonym w art. 4 pkt 4 lit. c) uokik z 2007 r. jest w dużym stopniu wadliwa. Unia (fuzja) personalna w kształcie uregulowanym w art. 4 pkt 4 lit. c) uokik z 2007 r. może być skutkiem bądź zewnętrzną oznaką przejęcia kontroli, a nie jego przyczyną. Obecne brzmienie przepisów powoduje zarówno teoretyczne, jak i praktyczne problemy. W związku z tym, zasadna jest zmiana obecnej definicji przejęcia kontroli poprzez wykreślenie art. 4 pkt 4 lit. c) uokik z 2007 r.

Jednocześnie, jeśli wolą ustawodawcy jest ograniczenie lub kontrola operacji polegających na dokonywaniu fuzji personalnych skutkujących powstaniem unii personalnych, istnieje możliwość wprowadzenia ogólnego zakazu dokonywania określonego rodzaju fuzji personalnych lub rozszerzenie zakresu obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji również na tego typu operacje, jak miało to miejsce na gruncie uokik z 2000 r. Jakakolwiek ewentualna zmiana w tym zakresie powinna jednak zostać dokonana po przeprowadzeniu pogłębionej debaty, wskazana tematyka pozostaje zaś poza zakresem niniejszych rozważań.

[24] Stanowisko Grupy Roboczej Stowarzyszenia Prawa Konkurencji w sprawie propozycji zmian przepisów ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów. Pozyskano z: http://www.spk.com.pl/uploads/pdf/2008-10-06/Postulaty%20Grupy%20Roboczej.pdf (21.11.2016).

Bibliografia

American Bar Association. (2011). Interlocking directorates: handbook on Section 8 of the Clayton Act. Chicago: Section of Antitrust Law, American Bar Association.

Banasiński, C. i Piontek, E. (red.). (2009). *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: LexisNexis.

Falce, V. (2013). Interlocking directorates: an Italian antitrust dilemma. *Journal of Competition Law & Economics,* (9), http://dx.doi.org/10.1093/joclec/nht002.

Janusz, R., Sachajko, M. i Skoczny, T. (2001). Nowa ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. *Kwartalnik Prawa Publicznego,* (3).

Karasiewicz, K., Stankiewicz, R. i Wierzbowski, M. (2014). Kontrola koncentracji przedsiębiorców. W: Kępiński M. (red.), *System Prawa Prywatnego*. Tom 15. *Prawo konkurencji*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.

Kohutek, K. (2013). *Komentarz do rozporządzenia nr 139/2004 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw*. Lex\el.

Kohutek, K. i Sieradzka, M. (2014). *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: Lex a Wolters Kluwer.

Mizruchi, M. (1996). What Do Interlocks Do? An Analysis, Critique, and Assessment of Research on Interlocking Directorates. *Annual Review of Sociology*, *22*, http://dx.doi.org/10.1146/annurev.soc.22.1.271.

Moavero Milanes, E. i Winterstein, A. (2002). Minority shareholdings, interlocking directorships and the EC Competition Rules – Recent Commission practice. *Competition Policy Newsletter*, February, 1, 15–18.

Modzelewska-Wąchal, E. (2002). *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: TWIGGER.

Piszcz, A. (2013). Grupa kapitałowa czy nie, czyli trudności z kwalifikacją i ich skutki. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny, 3*(2).

Skoczny, T. (red.). (2014). *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.

Semeniuk, P. (2015). *Koncepcja jednego organizmu gospodarczego*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania UW.

Sołtysiński, S. i Kanton K. (2010). Kryteria zgłaszania zamiaru koncentracji do Prezesa UOKiK – uwagi de lege lata i de lege ferenda. W: M. Krasnodębska-Tomkiel (red.), *Zmiany w polityce konkurencji na przestrzeni ostatnich dwóch dekad*. Warszawa: UOKiK.

Sołtysiński, S. (red.). (2015). *Prawo spółek kapitałowych. System Prawa Prywatnego.* Tom 17A. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.

Stawecki, T. i Winczorek, P. (2003). *Wstęp do prawoznawstwa*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.

Stawicki, A. i Stawicki, E. (red.). (2011). *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz.* Warszawa: Wolters Kluwer Polska.

Szwaj, M. (2010). Ewolucja kontroli koncentracji w Polsce. W: Krasnodębska-Tomkiel M. (red.), *Zmiany w polityce konkurencji na przestrzeni ostatnich dwóch dekad.* Warszawa: UOKiK.

Szwaja, J. i in. (2014). *Kodeks spółek handlowych. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Komentarz do artykułów 151-300.* Tom II. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.

Wolter, A., Ignatowicz, J. i Stefaniuk, K. (2001). *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej.* Warszawa: LexisNexis.

Zawłocka-Turno, A. (2012). Zmowa przetargowa czy działanie zgodne z prawem? Problemy na styku prawa konkurencji i prawa zamówień publicznych. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, *4*(1).

Marta de Bazelaire de Ruppierre*

Wadliwe uzasadnienie jako postawa unieważnienia decyzji Komisji Europejskiej w świetle aktualnego orzecznictwa TSUE dotyczącego kontroli przedsiębiorstw

Spis treści**

I. Wprowadzenie
II. Ogólny obowiązek uzasadniania aktów prawnych
III. Obowiązek uzasadniania decyzji Komisji wydanych w związku z kontrolą przedsiębiorstwa
  1. Wprowadzenie
  2. Decyzja w sprawie kontroli przedsiębiorstwa
  3. Decyzja w sprawie żądania udzielenia informacji
  4. Decyzja w sprawie nałożenia sankcji
IV. Stwierdzenie nieważności decyzji Komisji Europejskiej
  1. Wprowadzenie
  2. Zakres sądowej kontroli decyzji Komisji dotyczących kontroli przedsiębiorstw
  3. Wadliwość uzasadnienia jako naruszenie istotnego wymogu proceduralnego
  4. Skutki unieważnienia
V. Podsumowanie

Streszczenie

Niniejszy artykuł ma na celu dokonanie analizy obowiązku uzasadniania aktów UE w odniesieniu do decyzji Komisji wydawanych w związku z kontrolą przedsiębiorstwa podejrzanego o działania antykonkurencyjne. Wskazuje na wymogi, jakie musi spełniać uzasadnienie zgodnie z art. 296 TFUE i orzecznictwem oraz przybliża kryteria, jakimi kieruje się TSUE, dokonując oceny tego obowiązku. Poruszana jest również kwestia skutków wyroku unieważniającego akt, a także analizowana efektywność ochrony uprawnień przedsiębiorców.

Słowa kluczowe: obowiązek uzasadnienia aktu; stwierdzenie nieważności; prawa podstawowe przedsiębiorców; inspekcje; sankcje; obowiązek udzielenia informacji.

JEL: K21

* Doktorantka w Katedrze Europejskiego Prawa Konstytucyjnego na WPiA UŁ; e-mail: martadebazelaire@gmail.com.
** Artykuł przesłany do redakcji: 24.06.2016 r., zaakceptowany do druku: 25.07.2016 r.

I. Wprowadzenie

Komisja Europejska, prowadząc dochodzenie w sprawie naruszenia reguł konkurencji, posiada prawo do kontroli przedsiębiorstwa, żądania udzielenia informacji oraz w przypadku wykrycia działań antykonrencyjnych – nałożenia sankcji finansowych. Instytucja posiada znaczne dyskrecjonalne uprawnienia, które, zapewniając pewną elastyczność działania, prowadzą do zebranie kluczowych dowodów, dokonania złożonych ocen ekonomicznych i powzięcia decyzji o stwierdzeniu naruszenia. Jednak czynności te mają bezpośrednie przełożenie na sytuację prawną przedsiębiorcy, który narażony na poniesienie znacznych konsekwencji finansowych, musi mieć zapewnioną możliwość skutecznego korzystania z przysługującego mu prawa do obrony[1]. W sukurs przychodzi obowiązek Komisji uzasadniania decyzji, na podstawie którego przedsiębiorca jest w stanie określić zakres swojego obowiązku współpracy, a sądy unijne dokonać kontroli legalności działań instytucji.

Niniejszy artykuł ma na celu dokonanie analizy obowiązku uzasadniania aktów UE w odniesieniu do decyzji Komisji wydawanych w związku z kontrolą przedsiębiorstwa podejrzanego o działania antykonkurencyjne. Wskazuje na wymogi, jakie musi spełniać uzasadnienie zgodnie z art. 296 TFUE i orzecznictwem oraz przybliża kryteria, jakimi kieruje się TSUE, dokonując oceny tego obowiązku. Poruszana jest również kwestia skutków wyroku unieważniającego akt, a także analizowana efektywność ochrony uprawnień przedsiębiorców.

II. Ogólny obowiązek uzasadniania aktów prawnych

Obowiązek uzasadniania aktów prawnych towarzyszy Unii Europejskiej (wcześniej Wspólncie) od momentu jej powstawania. Historycznie zawarty był już w traktacie rzymskim (dalej: TEWG), którego art. 190 nakładał obowiązek, aby rozporządzenia, dyrektywy i decyzje przyjęte przez Radę albo Komisję były uzasadniane. W wyroku *Komisja* v. *Rada*[2] Trybunał Sprawiedliwości wskazał, że „aby zadośćuczynić obowiązkowi uzasadnienia, akty wspólnotowe muszą zawierać przedstawienie stanu faktycznego i prawnego, na podstawie którego instytucje je przyjęły, tak aby umożliwić Trybunałowi wykonywanie powierzonej mu kontroli i aby zarówno państwa członkowskie, jak i inne zainteresowane podmioty mogły zaznajomić się z okolicznościami, w jakich instytucje wspólnotowe stosowały traktat". Obecnie regulacja dotycząca ogólnego obowiązku uzasadniania aktów prawnych znajduje się w art. 296 TFUE[3], art. 41 ust. 2 lit. c) Karty Praw Podstawowych UE[4] (dalej: KPP) oraz w art. 18 Europejskiego Kodeksu Dobrej Praktyki Administracyjnej[5]. Natomiast rozporządzenie Rady (WE) nr 1/2003 z 16.12.2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu (dalej: rozporządzenie 1/2003) wprowadza

[1] Co więcej, jak podkreśla Rzecznik Generalny, Juliane Kokott, „już samo doświadczenie inspekcji należy zaliczyć do przerażających, gdy o porannych godzinach przed drzwiami siedziby przedsiębiorstwa pojawiają się inspektorzy Komisji Europejskiej z zamiarem przeprowadzenia kontroli, aby ustalić czy przedsiębiorstwo to uwikłane jest w antykonkurencyjne machinacje". Opinia Rzecznik Generalnej Juliane Kokott 03.04.2014 r. w sprawie C-37/13P *Nexans SA i Nexans France SAS v. Komisja Europejska*, ECLI:EU:C:2014:2030, pkt 1—2.

[2] Wyr. ETS z 26.03.1987 r. w sprawie 45/86 *Komisja v. Rada*, ECLI:EU:C:1987:163, pkt 5.

[3] Art. 296 TFUE: „Jeżeli Traktaty nie przewidują rodzaju przyjmowanego aktu, instytucje dokonują wyboru, jakiego rodzaju akt ma w danym przypadku zostać przyjęty, w poszanowaniu obowiązujących procedur oraz zasady proporcjonalności. Akty prawne są uzasadniane i odnoszą się do propozycji, inicjatyw, zaleceń, wniosków lub opinii przewidzianych w Traktatach. Rozpatrując projekt aktu ustawodawczego, Parlament Europejski i Rada powstrzymują się od przyjmowania aktów nieprzewidzianych przez procedurę ustawodawczą obowiązującą w danej dziedzinie".

[4] Art. 41 ust. 2 lit c) KPP „Prawo to obejmuje (…) c) obowiązek administracji uzasadniania swoich decyzji".

[5] Europejski Kodeks Dobrej Praktyki Administracyjnej został przyjęty przez Parlament Europejski dnia 6.09.2001 r. Formalnie nie jest on aktem o generalnej mocy wiążącej, lecz stanowi zalecenie dla instytucji UE oraz ich pracowników, nie wchodzi do *acquis communautaire*. Ideą przewodnią aktu było spopularyzowanie wśród obywateli UE zasad dobrej administracji, które najogólniej można określić jako rozwinięcie art. 41 KPP, jak również innych przepisów służącym rządom prawa i ochronie interesów jednostki. Zob. więcej: Sozański, 2013, s. 59–60.

przepisy *lex specialis*[6] doprecyzowujące zakres i treść, jaką powinny posiadać niektóre decyzje wydawane przez Komisję Europejską (dalej: Komisja).

Ratio legis obowiązku uzasadniania aktów będzie odmienne w zależności od podmiotu, który się z aktem zapoznaje:

1) z uwagi na interes adresatów aktu – ma na celu zapewnienie przejrzystość procesu legislacyjnego lub decyzyjnego, szczególnie dla stron dotkniętych skutkami aktów prawnych oraz umożliwienie adresatom dokonania oceny legalności aktu i podjęcie następczych kroków prawnych;
2) ze strony instytucji wydającej akt – konieczność przedstawienia argumentacji stanowi możliwość ponownego przeanalizowania motywów, które doprowadziły do wydania aktu;
3) ze strony Trybunału Sprawiedliwości – Trybunał, badając argumentację przedstawioną w uzasadnieniu aktu, jest w stanie ustalić czy podjęte działania były zgodne z prawem Unii; prawidłowe uzasadnienie warunkuje przeprowadzenie skutecznej kontroli legalności aktu (Jaśkowski, 2016, s. 147–148; Craig, 2014, s.1074; Kowalik-Bańczyk, 2012, s. 756–757).

Zwięźle ujęła to Rzecznik Generalny, Juliane Kokott, wskazując, że uzasadnienie powinno przedstawiać w sposób jasny i jednoznaczny rozumowanie instytucji Unii, co pozwala zainteresowanym na poznanie powodów wydania aktu, a właściwemu sądowi na dokonanie jego kontroli sądowej[7]. Wymóg ten stanowi jedną z podstawowych zasad prawa Unii dotyczącą wszystkich aktów wydawanych przez instytucje UE, tzn. ustawodawczych i nieustawodawczych, przyjmujących formy wymienione w art. 288 TFUE[8] oraz aktów nienazwanych, *sui generis*, o charakterze generalno-abstrakcyjnym i konkretno-indywidualnym (Kowalik-Bańczyk, 2012, s. 754–755).

III. Obowiązek uzasadniania decyzji Komisji wydanych w związku z kontrolą przedsiębiorstwa

1. Wprowadzenie

Komisja, formułując uzasadnienie aktów o indywidualno-konkretnym charakterze[9], powinna kierować się wytycznymi wskazanymi w wyroku *Impala*[10], zgodnie z którym uzasadnienie winno być dostosowane do charakteru rozpatrywanego aktu, przedstawiać w sposób jasny i jednoznaczny rozumowanie instytucji, która go wydała, pozwalając zainteresowanym poznać podstawy jego podjęcia, a właściwemu sądowi dokonać jego kontroli. Spełnienie tego obowiązku ocenia się, każdorazowo odnosząc się do treści aktu, charakteru przywołanych argumentów, a także interesu, jaki w uzyskaniu informacji mogą mieć adresaci aktu. Uzasadnienie nie musi wyszczególniać wszystkich istotnych elementów faktycznych i prawnych, ponieważ do oceny zgodności z art. 296 TFUE, brane pod uwagę jest nie tylko jego literalne brzmienie, ale także okoliczności jego wydania, jak również całość przepisów prawa regulującego daną dziedzinę”[11]. Oznacza to,

[6] Art. 18 ust. 3 i art. 20 ust. 4 rozporządzenia 1/2003.

[7] Opinia Rzecznika Generalnego, Juliane Kokott, z dnia 3.04.2014 r. w sprawie C-37/13 P *Nexans*, pkt 42.

[8] Tj. rozporządzenia, dyrektywy, decyzje, zalecenia i opinie.

[9] R. Grzeszczak kategoryzuje te decyzje jako „akty władzy wykonawczej bez przymiotnika’ lub ‘akty nienazwane”. Autor wskazuje, że w doktrynie uznaje je się za akty nieustawodawcze, które nie są ani aktami delegowanymi ani wykonawczymi, jednak zdaniem Autora w przypadku aktów Komisji ustanawianych bezpośrednio na podstawie traktatów (np. art. 105 ust. 2 TFUE), akty te mają one zbliżony charakter do aktów ustawodawczych. Więcej: Grzeszczak, 2011, s.152–153; Jaśkowski, 2016, s. 55 i nn.

[10] Wyr. TS z 10.07.2008 r. w sprawie C-413/06 P *Impala*, ECLI:EU:C:2008:392.

[11] C-413/06 P *Impala*, pkt 166.

że Sąd i Trybunał posiadają znaczny margines swobodnego uznania czy w danym przypadku doszło do naruszenia w/w wymogów. Nie zmienia to jednak faktu, że prawidłowość uzasadnienia jest kluczowa dla postępowań, w którym Komisja legitymuje się szerokimi uprawnieniami władczym ingerującymi w sferę praw podmiotów prywatnych. Zwłaszcza w przypadku kontroli przedsiębiorstwa lub żądania uzyskania informacji, w których to adresatowi aktu nie przysługuje prawo do bycia wysłuchanym przed przyjęciem początkowej decyzji, uzasadnienie stanowi gwarancję umożliwiająca skuteczne zakwestionowanie legalności aktu, chociażby po jego wydaniu[12]. Jak wskazywał Trybunał, to właśnie treść uzasadnienia pozwala ocenić czy planowana ingerencja jest zasadna, jak również daje możliwość przedsiębiorcy określenia zakresu zobowiązania do współpracy, przy jednoczesnym zabezpieczeniu jego prawa do obrony[13]. Ze względu na tę dwojaką funkcję uzasadnienia wyszczególnić można trzy typy decyzji, które w sposób jednostronny i władczy kreują stosunki między Komisją a przedsiębiorstwem, są nimi: decyzja w sprawie kontroli przedsiębiorstwa, decyzja w sprawie obowiązku udzielenia informacji oraz decyzja nakładająca kary pieniężne na przedsiębiorstwo.

2. Decyzja w sprawie kontroli przedsiębiorstwa

Artykuł 20 ust. 4 rozporządzenia 1/2003 wprost wskazuje, że decyzja musi określić przedmiot i cel kontroli, termin jej rozpoczęcia oraz zawierać pouczenie o karach i możliwości wniesienia odwołania[14]. Jednak z uwagi na wczesny etap postępowania Komisja nie musi podawać pełnej prawnej i faktycznej podbudowy decyzji, gdyż to właśnie w toku kontroli mają zostać zebrane dowody przesądzające o istnieniu bądź braku naruszenia[15]. Oznacza to, że Komisja posiada znaczną swobodę w definiowaniu obszaru kontroli, co prowadzić może do praktyki bardzo ogólnego zakreślenia przedmiotu inspekcji. Dzięki temu, urzędnicy Komisji mogą w prawie nieograniczonym zakresie dokonywać przeszukania, a znalezione dowody zaklasyfikować można jako legalnie zdobyte (Michałek, 2015, s. 184–186). Podejście to nieszczególnie mitygowane jest przez Trybunał, który wprost podkreśla, że przy dokonywaniu kontroli legalności aktu należy uwzględnić cel, jakiemu służą inspekcje, którym jest ochrona wspólnego rynku wewnętrznego przed zakłóceniami konkurencji[16]. Oczywiście taka polityka nakierowana na maksymalizację efektywności działań godzi w interesy adresatów decyzji oraz budzi wątpliwości w świetle zasady proporcjonalności (Michałek, 2015, s. 234–243). Z tego względu Rzecznik Generalny, Juliane Kokott, podnosiła konieczność dalszego precyzowania wymogów prawnych, jakie spełniać powinno uzasadnienie decyzji, gdyż będzie to miało bezpośrednie przełożenie na praktykę administracyjną Komisji[17].

[12] Wyr. TS z 15.11.2012 r. w sprawie C-417/11 P *Bamba*, ECLI:EU:C:2012:718, pkt 51.

[13] M.in. wyr. TS z 18.06.2015 r. w sprawie C-583/13 P *Deutsche Bahn*, ECLI:EU:C:2015:404, pkt 56; wyrok ETS z 17.10.1989 r. w sprawie 85/87 *Dow Benelux*, ECLI:EU:C:1989:379, pkt 8 i 40. Prawo do obrony zdefiniować można jako: kompleksową, podstawową zasadę prawną wyposażającą każdą osobę (fizyczną bądź prawną), na której sytuację prawną wpływ miała jednostronna decyzja władzy, w jurydyczne prawo do ochrony swojego uprawnionego interesu, przejawiające się poprzez podtrzymywanie lub kwestionowanie roszczenia skierowanego przez tę osobę lub przeciwko niej" (tłum własne). Zob. Michałek, 2015, s. 53. Lub jak proponuje K. Kowalik-Bańczyk: jako: zakreśloną w orzecznictwie TSUE zasadę procesową stanowiącą wytyczną dla organu prowadzącego postępowanie antymonopolowe, by pozwolić stronie postępowania na czynny udział w tym postępowaniu, w sposób pozwalający na obronę racji tego przedsiębiorstwa." Zob. K. Kowalik-Bańczyk, 2012a, s. 78.

[14] Art. 20 ust. 4 zd. 2.: „Decyzja zawiera określenie przedmiotu i celu kontroli, termin jej rozpoczęcia i pouczenie o karach przewidzianych w art. 23 i 24 oraz o prawie do wniesienia odwołania od decyzji do Trybunału Sprawiedliwości".

[15] Wyr. TS z 25.06.2014 r. w sprawie C-37/13 P *Nexans*, ECLI:EU:C:2014:2030), pkt 37; wyr. ETS z 22.10.2002 r. w sprawie C-94/00 *Roquette Frères*, ECLI:EU:C:2002:603, pkt 55; opinia Rzecznika Generalnego Nilsa Wahla z dnia 15.10.2015 r. w sprawie C-247/14 P *HeidelbergCement*, pkt 32.

[16] C-37/13 P *Nexans*, pkt 33.

[17] Opinia *Nexans*, pkt 3 i 6.

W sprawie *Nexans* w centrum zainteresowania znalazła się niewyjaśniona dotychczas kwestia geograficznego oznaczenia badanych przez Komisję naruszeń reguł konkurencji. W 2009 r. urzędnicy Komisji dokonali niezapowiedzianej kontroli w siedzibach przedsiębiorstwa we Francji i Włoszech, podejrzewając je o udział w porozumieniach antykonkurencyjnych. W odwołaniu *Nexans* zarzucał niejasny charakter gamy produktów objętych sporną decyzją oraz nadmiernie szeroki geograficzny zakres jej zastosowania[18]. Zdaniem odwołującego Komisja powinna była określić i ograniczyć właściwy rynek geograficzny, a następnie wyjaśnić, w jakim sposób transakcje prowadzone poza Unią Europejską lub EOG były znaczące dla dochodzenia w tej sprawie[19]. Trybunał nie przyjął jednak tej argumentacji, wskazując, że Komisja nie ma obowiązku przekazania wszystkich informacji, jakie posiada na temat domniemanych naruszeń czy też dokonania ich ścisłej kwalifikacji prawnej. Co jednak kluczowe dla sprawy, zdaniem Trybunału decyzja w sprawie kontroli nie musi określać rynku właściwego czy też okresu, w którym popełniane były rzekome naruszenia, pod warunkiem że decyzja ta jasno wskazuje domniemania, jakie Komisja zamierza weryfikować i określa możliwie dokładnie przedmiot kontroli i poszukiwań[20]. Część doktryny krytycznie odnosi się do stanowiska Trybunału, podnosząc, że nałożenie na Komisję obowiązku wskazania zakresu geograficznego naruszenia wzmocniłoby ochronę praw przedsiębiorców, w szczególności ich prawa do obrony oraz zapobiegłoby nadużywaniu uprawnień kontrolnych Komisji (Michałek, 2015, s. 194). Można odnieść wrażenie, że Trybunał, kierując się szeroko pojętym interesem Unii oraz ochroną rynku wewnętrznego, na dalszym planie postawił ochronę praw jednostek.

Bardziej stanowcze stanowisko Trybunał zaprezentował w wyroku *Deutsche Bahn*[21], w którym to negatywnie odniósł się do praktyki Komisji dotyczącej dowodów przypadkowo zdobytych. *Deustsche Bahn* zarzuciło Komisji, iż podczas inspekcji w jej siedzibie urzędnicy celowo poszukiwali dokumentów niezwiązanych z zakresem wskazanym w decyzji o kontroli, aczkolwiek powiązanych z inną sprawą badaną przez Komisję w ramach odrębnego postępowania (dalej: sprawa *DUSS*). Inspiracją do tych poszukiwań miała być skierowana ustnie informacja do pracowników Komisji, by podczas czynności zwracali uwagę na wszelkie dowody dotyczące tego odrębnego dochodzenia[22]. W konsekwencji znalezione dokumenty doprowadziły do wydania dwóch kolejnych decyzji o przeprowadzeniu kontroli w siedzibie *Deutsche Bahn*, których przedmiotem już oficjalnie było poszukiwanie dowodów powiązanych ze sprawą *DUSS*[23]. Niemniej jednak, jak zarzuca odwołujący, pierwsza decyzja w sprawie kontroli nie zawierała wzmianki o poszukiwanych dowodach dotyczących *DUSS*, a z punktu widzenia celu i przedmiotu kontroli wskazanej w uzasadnieniu były one absolutnie zbędne[24]. Trybunał podkreślił, że informacje zebrane w trakcie inspekcji mogą zostać wykorzystane tylko do tych celów, które zostały wskazane w decyzji nakazującej jej przeprowadzenie, co gwarantuje zapewnienia poszanowania prawa do tajemniczy zawodowej[25]

[18] C-37/13 P *Nexans*, pkt 13 „(…) podejrzewane porozumienia lub uzgodnione praktyki mają „prawdopodobnie zasięg światowy".

[19] Opinia *Nexans*, pkt 40.

[20] C-37/13 P *Nexans*, pkt 35-36; zob. też C-94/00 *Roquette Frères*, pkt 83, podobne stanowisko zaprezentowała Juliane Kokott w opinii *Nexans*, pkt 46–57.

[21] C-583/13 P *Deutsche Bahn*.

[22] Opinia Rzecznika Generalnego, Nihlsa Wahla, z 12.02.2015 r. w sprawie C- 583/13 P *Deutsche Bahn*, pkt 77 i 81.

[23] Wyr. Sądu z 6.09.2013 r. w sprawach połączonych T-289/11, T-290/11, T-521/11 *Deutsche Bahn*, ECLI:EU:T:2013:404, pkt 9–10.

[24] Na marginesie: Komisja nie negowała, że przekazała swoim pracownikom takie informacje, wskazywała natomiast, że okoliczności te mają charakter faktyczny, nie prawny i nie są dopuszczalne na etapie odwołania. Trybunał nie przychylił się do tej interpretacji, stwierdzając dopuszczalność zarzutu, gdyż biorąc pod uwagę cały kontekst sprawy, włączenie do akt dokumentów przypadkowo wykrytych stanowić może naruszenie prawa.

[25] Art. 28 rozporządzenia 1/2003; Niemniej jednak określenie „tajemnica zawodowa" lub „tajemnica służbowa" odnosi się do obowiązku urzędników Komisji do nieujawniania informacji zebranych podczas kontroli, a nie do uprawnienia przysługującego przedsiębiorcom. Dlatego wydaje się, że celowym byłoby odwołanie się przez Trybunał do pojęcia „tajemnicy handlowej" wskazanej w art. 27 ust. 4 rozporządzenia 1/2003.

oraz prawa do obrony[26]. Poprzez wydanie decyzji Komisja z jednej strony jest uprawniona do przeprowadzenia kontroli, z drugiej zaś – to właśnie treść tego aktu określa i ogranicza zakres inspekcji. Udzielenie ustnej informacji o prowadzonym odrębnym postępowaniu, które niezwiązane jest z przedmiotem decyzji, stanowi naruszenie obowiązku uzasadnienia aktu oraz uchybia prawu do obrony przedsiębiorcy[27]. Wyrok ten spotkał się z pozytywnym przyjęciem, gdyż rozwiewa dotychczasowe wątpliwości dotyczące zakazu tzw. *fishing expeditions*[28], jak również wskazuje, że legalność i dopuszczalność zebranych podczas kontroli dowodów jest nierozłącznie związana zakresem inspekcji, jaki był wskazany w treści decyzji (Michałek, 2015, s. 199; Deselaers i Venot, 2015, s. 582; Di Federico, 2013, s. 29; Michałek-Gervais, 2015a, s. 16).

3. Decyzja w sprawie żądania udzielenia informacji

Podobnie jak w przypadku decyzji w sprawie kontroli przedsiębiorstwa, rozporządzenie 1/2003 określa elementy, jakie powinno zawierać uzasadnienie decyzji w sprawie żądania dostępu do informacji[29]. Zdaniem Rzecznika Generalnego, Nihlsa Wahla, orzecznictwo dotyczące art. 20 ust. 4 rozporządzenia 1/2003 stosować należy *mutatis mutandis* do decyzji wydanych na podstawie art. 18 rozporządzenia 1/2003[30]. W związku z tym wyrok *HeidelbergCement*[31] jest istotny z punktu widzenia dalszego zakreślania obowiązku uzasadniania aktu przez Komisję, a stosowany będzie również do decyzji dotyczących kontroli przedsiębiorstw. Sprawa *HeidelbergCement* dotyczy obowiązku udzielenia odpowiedzi na 11 obszernych zestawów pytań, stanowiących załącznik do decyzji. Skarżący poddał krytyce trzy elementy przedstawionego uzasadnienia: (1) opis domniemanych naruszeń; (2) ich zasięg geograficzny, a także (3) zakres produktów, do których się odnoszą. Jak wskazał Rzecznik Generalny, każda z tych kategorii sformułowana była w sposób bardzo ogólny, który należałoby uszczegółowić[32]. Mianowicie, definiując cel żądania udzielenia informacji Komisja powinna wskazać przedmiot swojego dochodzenia, a zatem określić zarzucane podmiotom naruszenie reguł konkurencji[33]. Instytucja może wymagać ujawnienia jedynie tych informacji, które prowadzą do zweryfikowania istnienia zarzucanych czynów, uzasadniają prowadzenie dochodzenia lub zostały wskazane w żądaniu udzielenia informacji[34]. Skoro niezbędny charakter informacji należy oceniać w odniesieniu do celu wskazanego w żądaniu, cel ten należy określić z dostateczną precyzją. W przeciwnym razie byłoby niemożliwe ustalenie czy informacja jest konieczna z punktu widzenia art. 18 rozporządzenia 1/2003, a Trybunał nie mógłby dokonać kontroli[35]. Zarówno Sąd, jak i Rzecznik Generalny oraz Trybunał stwierdzili, że treść decyzji jest zbyt

[26] C-583/13 P *Deutsche Bahn*, pkt 57–58.

[27] C-583/13 P *Deutsche Bahn,* pkt 60–61 i 64.

[28] Inspekcji przeprowadzanych bez faktycznej lub prawnej podstawy, kierowanych wyłącznie w celu sprawdzenia nieugruntowanych podejrzeń o rzekomym naruszeniu prawa konkurencji – zob. Michałek, 2015, s. 181.

[29] Komisji musi podać podstawę prawną i cel żądania, określić zakres żądanych informacji i ustalić termin, w którym należy je dostarczyć. Uzasadnienie musi zawierać również pouczenie o karach oraz prawie wniesienia odwołania od decyzji do Trybunału Sprawiedliwości.

[30] Opinia Rzecznika Generalnego Wahl w sprawie *HeidelbergCement* przedstawiona w dniu 15.10.2015 r., ECLI:EU:C:2015:694, pkt 33 – „Wydaje mi się, że zasady [ze sprawy *Nexans* – przyp. Autora] te mają zastosowanie mutatis mutandis do decyzji w sprawie żądania informacji na mocy art. 18 ust. 3 rozporządzenia nr 1/2003. Najwyraźniej oba rodzaje środków służą realizacji tego samego celu i mają charakter działania polegającego na zbieraniu informacji. Chociaż oba przepisy nie zostały sformułowane w identyczny sposób, ich względne podobieństwo także wydawałoby się wspierać jednolitą ich wykładnię".

[31] Wyr. TS z dnia 10.03.2016 r. w sprawie C-247/14 P *HeidelbergCement*, ECLI:EU:C:2016:149.

[32] Opinia *HeidelbergCement*, pkt 36.

[33] C-247/14 P *HeidelbergCement*, pkt 20.

[34] Wyr. Sądu z 14.03.2014 r. w sprawie T-302/11 *HeidelbergCement AG*, ECLI:EU:T:2014:128, pkt 34.

[35] C-247/14 P *HeidelbergCement*, pkt 24.

ogólnikowa, aby określić obszar geograficzny oraz kategorię produktów, jakie należy uwzględnić przy udzieleniu odpowiedzi na pytania Komisji. Niemniej jednak, zdaniem Sądu ten mało precyzyjny opis mógł być rektyfikowany poprzez odwołanie do uprzednio wydanej decyzji zarządzającej kontrolę, a opisującej obszar geograficzny rzekomego naruszenia. Do tej interpretacji nie przychylił się ani Rzecznik Generalny, ani Trybunał, którzy stwierdzili, że wprawdzie wcześniejsza decyzja stanowi pewien „kontekst dla sprawy”[36], ale jej treść nie pozwala na zatuszowanie zwięzłego, pobieżnego i ogólnego charakteru uzasadnienia spornej decyzji[37]. Rzecznik Generalny wskazał, że gdy akty Unii nakładają zobowiązania ingerujące w sferę prywatną jednostek oraz obłożone są ryzykiem surowych kar pieniężnych, wymagane powinno być odrębne uzasadnienie takiego aktu. Ważne jest bowiem, aby umożliwić adresatom zrozumienie motywów decyzji bez nadmiernego wysiłku interpretacyjnego, tak aby mogli skutecznie i we właściwym czasie wykonywać swoje prawa. Dotyczy to zwłaszcza decyzji zawierających wyraźne odniesienie do wcześniejszych aktów, w których przedstawiono inne uzasadnienie, a jakakolwiek istotna różnica pomiędzy nimi może być źródłem niepewności dla adresata[38].

Odnosząc się do okoliczności sprawy Trybunał zauważył, że sporna decyzja została wydana po trzech latach od dnia wszczęcia kontroli przedsiębiorstwa, zatem Komisja siłą rzeczy znajdowała się w posiadaniu danych umożliwiających dokładniejsze sformułowanie ciążących na przedsiębiorstwie podejrzeń o naruszenie[39]. Rzecznik Generalny stanowczo stwierdził, że wprawdzie „im szerzej i im bardziej ogólnie sformułowane jest uzasadnienie, tym wyraźniej zarysowywać się może korelacja pomiędzy domniemanymi naruszeniami a żądanymi informacjami. Nie można jednak zaakceptować, by uzasadnienie, które – na skutek zaniedbania lub umyślnie – sporządzono bez zachowania wymaganej precyzji, wywoływało niezamierzony skutek w postaci rozszerzenia zakresu rodzajowego informacji, które można by uznać za „konieczne” dla celów art. 18 ust. 1 rozporządzenia 1/2003”[40].

Wyrok ten budzi pewne kontrowersje. Z jednej strony Trybunał negatywnie odniósł się do strategii Komisji zmierzającej do zdawkowego i nieprecyzyjnego określenia przedmiotu żądania w nadziei przypadkowego natrafienia na kluczowe informacje. Z drugiej jednak – Trybunał sam zwięźle i ogólnikowo odniósł się zarzutów stawianych przez *HeidelbergCement*. Dopiero lektura opinii Rzecznika Generalnego, Nihlsa Wahla, ukazuje potencjał, jaki wyrok Trybunału mógł mieć dla praktyki Komisji i ochrony uprawnień przedsiębiorców. Zagadnienia szczegółowo omawiane w opinii to m.in. wprowadzenie (nawet w ograniczonym zakresie) obowiązku wskazania zakresu geograficznego naruszenia[41], pojęcie „informacji koniecznych” oraz badanie proporcjonalności żądania[42], możliwość nałożenia na przedsiębiorstwo obowiązku przedstawienia informacji w określonym formacie[43], stosowanie zasady proporcjonalności w stosunku do terminów udzielenia informacji[44], skutki prawne niejasno sformułowanych pytań[45], a w końcu – wykładnia wolności

[36] Opinia *HeidelbergCement*, pkt 40–43.

[37] C-247/14 P *HeidelbergCement*, *op. cit.*, pkt 33.

[38] Opinia *HeidelbergCement*, pkt 42.

[39] C-247/14 P *HeidelbergCement*, *op. cit.*, pkt 39; opinia *HeidelbergCement*, pkt 49–50.

[40] Opinia *HeidelbergCement*, pkt 53.

[41] Ibidem, pkt 39–45.

[42] Ibidem, pkt 70–95.

[43] Ibidem, pkt 103–123.

[44] Ibidem, pkt 124–135.

[45] Ibidem, pkt 136–146.

od samooskarżania się[46]. Zagadnienia te są ważkie i od wielu lat doktryna postuluje o ich rozwinięcie i dostosowanie do standardów wynikających z Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Wprawdzie Trybunał uchylił wyrok Sądu[47] oraz sporną decyzję w całości, jednak nie odniósł się do argumentacji przedstawionej w opinii Rzecznika, pozostawiając powyższe zagadnienia bez dalszych wyjaśnień.

4. Decyzja w sprawie nałożenia sankcji

Nakładanie kar pieniężnych za naruszenie zakazów wynikających z art. 101 TFUE oraz 102 TFUE następuje na podstawie art. 23 i art. 24 rozporządzenia 1/2003 w przypadku: (1) dopuszczenia się przez przedsiębiorcę naruszeń proceduralnych, czyli czynów, które godzą w uprawnienia inspekcyjno-kontrolne Komisji oraz (2) złamania zakazów wynikających Traktatu lub decyzji służących ich przestrzeganiu (Doniec, 2016, s. 28–29). Prawidłowe uzasadnienie jest w tym w przypadku szczególnie istotne, gdyż Komisja dokonuje złożonych ocen ekonomicznych, prawnych czy też technicznych, a kontrola przez sądy UE zgodności z prawem i zasadności tych ocen jest ograniczona. W przypadku nałożenia sankcji na przedsiębiorców z uzasadnienia musi wynikać, jakie czynniki zostały uwzględnione przy określaniu ciężaru naruszenia[48], jaka jest wysokość nałożonej kary oraz jaka metoda została zastosowana przy jej ustaleniu (Jaśkowski, 2016, s. 148–149, 152).

W wyroku *Air Canada*[49] dotyczącym zmowy cenowej przewoźników lotniczych podkreślono konieczność spójnego i logicznego wynikania między osnową a uzasadnieniem decyzji. Mianowicie w uzasadnieniu decyzji podano istnienie jednolitego i ciągłego naruszenia prawa konkurencji przez wszystkich przewoźników, natomiast osnowa decyzji wskazywała cztery samodzielne naruszenia dotyczące różnych okresów, tras oraz podmiotów zaangażowanych w zmowę. Przedsiębiorcy wnieśli skargę do Sądu, podnosząc, że decyzja nie pozwala im określić charakteru i zakresu naruszenia lub naruszeń, o jakie ich posądzono z uwagi na sprzeczność pomiędzy uzasadnieniem i osnową decyzji[50]. Sąd podkreślił, że zasada skutecznej ochrony sądowej wymaga, aby osnowa decyzji, w której Komisja stwierdza naruszenie była szczególnie jasna i precyzyjna oraz, aby przedsiębiorstwa uznane za odpowiedzialne i obłożone karami były w stanie zrozumieć i zakwestionować przypisanie im czyny lub wysokość kar (w brzmieniu wynikającym z osnowy)[51]. Sąd zaznaczył, że pojęcie „skutecznej ochrony sądowej" należy rozumieć zgodnie z orzecznictwem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka[52], a quasi-karny charakter sankcji w prawie konkurencji wymaga zapewnienia przedsiębiorcom wymogów proceduralnych przewidzianych art. 6 EKPC[53]. Następnie wskazał, że w prawie UE zasada skutecznego środka ochrony sądowej wyrażona jest w art. 47 KPP[54], co oznacza m.in., że podmiot, który dopuścił się naruszenia musi mieć możliwość

[46] Ibidem, pkt 146–168.

[47] T-302/11 *HeidelbergCement AG*.

[48] Np. indywidualne okoliczności sprawy, jej kontekst i odstraszający charakter grzywien, nie ma jednak wiążącej ani wyczerpującej listy czynników, które powinny zostać uwzględnione.

[49] Wyr. Sądu z 16.12.2015 r. w sprawie T-9/11 *Air Canada*, ECLI:EU:T:2015:994.

[50] W osnowie zaskarżonej decyzji wymienione są bowiem cztery naruszenia dotyczące różnych okresów i tras popełnione przez różnych przewoźników, podczas gdy w uzasadnieniu jest mowa o tylko jednym, jednolitym i ciągłym naruszeniu na skalę światową obejmującym wszystkie trasy.

[51] T-9/11 *Air Canada*, pkt 29.

[52] Wyr. ETPC z 27.09.2011 r. w sprawie nr 43509/08 *Menarini Diagnostics*.

[53] T-9/11 *Air Canada*, pkt 34; zob. również: Jaśkowski, 2016, s. 89–102.

[54] Treścią odpowiadający art. 6 EKPC, zob. Wyjaśnienia dotyczące Karty Praw Podstawowych z 12.12.2007 r. (Dz. Urz. UE C 303/17, s. 17–35)2), wyjaśnienie odnoszące się do artykułu 47 – Prawo do skutecznego środka prawnego i dostępu do bezstronnego sądu.

zrozumienia decyzji, opierając się wyłącznie na jej osnowie. Informacje o naturze naruszenia lub nałożonych sankcjach nie mogą wynikać wyłącznie z uzasadnienia, gdyż ma ono walor przede wszystkim interpretacyjny, a tylko osnowa decyzji wywołuje skutek prawny w postaci uznania odpowiedzialności danego podmiotu za naruszenie[55]. Sąd podkreślił jednak, że istnienie sprzeczność pomiędzy uzasadnieniem a osnową nie oznacza od razu, że decyzja dotknięta jest wadliwością, pod warunkiem, że: (1) skarżący sam może wykryć te nieścisłości i je zaskarżyć; (2) osnowa decyzji jest na tyle precyzyjna i jasna, że skarżący ma pewność co do zakresu i przedmiotu decyzji; (3) dowody wskazane w osnowie decyzji, na których oparte zostało rozumowanie, są jasno zidentyfikowane i zbadane w uzasadnieniu[56]. Następnie podkreślił również rangę skutecznego notyfikowania aktu adresatowi, gdyż przedstawienie uzasadnienia decyzji musi zostać wydane w tym samym momencie, co decyzja wywołująca negatywne skutki w sferze prawnej adresata[57]. Decyzja powinna być samowystarczalna, a jej uzasadnienie nie może wynikać z pisemnych lub ustnych wyjaśnień udzielonych w późniejszym okresie, kiedy decyzja ta stanie się już przedmiotem skargi do Sądu (Jaśkowski, 2016, 148–149). Spóźniona notyfikacja nie może być rektyfikowana tylko dlatego, że adresat decyzji o powodach jej powzięcia dowiedział się w toku postępowania przed Sądem. W przeciwnym wypadku istnieje ryzyko wypaczenia roli uzasadnienia polegającej na zapewnieniu adresatom decyzji prawa do skutecznej obrony, które realizowane jest m.in. poprzez analizę treści decyzji, ocenę jej prawidłowości i jej ewentualne zaskarżenie[58]. Sąd zaznaczył również, że w przedstawionym stanie faktycznym nie mógł dokonać kontroli legalności decyzji, gdyż nie był w stanie ocenić czy dowody powołane na okoliczność istnienia jednolitego i ciągłego naruszenia wskazanego w uzasadnieniu dowodzą istnienia czterech oddzielnych naruszeń opisanych w osnowie[59].

Wprawdzie wyrok Sądu uwzględnił żądania skarżących, jednak nie sposób oprzeć się wrażeniu, iż spolegliwie traktuje obowiązek Komisji dotyczący uzasadniania decyzji, podkreślając, że nie każda sprzeczność między osnową a uzasadnieniem doprowadzi do nieważności aktu. Co prawda treść decyzji powinna być jasna i precyzyjna, zawierać zrozumiałe dla jednostki wyjaśnienia dotyczące wysokości i podstawy nałożonych sankcji, to jednak Sąd wskazuje na wiele warunków granicznych, które mimo niespójności i lakoniczności uzasadnienia nie dają podstawy do uznania, iż jest ono wadliwe, jeśli jednostka mogła chociaż pośrednio wydedukować motywy działania Komisji.

III. Stwierdzenie nieważności decyzji Komisji Europejskiej

1. Wprowadzenie

Zasada trwałości aktu administracyjnego stanowi ogólną zasadę prawa Unii, zgodnie z którą organy UE powinny uznać nienaruszalność aktów, które wydały i które wpływają na sytuację prawną i materialną podmiotów prawa, chyba że do zmiany dojdzie z poszanowaniem norm kompetencyjnych i proceduralnych (Jaśkowski, 2016, s. 170)[60]. Z zasady tej wynika również

[55] T-9/11 *Air Canada*, *op cit.*, pkt 35–36.

[56] *Air Canada*, op cit., pkt 75–76.

[57] Ibidem, pkt 82.

[58] Ibidem, pkt 83.

[59] Ibidem, pkt 84–85.

[60] Gwarancyjna funkcja tej zasady oznacza, że wszelkie odstępstwa ograniczone są do szczególnie uzasadnionych przypadków.

domniemanie legalności aktu, zgodnie z którym akt UE pozostaje skuteczny do czasu jego unieważnienia przez sąd lub uchylenia przez organ. Procedura sądowej kontroli aktów zawarta jest w art. 263 TFUE i ma na celu ochronę porządku prawnego UE poprzez eliminowanie aktów prawa wtórnego sprzecznych z normą wyższego rzędu. (Jaśkowski, 2016, s. 170, 180, 208; Schuering, 2012, s. 313). Decydującym dla stwierdzenia czy przedsiębiorca może zaskarżyć akt Komisji nie jest forma aktu (np. decyzja), a określenie czy środki w nim zawarte dotyczą jednostki w sposób indywidualny i bezpośredni. Zgodnie z orzecznictwem istnieją dwa podstawowe kryteria zaskarżalności decyzji: (1) akt musi stanowić ostateczne stanowisko Komisji oraz (2) akt musi wywoływać wiążące skutki prawne mające wpływ na interesy skarżącego poprzez istotną zmianę jego sytuacji prawnej (Blanco, 2013, s. 667). Jak zostało to wskazane w wyroku *Air Canada*, co do zasady pod uwagę brana jest tylko osnowa decyzji (jako wywierająca skutki prawne), a oceny zawarte w uzasadnieniu nie mogą stanowić samodzielnego przedmiotu skargi. Akt niestanowiący finalnego rozstrzygnięcia może jednak być przedmiotem skargi, jeśli wywiera skutki prawne, a możliwość zaskarżenia ostatecznej decyzji w sprawie nie jest, w świetle art. 6 EKPC i art. 47 KPP, wystarczającą dla ochrony zagrożonych uprawnień. Za przykład posłużyć może decyzja o przeprowadzeniu kontroli czy żądaniu udzielenia informacji (Jaśkowski, 2016, s. 208–210).

2. Zakres sądowej kontroli decyzji Komisji dotyczących kontroli przedsiębiorstw

Sądy UE, orzekając na podstawie art. 263 TFUE względem aktów Komisji, występują w roli „tradycyjnych sądów administracyjnych", których jurysdykcja nie jest pełna, mimo wymogów wynikających z orzecznictwa EKPC dotyczących kontroli aktów wydanych w sprawach „karnych"[61]. Decyzje Komisji podlegają co do zasady kontroli legalności, a jedynie wyjątkowo, w stosunku do decyzji o sankcjach, może być wydany wyrok reformatoryjny, zastępujący decyzję Komisji. Wprawdzie brak szczegółowego badania decyzji instytucji jest często krytykowany, jednak TSUE wskazuje, że skoro Komisja ocenia „złożone sprawy gospodarcze", musi dysponować pewnym marginesem dyskrecjonalnego uznania, który nie podlega kontroli sądowej[62]. Z tego względu TSUE bada jedynie istotność faktów oraz skutki prawne, jakie Komisja z nich wywiodła w notyfikowanym uzasadnieniu decyzji, sprawdzając również: (1) czy fakty zostały ustalone w odpowiedni sposób; (2) czy instytucja nie popełniła rażącego błędu albo nie nadużyła władzy; (3) czy nie doszło do nadużycia przepisów proceduralnych; (4) czy organ wydający decyzję nie dokonał błędnej wykładni prawa[63]. Z uwagi na ograniczony zakres kontroli treści decyzji uznanionwych, sądy unijne przywiązują szczególna wagę do dochowania formalnych wymogów postępowania. Uznają, że podjęcie optymalnej decyzji możliwe jest jedynie w przypadku zachowania poprawności proceduralnej, w tym zagwarantowania poszanowania uprawnień jednostki. TSUE wprawdzie weryfikuje prawidłowość ustaleń faktycznych, na których oparł się organ, jednak w przypadku, gdy Komisja przeprowadza złożone oceny ekonomiczne, swoboda uznania ma w pewnym stopniu zastosowanie również do tychże ustaleń. W efekcie sądy UE interweniować będą jedynie w przypadku, gdy KE w oczywiście błędny sposób ustaliła fakty lub też wnioski, które zaprezentowała w uzasadnieniu

[61] Zdaniem ETPC prawo do sądu i prawo do sądowego rozstrzygnięcia sporu obejmuje zarówno zagadnienia faktyczne, jak i prawne, więcej: Jaśkowski, 2016, s. 407–408; Nazzini, 2012, s. 979–981; Slater, Thomas i Waelbroeck, 2008, s. 7–16.

[62] Więcej: Jaśkowski, 2016, s. 242–245, 392–412.

[63] Zob. wyr. SPI z 29.061993 r. w sprawie T-7/92 *Asia Motor France i inni v. Komisja (Asia Motor II)*, ECLI:EU:T:1993:52, pkt 33.

nie znajdują odzwierciedlenia w przedstawionym materiale dowodowym[64]. Celem działania sądów UE jest więc nie tyle rozstrzygnięcie sporu, ile raczej kontrola administracji i doprowadzenie do stanu zgodnego z prawem, a w konsekwencji – ochrona jednostki (Kowalik-Bańczyk, 2012a, s. 414–418; Harlow i Rawlings, 2014, s. 72, van der Vijver, 2013, s. 126–127; Jaśkowski, 2016, s. 199, 392–393, 395–396, Schwarze, 2004, s. 94–96, 101–102). Niewątpliwie ten ograniczony zakres badania decyzji przez TSUE ma wpływ na sytuację prawną skarżących, którzy nie mają instrumentów umożliwiających podważenia zasadności wydanej decyzji, a jedynie mogą się powoływać na popełnione przez Komisję naruszenia proceduralne.

3. Wadliwość uzasadnienia jako naruszenie istotnego wymogu proceduralnego

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem[65], brak lub niewystarczające uzasadnienie uznawane jest jako naruszenie istotnego wymogu proceduralnego, które badane jest z urzędu (Jaśkowski, 2016, s. 237 i 250; Kowalik-Bańczyk, 2012, s. 764). Powstaje jednak pytanie, czy samo naruszenie obowiązku uzasadnienia stanowi samoistną przesłankę unieważnienia decyzji Komisji, która wydana została w związku z kontrolą przedsiębiorstwa. W świetle powołanych wyroków na to pytanie należy odpowiedzieć negatywnie (Blanco, 2013, s. 676–677). Wprawdzie uchybienie obowiązkowi uzasadnienia aktu stanowi przesłankę nieważności, jednak za każdym razem TSUE bada czy skutkiem tego naruszenia jest zaistnienie łącznie dwóch okoliczności: (1) naruszenie gwarancji procesowych jednostki, w szczególności szeroko pojętego prawa do obrony oraz (2) niemożność dokonania kontroli legalności decyzji przez TSUE. Przy czym, za wadliwy nie zostanie uznany akt, kiedy: (1) skarżący sam może wykryć te nieścisłości i je zaskarżyć; (2) osnowa decyzji jest na tyle precyzyjna i jasna, że skarżący ma pewność co do zakresu i przedmiotu decyzji; (3) dowody wskazane w osnowie decyzji, na których oparte zostało rozumowanie, są jasno zidentyfikowane i zbadane w uzasadnieniu[66]. Ujmując zwięźle, za wadliwy zostanie uznany akt, w którym Komisja tak dalece uchybiła obowiązkowi uzasadnienia, że ani adresat decyzji, ani TSUE nie są w stanie rozszyfrować motywów jego wydania. Dopiero taka wadliwość narusza prawo do obrony jednostki oraz uniemożliwia kontrolę legalności decyzji, a zatem stanowi poważne naruszenie proceduralne prowadzące do stwierdzenia nieważności decyzji. Odmienna sytuacja miała miejsce w sprawie *Deutsche Bahn*, w której to Trybunał uchylił wyrok Sądu oraz unieważnił drugą i trzecią decyzję dotyczącą kontroli, gdyż zostały one wydane w konsekwencji naruszenia obowiązku uzasadnienia aktu administracyjnego. W mocy została natomiast utrzymana pierwsza decyzja dotycząca kontroli, mimo iż – jak określił to Rzecznika Generalnego, Nihls Wahl – Komisja wprost dopuściła się obejścia art. 20 ust. 4 rozporządzenia 1/2003[67].

Taka restrykcyjna regulacja uznania wadliwości uzasadnienia za istotne naruszenie proceduralne ma szczególny związek z kompetencjami dyskrecjonalnymi Komisji, a w konsekwencji ograniczonym zakresem badania decyzji. W efekcie sądy UE, badając prawidłowość uzasad-

[64] T-7/92 *Asia Motor II*, pkt 55; wyr. TS z 12.03.2002 r. w sprawach połączonych C-27/00 i C-122/00 *Omega Air i inni*, ECLI:EU:C:2002:16, pkt 65. Por. jednak szczegółowa analiza prawna została dokonana przez Sąd w wyr. *Airtours* oraz *Tetra Laval*. Zob. więcej: wyr. SPI z 6.06.2002 r. w sprawie T-342/99 *Airtours v. Komisja*, ECLI:EU:T:2002:146, wyr. SPI 05.10.2002 r. w sprawie T-5/02 *Tetra Laval v. Komisja*, ECLI:EU:T:2002:146.

[65] Np. C-413/06 P *Impala*, pkt 174.

[66] T-9/11 *Air Canada*, pkt 76.

[67] Opinia *Deutsche Bahn*, pkt 66.

nienia, nie tyle koncentrują się nad przesłankami wydania danej decyzji[68], ile nad poprawnością proceduralną działań podejmowanych przez instytucję (pod. Kowalik-Bańczyk, 2012a, s. 430, Schwarze, 2004, s. 94–97).

4. Skutki unieważnienia

Stwierdzenie nieważności decyzji następuje wskutek uwzględnienia skargi złożonej zgodnie z wymogami art. 263 TFUE i może dotyczyć całości lub części aktu. Przyjmuje się, że TSUE, wydając wyrok stwierdzający nieważność, dokonuje zmiany w istniejącym stanie prawnym, eliminując wadliwy akt z obrotu prawnego. Wyrok ma zatem charakter konstytutywny, gdyż w przypadku niezaskarżenia aktu w terminie pozostałby on w mocy. Zresztą akt ten wywołuje skutki prawne, aż do momentu wydania wyroku. Co więcej, unieważnienie danego aktu nie ma wpływu na ważność innych niezaskarżonych aktów, choćby były one dotknięte tę samą wadą. Organ, który wydał wadliwy akt nie jest również zobowiązany do jego uchylenia lub zmiany[69]. Wyrok unieważniający wywiera skutki *ex tunc*, z mocą wsteczną lub, jak proponuje Krystyna Kowalik-Bańczyk, *ab initio*, tak jakby akt nigdy nie istniał (Jaśkowski, 2016, s. 262–263; Blanco, 2013, s. 683; Kowalik-Bańczyk, 2012a, s. 432)[70]. Wskutek wydanego wyroku Komisja zobowiązana jest do podjęcia środków koniecznych do usunięcia skutków stwierdzonych naruszeń prawa, co w przypadku decyzji uprzednio wykonanych oznaczać może przywrócenie do stanu sprzed wydania aktu (*restitutio in integrum*). Krytykowany jest jednak brak właściwości TSUE do wskazania w wyroku sposobu jego wykonania, gdyż na podstawie art. 266 TFUE kompetentny do wyboru właściwych środków jest organ, który wydał zaskarżony akt[71]. Wyrok jest skuteczny *erga omnes* i można opierać się na nim w postępowaniach prowadzonych przed sądami krajowymi oraz w innych postępowaniach prowadzonych przed sądami UE (Blanco, 2013, s. 683; Kowalik-Bańczyk, 2012a, s. 432; Jaśkowski, 2016, s. 263).

Unieważnienie decyzji wcale nie oznacza, iż sprawa została zakończona po myśli skarżącego. W przypadku, gdy przesłanką unieważnienia było naruszenie istotnego przepisu procedury, Komisja może podjąć postępowanie i wydać kolejną decyzję w tej sprawie. Zasada powagi rzeczy osądzonej nie wyklucza ponownego otwarcia postępowania administracyjnego, a *res iudicata* obejmuje jedynie zagadnienia faktu i prawa stwierdzone w wyroku. Komisja nie może jednak przyjąć decyzji z naruszeniem tego samego wymogu proceduralnego, który stał się przyczynkiem do unieważnienia wcześniejszego aktu. Niemniej jednak nie jest wykluczone, że nowa decyzja będzie identycznej treści, co wcześniejsza unieważniona, z tym wyjątkiem, że zostanie wydana bez uprzednio stwierdzonego naruszenia. (Kowalik-Bańczyk, 2012a, s. 435; Blanco, 2013, s. 684–685). Przedsiębiorstwa, próbując zabezpieczyć swoje interesy, co raz częściej pozywają Komisję o odszkodowanie z tytułu szkód wynikłych z wydanej, a następnie unieważnionej decyzji[72].

[68] Np. czy rzeczywiście można uznać, że doszło do naruszenia prawa konkurencji? Czy Komisja miała uzasadnione podejrzenia do wydania decyzji nakazującej poddanie się kontroli?

[69] W przypadku gdy decyzja skierowana jest do wielu przedsiębiorstw, należy postrzegać ją jako wiele indywidualnych decyzji, skierowanych do poszczególnych adresatów, wydanych w formie jednego aktu. Z tego względu unieważnienia decyzji na skutek skargi jednego przedsiębiorstwa, będzie wywoływać skutek wyłącznie w stosunku do tegoż podmiotu, natomiast w stosunku do przedsiębiorstw, które skargi nie wniosły, akt zostanie utrzymany w mocy. Zob. Kowalik-Bańczyk, 2012a, s. 433.

[70] Od tej zasady dopuszczalne są wyjątki (np. z uwagi na bezpieczeństwo prawne, szczególne okoliczności sprawy), kiedy wyrok będzie skutkował na przyszłość. Zob. Kowalik-Bańczyk, 2012a, s. 432.

[71] Por. wyr. ETPC 02.04.2015 r. w sprawie 63629/10 i 60567/10 *Vinci Construction et GTM Génie Civil et Services p-ko Francji*, pkt 63–66.

[72] Co do zasady powód musi udowodnić wystąpienie szkody, bezprawne działanie oraz związek przyczynowo pomiędzy działaniem a szkodą – zob. Półtorak, 2012, s. 1037.

Sąd stwierdził jednak, że nawet jeśli decyzja została unieważniona, to Komisja nie będzie uznana za odpowiedzialną, pod warunkiem że nie dopuściła się wystarczająco poważnego naruszenia normy, której celem jest ochrona uprawnień jednostek lub po stronie Komisji nie nastąpiło poważne i jawne przekroczenie granic kompetencji. Oznacza to, że nie charakter działania instytucji UE ma być decydujący dla stwierdzenia czy zachodzi naruszenie będące podstawą odpowiedzialności, ale zakres władzy uznaniowej przyznanej instytucji przy wykonywaniu jej zadań[73] (Półtorak, 2012, s. 1037–1038 i 1044; Blanco, 2013, s. 685; Kawczyńska, 2016, s. 229–230). Odpowiedzialność Komisji jest w konsekwencji znacznie ograniczona, a przedsiębiorcy nie posiadają skutecznych narzędzi, które umożliwiałyby uzyskanie rekompensaty z tytułu szkód poniesionych wskutek decyzji wydanej z naruszeniem prawa. Należy przecież pamiętać, że akty Komisji nierzadko pociągają za sobą istotne implikacje finansowe, które mają bezpośredni wpływ na kondycję i strategię przedsiębiorstw wykraczające poza zwykłe ryzyko gospodarcze.

IV. Podsumowanie

Obowiązek Komisji Europejskiej uzasadniania decyzji z założenia gwarantować ma przejrzystość działań instytucji, zapewniać poszanowanie praw adresatów decyzji oraz umożliwiać dokonanie kontroli legalności aktu przez sądy UE. Z tego względu TSUE wielokrotnie podkreślał, że uzasadnienie powinno zawierać konieczne elementy stanu prawnego i faktycznego, określać cel działań Komisji oraz wskazywać na zakres obowiązków i uprawnień adresata. Nie powinno ono nastręczać trudności interpretacyjnych ani budzić wątpliwości, co do zobowiązań podmiotów. W przeciwnym razie nie spełnia swojego celu, uchybiając prawu do obrony.

Co do zasady wadliwość uzasadnienia stanowi przesłankę unieważnienia decyzji Komisji w całości lub części, stanowiąc zgodnie z art. 6 EKPC i art. 47 KPP element ochrony sądowej jednostek przez arbitralnymi aktami administracji. Niemniej jednak uprawniania dyskrecjonalne Komisji w dokonywaniu oceny złożonych sytuacji ekonomicznych oraz nadrzędny cel, jakim jest ochrona rynku wewnętrznego przez zakłóceniami konkurencji, mają bezpośredni wpływ na realizację prawa przedsiębiorców do skutecznej ochrony prawnej. Po pierwsze, Trybunał precyzuje kolejne warunki, bez spełnienia których uzasadnienie *prima facie* wątpliwej jakości nie stanowi naruszenia istotnego wymogu proceduralnego[74]. Po drugie, TS oszczędnie odnosi się do kwestii, które mogłyby znacząco wpłynąć na wykonywanie uprawnień kontrolnych Komisji, zmuszając instytucję do zmiany dotychczasowej praktyki na mniej restrykcyjną względem przedsiębiorców[75]. Po trzecie, sądy UE, działające jako sądy administracyjne, uprawnione są do badania decyzji jedynie w ograniczonym zakresie, koncentrując się nie tyle na rozstrzygnięciu sporu, co dokonując kontroli legalności działań administracji. Po czwarte, nawet gdy uzasadnienie jest skonstruowane wadliwie, aby doszło unieważnienia decyzji z powodu naruszenia istotnego wymogu proceduralnego, nieprawidłowości muszą być na tyle poważne, by naruszały gwarancje proceduralne adresata decyzji oraz uniemożliwiały dokonanie kontroli legalności[76]. W konsekwencji możliwości

[73] Wyr. TS z 10.12 2002 r. w sprawie C-312/00 P *Komisja v. Camar*, ECLI:EU:C:2002:736, pkt 54–55.

[74] Zob. T-9/11 *Air Canada*, pkt 75–76.

[75] Zob. opinia *HeidelbergCement*, pkt 39-168 i zagadnienia w niej poruszane: np. wolność od samooskarżania się, obowiązku wskazania zakresu geograficznego naruszenia, badanie proporcjonalności żądania, możliwość nałożenia na przedsiębiorstwo obowiązku przedstawienia informacji w określonym formacie, stosowanie zasady proporcjonalności w stosunku do terminów udzielenia informacji, skutki prawne niejasno sformułowanych pytań; jak również prawo do obrony przedsiębiorcy w ramach którego wyszczególnić można m.in. prawo do bycia wysłuchanym, prawo do pomocy prawnej, przywilej prawniczy, zasadę domniemania niewinność, dostęp do akt sprawy.

[76] Zob. T-9/11 *Air Canada*, pkt 82–83.

skutecznego zaskarżenia decyzji z uwagi na wadliwość uzasadnienia jest ograniczona do przypadków, w których to instytucja istotnie uchybiła nadrzędnym zasadom prawa lub znacząca naruszyła swoje uprawnienie dyskrecjonalne.

Nie napawa optymizmem również wniosek, że jeśli tylko proceduralne naruszenia, których dopuściła się Komisja mogą zostać usunięte, instytucja ta ma prawo ponownego wszczęcia dochodzenia, a zasada *res iudicata* obowiązuje co do przyczyn unieważniania. Oznacza to, że przedsiębiorcy może zostać notyfikowana kolejna decyzja o identycznej treści co uprzednia, z tym wyjątkiem, iż wydana bez naruszeń prawa. Adresat decyzji ma też znikome szanse na uzyskanie odszkodowania z tytułu szkód poniesionych działaniem Komisji, z uwagi na trudne do spełnienia przesłanki odpowiedzialności odszkodowawczej instytucji. W takiej sytuacji nie sposób oprzeć się wrażeniu, że przy wszystkich deklaracjach rozwoju praw podstawowych oraz rosnącemu znaczeniu Karty Praw Podstawowych, gwarancje prawne przedsiębiorców znajdują się na peryferiach tych postulatów[77].

Bibliografia

Blanco, L.O. (red.). (2013). *EU Competition procedure. Third Edition*. Oxford: Oxford University Press.

Craig, P. (2014). Article 41- Right to Good Administration. W: S. Peers, T. Hervey, J. Kenner, A. Ward (red.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A commentary* (s. 1069–1098). Oxford and Portland: Hart Publishing, http://dx.doi.org/10.5771/9783845259055_1112.

Deselaers, W. i Venot, E. (2015). Deutsche Bahn v Commission: Limits on the European Commission's Inspection Powers. *Journal of European Competition Law & Practice 2015, 6*(8), 581–583, http://dx.doi.org/10.1093/jeclap/lpv062.

Di Federico, G. (2013). Deutsche Bahn: What the Commission Can and Cannot do in Dawn Raids. *Journal of European Competition Law & Practice, 5(1*), 29–31, http://dx.doi.org/10.1093/jeclap/lpt070.

Doniec, A. (2016). *Stosowanie kar pieniężnych w unijnym i polskim prawie konkurencji w świetle wymogów ochrony praw człowieka*. Warszawa: Wydawnictwo Wydziału Zarządzania UW.

Grzeszczak, R. (2011). *Władza wykonawcza w systemie Unii Europejskiej*. Warszawa: SAWPIAUW.

Harlow, C. i Rawlings, R. (2014). *Process and Procedure in EU Administration*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, http://dx.doi.org/10.5040/9781474201087.

Jaśkowski, M. (2016). *Sądowa kontrola legalności aktów administracyjnych Unii Europejskiej*. Warszawa: Wolters Kluwer.

Kawczyńska, M. (2016). *Pozaumowna odpowiedzialność odszkodowawcza Unii Europejskiej*. Warszawa: Wolters Kluwer.

Kowalik-Bańczyk, K. (2012). Artykuł 296. W: A. Wróbel (red.), *Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej* (wyd. 2, t. III, s. 435–439). Warszawa: Wolters Kluwer.

Kowalik-Bańczyk, K. (2012a). *Prawo do obrony w unijnych postępowaniach antymonopolowych, w kierunku unifikacji standardów proceduralnych w Unii Europejskiej*. Warszawa: Wolters Kluwer.

Michałek, M. (2015). *Right to defence in EU competition law: The case of inspections*. Warszawa: Wydawnictwo Wydziału Zarządzania UW.

Michałek-Gervais, M. (2015a). Granice zakresu uprawnień kontrolnych Komisji Europejskiej w świetle najnowszego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, *8*(4), 24–40, http://dx.doi.org/10.7172/2299-5749.IKAR.8.4.2

[77] Zob. opinia *HeidelbergCement*, pkt 39–168 i zagadnienia w niej poruszane, co do których TSUE nie zajął stanowiska.

Nazzini, R. (2012). Administrative Enforcement, Judicial Review and Fundamental Rights in EU Competition Law: A Comparative Contextual-Functionalist Perspective. *Common Market Law Review, 49*, 971–1006.

Półtorak, N. (2012). Artykuł 340. W: A. Wróbel (red.), *Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej* (wyd. 2, t. III, s. 1004- 1054). Warszawa: Wolters Kluwer.

Scheuring, K. (2012). Artykuł 263. W: A. Wróbel (red.). *Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej* (wyd. 2, tom III, 307–344). Warszawa: Wolters Kluwer.

Schwarze, J. (2004). Judicial Review of European Administrative Procedure. *Law and Contemporary Problems*, *68*(85), 85–105.

Slater, D., Thomas, S. i Waelbroeck, D. (2008). *Competition law proceedings before the European Commission and the right to a fair trial: no need for reform?* GCLC Working Paper 04/08. Brugia: College of Europe.

Sozański, J. (2013). *Prawa człowieka w Unii Europejskiej*. Poznań: Iuris.

van der Vijver, T. (2013). Article 102 TFEU: How to Claim the Application of Objective Justifications in the Case of prima facie Dominance Abuses?, *Journal of European Competition Law & Practice*, 4(2), 121–133, http://dx.doi.org/10.1093/jeclap/lps062.

Joanna Piechucka*, Marta Stryszowska**

Metody ustalania podejrzenia istnienia zmowy przetargowej

Spis treści

I. Wprowadzenie
II. Podejście strukturalne
III. Podejście behawioralne
  1. Podejrzane wzorce zachowań
  2. Analiza wariancji cen
  3. Związek pomiędzy kosztami a ofertami przetargowymi
  4. Związek pomiędzy ofertami przetargowymi
IV. Uwagi końcowe

Streszczenie

Niniejszy artykuł przedstawia metody ekonomiczne ustalania podejrzenia istnienia zmowy przetargowej oparte na dwustopniowej procedurze. W pierwszej kolejności przedstawiono podejście strukturalne polegające na identyfikacji rynków, na których wystąpienie zmowy przetargowej jest bardziej prawdopodobne, a zatem powinny być objęte szczególną uwagą.

W drugiej kolejności omówiono podejście behawioralne, które polega na zastosowaniu narzędzi ekonomicznych w celu zidentyfikowania podejrzanych zachowań związanych ze zmową przetargową, jej uczestników oraz czasu jej trwania. W ramach tego podejścia omówiono narzędzia służące do identyfikacji podejrzanych zachowań, analizę wariancji cen, metody badania związku pomiędzy kosztami a ofertami przetargowymi oraz metody badania związku pomiędzy ofertami przetargowymi. Wreszcie, omówiono zakres, w jakim metody ekonomiczne mogą zostać zastosowane w praktyce przez urzędy antymonopolowe do wykrywania zmów przetargowych.

Słowa kluczowe: zmowy przetargowe; analiza wariancji cen; analiza empiryczna zachowań w przetargach.

JEL: C13, D22, L41

I. Wprowadzenie

W celu zwiększenia wykrywalności zmów przetargowych urzędy antymonopolowe mają do dyspozycji trzy komplementarne narzędzia. Po pierwsze, poprzez promowanie programu łagodzenia kar mogą one zachęcić uczestników zmowy do złożenia wniosków leniency. Po drugie, poprzez

* Ekonomistka, Microeconomix; doktorantka Paris School of Economics – Université Paris 1 Panthéon Sorbonne; e-mail: joanna.piechucka@microeconomix.com.
** Wiceprezes, Microeconomix; e-mail: marta.stryszowska@microeconomix.com.

ułatwianie składania skarg mogą one zachęcić poszkodowanych wskutek zawarcia zmowy do złożenia skargi. Po trzecie, poprzez zastosowanie metod analitycznych mogą samodzielnie wyodrębnić rynki lub przetargi wymagające bardziej szczegółowego dochodzenia. Niniejszy artykuł koncentruje się na tej ostatniej metodzie.

Zastosowanie metod analitycznych do wykrywania zmów przetargowych można oprzeć na dwustopniowej procedurze (zob. Harrington, 2008). W pierwszej kolejności można zastosować podejście strukturalne mające na celu wskazanie rynków, na których zaistnienie zmowy przetargowej jest szczególnie prawdopodobne. W drugiej kolejności, w ramach tego zawężonego zbioru rynków można zastosować podejście behawioralne. Polega ono na dogłębnej analizie zachowań oferentów w celu wykrycia przetargów, w których prawdopodobnie doszło do zmowy przetargowej.

Zastosowanie metod analitycznych do wykrywania zmów przetargowych można porównać z badaniem lekarskim. W pierwszej kolejności lekarz zwraca uwagę na pewne cechy, które wiążą się z większym prawdopodobieństwem zapadnięcia na daną chorobę, takie jak wiek czy występowanie tej choroby u innych członków rodziny. Pacjenci cechujący się większym ryzykiem objęci są szczególną uwagą i kierowani na badania profilaktyczne. Następnie pewne zachowania osób, takie jak palenie papierosów czy złe odżywanie, połączone z nietypowymi dla osoby zdrowej objawami mogą stanowić przesłankę do bardziej szczegółowych badań lekarskich i podejrzeń zaistnienia danej choroby u pacjenta.

W dalszej części artykułu zaprezentowano bardziej szczegółowo zastosowanie metod analitycznych w celu zwiększenia wykrywalności zmów przetargowych. W rozdziale II w ramach podejścia strukturalnego wyodrębniono kryteria ułatwiające zawarcie zmowy przetargowej. W rozdziale III przedstawiono podejście behawioralne. W podrozdziale 1 opisano podejrzane wzorce zachowań uczestników przetargów. Następnie w podrozdziałach 2–4. przedstawiono empiryczne zastosowanie metod analitycznych.

II. Podejście strukturalne

Zmowy przetargowe przybierają różne formy. W szczególności, OECD w swoich wytycznych do zwalczania zmów przetargowych (OECD, 2009), wymienia następujące strategie, z którymi można się spotkać:

- składanie oferty zabezpieczającej (*cover bidding*) przejawiające się w: (1) złożeniu oferty droższej od wytypowanej oferty wygrywającej; (2) złożeniu zbyt drogiej oferty, aby mogła zostać przyjęta bądź (3) złożeniu oferty, która nie spełnia warunków przetargu;
- ograniczanie ofert przetargowych (*bid suppression*) poprzez podjęcie decyzji przez firmę bądź firmy o niewzięciu udziału w przetargu bądź wycofaniu oferty, aby przetarg wygrała wyznaczona przez podmioty biorące udział w zmowie oferta;
- składanie rotacyjnych ofert (*bid rotation*) polegające na składaniu po kolei przez podmioty biorące udział zmowie najtańszych ofert;
- alokacja rynkowa (*market allocation*) polegająca na wydzieleniu klientów bądź obszarów geograficznych, na których poszczególne firmy biorące udział w zmowie przetargowej nie będą składać ofert.

Pewne cechy rynku mogą ułatwiać występowanie oraz utrzymywanie zmowy przetargowej. Podejście strukturalne polega na identyfikacji rynków podatnych na występowanie zmów

przetargowych (zob. przykładowo Motta, 2004). Polega ono na wyodrębnieniu kryteriów ułatwiających zawarcie zmowy przetargowej. Poniżej przedstawiono przykładowe kryteria, które mogą być wzięte pod uwagę przy zastosowaniu podejścia strukturalnego.

W stosowaniu podejścia strukturalnego za istotne kryterium można uznać liczbę firm obecnych na rynku. W przypadku rynku o małej liczbie firm oferujących dany produkt czy usługę firmom łatwiej jest koordynować działania dotyczące ofert czy dążyć do podziału rynku. Im więcej jest firm obecnych na rynku, tym trudniej koordynować działania i tym mniejsze są potencjalne zyski z udziału w zmowie.

Innym ważnym kryterium jest jednorodność produktu czy usługi, którego przetarg dotyczy. W przypadku prostych produktów lub usług łatwiej jest dojść do porozumienia. Im produkt czy usługa są bardziej standardowe czy nieskomplikowane, tym łatwiej jest firmom zgodzić się na wspólną strukturę cenową. Natomiast gdy dotyczy to bardziej skomplikowanych produktów lub usług zawarcie zmowy przetargowej wymaga większego wysiłku od jej uczestników.

Kolejnym ważnym aspektem są bariery wejścia. Znaczące bariery wejścia dla nowych firm powodują, że firmy obecne na rynku nie muszą się obawiać, iż ich niekonkurencyjne zachowanie mogłoby sprowokować nowe wejście na rynku. Gdy brakuje barier wejścia, utrzymywanie wysokich cen skutkowałoby wejściem nowych firm na rynek i obniżeniem zyskowności zmowy.

Istotnym czynnikiem jest też informacja dostarczona w trakcie i po zakończeniu się danego przetargu. Przetargi dostarczające dużo informacji na temat składanych ofert ułatwiają monitorowanie dotrzymywania warunków zmowy przetargowej. Ewentualne odstępstwa od zmowy są wówczas łatwo wykrywalne.

Innym ważnym czynnikiem może się okazać obecność branżowych stowarzyszeń. Stowarzyszenia takie mogą umożliwić komunikację między konkurentami i zarazem sprzyjać nawiązaniu się zmowy przetargowej.

Podobieństwo w kosztach konkurujących firm może również być istotnym aspektem. Gdy firmy mają podobne koszty, łatwiej jest im koordynować działania dotyczące wspólnej polityki cenowej. W przypadku asymetrycznych kosztów firmy o niższych kosztach mogłyby więcej zyskać z odstępstwa od zmowy, nie obawiając się przy tym za bardzo możliwego odwetu ze strony firmy o wyższych kosztach.

W podejściu strukturalnym mogą być również wzięte pod uwagę kontakty firm na wielu rynkach. Umożliwiają one częste spotkania ich reprezentantów i co za tym idzie ułatwiają zawarcie zmowy przetargowej. Co więcej, możliwa asymetria pomiędzy firmami, która, analizując pojedynczy rynek, stanowiłaby czynnik utrudniający zmowę, może być załagodzona. Podczas gdy jedna z firm może mieć przewagę konkurencyjną na jednym rynku, jej rywal osiąga przewagę konkurencyjną na drugim. W ten sposób kontakt firm na wielu rynkach przywraca symetrię między firmami, która z kolei stanowi czynnik ułatwiający zawarcie zmowy.

Kolejnym kluczowym elementem może być brak jednoznacznych substytutów. Jeżeli produkt będący przedmiotem przetargu nie ma konkurencji ze strony innych produktów, które mogłyby go zastąpić, łatwiej jest zawyżyć ceny w przetargu. Jeżeli zaś organizator przetargu mógłby się łatwo przerzucić na inny produkt, nieobjęty przetargiem, firmy mogą być bardziej ostrożne przy ustalaniu swoich cen.

Brak znaczącego postępu technologicznego może odgrywać znaczącą rolę w podejściu strukturalnym. W bardziej technologicznie zaawansowanych rynkach trudniej jest dojść do porozumienia odnośnie do oczekiwanego poziomu cen. Brak znaczącego postępu technologicznego wprowadza pewną symetrię pomiędzy konkurującymi firmami i w konsekwencji ułatwia zawarcie zmowy przetargowej.

Warto przy tym zaznaczyć, że wymienione cechy nie są ani konieczne, ani wystarczające, aby do zmowy przetargowej doszło. Analiza cech rynku pozwala jednak zawęzić dalszą procedurę wykrywania zmów przetargowych do rynków, gdzie istnieją bardziej sprzyjające warunki do zawarcia zmowy przetargowej.

Ciekawy przykład zastosowania podejścia strukturalnego można odnaleźć u P. Grouta i S. Sondereggera (2005). Zastosowali oni metody analityczne do badania czynników ekonomicznych sprzyjających zawarciu zmowy. Na podstawie tej analizy zaproponowali model prawdopodobieństwa zaistnienia zmowy na danym rynku. W związku z tym, że prawdziwa liczba karteli na danym rynku nie jest znana, swój model oparli na materiałach dowodowych Komisji Europejskiej i Departamentu Sprawiedliwości Stanów Zjednoczonych z lata 1994–2004 dotyczących wykrytych karteli. Jako miarę kartelizacji rynku przyjęli liczbę wykrytych karteli na danym rynku. W ramach czynników ekonomicznych, które mogą wpłynąć na stopień kartelizacji danego rynku, przyjęli między innymi wielkość i koncentrację rynku, liczbę firm, bariery wejścia, ograniczenia zdolności produkcyjnych oraz czynniki popytowe. U podstaw przyjętej metodologii leżało przekonanie autorów, że różnice w kluczowych czynnikach ekonomicznych między rynkami niosą ze sobą informację co do różnic w stopniu ich kartelizacji.

III. Podejście behawioralne

Podejście behawioralne oferuje wiele narzędzi mających na celu wykrycie zmowy przetargowej na danym rynku. Narzędzia te różnią się stopniem skomplikowania oraz wymaganiami odnośnie do potrzebnych danych. Częstym celem zawarcia zmowy przetargowej jest podwyższenie ceny oferty wygrywającej w przetargu. Stąd znaczna część metod stosowanych w podejściu behawioralnym dotyczy kształtowania się wysokości ofert przetargowych oraz identyfikowania podejrzanych zachowań czy prawidłowości w tym zakresie.

1. Podejrzane wzorce zachowań

Identyfikacja podejrzanych wzorców zachowań należy do jednych z prostszych narzędzi w ramach podejścia behawioralnego. Opierając się na teorii ekonomicznej bada ona czy dane zachowanie jest bardziej zgodne ze zmową, czy uczciwą konkurencją.

Już pewne proste wskaźniki odnoszące się do procesu przetargu, zachowań uczestników, kształtowania się ofert przetargowych czy dokumentów dostarczanych przez oferentów mogą stanowić pierwszą przesłankę podejrzenia zaistnienia zmowy przetargowej. Niektóre praktyki i wzorce zachowań oferentów dotyczące sposobu składania ofert czy częstotliwości, z jaką uczestnicy wygrywają przetargi mogą pozostawać w sprzeczności z zasadami uczciwej konkurencji.

Do podejrzanych zachowań można zaliczyć zbyt niską liczbę ofert i nagłe podniesienie cen niewyjaśnione zmianą kosztów czy też zmianą sytuacji na rynku. Ponadto, ceny przetargowe, które gwałtownie spadają w momencie pojawienia się nowego uczestnika lub gdy rzadko

uczestniczący oferent decyduje się wziąć udział w przetargu, to dodatkowy sygnał na zaistnienie zmowy przetargowej.

Podejrzenie może też wzbudzić brak logicznego związku pomiędzy ofertami przetargowymi składanymi przez tę samą firmę. Przykładowo, oferta cenowa oferenta może okazać się znacznie wyższa w danym przetargu niż ta oferowana przez tego samego oferenta w podobnym przetargu, czego nie można wytłumaczyć istotną różnicą kosztów. Takie zachowania mogą świadczyć o składaniu oferty zabezpieczającej. Zdarza się również, że oferent wyznacza wyższą cenę przetargową w swoim rejonie niż w miejscach znacznie oddalonych, z którymi związane są na przykład znacznie wyższe koszty transportu. W tym wypadku firmy mogły ustalić między sobą, kto ma wygrać przetarg na dany projekt.

Niewytłumaczalnie duża różnica w cenach pomiędzy ofertą wygrywającą i przegrywającą może również świadczyć o zawarciu przez podmioty zmowy przetargowej dążącej do utrzymywania wysokich cen. Wygrywająca oferta mogła być złożona przez oferenta nieuczestniczącego w zmowie i w konsekwencji była znacząco niższa niż te złożone przez zmawiające się firmy.

Identyczne bądź podobne oferty przetargowe również mogą budzić niepokój. Podejrzenia te są szczególnie uzasadnione, gdy dodatkowo ceny oferentów utrzymywały się przez długi czas na tym samym poziomie, a wcześniej różniły się od siebie albo gdy jeden z oferentów nagle podniósł cenę, czego nie da się wytłumaczyć wzrostem kosztów. Takie zachowania mogą świadczyć o podziale kontraktów pomiędzy uczestnikami.

Niepokojącym wzorcem zachowania jest także zlecanie przez zwycięską firmę podwykonawstwa firmie, która przegrała w tym samym przetargu. Może się okazać, że oferent nagle wycofuje się z przetargu, a później jest podwykonawcą usługi, którego przetarg dotyczył.

Jednocześnie, częste spotkania i stosunki towarzyskie konkurencyjnych firm stanowią dodatkowy sygnał o możliwości zaistnienia zmowy przetargowej. Budzi to szczególne wątpliwości, kiedy spotkania odbywają się przed przetargiem, w którym biorą udział.

Analiza przedstawionych powyżej wzorców może opierać się na porównaniu przetargów charakteryzujących się podejrzanymi zachowaniami z wcześniejszymi przetargami. Ewentualnie można również zbadać, na ile uczestniczenie firm niepodejrzanych o uczestniczenie w zmowie zmienia zachowania firm podejrzanych o uczestniczenie w zmowie. Można wówczas ocenić czy częstotliwość podejrzanych zachowań zwiększyła się w danym okresie lub też czy była pod silnym wpływem zachowania firm niepodejrzanych o branie udziału w zmowie. Analiza ekonomiczna mogłaby również polegać na porównaniu ofert wygranych z przegranymi bądź też porównaniu danej oferty przetargowej z ofertami składanymi przez tę samą firmę we wcześniejszych przetargach, a więc zbadać historię przetargową podejrzanego o wzięcie udziału w zmowie przetargowej.

Analiza dokumentów przygotowanych przez oferentów może stanowić dodatkowe źródło informacji w wykryciu podejrzanych zachowań oferentów. Podejrzane podobieństwo treści przedstawionych ofert przetargowych może stanowić przesłankę podejrzenia zmowy. Takie zachowania to przykładowo podobne sformułowania, błędy w pisowni występujące w ofertach uczestników przetargu, podobna terminologia tłumacząca wzrost cen czy też identyczny lub bardzo podobny sposób obliczeń. Zdarza się również, że oferty nawiązują do siebie w sposób, który może sugerować, że doszło do nielegalnych porozumień.

Wykorzystanie tych różnych dostępnych metod wymaga dobrego zrozumienia zachowania typowego dla uczciwej konkurencji oraz zachowania typowego dla zmowy przetargowej. Teoria ekonomiczna proponuje często proste wytyczne, które mogą być do tego celu wykorzystane. Warto jednak pamiętać o złożoności zachowań na rynku. Pewne zmiany zachowań nie muszą oznaczać zaistnienia zmowy przetargowej, lecz mogą też świadczyć o nagłej zmianie sytuacji na rynku.

2. Analiza wariancji cen

Kolejne podejście do wykrywania zmów przetargowych opiera się na analizie wariancji cen w czasie. U podstaw tej metody leży spostrzeżenie, iż w porównaniu z sytuacją uczciwej konkurencji w trakcie trwania zmowy przetargowej można nie tylko zaobserwować wzrost poziomu cen, lecz także ich mniejszą wariancję. To podejście ma zastosowanie w sytuacji, gdy zmowy przetargowe występowały regularnie w danym okresie.

Metoda wariancji cen oparta jest na założeniu, iż zmowa może stłumić wahania ceny danego produktu czy usługi. Każda zmiana wysokości oferty może być potraktowana jako odstępstwo od zmowy, a co za tym idzie zostać ukarana przez innego uczestnika zmowy obniżką oferowanej ceny w kolejnym przetargu. Tak więc, jak przedstawiono na wykresie 1, gdy firmy stosują się do ustalonej dyscypliny cenowej, wahania cen są mniejsze w porównaniu z okresem uczciwej konkurencji. Analiza wariancji cen polega więc na zidentyfikowaniu czy w danym okresie pojawiają się różne wzory kształtowania się cen. Okresy, podczas których obserwowana jest mniejsza wariancja cen stanowią przesłankę do bardziej szczegółowego dochodzenia dotyczącego wykrywania zmów.

Wykres 1. Analiza wariancji cen

Źródło: opracowanie własne.

W przypadku gdy okres zmowy jest wyraźnie zaznaczony, jako punktu odniesienia można użyć wariancji cen zaistniałej w warunkach konkurencji rynkowej i porównać do niej poziom wariancji cen zaobserwowany dla okresu zmowy przetargowej. Do zastosowania tej metody może być konieczne zebranie danych z dłuższego okresu obejmującego zmowę, jak również okresu konkurencji rynkowej.

Gdy dane dotyczące cen dostępne są jedynie dla okresu objętego zmową przetargową, analiza polega na ustaleniu oczekiwanej wariancji cen w warunkach uczciwej konkurencji. Jeżeli wariancja cen w danym okresie jest istotnie niższa niż oczekiwana w warunkach konkurencji rynkowej, wskazuje na podejrzenie ustalania ofert przetargowych.

W sztandarowym przykładzie (Abrantes-Metz, Froeb, Geweke i Taylor, 2006) opisano zmowę przetargową, ściganą przez Wydział Antymonopolowy amerykańskiego Departamentu

Sprawiedliwości, dotyczącą dostawy mrożonych ryb do baz wojskowych zarządzanych przez Centrum Wsparcia Kadr Obrony w Filadelfii. W latach 80. firmy te dostarczały niemal wszystkie gatunki ryb przeznaczone dla amerykańskiej służby wojskowej w kraju i za granicą.

Przetargi były dzielone pomiędzy firmami zaangażowanymi w zmowę podczas cotygodniowych rozmów telefonicznych. Ustalano, która firma ma złożyć najniższą ofertę w danym przetargu. Jednocześnie, pozostałe firmy zobowiązywały się do składania ofert zabezpieczających. W czerwcu 1988 r. jedna z firm zdecydowała się odstąpić od zmowy, a we wrześniu 1989 r. zmowa została ostatecznie zdemaskowana poprzez dostarczenie nagrań rozmów uczestników zmowy.

Autorzy tekstu przeprowadzili analizę wariancji cen na podstawie danych dotyczących ceny oraz kosztów mrożonych filetów z okonia w latach 1984–1989. Przeanalizowali oni zmiany cen w stosunku do zmiany kosztów w okolicach upadku zmowy. Analiza pokazała, że okres zmowy cechował się nie tylko istotnie wyższymi cenami, lecz także ich mniejszą wariancją. Upadkowi zmowy towarzyszył gwałtowny spadek cen. Po upadku zmowy ceny ryby zmieniały się równolegle z kosztami i cechowały się większą wariancją. Ceny mrożonych filetów z okonia spadły o 16%, z kolei wariancja cen wzrosła o 332% w stosunku do okresu zmowy.

3. Związek pomiędzy kosztami a ofertami przetargowymi

Metody porównujące szacowane koszty z ofertami przetargowymi opierają się na założeniu, że w przetargach, w których miała miejsce zmowa można się spodziewać większej rozbieżności pomiędzy cenami a szacowanymi kosztami niż w innych przetargach. Metoda ta polega na analizie, jak dobrze oferty przetargowe odzwierciedlają koszty oferentów.

Przykładowo, w przypadku rynków, gdzie odległość stanowi istotny czynnik determinujący koszty spodziewać się można pozytywnej zależności pomiędzy wysokością oferty a kosztami transportu. W przypadku zaburzenia takiej zależności można podejrzewać zaistnienie zmowy przetargowej. Podejrzenie wzbudza oferent, który wyznacza wyższą ofertę w swoim rejonie niż w miejscach znacznie oddalonych, z którymi związane są znacznie wyższe koszty transportu.

R.H. Porter i J.D. Zona (1999) zastosowali tę metodę do analizy rynku dostawy mleka do szkół w Ohio w latach 1980–1990. Na podstawie danych dotyczących przetargów dostarczonych w ramach postępowania sądowego pokazali, że zachowania przetargowe niektórych mleczarni w okolicach miasta Cincinnati w danym okresie są bardziej zgodne ze zmową przetargową niż uczciwą konkurencją.

Wartość mleka jest relatywnie mała w porównaniu do jego wagi. Tak więc konkurencja była lokalizowana ze względu na odległość od danej szkoły. Mleczarnie znajdujące się bliżej szkoły, będącej odbiorcą mleka, miały przewagę nad innymi oferentami w postaci niższych kosztów transportu.

Autorzy publikacji przeprowadzili analizę dotyczącą decyzji mleczarni do przystąpienia do przetargu oraz wysokość ich oferty przetargowej. Okazało się, że oferty mleczarni oskarżonych o zmowę przetargową były malejące wraz ze wzrostem odległości między mleczarnią a szkołą. Z kolei oferty mleczarni nieoskarżonych o zmowę wzrastały wraz z odległością od danej szkoły, co jest zgodne z założeniem, że oferty powinny odzwierciedlać koszty.

Na podstawie tych wyników autorzy publikacji ocenili, iż zachowania niektórych uczestników zmowy były charakterystyczne dla zmowy przetargowej. Podparło to podejrzenie, iż firmy

stosowały oferty uzupełniające w celu dokonania podziału geograficznego rynku dostawy mleka do szkół.

4. Związek pomiędzy ofertami przetargowymi

Metody analizujące związki pomiędzy otrzymanymi ofertami przetargowymi wychodzą z założenia, że w przetargach, w których miała miejsce uczciwa konkurencja, korelacja pomiędzy ofertami przetargowymi powinna być niewielka po uwzględnieniu pewnych wspólnych i dostępnych dla wszystkich uczestników informacji wpływających na koszty realizacji danego projektu. W przypadku zaistnienia zmowy na danym rynku i składania przez jej uczestników „fikcyjnych" ofert mających na celu stworzenie złudzenia uczciwej konkurencji, oferty przetargowe mogą być w większym stopniu skorelowane.

P. Bajari i L. Ye (2003) zastosowali tę metodę do analizy przetargów na naprawę autostrad za pomocą specjalnej powłoki lakierniczej w środkowo-zachodnim rejonie Stanów Zjednoczonych w latach 1994–1998. Trzy spośród analizowanych firm zostały już wcześniej skazane za zmowy przetargowe. Autorzy zastosowali zaawansowane metody ekonometryczne w celu zbadania niezależności przedstawionych ofert. Skonsultowali też ekspertów branżowych w celu uzyskania istotnych informacji na temat funkcjonowania rynku. Doszli do wniosku, że zaobserwowane zachowanie bardziej pasuje do modelu uczciwej konkurencji niż do modelu ewentualnej zmowy przetargowej.

IV. Uwagi końcowe

Na zakończenie warto przywołać przykład relatywnie świeżej sprawy, w której zastosowanie metod ekonomicznych stanowiło bodziec do rozpoczęcia formalnego postępowania przez urząd antymonopolowy w Meksyku. Dotyczy ona rynku leków generycznych (Estrada & Vazquez, 2013). Analizy ekonomiczne pokazały, że w przypadku wielu leków najniższe oferty przetargowe są identyczne, bez względu na wygrywającego, lokalizację czy też wartość zlecenia. Pokazały one również, że udziały rynkowe wyrównują się szybko w czasie. Co więcej, oferty przetargowe istotnie spadły oraz zaobserwowane wzorce znikły po agresywnym wejściu na rynek oraz konsolidacji zamówień publicznych. Wyniki te, obok pozostałych dowodów zgromadzonych w trakcie postępowania, doprowadziły do decyzji dotyczącej zmowy przetargowej na rynkach roztworów insuliny i soli.

Bardziej ekonomiczne podejście w procesie wykrywania zmów przetargowych poprzez zastosowanie metod analitycznych może zwiększyć skuteczność działania urzędów monopolowych. Podejście strukturalne pozwala zawęzić badanie do tych rynków, na których wystąpienie zmowy przetargowej jest bardziej prawdopodobne, a zatem powinny być objęte szczególną uwagą. Na rynkach, na których istnieje już podejrzenie lub zaistnienie zmowy przetargowej jest wysoce prawdopodobne, właściwe wydaje się dalsze zastosowanie podejścia behawioralnego, które pomoże zidentyfikować podejrzane zachowania, potencjalnych uczestników zmowy oraz czas jej trwania.

Zastosowanie metod analitycznych może okazać się skutecznym narzędziem wykrywania zmów przetargowych czy też zwiększyć efektywność innych metod ich wykrywania. Wykrycie przez urząd antymonopolowy podejrzanych zachowań firm może je skłonić do skorzystania z programu

łagodzenia kar. Bardziej skuteczna polityka urzędów antymonopolowych w zakresie zmów przetargowych może też zniechęcić niektóre firmy do ich zawierania.

Bibliografia

Abrantes-Metz, R.M., Froeb, L.M., Geweke, J. i Taylor, C.T. (2006). A variance screen for collusion. *International Journal of Industrial Organization, 24*(3), 467–486.

Bajari, P. i Ye, L. (2003). Deciding Between Competition and Collusion. *The Review of Economics and Statistics, 85*, 971 –989.

Estrada, E. i Vazquez, S. (2013). Bid Rigging in Public Procurement of Generic Drugs in Mexico. *Competition Policy International, 9*(1), 100–122.

Grout, P. i Sonderegger, S. (2005). Predicting cartels. Report prepared for the Office of Fair Trading, Economic discussion paper, March.

Harrington, J. (2008). Detecting Cartels. W: P. Buccirossi (ed.), *Handbook of Antitrust Economics*. Cambridge, Massachusetts, London: The MIT Press.

Motta, M. (2004). *Competition Policy: Theory and Practice.* Cambridge, England: Cambridge University Press.

OECD. (2009). *Wytyczne dotyczące zwalczania zmów przetargowych.*

Porter, R.H. i Zona, J.D. (1999). Ohio School Milk Markets: An Analysis of Bidding. *The RAND Journal of Economics, 30*, 263–288.

Joanna Affre[*], Joanna Piechucka[**], Piotr Skołubowicz[***], Marta Stryszowska[****]

Utrudnianie dostępu do rynku jako przesłanka czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na pobieraniu opłat półkowych podlegająca każdorazowemu badaniu

Spis treści

I. Wstęp
II. Znaczenie przesłanki utrudniania dostępu do rynku w kontekście opłat półkowych
  1. Art. 15 w systematyce uznk
  2. Znaczenie pojęcia rynku w art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk
  3. Nieuczciwe utrudnianie dostępu do rynku
III. Relacja pomiędzy „utrudnianiem dostępu do rynku" a „pobieraniem innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży"
  1. Katalog możliwych interpretacji
  2. Różne interpretacje art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk w orzecznictwie
  3. Różne interpretacje art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk w doktrynie
IV. Badanie przy użyciu kryteriów ekonomicznych czy doszło do utrudniania dostępu do rynku
  1. Przejawy utrudnienia dostępu do rynku
  2. Związek przyczynowo-skutkowy pomiędzy stosowanymi opłatami półkowymi a ewentualnym utrudnionym dostępem do rynku
  3. Inne czynniki wywołujące utrudniony dostęp do rynku
V. Zakończenie

Streszczenie

Artykuł dotyczy sposobów badania, kiedy dochodzi do popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji z art. 15 ust. 1 pkt 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Autorzy opisują różne poglądy dotyczące znaczenia „utrudniania dostępu do rynku" w tym przepisie i opowiadają się za koncepcją, że sformułowanie to należy rozumieć jako jedną z przesłanek wystąpienia czynu nieuczciwej konkurencji. Wskazują również, dlaczego przesłanka ta powinna podlegać każdorazowemu badaniu w toku postępowania przed sądem. W dalszej części artykułu autorzy opisują, jak, odwołując się do nauk ekonomicznych, można badać czy w konkretnym przypadku doszło do utrudnienia dostępu do rynku.

[*] Adwokat; absolwentka Uniwersytetu Wrocławskiego oraz studiów podyplomowych z zakresu nauk politycznych (IEP Strasbourg Francja), prawa wspólnotowego (Lyon III Francja) i prawa konkurencji (King's College, Londyn, Wielka Brytania). E-mail: joanna.affre@affre.pl.
[**] Ekonomista Microeconomix; doktorantka Paris School of Economics; absolwent Szkoły Głównej Handlowej w Warszawie oraz Paris School of Economics w Paryżu. E-mail: joanna.piechucka@microeconomix.com.
[***] Aplikant adwokacki, absolwent Uniwersytetu Warszawskiego. E-mail: piotr.skolubowicz@affre.pl.
[****] Wiceprezes Microeconomix; doktor nauk ekonomicznych; absolwent Uniwersytetu w Tilburgu. E-mail: marta.stryszowska@microeconomix.com.

Słowa kluczowe: zwalczanie nieuczciwej konkurencji; utrudnianie dostępu do rynku; opłaty półkowe; rynek; domniemanie utrudniania dostępu do rynku; analiza ekonomiczna.

JEL: K41, K42, D22

I. Wstęp

Pobieranie tzw. opłat półkowych – czyli opłat wnoszonych w zamian za zgodę na przyjęcie danego towaru do oferty i umieszczenie go na półce sklepowej – to zjawisko szeroko spotykane, szczególnie w umowach dotyczących dostaw do sieci handlowych. Ponad 10 lat temu została uchwalona nowelizacja[1] ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji[2] (dalej: uznk), odnosząca się do tego problemu. Sformułowano w niej nowy art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk, który ma wskazywać, kiedy pobieranie opłat od dostawcy stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Przepis ten, mimo że jest często stosowany, wciąż budzi istotne wątpliwości interpretacyjne, których nie jest w stanie rozwiać bogate, ale rozbieżne orzecznictwo Sądu Najwyższego.

Art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez pobieranie innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży. Celem artykułu jest odpowiedź na pytanie, jak należy, odnosząc się do koncepcji racjonalnego ustawodawcy, rozumieć sens umieszczenia zakazu pobierania opłat półkowych w art. 15 uznk. Spór toczący się w doktrynie dotyczy problemu czy skutek w postaci utrudnienia dostępu do rynku jest warunkiem koniecznym dla zaistnienia czynu nieuczciwej konkurencji z art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk oraz tego, która strona i w jaki sposób powinna ewentualnie wykazywać istnienie tego skutku.

Zagadnienie to jest poddane ożywionej dyskusji ze względu na praktyczne znaczenie dla wielu spraw sądowych. Doktryna szeroko rozpisuje się na temat znaczenia „utrudniania dostępu do rynku" w kontekście opłat półkowych – jednak przeważająca część orzecznictwa ucieka od oceny spełnienia tej przesłanki. W części spraw jest ona interpretowana jako domniemanie[3], którego obalenie spoczywa na pozwanym nabywcy. Część orzecznictwa uznaje wręcz, że pobieranie opłat innych niż marża handlowa za przyjęcie towaru do sprzedaży jest czynem nieuczciwej konkurencji *per se*[4]. Zdarzają się jednak również orzeczenia, w których sąd stwierdza, że powód, który dochodzi zwrotu opłat półkowych musi wykazać utrudnianie dostępu do rynku[5].

Artykuł przedstawia szczegółowo różne koncepcje wykładni art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk. W pierwszej kolejności autorzy zbadają sformułowanie „utrudnianie dostępu do rynku" w kontekście art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk. Następnie przeanalizują relację, jaka łączy to zjawisko z pozostałymi przesłankami ujętymi w tym przepisie. W oparciu o przedstawione poglądy, autorzy przedstawią własne stanowisko w sporze i opiszą, jak badać czy doszło do utrudnienia dostępu do rynku, posługując się narzędziami, których dostarcza nauka ekonomii.

[1] Ustawa z 5.07.2002 r o zmianie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, (Dz.U. 2002 Nr 126, poz. 1071).

[2] Ustawa z 8.06.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. 2003 Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.).

[3] Przykładowo postanowienie SN z 19.05.2011 r., I CSK 700/10, LEX nr 1294148.

[4] Przykładowo wyr. SN z 25.10.2012 r., I CSK 147/12, LEX nr 1314355.

[5] Przykładowo wyr. SN z 17.04.2015 r., I CSK 136/14, LEX nr 1710335.

II. Znaczenie przesłanki utrudniania dostępu do rynku w kontekście opłat półkowych

1. Art. 15 w systematyce uznk

Uznk w art. 15 ust. 1 zakazuje „utrudniania dostępu do rynku". Możliwość nieskrępowanego dostępu do rynku jest kluczowa dla wolności gospodarczej. Z art. 22 Konstytucji można wyprowadzić wniosek, że ograniczenia w dostępie do rynku mogą być wprowadzane tylko w drodze ustawy i ze względu na ważny interes publiczny. Poza tym wyjątkiem uczestniczenie w obrocie gospodarczym nie może być uzależnione od niczyjej zgody. O tym, kto wchodzi na rynek, pozostaje na nim i z niego wypada decydować powinny warunki, które wchodzący oferuje kontrahentom – a nie wola jego konkurentów czy innych graczy rynkowych. Zapewnieniu tak rozumianej swobody działalności gospodarczej ma służyć ustawowy zakaz utrudniania dostępu do rynku zawarty w art. 15 uznk. Dość skomplikowana konstrukcja sprawia, że przepis ten wymaga rozbudowanej wykładni.

Przede wszystkim należy zwrócić uwagę na dwustopniowy opis wskazanych w nim zachowań. Wymienione przykłady utrudniania dostępu do rynku nie są, z mocy ustawy, czynami nieuczciwej konkurencji – gdyby tak było, znalazłyby się w odrębnym przepisie, jak np. fałszywe oznaczenie pochodzenia towaru lub usługi (art. 8 uznk) czy naśladownictwo produktu (art. 13 uznk). Jeżeli ustawodawca część zachowań opisuje wprost jako czyny nieuczciwej konkurencji, a część wskazuje jako przykładowe formy popełnienia jednego z nich (utrudniania dostępu do rynku), to podział ten powinien mieć znaczenie normatywne.

Poprzez umiejscowienie w art. 15 uznk, zakaz pobierania opłat półkowych został powiązany z utrudnianiem dostępu do rynku i ten związek nie może być ignorowany. Gdyby ustawodawca uważał, że związek ten nie jest kluczowy dla wystąpienia czynu nieuczciwej konkurencji, ująłby ten zakaz w odrębnym przepisie. W taki sposób uregulował w tej samej nowelizacji np. ograniczenie dla sprzedaży towarów pod marką własną (art. 17d uznk)[6]. Praktyka polegająca na sprzedaży przez sklepy dyskontowe pod marką własną towarów, których wartość stanowi powyżej 20% obrotów jego właściciela, w żaden sposób nie jest powiązana z utrudnianiem dostępu do rynku z art. 15. Zakaz pobierania opłat półkowych, przeciwnie, został wskazany jako możliwa forma utrudniania dostępu do rynku.

Ta różnica powinna przekładać się na proces badania konkretnych praktyk. „Nadmierna" sprzedaż towarów pod własną marką została uregulowana jako czyn nieuczciwej konkurencji *per se*. Do zbadania czy taki czyn został popełniony wystarczy ocenawystępujących okoliczności, których katalog został ujęty wprost w art. 17d uznk. Natomiast w przypadku zakazu „pobierania innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży" należy dodatkowo ocenić czy pobieranie skutkowało utrudnieniem dostępu do rynku. Tylko wtedy można stwierdzić, że pobieranie opłat stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji.

Judykatura w różny sposób odtwarza relację pomiędzy pobieraniem opłat a utrudnianiem dostępu do rynku (zob. rozdz. III). Należy jednak podkreślić, że konieczność zmierzenia się z tym problemem wynika już z samej systematyki uznk.

[6] Por. przyp. 1.

2. Znaczenie pojęcia rynku w art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk

Uznk nie definiuje rynku. Należy zatem albo odwołać się do języka potocznego opartego na pojęciach wypracowanych przez ekonomię, albo szukać definicji legalnej rynku w innych ustawach. Zakładając racjonalność ustawodawcy, należy stwierdzić, że jednakowe pojęcia użyte w różnych aktach prawnych powinny być interpretowane jednolicie[7].

Sięganie do innych ustaw po wykładnię pojęć użytych w art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk to ugruntowana praktyka. Zarówno sądy, jak i doktryna, szukając znaczenia terminu „marża handlowa" w art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk, chętnie sięgają do definicji sformułowanej w art. 3 ust. 1 pkt 6 ustawy o cenach[8], który wskazuje, że termin ten należy rozumieć jako „różnicę między ceną płaconą przez kupującego a ceną uprzednio zapłaconą przez przedsiębiorcę, wynikającą z kosztów i zysku przedsiębiorcy; marża handlowa może być wyrażona kwotowo lub w procentach". Pomimo że ustawa ta utraciła moc w związku z uchwaleniem ustawy o informowaniu o cenach towarów i usług[9], wspomniana definicja, ze względu na swoją jednoznaczność i użyteczność, pozostaje w powszechnym użytku i odwołania do niej pojawiają się również w najnowszym orzecznictwie (chociaż często z zastrzeżeniem, że ustawa o cenach obowiązywała w okresie, w którym były pobierane opłaty, których dotyczy dane postępowanie)[10].

Analogicznie, aby wyjaśnić pojęcie „rynku" z uznk, uprawnione będzie zastosowanie definicji „rynku właściwego" sformułowanej w art. 4 pkt 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej: uokik)[11]. Za sięgnięciem do uokik przemawia przynależność obu ustaw do gałęzi prawa konkurencji (Kępiński, 2013, s. 8). Jest to tym bardziej uzasadnione, że „utrudnianie dostępu do rynku" z art. 15 uznk, jak trafnie wskazują T. Skoczny i M. Bernatt (2013, nb. 2–3), to czyn genetycznie związany z prawem ochrony konkurencji, w jego przypadku bliskość i wzajemne przenikanie dwóch działów prawa konkurencji jest szczególnie wyraźne. Nieuczciwość, w kontekście utrudniania dostępu do rynku, polega bowiem na podjęciu próby wyeliminowania zjawiska konkurencji. Jeżeli podmioty nie mają równego, w granicach prawa, dostępu do rynku, można mówić o istotnym ograniczeniu wolnej konkurencji.

Jeżeli przez „rynek" z art. 15 uznk rozumieć będziemy „rynek właściwy" w rozumieniu uokik, ocena czy doszło do czynu nieuczciwej konkurencji wymagać będzie każdorazowo wyznaczenia takiego rynku przez sąd. Dopiero wtedy będzie można ocenić czy dany czyn utrudniał innemu przedsiębiorcy dostęp do rynku.

Część doktryny podnosi, że na gruncie obecnych przepisów egzekwowanie art. 15 ust. 1 uznk tak właśnie powinno wyglądać – „zastosowanie art. 15 ust. 1 uznk powinno zbliżać się do wykorzystania ekonomicznego instrumentarium antymonopolowego" (Fornalczyk, 2013, s. 77). Definitywnie rozstrzygają tę kwestię E. Nowińska i M. du Vall (2013, s. 247), wskazując, że „skoro

[7] § 10 Zasad techniki prawodawczej: „Do oznaczenia jednakowych pojęć używa się jednakowych określeń, a różnych pojęć nie oznacza się tymi samymi określeniami" załącznik do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 20.06.2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej" (Dz.U. 2002 Nr 100, poz. 908).

[8] Ustawa z 5.07.2001 r. o cenach (Dz.U. 2013, poz. 385). Do wspomnianej definicji odwoływali się m.in. T. Skoczny, M. Bernatt (2013, Nb. 76) oraz E. Nowińska, M. du Vall (2013, s. 270); M. Marek (2012, s. 56); wyrok SN z 20.02.2014 r., I CSK 236/13, LEX nr 1466623; wyr. SA w Warszawie z 26.07.2012 r., I ACa 1331/11, LEX nr 1392076; z 14.03.2013 r., I ACa 1123/12, LEX nr 1322068; wyr. SA w Krakowie z 2.10.2012 r., I ACa 864/12. Pozyskano z: www.orzeczenia.krakow.sa.gov.pl; wyr. SA w Szczecinie z 22.08.2013 r., I ACa 53/13, Legalis nr 776430.

[9] Ustawa z 9.05.2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz.U. 2014, poz. 915 z późn. zm.).

[10] Uchwała SN z 18.11.2015 r., III CZP 73/15, LEX nr 1855139; wyrok SA w Warszawie z 17.02.2016 r., I ACa 699/15. Pozyskano z: www.orzeczenia.waw.sa.gov.pl.

[11] Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów z 16.02.2007 r. (Dz.U. 2015, poz. 184 z późn. zm.).

hipotezą art. 15 objęte są w znacznym zakresie takie same sytuacje, jak wchodzące w zakres ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów to pojęcie 'rynek' należy rozumieć zgodnie z art. 4 pkt 11 u.o.k.k. [właściwie: art. 4 pkt 9 uokik], tj. w taki sposób, jak to obowiązany jest uczynić Prezes UOKiK"

Podobnie twierdzą J. Sroczyński i M. Mioduszewski (2011, pkt 16), czyniąc jednak zastrzeżenie, że „w praktyce pojęcie rynku na gruncie wspomnianego przepisu, choć co do zasady odpowiadające rynkowi właściwemu z ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, może być modyfikowane na potrzeby czynu nieuczciwej konkurencji (rozszerzane bądź zawężane, o ile zasięg czynu temu odpowiada)".

W doktrynie istnieje także pogląd odmienny, szukający znaczenia terminu „rynek" w języku potocznym, w oderwaniu od definicji sformułowanej w art. 4 pkt 9 uokik (Banasiński i Bychowska, 2008, s. 11). W takim ujęciu „rynek" w art. 15 ust. 1 uznk tłumaczyć można za pomocą ekonomicznych definicji tego pojęcia. Może to być „system współzależnych transakcji kupna i sprzedaży dobra" (Czarny i Rapacki, 1998, s. 81). R. Dorfman z kolei opisywał rynek jako „sieć łączącą potencjalnych sprzedawców i kupujących, która umożliwia zawieranie transakcji handlowych" – czyli zbiór nie tylko tych transakcji, które występują, ale i tych, które mogą wystąpić (Gizbert-Studnicki, 2000, s. 9).

Kwestii „utrudniania dostępu do rynku" bliższa jest koncepcja, że rynek obejmuje również potencjalne transakcje – przepis powinien chronić nie tylko tych przedsiębiorców, którym z trudem udało się dostęp uzyskać, lecz także tych, którym „trudności" na to nie pozwoliły. Podobnie szeroko tłumaczy pojęcie rynku Cz. Pietras, wskazując, że „przez pojęcie 'rynek' rozumie się ogół warunków ekonomicznych, w których dochodzi do zawierania transakcji wymiennych między sprzedawcami oferującymi towary i usługi a nabywcami reprezentującymi potrzeby poparte określonymi funduszami nabywczymi" (Pietras, 2005, s. 156).

Najbardziej restrykcyjną wykładnię „rynku" z art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk sformułowali C. Banasiński i M. Bychowska (2008, s. 11), wskazując, że chodzi o „rynek wykreowany pomiędzy stronami transakcji dostawy". Tym samym utrudnianie polegać ma właściwie na tym, że nabywca nie chce z danym dostawcą zawrzeć umowy. Pogląd ten jest odosobniony w doktrynie – został natomiast szeroko podchwycony przez judykaturę. Tę wykładnię sądy często dosłownie cytują w uzasadnieniach orzeczeń[12]. W naszej ocenie ta interpretacja skutkuje jednak zbyt szerokim stosowaniem art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk.

Prowadzi ona do daleko idącego ograniczenia wolności działalności gospodarczej. Wynika z niej, że jedna strona nie może ograniczać drugiej stronie możliwości zawarcia z nią umowy – musi zgodzić się na jej zawarcie, mając na względzie nie tylko własny interes, lecz także interes kontrahenta. Konsekwencją takiego ujęcia sprawy jest powstanie „przymusu kontraktowania", który stoi w wyraźnym konflikcie z zasadą swobody umów. Jak wskazał Sąd Najwyższy, „zasada swobody umów wyrażona w art. 353^1 k.c. nie daje podstaw do konstruowania roszczenia o zobowiązanie drugiej strony do zawarcia umowy sprzedaży na określonych przez siebie warunkach tylko z powodu różnicy zdań co do ceny"[13].

[12] Przykładowo: wyr. SA w Warszawie z 17.02.2016 r., I ACa 699/15 www.orzeczenia.waw.sa.gov.pl; z 6.02.2014 r., I ACa 1553/13, LEX nr 1444911; wyr. SA w Krakowie z 20.02.2009 r., I ACa 65/09, LEX nr 516544.

[13] Uchwała SN z 18.11.2015 r., III CZP 73/15, LEX nr 1855139.

Ponadto przyjęcie, że chodzi o rynek wykreowany pomiędzy stronami transakcji dostawy stwarza dalsze problemy interpretacyjne. Na użytek pkt 4 pojęcie „rynku" użyte w art. 15 ust. 1 miałoby, w tym ujęciu, inne znaczenie niż w przypadku pozostałych przykładowych form utrudniania dostępu do rynku. Trudno, przykładowo, zawężać możliwość wystąpienia dumpingu czy bojkotu tylko do relacji dostawcy z nabywcą.

Stanowisko pośrednie pomiędzy tak skrajnym stanowiskiem a utożsamieniem „rynku" z art. 15 ust. 1 uznk z „rynkiem właściwym" z uokik zajmuje I. Nestoruk. Według tego autora „na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie wydaje się wprawdzie konieczne sięganie po złożoną definicję rynku, którą znamy z ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów u.o.k.i.k. Nie może to jednak prowadzić do zupełnej dowolności w operowaniu tym pojęciem, tak przecież istotnym dla określenia zakresu stosowania analizowanego przepisu. Wobec pewnej systematyki polskiego prawa konkurencji trudno przechodzić obojętnie. Obie wspomniane ustawy łączy nie tylko samo odniesienie do zjawiska konkurencji, ale przede wszystkim ich znaczenie dla określenia granic swobody gospodarowania w Polsce. Fakt, że art. 15 u.z.n.k. jest, przez zakres regulowanych praktyk, szczególnie bliski regulacji antymonopolowej nie wymaga specjalnego komentarza. W związku z tym sąd powinien nieco bliżej określić rynek, na którym dochodzi do sankcjonowanych praktyk" (Nestoruk, 2007, s. 108; 2015, s. 28).

Orzecznictwo w przeważającej części nie podziela, w sprawach z zakresu opłat półkowych, rozumienia „rynku" jako „rynku właściwego" z uokik. Od powodów nie wymaga się, aby zdefiniowali rynek właściwy. Sądy zazwyczaj nie dokonują tego w orzeczeniach. Przykładowo wskazać można orzeczenie, w którym Sąd Najwyższy za własny przyjął pogląd C. Banasińskiego i M. Bychowskiej, wskazując, że „chodzi tu o rynek wykreowany pomiędzy stronami transakcji dostawy"[14]. W orzecznictwie pojawia się również ekonomiczne rozumienie rynku jako relacji pomiędzy przedsiębiorcami[15]. Część judykatury traktuje rynek jako ogół stosunków gospodarczych[16]. W takich warunkach ocena czy doszło do „utrudniania dostępu do rynku" dokonywana jest w oderwaniu od reguł wypracowanych na gruncie uokik.

Należy jednak zauważyć, że niekiedy w orzeczeniach wyznaczany jest konkretny rynek właściwy, np. lokalny rynek określonych produktów[17]. Sąd Najwyższy uzasadniał uchylenie jednego z wyroków Sądu Apelacyjnego m.in. tym, że „Sąd Apelacyjny nie odniósł się także do argumentów pozwanej spółki wskazujących, że w dacie zawarcia umowy ramowej z powódką, działała ona i nadal działa na rynku materiałów budowlanych i towarów powiązanych z budownictwem, na którym obecne są także inne duże sieciowe sklepy wielkopowierzchniowe tej samej branży, takie jak Leroy Merlin, Praktiker, OBI, NOMI czy Polskie Składy Budowlane i jaki ma to wpływ na ocenę twierdzeń powodowej spółki o utrudnianiu jej przez pozwaną dostępu do rynku"[18]. Przy takiej interpretacji, od sądu należałoby wymagać odniesienia się do problemu rynku właściwego dla danego rodzaju działalności gospodarczej.

[14] Postanowienie SN z 19.05.2011 r., I CSK 700/10, LEX nr 1294148.

[15] Wyr. SA w Warszawie z 12.02.2013 r., I ACa 1155/12, LEX nr 1324794.

[16] Wyr. SA w Warszawie z 22.05.2013 r., I ACa 191/13, LEX nr 1344020; z 14.03.2013 r., I ACa 1123/12, LEX nr 1322068.

[17] Wyr. SA w Warszawie z 20.02.2013 r., I ACa 790/12, LEX nr 1315731; z 9.08.2012 r., I ACa 66/12 LEX nr 1267422; wyr. SA w Szczecinie z 24.01.2013 r., I ACa 702/12, LEX nr 1312082.

[18] Wyr. SN z 23.07.2015 r., I CSK 587/14, LEX nr 1797075.

W orzecznictwie pojawiał się też pogląd, że chodzi o utrudnienie dostawcy przez nabywcę dostępu do rynku finalnych odbiorców, konsumentów[19]. Taki pogląd został jednak skrytykowany przez doktrynę jako nieprzystający od realiów ekonomicznych. Rynek konsumentów nie jest bowiem rynkiem producenta czy dostawcy hurtowego, a detalisty (Wolski, 2013, s. 34).

Podsumowując, problem definicji „rynku" nie został jednoznacznie rozstrzygnięty. Nie sposób zgodzić się z poglądem Sądu Najwyższego, który stwierdził, że „określenie 'rynku' na gruncie wskazanego unormowania nie budzi większych wątpliwości i rozbieżności w judykaturze"[20].

3. Nieuczciwe utrudnianie dostępu do rynku

Pobieranie opłat półkowych jest czynem nieuczciwej konkurencji, gdy utrudnia dostęp do rynku. „Dostęp", według zgodnej opinii doktryny, należy rozumieć nie dosłownie jako możliwość wejścia, ale szeroko, „obejmując tym pojęciem swobodę wejścia na rynek, wyjścia z niego, a także oferowania na nim swoich towarów lub usług" (Nowińska i du Vall, 2013, s. 247; podobnie: Sroczyński i Mioduszewski, 2011, pkt 16; Podrecki, 1994, s. 25). W ocenie T. Skocznego i M. Bernatta (2013, nb. 14) „dostęp do rynku" odpowiada „wolności gospodarczej w rozumieniu art. 22 Konstytucji RP oraz [oznacza] swobodę działalności gospodarczej w rozumieniu art. 6 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej".

„Utrudnianie" z art. 15 ust. 1 także należy rozumieć szeroko jako każde działanie, które zakłócić może innemu przedsiębiorcy korzystanie z możliwości oferowanych przez wolny rynek. Jak wspomniano powyżej, „pobieranie innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży" oraz inne konkretne zachowania opisane w tym przepisie stanowią jedynie przykładowe wyliczenie, katalog otwarty sposobów, w jaki dostęp do rynku można utrudnić.

Co istotne, art. 15 ust. 1 dotyczy tylko nieuczciwego utrudniania dostępu do rynku. Należy tu wziąć pod uwagę ogólne przesłanki nieuczciwości z art. 3 ust. 1 uznk, działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami oraz ryzyko naruszenia interesu innego przedsiębiorcy lub klienta. Nie sposób zgodzić się z poglądem sformułowanym w jednym z orzeczeń Sądu Apelacyjnego w Warszawie, że przesłanki ogólne nie mają zastosowania do nazwanych czynów nieuczciwej konkurencji[21]. Art. 3 ust. 1 uznk pełni bowiem funkcję korygującą wobec czynów wskazanych w rozdziale 2 uznk, do których należy utrudnianie dostępu do rynku (Michalak, 2011, pkt 20)[22].

Ogólna przesłanka nieuczciwości musi być więc spełniona, aby można było mówić o czynie nieuczciwej konkurencji określonym w art. 15 ust. 1 uznk. Ostatecznie utrudnianie dostępu do rynku wiąże się z samą istotą działalności gospodarczej, w której każdy podmiot stara się zagospodarować jak największą część rynku (Walaszek-Pyzioł i Pyzioł, 1994, s. 4). Jak wskazał Sąd Apelacyjny w Katowicach, już samo „pojawienie się na rynku konkurenta z reguły wiąże się z poniesieniem przez innego przedsiębiorcę uszczerbku w postaci mniejszego zysku, a w każdym razie – ryzyka utraty dotychczasowej pozycji, i jest to wpisane w samą zasadę konkurencyjności"[23]. Sąd Apelacyjny w Warszawie wyraźnie stwierdził, że „wręcz istotą i celem konkurencji gospodarczej jest, aby poprzez podwyższanie jakości swojej oferty oraz konkurencyjne ceny, odebrać konkurentom

[19] Wyr. SA w Warszawie z 25.11.2011 r., I ACa 465/11, LEX nr 1143494.

[20] Postanowienie SN z 19.05.2011 r., I CSK 700/10, LEX nr 1294148.

[21] Wyr. SA w Warszawie z 20.02.2009 r., I ACa 1128/08, LEX nr 1120057.

[22] Pogląd ten znajduje oparcie w orzecznictwie, przykładowo wyr. SA w Warszawie z 3.04.2008 r., I ACa 221/08, LEX nr 516550.

[23] Wyr. SA w Katowicach z 30.03.2009 r., V ACa 42/09, LEX nr 1642948.

gospodarczym ich klientów. (…) W konsekwencji uznać należy, że nie każde utrudnienie dostępu do rynku stanowi naruszenie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ale tylko takie, w których występują elementy nieuczciwości zakłócającej dozwoloną rywalizację rynkową”[24].

Obniżanie cen, polepszanie jakości towarów czy wprowadzanie nowych produktów na rynek służy zdobyciu klientów, często kosztem konkurentów. W ten sposób przedsiębiorca ułatwia sobie dostęp do rynku, utrudniając go innym (Nestoruk, 2015, s. 27). Działania te są jednakże uczciwe.

W relacjach wertykalnych pewnym utrudnieniem dostępu do rynku jest każda odmowa zawarcia umowy na warunkach oferowanych przez drugą stronę – nie może to być jednak uznane za utrudnianie w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk. (Fornalczyk, 2013, s. 73). Sąd Najwyższy potwierdził, że dostawca nie może domagać się zawarcia umowy na korzystnych dla niego warunkach w oparciu o ten przepis[25]. Takie rozumienie „utrudniania dostępu do rynku” i relacji art. 15 ust. 1 do art. 3 ust. 1 podzielił także Prezes UOKiK[26]. Odmienna interpretacja skutkowałaby przyjęciem, że każda odmowa kontraktowania w nieuczciwy sposób utrudnia kontrahentowi dostęp do rynku.

Należy zatem uznać, że możliwe jest takie pobieranie opłat innych niż marża handlowa za przyjęcie towaru do sprzedaży, które będą utrudniały dostęp do rynku, ale w sposób uczciwy. T. Skoczny i M. Bernatt (2013, nb. 80) jednoznacznie dopuszczają taką możliwość, trafnie utrzymując, że „sąd będzie w każdym przypadku musiał stwierdzić, czy w wyniku pobierania od określonych producentów (dostawców) opłat dodatkowych występuje skutek w postaci utrudniania dostępu do rynku, a jeśli tak, to czy utrudnianie to ma charakter nieuczciwy, tzn. czy jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami”.

Zdecydowanie odmienne stanowisko zajmują C. Banasiński i M. Bychowska (2008, s. 12), wskazując, że w ich ocenie „określone w art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. działanie przedsiębiorcy, polegające na pobieraniu innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży, stanowi swoisty ’nazwany‘ czyn nieuczciwej konkurencji”. Krytyce poddają oni stanowisko T. Skocznego i M. Bernatta dotyczące obowiązku badania przez sąd nieuczciwości danego działania. C. Banasiński i M. Bychowska (2008, s. 12) idą nawet dalej, stwierdzając, że według ustawodawcy pobieranie „innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży” nie tylko zawsze jest nieuczciwe, ale i zawsze utrudnia dostęp do rynku.

Należy jednak zauważyć, że to stanowisko T. Skocznego i M. Bernatta znajduje oparcie w orzecznictwie Sądu Najwyższego, który wskazał, że „zasadnicze znaczenie przy konstruowaniu tego deliktu mają dwa elementy: utrudnienie dostępu do rynku i nieuczciwy charakter takiego utrudnienia”[27]. Nie opisał jednak, jak badać, kiedy dane utrudnianie dostępu do rynku jest nieuczciwe. Pomocny może być w tej kwestii wyrok Trybunału Konstytucyjnego dotyczący art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk, w którym wskazane zostały pytania, jakimi posłużyć się może sąd przy ocenie czy pobranie danej opłaty jest nieuczciwe, tj.:

„a) czy opłaty były przedmiotem negocjacji oraz zostały zastrzeżone w pierwszej umowie łączącej przedsiębiorców, czy też zostały wprowadzone na etapie realizacji tejże umo-

[24] Wyr. SA w Warszawie z 23.03.2016 r., I ACa 818/15. Pozyskano z: www.orzeczenia.waw.sa.gov.pl.

[25] Uchwała SN z 18.11.2015 r., III CZP 73/15, LEX nr 1855139.

[26] Pismo z 4.02.2003 r. Interpretacja przepisów nowelizacji ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Dz. Urz. UOKiK Nr 1, poz. 241.

[27] Wyr. SN z 12.06.2008 r., III CSK 23/08, Legalis nr 108177; tak również: uchwała SN z 18.11.2015 r., III CZP 73/15, LEX nr 1855139.

wy w drodze zgodnych oświadczeń woli stron albo jednostronnej czynności faktycznej jednego z przedsiębiorców;

b) *czy opłaty zostały zastrzeżone w sposób precyzyjny ab initio, czy też postanowienia umowy w tym zakresie miały charakter odsyłający do późniejszych jednostronnych czynności jednego tylko przedsiębiorcy lub nadano im formę blankietową;*

c) *czy pobór opłat dokonano w sposób transparentny;*

d) *czy opłaty zastrzeżono na dalszym etapie realizacji umowy pierwotnej z mocą wsteczną;*

e) *czy opłaty zastrzeżono w zamian za świadczenia rzeczywiście spełnione przez pobierającego opłatę;*

f) *czy opłaty zostały zastrzeżone w sposób proporcjonalny dla przedsiębiorcy zobowiązanego do ich uiszczenia"*[28].

Pewnych wskazówek co do tego, jakie utrudnianie należy uznać za zakazane w kontekście opłat półkowych dostarcza także doktryna. P. Kamela wskazuje, że należy ustalić pewien wzorzec, który funkcjonuje na rynku – obiektywnie rozumianą „trudność" w dostępie – i dopiero później oceniać czy konkretny czyn dla danego dostawcy stanowi nieuzasadnione utrudnienie dostępu do rynku. Jako przykład nieuczciwej praktyki podaje pobieranie opłat za wejście tylko od niektórych dostawców. W takim ujęciu nałożenie wysokiej opłaty na konkretnego dostawcę jest narzędziem służącym „szykanowaniu" czy „dyskryminowaniu" go (Kamela, 2013, s. 16).

W tym kontekście za nietrafne należy uznać stanowisko Sądu Najwyższego, który stwierdził w jednym z wyroków, że „o utrudnieniu dostępu do rynku może świadczyć m.in. powszechność praktyki zawierania umów marketingowych towarzyszącym umowie sprzedaży towarów do sieci (z każdym dostawcą towarów)"[29]. W istocie powszechność zjawiska jest raczej argumentem przeciwko utrudnianiu dostępu do rynku – jeżeli każdy dostawca musi wnosić opłaty, to z pewnością nie służą one „dyskryminowaniu" jednego z nich.

III. Relacja pomiędzy „utrudnianiem dostępu do rynku" a „pobieraniem innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży"

1. Katalog możliwych interpretacji

Jednym z najistotniejszych problemów praktycznych związanych ze stosowaniem art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk jest pytanie, jak badać czy spełniona została przesłanka „utrudniania dostępu do rynku" (i czy w ogóle należy to badać). Problem dotyczy relacji pomiędzy ogólną przesłanką z art. 15 ust. 1 uznk („utrudnianie innemu przedsiębiorcy dostępu do rynku) a zachowaniem opisanym w art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk („pobieranie innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży").

Można za P. Marciszem (2015, s. 15) wskazać cztery możliwe warianty interpretacji:

1) zachowanie opisane w pkt 4 („pobieranie innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży") jest czynem nieuczciwej konkurencji *per se*;

[28] Wyr. TK z 16.10.2014 r., SK 20/12, Legalis nr 1073343.

[29] Wyr. SN z 12.06.2008 r., III CSK 23/08, Legalis nr 108177.

2) zachowanie opisane w pkt 4 jest czynem nieuczciwej konkurencji, jeżeli prowadzi do utrudnienia dostępu do rynku – przy czym utrudnienie to jest domniemane (domniemanie wzruszalne, prawne lub faktyczne);
3) zachowanie opisane w pkt 4 jest czynem nieuczciwej konkurencji tylko wtedy, kiedy prowadzi do utrudnienia dostępu do rynku;
4) zachowanie opisane w pkt 4 jest czynem nieuczciwej konkurencji, ale jeżeli wykazany zostanie brak utrudniania dostępu do rynku, nie może być mowy o nieuczciwości tej praktyki w rozumieniu art. 3 ust. 1 uznk, ponieważ nie został naruszony interes przedsiębiorcy.

2. Różne interpretacje art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk w orzecznictwie

Judykatura najczęściej przyjmuje wariant nr 1) lub 2). Wynika to z poglądu, który Sąd Najwyższy, w jednym z wcześniejszych wyroków, ujął w następujący sposób: „zastrzeganie dodatkowych opłat przez przedsiębiorcę handlowego za samo to, że kupowane od dostawcy towary znajdą się w sprzedaży w sklepach należących do tego przedsiębiorcy, utrudnia w sposób oczywisty dostęp do rynku”[30]. Podobną interpretację przyjął Sąd Najwyższy w orzeczeniu, w którym, omawiając art. 15 ust. 1, podniósł, że „wskazane w tym przepisie formy utrudniania dostępu do rynku nie wymagają wykazywania, że takie utrudnienie nastąpiło, ponieważ tego rodzaju w ustawie określone, stypizowane („nazwane”) zachowanie zostało już z woli ustawodawcy uznane za czyn nieuczciwej konkurencji, polegający na utrudnianiu dostępu do rynku”[31]. Niewątpliwie uznawanie pobierania opłat półkowych za czyn nieuczciwej konkurencji *per se*, w oderwaniu od kwestii utrudniania dostępu do rynku (czyli wariant nr 1), dość szeroko przyjęło się w orzecznictwie[32].

Niekiedy niejasne jest, za którym dokładnie wariantem opowiada się sąd, nr 1) czy 2). Przykładowo, Sądowi Najwyższemu zdarzyło się stwierdzić jednocześnie, że: (a) wystąpienie utrudniania dostępu do rynku jest domniemane w przypadku pobrania innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży; (b) czynem nieuczciwej konkurencji jest już samo pobranie takich opłat (a nie utrudnienie dostępu do rynku przez ich pobranie)[33]. Takie podejście prowadziłoby to do wniosku, że domniemanie utrudniania dostępu do rynku jest domniemaniem niewzruszalnym, a więc Sąd Najwyższy *de facto* przyjął interpretację nr 1).

P. Marcisz (2015, s. 17) stwierdza jednak, że milczenie sądu w kwestii możliwości dopuszczenia dowodu przeciwnego wskazuje, że można zaakceptować także inny pogląd. Według niego, w tym orzeczeniu Sąd Najwyższy dopuścił możliwość wykazania braku utrudnienia przez nabywcę, czyli domniemanie jest wzruszalne (wariant nr 2).

Interpretacja nr 2) jest dość popularna, zwłaszcza w nowszym orzecznictwie[34]. Sąd Najwyższy sformułował ją w następujący sposób: „przesłankami jego [art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk] stosowania jest pobieranie innych niż marża handlowa opłat z tytułu dopuszczenia towarów do sprzedaży oraz utrudnienie dostępu do rynku. Z treści art. 15 ustawy wynika domniemanie, że pobieranie innych

[30] Wyr. SN z 26.01.2006 r., II CK 378/05 Legalis nr 74945.

[31] Wyr. SN z 16.01.2015 r., III CSK 244/14, Legalis nr 1186371.

[32] Wyr. SN z 26.01.2006 r., II CK 378/05, Legalis nr 74945; z 9.01.2008 r., II CK 4/07, LEX nr 371787, z 20.11.2015, I CSK 719/13, LEX nr 1966523; wyr. SA w Warszawie z 27.09.2013 r., I ACa 420/13, LEX nr 1378902; z 20.12.2011 r., I ACa 601/11, LEX nr 1143495; z 2.10.2012 r., I ACa 359/12, LEX nr 1238217; z 11.10.2012 r., I ACa 256/12, LEX nr 1254519; z 21.12.2012, I ACa 685/12, LEX nr 1283353; z 15.03.2013 r., I ACa 1162/10, LEX nr 1171440; z 25.11.2011 r., I ACa 465/11, LEX nr 1143494; SA w Krakowie z 20.02.2009 r., I ACa 65/09, LEX nr 516544; SA w Poznaniu z 25.02.2010 r., I ACa 107/10, LEX nr 628174; z 3.07.2013 r., I ACa 505/13 LEX nr 1356643.

[33] Wyr. SN z 25.10.2012 r., I CSK 147/12, LEX nr 1314355.

[34] Wyr. SA w Warszawie z 15.03.2013 r., I ACa 1101/12, LEX nr 1316294; wyrok SA w Krakowie z 20.02.2014 r., I ACa 1581/13, LEX nr 1548517.

niż marża handlowa opłat za przyjęcie towarów do sprzedaży, utrudnia innym przedsiębiorcom dostęp do rynku"[35]. Co ciekawe, sądy, przyjmując, że domniemanie utrudniania dostępu do rynku jest wzruszalne, posługują się tymi samymi argumentami, co te reprezentujące bardziej restrykcyjne stanowisko. Niekiedy twierdzą nawet, że pobieranie opłat innych niż marża handlowa za przyjęcie towaru do sprzedaży to czyn nieuczciwej konkurencji *per se* – jednocześnie wskazując, że nabywca może zwolnić się z odpowiedzialności, wykazując brak utrudnienia dostępu do rynku, co wskazuje na brak konsekwencji[36].

Można domyślać się, że szeroka krytyka doktryny przyczyniła się do złagodzenia stanowiska przez sądy, częstszego przyjmowania opcji nr 2). W nowszym orzecznictwie Sąd Najwyższy wprost już statuuje domniemanie, stwierdzając, że „jeżeli odbiorca towarów przyznaje 'pozamarżowy' charakter opłaty, to na nim właśnie spoczywa ciężar dowodu o nieutrudnianiu – mimo takich opłat – kontrahentowi dostępu do rynku (art. 6 k.c.)"[37].

Konstruując domniemanie utrudniania dostępu do rynku, sądy najczęściej nie wskazywały czy ma ono charakter domniemania prawnego czy faktycznego (Kamela, 2013, s. 17). Należy rozważyć czy istnieją podstawy do posłużenia się którąkolwiek z tych kategorii w przypadku pobierania innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży.

W pierwszej kolejności należy zastanowić się czy istnieją podstawy do skonstruowania domniemania prawnego. Doktryna krytykowała wyprowadzanie go z art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk, wskazując, że przepis ten nie zawiera operatora normotwórczego (Wolski, 2013, s. 33). Krytyczny wobec takiej konstrukcji był również Trybunał Konstytucyjny. W jego ocenie „za nieuzasadnione należy bowiem uznać stanowisko w niektórych orzeczeniach sądów powszechnych, że zaskarżony przepis stanowił podstawę domniemania utrudniania dostępu do rynku i przerzucał ciężar dowodu na pozwanego. Ciężar dowodu, że zawarta przez strony umowa nie odpowiada art. 353^1 k.c., obciąża co do zasady stronę kwestionującą treść umowy. W polskim systemie prawnym przesłanka domniemania musi być wyraźnie wskazana w normie domniemania, tymczasem zaskarżony przepis nie daje żadnych językowych podstaw, by domniemywać utrudnianie dostępu do rynku lub wystąpienie czynu nieuczciwej konkurencji. Art. 15 ust. 1 pkt 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie zawiera adresowanej do sądu powszechnego normy nakazującej uznać bez dowodu fakt domniemywany"[38].

Przytoczonemu powyżej argumentowi nie sposób odmówić słuszności. Zapewne w związku z tym, w najnowszym orzecznictwie wskazuje się, że domniemanie utrudniania dostępu do rynku jest domniemaniem faktycznym, a nie prawnym[39]. Jeżeli tak, ma to istotne skutki praktyczne, wynikające z różnic pomiędzy tymi konstrukcjami. W razie przyjęcia domniemania prawnego, następuje odwrócenie ciężaru dowodu. Aby je wzruszyć, pozwany ma wykazać okoliczność, która zwolni go z odpowiedzialności. Natomiast domniemanie faktyczne, „będące rozumowaniem sędziego opartym na wiedzy i doświadczeniu, może być wzruszone przez wykazanie nieprawidłowości tego rozumowania. Ta nieprawidłowość może polegać na tym, że fakt przyjęty przez sąd za

[35] Postanowienie SN z 19.05.2011 r., I CSK 700/10, LEX nr 1294148.

[36] Wyr. SA w Warszawie z 25.11.2011 r., I ACa 465/11, LEX nr 1143494; z 27.09.2013 r., I ACa 347/13, LEX nr 1378900.

[37] Wyr. SN z 23.10.2014 r., I CSK 597/13, LEX nr 1545133.

[38] Wyr. TK z 16.10.2014 r., SK 20/12, Legalis nr 1073343.

[39] Wyr. SA w Warszawie z 1.04.2015 r., I ACa 1447/14, LEX nr 1805950; z 1.04.2015 r., I ACa 1448/14, LEX nr 1808799; z 22.03.2016 r., I ACa 151/16, niepubl.

podstawę wnioskowania o innym fakcie nie został ustalony, albo też na tym, że fakty składające się na podstawę domniemania faktycznego nie uzasadniają, w świetle wiedzy i doświadczenia życiowego, wyprowadzonego z niej wniosku”[40].

Tę dyrektywę interpretacyjną należy odnieść do problemu domniemania utrudniania dostępu do rynku. Można wątpić czy, w świetle wiedzy i doświadczenia życiowego, pobieranie opłat, o których mowa w art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk, rzeczywiście skutkuje utrudnieniem dostępu do rynku podmiotowi, który je ponosi. Choć domniemanie przyjmowane jest przez kolejne orzeczenia, brakuje mu teoretycznego uzasadnienia.

Cytowany wyżej wyrok Trybunału Konstytucyjnego należy postrzegać jako uzasadniający wariant nr 3). Pobieranie innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży jest czynem nieuczciwej konkurencji tylko, jeżeli utrudnia dostęp do rynku. Wynika z tego, że sąd powinien każdorazowo ustalić czy została spełniona przesłanka utrudniania dostępu do rynku. Trybunał uznał, że ciężar dowodu na tę okoliczność spoczywa na powodzie i jest to gwarancją konstytucyjności art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk[41].

Komentując najnowsze orzecznictwo, należy stwierdzić, że wciąż reprezentuje ono w większości stanowisko przeciwne. Zaledwie w tydzień po sformułowaniu poglądu przez Trybunał Konstytucyjny, Sąd Najwyższy powtórzył w cytowanym powyżej fragmencie, że to nabywca towarów ma dowodzić „nieutrudniania dostępu do rynku”[42]. Doktryna ocenia tę interpretację jako wyraźnie sprzeczną z orzeczeniem Trybunału Konstytucyjnego (Szczepanowska-Kozłowska, 2015).

W ostatnim czasie zaczęły się jednak pojawiać również orzeczenia spójne z wyrokiem Trybunału. W jednym z nowszych wyroków Sąd Najwyższy stwierdził, że „z treści art. 15 ust. 1 u.z.n.k. nie wynika domniemanie, że samo stwierdzenie, iż opłata ma inny charakter niż marża jest równoczesny z utrudnieniem przedsiębiorcy dostępu do rynku. Ciężar dowodu w tym zakresie, zgodnie z art. 6 k.c., obciąża przedsiębiorcę, który powinien wykazać, że żądanie od niego określonej opłaty spowodowało utrudnienie mu dostępu do rynku, gdyż wpłynęło przykładowo na obniżenie konkurencyjności sprzedawanych przez niego towarów lub w sposób nieuzasadniony zwiększa zyski nabywcy kosztem obniżenia dochodów sprzedawcy”[43]. Za tym poglądem opowiedział się również Sąd Apelacyjny w Szczecinie, stwierdzając, raczej na wyrost, że „w judykaturze uległ dezaktualizacji pogląd, według którego wykazanie przez stronę powodową, że pozwany dopuścił się jednego z zachowań, o których mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1–5 u.z.n.k. rodziło domniemanie, że tym samym doszło do utrudnienia uprawnionemu dostępu do rynku”[44].

O tym, że orzecznictwo pozostaje niejednolite, świadczy jeden z najnowszych wyroków Sądu Najwyższego w sprawie opłat półkowych, w którym powtórzony został najbardziej restrykcyjny pogląd, oznaczony wyżej jako 1). Sąd Najwyższy stwierdził, że „Powoda, (…) [obciąża] ciężar dowodu wykazania, że zachowanie pozwanego polegało, między innymi na pobieraniu innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży. W razie wykazania przez powoda wystąpienia takiego zachowania się strony pozwanej przesądza to już o dopuszczeniu się przez nią szczególnego czynu nieuczciwej konkurencji nazwanego przez ustawodawcę ’utrudnianie innym

40 Wyr. SN z 30.03.2000 r., III CKN 811/98,

41 Wyr. Trybunału Konstytucyjnego z 16.10.2014 r., SK 20/12, Legalis nr 1073343.

42 Wyr. SN z 23.10.2014 r., I CSK 597/13, LEX nr 1545133.

43 Wyr. SN z 17.04.2015 r., I CSK 136/14, LEX nr 1710335.

44 Wyr. SA w Szczecinie z 8.09.2016 r., I ACa 635/16. Pozyskano z: www.orzeczenia.szczecin.sa.gov.pl.

przedsiębiorcom dostępu do rynku', którego to 'utrudniania' powód nie musi już wykazywać, bo jest to szczególna postać, a wręcz nazwa jednego z czynów nieuczciwej konkurencji, a nie materialnoprawna przesłanka dla takiej jego kwalifikacji"[45].

Wyrok ten stanowi znaczący krok wstecz w przedstawionej powyżej ewolucji judykatury od postrzegania pobierania innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży jako *per se* czynu nieuczciwej konkurencji (pogląd nr 1), poprzez teorię o domniemaniu prawnym, a następnie domniemaniu faktycznym (różne warianty poglądu nr 2) – aż po pojawiającą się (dość rzadko) koncepcję utrudniania dostępu do rynku jako przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji z art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk (pogląd nr 3). Trudno w tej sytuacji mówić o linii orzeczniczej, a raczej o bardzo niejednolitej judykaturze, która najczęściej jest jednak niechętna poglądowi nr 3).

3. Różne interpretacje art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk w doktrynie

Jeśli chodzi o poglądy doktryny, to C. Banasiński i M. Bychowska opowiedzieli się za wariantem nr 1), wykluczając w ogóle konieczność dowodzenia zajścia utrudniania dostępu do rynku w przypadku pobierania opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży. Autorzy ci twierdzą, że sam ustawodawca przesądził o istnieniu takiego związku. Umieszczenie regulacji odnoszącej się do opłat półkowych w art. 15 uznk należy według nich rozumieć w ten sposób, że „pobieranie innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży" jest przykładową formą utrudniania dostępu do rynku. Konstrukcję art. 15 ust. 1 uznk postrzegają oni analogicznie do tej z art. 9 ust. 1 uokik – jeżeli, przykładowo, zostanie stwierdzone stosowanie cen nadmiernie wygórowanych przez domimnanta (art. 9 ust. 1 pkt 1 uokik), można już na tym etapie oceniać, że doszło do nadużycia pozycji dominującej, bez konieczności analizowania przesłanki ogólnej. Analogicznie, według C. Banasińskiego i M. Bychowskiej (2008, s. 12–13), wykazanie pobierania innych niż marża opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży wystarczy do stwierdzenia utrudnienia dostępu do rynku.

W podobny sposób interpretują również art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk M. Modzelewska de Raad i P. Karolczyk, skądinąd niechętne umieszczeniu zakazu pobierania opłat półkowych w ramach prawa zwalczania nieuczciwej konkurencji. W ich ocenie „z konstrukcji art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk wynika, iż każdy przypadek pobierania innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży traktowany jest jako utrudnienie dostępu do rynku. Regulacja ta, w przeciwieństwie do ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, nie wymaga badania kontekstu gospodarczego, w jakim została zawarta umowa oraz oceny czy klauzula umowna przewidująca opłaty za wprowadzenie towaru do sprzedaży rzeczywiście skutkuje utrudnieniem dostępu do rynku" (Modzelewska de Raad i Karolczyk, 2013, s. 19).

K. Kohutek również zgadza się z postrzeganiem pobierania opłat jako czynu nieuczciwej konkurencji *per se* (Kohutek, 2013). Także T. Szanciło (2013, s. 117) wykluczył zasadność przeprowadzania testów czy dostawca miał możliwość zbycia towarów innym podmiotom, uznając, że ustawodawca już samo pobieranie opłat uznał za czyn nieuczciwej konkurencji. Jednocześnie jednak potwierdza on możliwość zaistnienia przypadku, w którym nie dojdzie w ten sposób do utrudnienia dostępu do rynku – przy czym ciężar dowodu spoczywać ma na nabywcy, a dostawcy wystarczy wykazanie, że uiszczał dodatkowe opłaty – ma to stanowić dowód *prima facie*. T. Szanciło

[45] Wyr. SN z 22.11.2016 r., I CSK 65/15. Pozyskano z: http://www.sn.pl/orzecznictwo/SitePages/Baza_orzeczen.aspx.

(2013, s. 117) opowiada się więc za opcją nr 2), wzruszalnym domniemaniem utrudniania dostępu do rynku.

Dużo popularniejszy w doktrynie jest jednak pogląd odmienny – wariant nr 3). M. Sieradzka (2014, s. 28) wskazuje, że zgodnie z dominującym stanowiskiem, utrudnienie dostępu do rynku powód musi każdorazowo udowodnić w procesie. P. Podrecki (2014, s. 21) stwierdza, że nie może być przyjęte domniemanie utrudnienia dostępu do rynku w przypadku pobierania opłat półkowych. Taki zabieg w opinii doktryny sprzeczny jest z literalnym brzmieniem przepisu[46], ponieważ brak w nim operatora normotwórczego konstruującego domniemanie (Wolski, 2013, s. 33). Jest ono także sprzeczne z regułami dochodzenia roszczeń z uznk (Dominowska, 2013, s. 55). Domniemanie utrudniania dostępu do rynku kłóci się także z doświadczeniem życiowym (Kocot i Stokłosa, 2014, s. 14), łatwo jest wskazać warunki, w których pobieranie innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży nie utrudni dostępu do rynku, na przykład przy znacznej sile rynkowej dostawcy.

Podnoszone są także argumenty o sprzeczności stosowania domniemania z art. 3 ust. 2 rozporządzenia Rady nr 1/2003 z 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu[47]. Rozporządzenie to wymaga, aby porozumienia mające wpływ na handel między państwami członkowskimi UE były zakazywane przez prawo krajowe tylko, jeżeli rzeczywiście ograniczają konkurencję, chyba że cel zakazu jest inny niż ochrona konkurencji (Podrecki, 2014, s. 26). Tymczasem konstrukcja domniemania może prowadzić do wydania orzeczenia o niezgodności z prawem praktyki, która w rzeczywistości nie utrudniała dostępu do rynku.

Jak widać, doktryna krytykuje podejście sądów, które często ograniczają się do badania czy doszło do „pobrania innej niż marża handlowa opłaty za przyjęcie towaru do sprzedaży" i nakazują jej zwrot, nie przeprowadzając oceny czy doszło w konkretnej sprawie do utrudnienia dostępu do rynku (Skoczny i Bernatt, 2013, nb. 16 i 83; Nowińska, 2013, s. 8 i 24; Leszczyńska i Piszcz, 2008, s. 108).

Obecne są też stanowiska pośrednie pomiędzy opcjami nr 1) i 2) a opcją nr 3) z drugiej strony. Według C. Banasińskiego, można zaakceptować pogląd, że „pobieranie innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży" jest czynem nieuczciwej konkurencji *per se* – ale tylko w przypadku opłat półkowych sensu stricto, czyli świadczeniach wnoszonych wprost w zamian za przyjęcie towaru przez nabywcę. Natomiast opłaty półkowe ukryte pod postacią opłat za dodatkowe usługi mogą być uznane za czyn nieuczciwej konkurencji tylko, jeżeli sąd zbada, że rzeczywiście utrudniają innemu przedsiębiorcy dostęp do rynku (Banasiński, 2013, s. 66).

Swego rodzaju kompromisowe rozwiązanie, powyżej jako nr 4), zaproponował także P. Marcisz. Stwierdził on mianowicie, że „zachowania te [ujęte w art. 15 ust. 1 pkt 1–5] stanowią – co do zasady – czyny nieuczciwej konkurencji, ale wykazanie braku utrudnienia jest równoznaczne z wykazaniem, że nie został naruszony interes przedsiębiorcy, a więc brak znamienia czynu nieuczciwej konkurencji w związku z funkcją korygującą art. 3 u.z.n.k." (Marcisz, 2015, s. 15 i 23–24).

Wykładnia ta łączy z jednej strony zasadę, według której „pobieranie innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży" ma być co do zasady czynem nieuczciwej

[46] Dogłębną analizę literalnej treści przepisu przeprowadza P. Kamela (2013, s. 15 i n.), dochodząc do wniosku, że sąd obowiązany jest każdorazowo badać wystąpienie przesłanki utrudniania dostępu do rynku.

[47] Dz. Urz. UE L Nr 1 z 4.01.2003 r., s. 1.

konkurencji – z drugiej zaś – regułę, że wykazanie braku utrudniania zwalnia przedsiębiorcę od odpowiedzialności. Brak utrudnienia w ocenie P. Marcisza jest bowiem równoznaczny z brakiem nieuczciwości. Tymczasem praktyka, która nie spełnia warunków zawartych w art. 3 ust. 1 uznk, nie może być uznana za czyn nieuczciwej konkurencji.

W ocenie autorów tego artykułu, pogląd taki nie różni się w skutkach od przyjęcia opcji nr 2), statuuje bowiem wzruszalne domniemanie utrudniania dostępu do rynku. P. Marcisz odnajduje jednak uzasadnienie teoretyczne dla wzruszalności domniemania, wywodząc je z art. 3 ust. 1 uznk. Formułując wykładnię z punktu 2), sądy często miały problem z należytym uzasadnieniem takiego stanowiska. W takim ujęciu wykładnia z punktu 2) w ogóle powinna zostać odrzucona jako nielogiczna i zastąpiona przez tę z punktu 4).

Autorzy tego artykułu nie podzielają poglądu P. Marcisza, ponieważ w ich ocenie o żadnym domniemaniu w przypadku tego przepisu nie może być mowy. Tylko każdorazowe badanie kwestii utrudniania dostępu do rynku zapewnić może zgodność stosowania przepisu z jego wykładnią celowościową. Przepis powstał, aby chronić podmioty o małej sile rynkowej przed utrudnianiem im dostępu do rynku poprzez dużo silniejszych kontrahentów. Posłużyć się tu można przykładem międzynarodowego koncernu, płacącego dodatkową opłatę za ekspozycję towaru niewielkiemu sklepowi osiedlowemu. Absurdalne byłoby stwierdzenie, że w takim przypadku utrudnianie koncernowi dostępu do rynku jest domniemane i jeśli sklep osiedlowy tego nie robi, powinien to udowodnić.

Należy też mieć na względzie argumenty podniesione przez Trybunał Konstytucyjny. Art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk jest istotnym ograniczeniem konstytucyjnej wolności działalności gospodarczej. Stosowanie domniemania utrudniania dostępu do rynku czyni to ograniczenie bardziej dolegliwym. Przy takiej interpretacji przepis mógłby być uznany za nieproporcjonalny, a przez to niekonstytucyjny.

W ocenie autorów, najtrafniejszy wśród przedstawionych stanowisk jest pogląd nr 3) – „pobieranie innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży" jest czynem nieuczciwej konkurencji tylko wówczas, gdy prowadzi do utrudnienia dostępu do rynku.

IV. Badanie przy użyciu kryteriów ekonomicznych czy doszło do utrudniania dostępu do rynku

Przyjęcie tego poglądu wymusza dalszą, pogłębioną analizę. W pierwszej kolejności należy rozważyć czy aby wystąpił czyn nieuczciwej konkurencji z art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk konieczne jest faktyczne utrudnienie dostępu do rynku, czy też wystarczy zamiar po stronie nabywcy.

Literalne brzmienie art. 15 ust. 1 nie dostarcza prostej odpowiedzi na tak postawione pytanie. J. Sroczyński i M. Mioduszewski (2011, pkt 28) wskazują, że decydujące znaczenie ma czy podjęte działania w ogóle mogą potencjalnie utrudnić dostęp do rynku. Jako przykład wskazują sprzedaż poniżej kosztów z art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk – jeśli przedsiębiorca robi to, bo chce zaszkodzić innym, nie popełnia czynu nieuczciwej konkurencji, gdy jego konkurenci i tak sprzedają towar taniej (bo ich koszty są niższe).Taki pogląd prowadzi do wniosku, że przy ocenie czy doszło do pobrania opłat półkowych należy badać przede wszystkim skutek ekonomiczny. Jak potwierdził w swoim orzecznictwie Sąd Najwyższy, to nie wina decyduje o popełnieniu czynu nieuczciwej

konkurencji[48]. W kontekście utrudniania dostępu do rynku decydujące jest więc to, jaki był efekt praktyki.

Odnosząc to do problematyki opłat półkowych, większe znaczenie niż wola nabywcy towarów ma możliwość wystąpienia skutku w postaci utrudnienia dostępu do rynku. Jeżeli pobieranie opłat dostęp ten utrudniało bądź mogło utrudnić, przesłankę tę należy uznać za spełnioną. Nie można natomiast uznać za utrudnianie dostępu do rynku pobierania opłat w sytuacji, w której „przedsiębiorca godzący się na takie warunki umowy mógłby oferowany towar zbyć w takiej samej ilości innym przedsiębiorcom (a za ich pośrednictwem konsumentom), jednakże wybrał przedsiębiorcę żądającego opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży – jeżeli per saldo ostatnio wskazana sprzedaż jest ekonomicznie bardziej opłacalna" (Nowińska i du Vall, 2013, s. 266).

Ocena konkretnej praktyki pod kątem art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk, wymaga zbadania czy jej skutkiem było utrudnienie dostępu do rynku. Nie można opierać się na domniemaniu, że taki skutek występuje automatycznie. Za takim podejściem przemawiają również argumenty ekonomiczne. Literatura podpowiada, że pobieranie opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży może być motywowane pobudkami zarówno antykonkurencyjnymi, jak i prokonkurencyjnymi (Shaffer, 2013). Zakładanie, że taka praktyka utrudnia dostawcy *per se* dostęp do rynku jest więc niewłaściwe. Równie dobrze mogą one pomóc nowemu dostawcy w wypracowaniu swojej pozycji rynkowej.

Przykładowo, przedsiębiorca, który stworzył nowy, mało rozpoznawalny produkt, ma dużo mniejsze szanse na współpracę z dużym nabywcą niż popularni producenci. Taki nabywca, mając ograniczone potrzeby, chętniej wybierze produkt już popularny na rynku. Chcąc podjąć konkurencję z dotychczasowymi dostawcami, nowy podmiot musi więc oferować lepsze warunki nabywcy, na przykład nabycie dodatkowych usług marketingowych lub udzielenie premii posprzedażowej uzależnionej od obrotów. W tej sytuacji pobieranie „opłat" przez nabywcę nie utrudnia dostawcy dostępu do rynku, a wręcz przeciwnie – ułatwia go.

Aby stwierdzić czy w konkretnym przypadku doszło do utrudniania dostępu do rynku, należy ocenić kontekst ekonomiczny, odpowiadając na trzy pytania:

1) czy istnieją przesłanki świadczące o utrudnionym dostępie do rynku;
2) czy utrudniony dostęp do rynku jest wynikiem pobierania opłat półkowych;
3) czy istnieją inne powody, tłumaczące utrudniony dostęp do rynku danego dostawcy?

1. Przejawy utrudnienia dostępu do rynku

Weryfikacja czy doszło do utrudnienia dostępu do rynku wymaga analizy zmiennych ekonomicznych, takich jak wolumen sprzedaży danego dostawcy oraz liczba nabywców, z którymi dany dostawca współpracuje.

Po pierwsze, utrudniony dostęp do rynku mógłby się przejawiać zmniejszonym wolumenem sprzedaży. Badanie powinno polegać na analizie ewolucji wolumenu sprzedaży danego dostawcy, tj. porównania tego wolumenu z hipotetyczną sytuacją rynkową tego dostawcy w przypadku niepobierania opłat. Zmniejszony wolumen sprzedaży nie musi jednak świadczyć o utrudnionym dostępie do rynku, gdy towarzyszy mu zwiększony zysk jednostkowy. Zmniejszony wolumen sprzedaży powoduje bowiem straty dostawcy wtedy, kiedy nie wiąże się on ze zwiększonym zyskiem jednostkowym. W takiej sytuacji zysk całkowity danego dostawcy rzeczywiście ulega

[48] Wyr. SN z 1.12.2004 r., III CK 15/04, LEX nr 930878.

zmniejszeniu. Jednak w przypadku, gdy zmniejszonemu wolumenowi sprzedaży towarzyszy zwiększony zysk jednostkowy, zysk całkowity dostawcy może ulec zwiększeniu lub pozostać na tym samym poziomie. Badanie ewentualnego zaistnienia nieuczciwego utrudnienia dostępu do rynku w tym wypadku wymaga więc dogłębnej analizy zarówno wolumenu sprzedaży danego dostawcy, jak i jego zysku jednostkowego.

Po drugie, utrudniony dostęp do rynku mógłby przyjąć postać zmniejszonej liczby nabywców, z którymi współpracuje dany dostawca. Stosowanie opłat półkowych przez nabywcę mogło mianowicie spowodować wykluczenie jego konkurentów z rynku (Marx i Shaffer, 2007, s. 823–843). Zmniejszona liczba nabywców może powodować straty dostawcy, gdy zysk jednostkowy wygenerowany na jednostkach przez nich sprzedanych jest wyższy od zysku jednostkowego wygenerowanego przez nabywcę stosującego rozpatrywane opłaty półkowe. Ponadto, zmniejszona liczba nabywców może powodować straty dostawcy, gdy nabywcy ci zapewniają dostęp do klientów niekorzystających z usług nabywcy stosującego rozpatrywane opłaty półkowe.

Badanie ewentualnego zaistnienia utrudnienia dostępu do rynku może więc wymagać dogłębnej analizy zysku jednostkowego danego dostawcy, jego wolumenu sprzedaży oraz liczby nabywców. Takie badanie w toku postępowania sądowego powinno zostać przeprowadzone przez biegłych sądowych.

2. Związek przyczynowo-skutkowy pomiędzy stosowanymi opłatami półkowymi a ewentualnym utrudnionym dostępem do rynku

Literatura ekonomiczna wskazuje dwa mechanizmy, w wyniku których opłaty półkowe mogą prowadzić do powstania strat u dostawcy. Pierwszy z nich opiera się na zmniejszeniu konkurencji pomiędzy nabywcami (Foros i Kind, 2008, s. 367–384; Shaffer, 1991, s.. 120–135; Shaffer, 2013), podczas gdy drugi opiera się na cichej zmowie pomiędzy nabywcami (Piccolo i Miklos-Thal, 2012, s. 492–513). W obydwu przypadkach stosowane opłaty półkowe prowadzą do wzrostu cen dostawcy, co z kolei przekłada się na wzrost cen detalicznych. W obydwu przypadkach opłaty półkowe mogą spowodować utrudniony dostęp do rynku. Z jednej strony, ewentualne korzyści ze stosowania wyższych cen zanikają w związku z równoczesną koniecznością uiszczania znaczących opłat półkowych. Z drugiej zaś – wyższe ceny detaliczne mogą powodować spadek wolumenu sprzedaży.

W przypadku zmniejszonej konkurencji pomiędzy nabywcami dostawca, godząc się na płacenie opłat półkowych, podwyższa swoje ceny dostaw, w wyniku czego nabywca zmuszony jest stosować mniej agresywne ceny detaliczne (Shaffer, 1991). W sytuacji braku opłat półkowych, dostawcy działający na konkurencyjnym rynku ustalają swoje ceny na poziomie swoich kosztów krańcowych. Wprowadzenie opłat półkowych wiąże się ze wzrostem cen dostawców, gdyż dostawcy, nie mogąc stosować cen poniżej swoich kosztów krańcowych, przenoszą koszt związany z opłatami półkowymi na swoją cenę. Stosując opłaty półkowe, nabywca zgadza się więc, w sposób dorozumiany, na wyższe ceny dostawcy. To z kolei skłania również jego konkurentów do podniesienia cen detalicznych i prowadzi do zmniejszenia konkurencji pomiędzy nabywcami. Mechanizm ten można również zilustrować na przykładzie wyboru nabywcy pomiędzy dwoma typami umów, to jest: (1) umowy bez opłaty półkowej, ale charakteryzującą się niższą ceną dostawcy oraz (2) umowy z opłatą półkową, ale związaną również z wyższą ceną dostawcy. Koszty

krańcowe związane z drugim typem umowy są wyższe dla nabywcy. Wybór drugiego typu umowy przez nabywcę jest więc tożsamy z wysłaniem sygnału do swoich konkurentów o stosowaniu mniej agresywnych cen detalicznych. To z kolei skłania również konkurentów do stosowania wyższych cen detalicznych.

W przypadku cichej zmowy nabywców wzrost cen dostawcy, wynikający ze stosowania opłat półkowych, zmniejsza zyskowność odstąpienia nabywców od cichej zmowy, a więc pomaga w jej utrzymaniu. Nabywcy mogą ograniczyć zachętę ekonomiczną związaną z odstąpieniem od zmowy (krótkoterminowy wzrost zysku związany z obniżeniem ceny) poprzez zgodzenie się na płacenie wyższych cen dostawcy. Dla danej ceny detalicznej, wyższa cena dostawcy zmniejsza bowiem marżę nabywcy, a co za tym idzie zyskowność odstąpienia od zmowy. Zyski nabywców są nietknięte wyższą ceną dostawcy, jeżeli towarzyszy im odpowiedni poziom opłat półkowych. Opłaty półkowe mogą więc służyć jako mechanizm ułatwiający utrzymywanie cichej zmowy pomiędzy nabywcami (Piccolo i Miklos-Thal, 2012).

Analiza tych mechanizmów pod kątem zaistnienia ewentualnego utrudnionego dostępu do rynku wymaga stwierdzenia czy stosowane opłaty półkowe mają przełożenie na wyższe ceny dostawcy, czy ewentualny wzrost cen dostawcy skutkuje wzrostem cen detalicznych oraz czy ewentualne wyższe ceny detaliczne wpływają na spadek całkowitego wolumenu sprzedaży. W przypadku pozytywnej odpowiedzi na wszystkie trzy pytania, można podejrzewać, że doszło do utrudniania dostępu do rynku.

Do badania można wykorzystać metody ekonometryczne. Na podstawie posiadanych danych można przeanalizować wpływ stosowania opłat półkowych na ceny dostawcy. Połączenie tych danych z cenami detalicznymi pozwoli ocenić wpływ stosowanych opłat półkowych na ceny detaliczne, jak i relację pomiędzy obserwowanymi cenami dostawcy a cenami detalicznymi. To z kolei pozwoli zbadać wpływ cen detalicznych na wolumen sprzedaży.

Analizę związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy stosowanymi opłatami półkowymi a ewentualnym utrudnieniem dostępu do rynku można również oprzeć na modelu ekonometrycznym analizującym relację między poziomem opłaty półkowej a wolumenem sprzedaży. Uwzględnienie dodatkowych zmiennych mających wpływ na badaną zmienną w modelu ekonometrycznym, takich jak sezonowość towarów czy zmiany w modelu funkcjonowania dostawcy, może wpłynąć na zwiększenie rzetelności badania.

Podobnie jak w przypadku szacowania strat powstałych w wyniku łamania prawa ochrony konkurencji (Commission Staff Working Document, 2013), metody porównawcze mogą zostać wykorzystane do analizy wpływu rozpatrywanych opłat półkowych na wielkości zmiennych ekonomicznych, mogących świadczyć o utrudnionym dostępie do rynku. Metody te pozwalają zbadać czy obserwowany poziom zmiennej świadczy o ewentualnym pogorszeniu się sytuacji danego przedsiębiorcy w wyniku stosowanej praktyki.

Wśród metod porównawczych można wymienić metody oparte na porównaniu w czasie. Polegają one na porównaniu okresu, w którym dana praktyka miała miejsce, z okresem przed jej rozpoczęciem lub po jej ustaniu. Jeżeli analizowana zmienna (np. wolumen sprzedaży czy liczba nabywców) uległ znaczącemu obniżeniu w okresie trwania danej praktyki, można przypuszczać, że doszło do pogorszenia się sytuacji rozpatrywanego dostawcy w okresie trwania danej praktyki.

Metody oparte na porównaniu w czasie wymagają istnienia okresu poprzedzającego daną praktykę lub następującego po niej. W przypadku opłat półkowych możliwe jest, że taki okres nigdy nie istniał. Należy wtedy posłużyć się inną metodą, np. porównaniem wyników sprzedaży danego dostawcy przy współpracy z danym nabywcą z jego wynikami sprzedaży osiągniętymi przy współpracy z innym możliwie najbardziej podobnym nabywcą, tj. stosującym podobne metody merchandisingowe i reklamowe itp. Przydatne też może się okazać porównanie wyników sprzedaży danego dostawcy osiągniętych przy współpracy z danym nabywcą z wynikami sprzedaży innego podobnego dostawcy, wobec którego dany nabywca stosował znacząco różne opłaty półkowe lub nie stosował ich wcale.

Analiza związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy stosowanymi opłatami półkowymi a ewentualnym utrudnieniem dostępu do rynku może się również opierać na ocenie jakościowej. Szczególnie istotna jest w tym zakresie analiza siły konkurencyjnej na poszczególnych rynkach. Jak wskazuje literatura ekonomiczna (Allain, 2002, 359–370), siła konkurencyjna na poszczególnym poziomie struktury wertykalnej zdaje się stanowić kluczowy czynnik wpływający na równowagę sił pomiędzy nabywcami a dostawcami. Można rozpatrzyć aspekty, takie jak siła rynkowa dostawcy, siła rynkowa nabywcy czy też możliwość współpracy danego dostawcy z innymi nabywcami. Silna pozycja rynkowa dostawcy sugeruje, iż warunki współpracy z nabywcą, na jakie się godzi, sprzyjają generowanemu przez niego zyskowi. W przeciwnym przypadku mógłby wykorzystać swoją siłę w celu wynegocjowania lepszych warunków współpracy. Wówczas wątpliwe wydaje się twierdzenie, że opłaty półkowe mogły utrudnić dostęp do rynku tego dostawcy. Podobnie, nieznaczna pozycja rynkowa nabywcy sugeruje, iż nie jest on w stanie narzucić niekorzystnych warunków na dostawcę. W końcu szerokie możliwości współpracy z innymi nabywcami sugerują, że współpraca z danym sprzedawcą nie jest konieczna do uzyskania dostępu do rynku[49]. W związku z tym trudno się dopatrywać utrudnionego dostępu do rynku w wyniku rozpatrywanych opłat półkowych.

3. Inne czynniki wywołujące utrudniony dostęp do rynku

Dodatkowo konieczne jest wyeliminowanie innych możliwych czynników powodujących trudności z uzyskaniem dostępu do rynku przez dostawcę, np. konkurencyjność towarów dostępnych na rynku, ich ceny. Jeżeli przykładowo cena produktu danego dostawcy znacząco odbiega od cen stosowanych przez innych dostawców, którzy również uiszczają opłaty za usługi świadczone przez sieć, można się pokusić o stwierdzenie, że niski wolumen sprzedaży wynika z zawyżonej ceny, a nie z pobierania opłat przez nabywcę.

Można również zbadać zapotrzebowanie na dany produkt. W przypadku braku znaczącego zainteresowania danym produktem, możliwe jest uznanie, że brak powodzenia rozpatrywanego produktu jest najpewniej w dużym stopniu związany z niskim na niego popytem, a nie ze stosowanymi opłatami półkowymi.

Wykazując powyższe okoliczności, nabywca może się bronić przed zarzutem nieuczciwego utrudniania dostępu do rynku, nawet jeżeli dostawca wykaże, że w czasie pobierania danych opłat, jego wolumen sprzedaży istotnie się zmniejszył.

[49] Nie sposób stwierdzić, że dostęp do rynku jest utrudniany, gdy te same towary dostawca może swobodnie zbyć innym nabywcom, por. M. Nowińska i M. du Vall (2013, s. 266).

V. Zakończenie

W ocenie autorów, przesłanka „utrudniania dostępu do rynku" powinna być każdorazowo badana przez sąd dokonujący oceny stanu faktycznego. Sąd powinien określić rynek, którego dotyczy sprawa – w oparciu o kategorię „rynku właściwego" z uokik – i zweryfikować czy dana praktyka mogła utrudniać dostęp do niego, a więc czy wystąpił skutek utrudniania dostępu do rynku, a także czy działanie to miało nieuczciwy charakter.

To stanowisko wynika zarówno z literalnej, jak i funkcjonalnej wykładni przepisu. Tylko w ten sposób art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk będzie spełniał swój cel, służąc przeciwdziałaniu nieuczciwej konkurencji. Taka interpretacja wyklucza wykorzystywanie art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk jako mechanizmu faworyzowania w postępowaniu sądowym powoda – dostawcy, który, po przerwaniu współpracy z nabywcą, żąda zwrotu wszelkich płatności, jakie były wnoszone na rzecz nabywcy, na które w ramach swobody umów dotychczas się godził.

W toku postępowania sądowego wskazane byłoby powołanie biegłego sądowego, który wyznaczy rynek właściwy, na którym dostawca funkcjonuje z nabywcą oraz, przy użyciu narzędzi ekonomicznych, oceni czy pobieranie danej opłaty utrudniło dostawcy dostęp do tak rozumianego rynku.

Autorzy zdają sobie sprawę, że przeprowadzanie takiego dowodu znacznie skomplikowałoby procesy w sprawach o opłaty półkowe. Spraw tych jest bardzo wiele. „Liczba publikowanych rozstrzygnięć sądowych, w których jego interpretacja wyznacza główną oś sporu, stawia go niemal na równi z centralną normą tej ustawy, czyli z art. 3 ust. 1 u.z.n.k. Istotnie przewyższa ona także liczbę orzeczeń dotyczących takich typowych dla rynkowego współzawodnictwa deliktów, jak te dotyczące oznaczeń odróżniających (art. 5 u.z.n.k.) czy informacyjnych (art. 10 u.z.n.k.)" (Nestoruk, 2015, s. 25). Było to, przykładowo, ponad 300 spraw o wartości ok. 400 mln zł na początku 2013 r.[50] – ponad dekadę po wprowadzeniu art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk.

Znaczna liczba spraw wynika między innymi z tego, że powodowi dość łatwo jest uzyskać zasądzenie żądanych roszczeń. Powodem tego stanu jest dominująca wykładnia art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk przez sądy. Judykatura, w przeciwieństwie do autorów tego artykułu, szeroko podziela restrykcyjną dla nabywców wykładnię art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk. W istocie prowadzi to do zwalczania wszelkich „innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży", bez realnego badania do kwestii utrudniania dostępu do rynku. Dalszym następstwem przyjęcia rygorystycznej wykładni jest to, że „opłatami półkowymi" stają się wszelkie opłaty wnoszone na rzecz nabywców przez dostawcę – nawet, jeśli ich podstawą są wyświadczane usługi lub, jak w przypadku premii od obrotu, wynikają z mechanizmu rabatu retroaktywnego.

Autorzy wyrażają pogląd, że szczegółowa analiza kwestii utrudniania dostępu do rynku w toku procesu pozwoliłaby odsiewać rzeczywiste przypadki czynów nieuczciwej konkurencji od sytuacji, w których do nich nie dochodzi. Nawet, jeżeli przyjęcie takiej interpretacji przez judykaturę zwiększyłoby długość i koszty procesów, w dalszej perspektywie pozwoliłoby na ograniczenie liczby postępowań oraz obłożenia sądów.

Należy również podkreślić, że, oceniając konkretną opłatę, sąd może w pierwszej kolejności zbadać czy zachodzą inne niż „utrudnianie dostępu do rynku" przesłanki z art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk:

[50] Odpowiedzi rządu Rzeczypospolitej Polskiej na pytania sformułowane w Zielonej Księdze w sprawie nieuczciwych praktyk handlowych w łańcuchu dostaw produktów spożywczych i niespożywczych między przedsiębiorstwami (COM (2013) 037), s. 7. Pozyskano z: www.ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/unfair-trading-practices/docs/contributions/public-authorities/poland_pl.pdf.

czy ma miejsce „pobieranie innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży". Dla zajścia czynu nieuczciwej konkurencji z art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk konieczne jest, aby wszystkie przesłanki były spełnione łącznie. Jeżeli któraś z nich nie jest spełniona – przykładowo, opłata została wniesiona w zamian za ekwiwalentne świadczenie albo stanowi rabat kształtujący marżę handlową – badanie czy jej pobieranie utrudniało dostęp do rynku nie będzie konieczne, aby ocenić, że pobierania opłat półkowych nie było. Inaczej będzie, gdy powód zakwestionuje pobieranie danej opłaty na podstawie ogólnej regulacji z art. 15 uznk – wtedy sąd będzie musiał ocenić czy doszło do utrudnienia dostępu do rynku.

Odrębnym problemem jest czy biegły zawsze będzie miał dostęp do odpowiednich danych ekonomicznych, aby móc poczynić jednoznaczne ustalenia. W przypadku, gdy dostęp do odpowiednich danych nie będzie publiczny, przeprowadzenie skomplikowanej analizy może być znacznie utrudnione. W tej sytuacji pomocny może być art. 248 § 1 kodeksu postępowania cywilnego[51] – sąd może zobowiązać stronę lub podmioty trzecie do ujawnienia wymaganych danych. Jeżeli natomiast, mimo powołania biegłego, stwierdzenie czy doszło do utrudnienia dostępu do rynku pozostanie niemożliwe do wykazania, sąd powinien uznać ten fakt za nieudowodniony i oddalić powództwo.

Na zakończenie należy jeszcze poczynić kilka uwag praktycznych. Pobieranie różnych opłat od dostawców jest na rynku dostaw do sieci handlowych zjawiskiem bardzo częstym, mimo restrykcyjnej interpretacji wyrażanej przez judykaturę, która w większości przypadków uznaje je za naruszające art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk. Przyczyną takiego stanu jest fakt, że roszczenia o zwrot opłat wysuwane są praktycznie wyłącznie po zakończeniu, z różnych przyczyn, współpracy pomiędzy stronami, kiedy dostawca nie ma widoków na ponowne jej nawiązanie. Przykładem może być sytuacja, w której dostawca zamierza zakończyć działalność. Nie mając nic do stracenia stara się odzyskać część poniesionych kosztów. Często w jego miejsce wstępuje następca prawny, nabywca wierzytelności z tytułu pobrania opłat półkowych czy nawet syndyk[52]. W zestawieniu z liczbą dostawców, którzy współpracują z sieciami handlowymi lub starają się o to, liczba podmiotów dochodzących zwrotu opłat na drodze sądowej to mimo wszystko dużo mniejszy krąg podmiotów.

Należy natomiast podkreślić, że niepewność obrotu powstała w warunkach, kiedy to praktyka rynkowa w istotny sposób rozmija się z interpretacją prawa przez sądy, jest postrzegana przez znaczną część doktryny jako patologia. Jak wskazuje G. Kaniecki „negatywnie bowiem należy ocenić sytuację, gdy dany dostawca przez dłuższy czas realizuje dostawy do sieci, godząc się na ponoszenie opłat na podstawie analizy ogólnej opłacalności dostaw (zgodnie z zasadą „potrójnej ceny netto"[53]), a następnie po zakończeniu współpracy on sam (albo częściej jego następca prawny) żąda zwrotu opłat" (Kaniecki, 2013, s. 54).

Na nasilenie się patologii może także wpłynąć obecny również w orzecznictwie pogląd, że dopuszczalna jest cesja wierzytelności z tytułu zwrotu opłat półkowych, co potwierdził Sąd Najwyższy[54] – w takiej sytuacji pojawić się mogą podmioty, które utrzymywać się będą ze skupowania i następnie ściągania należności z tytułu pobranych przez sieć handlową opłat.

[51] Ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U.2016.1822).

[52] Wyr. SA w Lublinie z 25.01.2012 r., I ACa 639/11, LEX nr 1110272; wyr. SA w Poznaniu z 14.09.2012 r., I ACa 600/12, Legalis nr 664109.

[53] Zasada „potrójnej ceny netto" polega na tym, że dostawca, szacując czy współpraca z nabywcą będzie dla niego opłacalna, odejmuje od ceny określonej w jego cenniku najpierw rabaty, a następnie koszty wszelkich innych opłat, jakie musi ponieść. W ten sposób wyznaczana jest „potrójna cena netto" towaru, której wysokość warunkuje opłacalność współpracy dla dostawcy.

[54] Wyr. SN z 22.01.2015 r., I CSK 694/13, LEX nr 1604786, tak również: wyr. SA w Warszawie z 14.03.2013 r., I ACa 1123/12, LEX nr 1322068.

Zakaz pobierania opłat półkowych przerodził się w narzędzie, które tym dostawcom, którzy kiedyś je wnieśli, zapewnia możliwość uzyskania swoistego „bonusu". Jeśli bowiem podjęli wcześniej współpracę, to z jakichś względów musieli ją uznać za opłacalną, po przeprowadzeniu rozumowania wedle zasady „potrójnej ceny netto" wciąż widzieli dla siebie w danej umowie korzyść. Sąd *de facto* występuje tu jako podmiot, który urzędowo zwiększa czysty zysk po stronie dostawcy.

Mając na uwadze, że strony przed wystąpieniem z roszczeniem zrywają współpracę, niektórzy przedstawiciele doktryny wprost nazywają wysuwanie roszczeń na podstawie art. 15 ust. 1 pkt 4 „porachunkami sądowymi" (Kocot i Stokłosa, 2014, s. 9). W skrajnych przypadkach dostawca może w nielojalny sposób wykorzystać kontrakt z nabywcą, aby zaprezentować swój produkt szerokiemu gronu odbiorców, wypracować zysk, a następnie „odzyskać" część ponoszonych kosztów w drodze postępowania sądowego. Obecny model stosowania art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk zachęca do nadużywania go i traktowania wnoszonych opłat jako swoistej „lokaty kapitału" – odzyskanie ich, dzięki stosowanym przez sądy domniemaniom jest względnie łatwe, a odsetki, które w ten sposób uzyska dostawca zapewnić mu mogą znaczny zysk z takiej operacji, nawet przy uwzględnieniu inflacji i kosztów obsługi prawnej.

Działania takie mają negatywny wpływ na pewność obrotu i prowadzą do poważnego obciążenia organów wymiaru sprawiedliwości (Marek, 2012, s. 58). Można je też uznać za godzące w dobrobyt konsumencki (*consumer welfare*), także dlatego, że osłabiają pozycję tych dostawców, których model biznesowy nastawiony jest na długoterminową współpracę (Kaniecki, 2013, s. 54). W związku z tym, judykatura powinna porzucić stosowanie domniemania utrudniania dostępu do rynku i szczegółowo analizować konkretne przypadki, aby karać tylko tych nabywców, którzy rzeczywiście nieuczciwie utrudniali ten dostęp swoim dostawcom. To pozwoli powstrzymać zjawisko nadużywania art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk i przyczyni się zarówno do poprawienia poziomu zaufania w kanale dystrybucyjnym, jak i zmniejszy obciążenie wymiaru sprawiedliwości sprawami z zakresu opłat półkowych.

Bibliografia

Allain, M.L. (2002). The Balance of Power Between Producers and Retailers: A Differentiation Model. *Louvain Economic Review*, *68*, 359–370, http://dx.doi.org/10.3917/rel.683.0359.

Banasiński, C. (2013). Kategoria korzyści jako przesłanka oceny ekwiwalentności świadczeń. iKAR, *2*(2).

Banasiński, C. i Bychowska, M. (2008). Utrudnianie dostępu do rynku poprzez pobieranie innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży (art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k.). *Przegląd Prawa Handlowego*, 4.

Commission Staff Working Document. (2013). Quantifying Harm In Actions For Damages Based On Breaches Of Article 101 Or 102 Of The Treaty On The Functioning Of The European Union.

Czarny, B. i Rapacki, R. (1998). *Podstawy ekonomii*. Warszawa: PWE.

Dominowska, J. (2013)/ Pobieranie przez sieci sklepów opłat innych niż marża w praktyce orzeczniczej sądów. *Przegląd Sądowy*, 1.

Gizbert-Studnicki, K.W. (2000). *Jak funkcjonuje rynek*. Toruń: Wydawnictwo Adam Marszałek.

Fornalczyk, M. (2013). Ekonomiczne przesłanki opłat dodatkowych oraz zagadnienie eliminacji z rynku w działalności sieci handlowych. iKAR, *2*(2).

Foros, Ø. i Kind, H. (2008). Do Slotting Allowances Harm Retail Competition? *Scandinavian Journal of Economics*, *110*, http://dx.doi.org/10.1111/j.1467-9442.2008.00543.x.

Kamela, P. (2013). Interpretacja art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk w świetle koncepcji wykładni Macieja Zielińskiego. iKAR, *2*(2).

Kaniecki, G. (2013). Opłaty półkowe" z punktu widzenia ekonomicznej analizy prawa. iKAR, *2*(2).

Kępiński, M. (red.). (2013). *System prawa prywatnego*. Tom 15. *Prawo konkurencji*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.

Kocot, W.J. i Stokłosa, A. (2014). Pobieranie innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży – uwagi krytyczne na tle praktyki kontraktowej i aktualnego orzecznictwa. *Przegląd Prawa Handlowego*, 10.

Kohutek, K. (2013). Glosa do wyroku s. apel. z dnia 12 marca 2013 r., I ACa 1119/12, LEX nr 180951.

Leszczyńska, B. i Piszcz, A. (2008). Glosa do wyroku SN z dnia 26 stycznia 2006 r., II CK 378/2005, LEX nr 89960.

Marciniak, S. (red.). (2005). *Makro- i mikroekonomia. Podstawowe problemy*. Warszawa: WN PWN.

Marek, M. (2012). Opłaty za przyjęcie towaru do sprzedaży. *Przegląd Prawa Handlowego*, 2.

Marx, L. i Shaffer, G. (2007). Upfront Payments and Exclusion in Downstream Markets. *Rand Journal of Economics*, 38, 823–843, http://dx.doi.org/10.1111/j.0741-6261.2007.00114.x.

Marcisz, P. (2015). Nazwane utrudnienia dostępu do rynku – znaczenie prawne wyliczenia z art. 15 u.z.n.k. *Przegląd Prawa Handlowego*, 3.

Michalak, A. (2011). Komentarz do art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W: M. Zdyb (red.), *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji: Komentarz.* Warszawa: LEX a Wolters Kluwer.

Modzelewska de Raad, M. i Karolczyk, P. (2013). Opłaty półkowe – między reżimem prywatno- i publiczno-prawnym – polemika systemowa. iKAR, *2*(2).

Nestoruk, I. (2007), Opłaty „za przyjęcie towarów do sieci sklepów" a ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. *Glosa*, 1.

Nestoruk, I. (2015). Swoboda dostępu do rynku a swoboda kontraktowania w kontekście zakazu „opłat półkowych" – stan aktualny. *Przegląd Prawa Handlowego*, 3.

Nowińska, E. i du Vall, M. (2013). *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*. Warszawa: LexisNexis.

Piccolo, S. i Miklos-Thal, J. (2012). Colluding Through Suppliers. *Rand Journal of Economics*, 43, http://dx.doi.org/10.1111/j.1756-2171.2012.00183.x.

Pietras, Cz. (2005). Rynek. Rodzaje konkurencji. W: S. Marciniak (red.), *Makro- i mikroekonomia. Podstawowe problemy*. Warszawa: WN PWN.

Podrecki, P. (2014). Opłaty półkowe. *Monitor Prawniczy*, 6.

Podrecki, P. (1994). Stosunek ustawy o zwalczeniu nieuczciwej konkurencji do ustawy o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym. *Przegląd Prawa Handlowego*, 12, 25.

Shaffer, G. (1991). Slotting Allowances and Resale Price Maintenance: A Comparison of Facilitating Practices. *Rand Journal of Economics*, 22, http://dx.doi.org/10.2307/2601011.

Shaffer, G. (2013). The Impact of Reverse-Fixed Payments on Competition. Report prepared for the Office of Fair Trading. ESRC Centre for Competition Policy 2009–2014 funded by ESRC. Pozyskano z: http://gtr.rcuk.ac.uk/publication/459F44C9-0CDC-450E-831E-24D91C2CE281/.

Sieradzka, M. (2014). Opłaty za przyjęcie towaru do sprzedaży – aspekty praktyczne stosowania i egzekwowania. *Monitor Prawniczy*, 6.

Skoczny, T. i Bernatt, M. (2013). Art. 15 (dostęp do rynku). W: J. Szwaja (red.), *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck, Legalis.

Sroczyński, J. i Mioduszewski, M. (2011). Komentarz do art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W: M. Zdyb (red.), *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, Warszawa: LEX a Wolters Kluwer.

Szanciło, T. (2013). Charakter prawny opłat marketingowych jako utrudniających dostęp do rynku. *Monitor Prawniczy*, 3.

Szczepanowska-Kozłowska, K. (2015). Glosa do wyroku SN z dnia 23 października 2014 r., I CSK 597/13. *Glosa*, 2.

Szwaja, J. (red.). (2013). *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck, Legalis.

Walaszek-Pyzioł, A. i Pyzioł, W. (1994). Czyn nieuczciwej konkurencji (analiza pojęcia). *Przegląd Prawa Handlowego*, 10.

Wolski, D. (2013). Wybrane zagadnienia na tle orzeczeń dotyczących opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży. iKAR, *2*(2).

Zdyb, M. (red.). (2011). *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*. Warszawa: LEX a Wolters Kluwer.

Katarzyna Górna*, Małgorzata Kozak**, Anna Wawruch***

Ograniczenia konkurencji w porozumieniach wertykalnych – czy jest miejsce na badanie skutku? Uwagi w świetle ostatniego orzecznictwa sądów polskich i TSUE

Spis treści

I. Wprowadzenie
   1. Cel artykułu
   2. Cel lub skutek porozumienia ograniczającego konkurencję
   3. Cel porozumienia
   4. Konsekwencje wykazania celu porozumienia
   5. Skutek porozumienia
II. Wybrane przykłady rozstrzygnięć odnoszących się do rozróżnienia pomiędzy antykonkurencyjnym celem a skutkiem w porozumieniach wertykalnych
   1. Allianz Hungaria Biztosito
   2. MasterCard Inc
   3. Cartes Bancaires
   4. SIA Maxima Latvija
   5. Toshiba
   6. Sfinks
III. Wybrane przykłady rozstrzygnięć odnoszące się do sprzedaży *online*
   1. Ograniczenia sprzedaży dokonywanej przez dystrybutorów
   2. Ograniczenia odsprzedaży na platformach należących do osób trzecich
IV. Wnioski

Streszczenie

Przedmiotem niniejszego artykułu jest zbadanie aktualnej praktyki orzeczniczej polskich sądów powszechnych oraz TSUE dotyczącej porozumień zakazanych ze względu na cel lub ze względu na skutek. W artykule omówiono orzeczenia, których treść potwierdza, że w przypadku braku możliwości uznania porozumienia za ograniczające konkurencję ze względu na cel konieczne jest przeprowadzenia rozbudowanej analizy otoczenia ekonomiczno-prawnego porozumienia dla oceny jego ewentualnych antykonkurencyjnych skutków.

Przeprowadzona analiza prowadzi do wniosków, że w orzecznictwie wciąż zauważalna jest tendencja do zacierania granicy pomiędzy tymi dwoma rodzajami porozumień i przyjmowania

* Radca prawny, Affre i Wspólnicy; e-mail: katarzyna.gorna@affre.pl.
** Doktor; radca prawny; *of counsel* Affre i Wspólnicy; e-mail: malgorzata.kozak@affre.pl.
*** Studentka Wydziału Prawa i Administracji w Warszawie; praktykantka Affre i Wspólnicy.

uproszczeń zakładających, że jeśli nie ma pewności co do zasadności kwalifikacji porozumienia jako zakazanego ze względu na cel, równolegle wykazuje się jego antykonkurencyjne skutki.

Słowa kluczowe: porozumienia ograniczające konkurencję; cel porozumienia; skutek porozumienia; kontekst ekonomiczny i prawny porozumienia.

JEL: K21

I. Wprowadzenie

1. Cel artykułu

W polityce ochrony konkurencji przyjętej we wrześniu 2015 r. (dalej: Nowa polityka ochrony konkurencji)[1] podkreślono, że „[p]riorytetem UOKiK jest bezwzględne zwalczanie ich [naruszeń prawa konkurencji – autorki] najbardziej szkodliwych rodzajów, czyli karteli ustalających ceny lub dzielących rynek, najczęściej mających tajny charakter" (s. 30). W odniesieniu do porozumień *niehoryzontalnych,* wskazano, że „[o]cena porozumień zawieranych między przedsiębiorcami niebędącymi konkurentami, czyli porozumień niehoryzontalnych, wymaga indywidualnego podejścia. Tego rodzaju porozumienia mogą generować korzyści dla konsumentów, np. dzięki usprawnieniu dystrybucji towarów. Dlatego interwencje organu ochrony konkurencji i konsumentów są uzasadnione jedynie wtedy, gdy analiza ekonomiczna wykaże, że antykonkurencyjne skutki takich praktyk nie są równoważone korzyściami po stronie konsumentów". Wreszcie, następuje zapowiedź przygotowania przez UOKiK „wytycznych w sprawie oceny tego rodzaju porozumień, które będą ewoluowały w wyniku dialogu z uczestnikami rynku i podążały za krajowym oraz europejskim orzecznictwem w zakresie ochrony konkurencji".

Zapowiedź ta jest pewnym *novum*, nie znajduje bowiem odzwierciedlenia w dotychczasowym orzecznictwie i praktyce polskiego organu ochrony konkurencji. Dodatkowo, w ostatnim czasie zostało wydanych kilka interesujących – z punktu widzenia analizy celu i skutku porozumień wertykalnych – wyroków Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Również polskie orzecznictwo – zwłaszcza rozstrzygnięcia zapadające w sprawie sieci franczyzowej *Sfinks* – mierzy się z tym zagadnieniem.

W celu oceny kierunków, w jakich zmierza orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości oraz w jakich mogłaby – przy woli politycznej – ewoluować praktyka polskiego organu, w ramach artykułu zostaną poddane analizie ostatnie rozstrzygnięcia.

2. Cel lub skutek porozumienia ograniczającego konkurencję

W art. 6 ust. 1 uokik z 2007 r.[2] (analogicznie jak w art. 101 ust. 1 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej)[3] określono zakaz zawierania przez przedsiębiorców porozumień, których ce-

1 Pozyskano z: https://uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=11907 (28 czerwca 2016).

2 Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz.U. 2015, poz. 184).

3 Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej z dnia 25 marca 1957 r. (wersja skonsolidowana: Dz. Urz. UE 2012 nr C 326/01).

lem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym. Zakazane są m.in. porozumienia polegające na:

- stosowaniu w podobnych umowach z osobami trzecimi uciążliwych lub niejednolitych warunków umów, stwarzających tym osobom zróżnicowane warunki konkurencji;
- ograniczaniu dostępu do rynku lub eliminowaniu z rynku przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem.

Katalog antykonkurencyjnych praktyk wymienionych w uokik oraz TFUE jest katalogiem otwartym, a opisane w nim zachowania są pozornie wystarczająco scharakteryzowane. Jednakże uderzający jest fakt, że po ponad 50 latach stosowania unijnego prawa konkurencji, nie istnieje jedna, powszechnie akceptowana definicja „ograniczenia konkurencji". Również ekonomiczna analiza ograniczeń konkurencji nie jest wolna od kontrowersji (Colomo i Lamadrid, 2016, s. 2, 3).

Dla stwierdzenia naruszenia zakazu konieczne jest wykazanie, iż celem zawartego porozumienia lub jego skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku. Z literalnego brzmienia przepisu można wywieść, że jest to alternatywa, a więc cel i skutek mogą wystąpić zarówno oddzielnie, jak i łącznie (Podrecki, 2014). Z orzecznictwa TSUE wynika jednak, że alternatywny, a nie kumulatywny charakter tej przesłanki oznacza, że w pierwszej kolejności badany jest sam cel porozumienia, z uwzględnieniem jego kontekstu gospodarczego[4]. Relację między tymi przesłankami Sąd Najwyższy scharakteryzował w następujący sposób:

1) gdy strony porozumienia stawiają sobie za cel ograniczenie konkurencji; nie ma tu znaczenia czy cel ten został osiągnięty;
2) gdy naruszenie konkurencji jest skutkiem porozumienia;
3) gdy przedsiębiorcy, działający z zamiarem wyłączenia konkurencji między nimi, cel ten osiągnęli (Jurkowska-Gomułka, 2014)[5].

Jak wskazał Rzecznik Generalny, M. Wathelet[6], „[o]wo rozróżnienie 'ograniczeń ze względu na cel' i 'ograniczeń ze względu na skutek' opiera się bowiem na okoliczności, że pew,ne formy zmowy między przedsiębiorstwami można uznać, z uwagi na sam ich charakter, za szkodliwe dla prawidłowego funkcjonowania normalnej konkurencji". Również Rzecznik Generalna, Verica Trstenjak, w swojej opinii z 4 września 2008 r. w sprawie *Beef Industry Development Society Ltd* podniosła, że „[c]elem porozumienia musi być ograniczenie konkurencji. Kryterium to jest jednakże trudno sprecyzować. Artykuł 81 WE [obecnie: art. 101 TFUE] chroni konkurencję w szczególności z racji jej funkcji polegającej na tworzeniu jednolitego rynku z warunkami podobnymi do tych na rynku wewnętrznym i z racji jej funkcji polegającej na możliwie najlepszym zaspokojeniu potrzeb konsumentów (…)"[7].

[4] Wyr. ETS z dnia 30 czerwca 1966 r., w sprawie 56/65, *Société Technique Minière (L.T.M.)* przeciwko *Maschinenbau Ulm GmbH* (M.B.U.), (Zbiór Orzeczeń 1966, 00337); wyr. ETS z dnia z dnia 20 listopada 2008 r., w sprawie C-209/07, *Beef Industry Development Society i Barry Brothers*, (Zbiór Orzeczeń 2008, I-08637), pkt 28; wyr. ETS z dnia 4 czerwca 2009 r.w sprawie C-8/08, *T-Mobile Netherlands BV, KPN Mobile NV, Orange Nederland NV i Vodafone Libertel NV* przeciwko *Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, (Zbiór Orzeczeń 2009 I-04529), pkt 15; wyr. Trybunału z dnia 6 października 2009 r. w połączonych sprawach C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P i C-519/06 P, *GlaxoSmithKline Services Unlimited* przeciwko *Komisji Wspólnot Europejskich i Komisja Wspólnot Europejskich* przeciwko *GlaxoSmithKline Services Unlimited i European Association of Euro Pharmaceutical Companies (EAEPC)* przeciwko *Komisji Wspólnot Europejskich i Asociación de exportadores españoles de productos farmacéuticos (Aseprofar)* przeciwko *Komisji Wspólnot Europejskich*, (Zbiór Orzeczeń 2009, I-09291), pkt 55; wyr. Trybunału z dnia 14 marca 2013 r., w sprawie C-32/11, *Allianz Hungária Biztosító Zrt. i inni* przeciwko *Gazdasági Versenyhivatal*, (Elektroniczny Zbiór Orzeczeń), pkt 33.

[5] Wyr. SN z 13.5.2004 r., III SK 44/04, OSN 2005, Nr 9, poz. 136.

[6] Opinia Rzecznika Generalnego Melchiora Watheleta przedstawiona w dniu 25 czerwca 2015 r., w sprawie C-373/14 P, *Toshiba Corporation przeciwko Komisji Europejskiej*. Pozyskano z: www.curia.eu.

[7] Opinia Rzecznik Generalnej Vericy Trstenjak przedstawiona w dniu 4 września 2008 r., w sprawie C-209/07, *The Competition Authority* przeciwko *Beef Industry Development Society Ltd i Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd*, par. 42. Pozyskano z: www.curia.eu.

Natomiast, bardzo interesujące podejście do interpretacji tej alternatywy zaproponował A. Stawicki (szerzej poniżej przy omówieniu zakresu pojęcia „cel porozumienia") (Stawicki, 2012; Turno, 2013). Należy się zgodzić, że „zdecydowana większość porozumień nie poddaje się prostej i jednoznacznej kwalifikacji 'przez cel'". Jednoznaczne określenie, że cel porozumienia był antykonkurencyjny jest możliwe wyłącznie w sytuacjach, takich jak zmowa kartelowa (ale konkurentów). Rozszerzenie tego pojęcia na inne sytuacje, np. używanego przez Prezesa UOKiK pojęcia „karteli pionowych"[8], prowadzi do sytuacji, w której rzeczywiście alternatywa cel/skutek ulega zamazaniu.

W literaturze proponowana jest również dwuetapowa klasyfikacja ograniczeń ze względu na cel. W pierwszej kolejności należy odpowiedzieć na pytanie, czy dany typ ograniczenia będzie wywierał ogólny efekt negatywny (netto) i z tego powodu powinien zostać zakwalifikowany jak ograniczenie co do celu. Drugi poziom dotyczy oceny w indywidualnej sprawie czy poszczególne ograniczenie mieści się w typologii ograniczeń ze względu na cel (Peeperkorn, 2015).

Oczywiście, w konkretnych sytuacjach może dochodzić do tego, że cel i skutek porozumienia przenikają się i nie jest możliwe ich jasne wyodrębnienie (Jurkowska-Gomułka, 2014)[9].

3. Cel porozumienia

Jak wynika z decyzji Prezesa UOKiK, antykonkurencyjny cel porozumienia postrzegany jest jako obiektywny zamiar stron tego porozumienia, niezależny od subiektywnych skutków, które wystąpiły. I tak na przykład w decyzji Prezesa UOKiK z dnia 30 grudnia 2013 r. wskazano, że: „[c]el porozumienia można określić jako wolę jego uczestników wyrażoną w treści określonego dokumentu, jak również to, czego strony porozumienia wyraźnie nie określiły w umowie, ale zamierzają osiągnąć. Dla określenia celu porozumienia podstawowe znaczenie ma obiektywny cel, a nie subiektywne wyobrażenia jego stron o zamiarach czy motywach działania. Cel porozumienia wypływa zatem z całokształtu albo przynajmniej z części postanowień umowy, przy czym dla jego oceny należy także uwzględnić okoliczności jego realizacji. Wymaga ponadto podkreślenia, iż dla stwierdzenia naruszenia art. 6 ust. 1 pkt 1 nie ma istotnego znaczenia czy doszło do ograniczenia, czy eliminacji konkurencji, skoro już sam cel zawarcia porozumienia może stanowić o nielegalności porozumienia. Nawet jeśli nie zaobserwowano stosowania w praktyce ustalonych cen, sam fakt istnienia dokumentów ustalających taki stan rzeczy ma na celu ograniczenie konkurencji. Natomiast jeśli celem porozumienia jest zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji to nie ma potrzeby brać pod uwagę rzeczywistych skutków porozumienia"[10].

A. Stawicki uważa jednak, że pojęcie „cel" należy rozumieć „nie tyle jako subiektywną lub obiektywną motywację działania stron porozumienia, co raczej jako obiektywny cel porozumienia, tożsamy z jego przedmiotem". Za określaniem porozumień jako „zakazanych ze względu na przedmiot" zamiast „zakazanych ze względu na cel" opowiada się również B. Turno (Stawicki, 2012). Także D. Miąsik (2009) zdefiniował porozumienia, których celem jest ograniczenie konkurencji jako „[u]zgodnienia między przedsiębiorstwami, których przedmiot jest antykonkurencyjny"

[8] „Cóż przedsiębiorcy po konkurencji?", Dodatek do tygodnika „Polityka", wrzesień 2007 r. Pozyskano z: https://uokik.gov.pl/download.php?plik=11145 [dostęp: 22 sierpnia 2016 r.]

[9] Wyr. SA w Warszawie z 4.12.2007 r., VI ACA 848/07.

[10] Decyzja Prezesa UOKiK z 30 grudnia 2013 r., RBG-42/2013.

doprecyzowując, że „porozumienie ma na celu ograniczenie konkurencji, gdy wyraża dążenie jego stron do zmiany struktury rynku”.

Konsekwencją ustalenia celu porozumienia za antykonkurencyjny jest brak konieczności wykazywania jego antykonkurencyjnych skutków (Miąsik, 2004). Bez znaczenia pozostaje czy w praktyce nastąpiła realizacja porozumienia i czy cel polegający na ograniczeniu konkurencji został osiągnięty (Sieradzka, 2012). Jeżeli porozumienie ma antykonkurencyjny cel, nawet potencjalnie, (a skutek jeszcze nie wystąpił lub w ogóle nie wystąpi), jest ono traktowane jako niedozwolone (Jurkowska-Gomułka, 2009, s. 378).

Jeśli chodzi o pojęcie „ograniczenia konkurencji” „ze względu na cel” w orzecznictwie i doktrynie nie budzi wątpliwości, że należy je interpretować w sposób zawężający i że można je stosować tylko do niektórych, najpoważniejszych naruszeń. Nie istnieje żaden normatywny, zamknięty katalog praktyk uznawanych za ograniczenie konkurencji ze względu na cel[11]. Nie sprowadza się on również do wymienionych w art. 101 ust. 1 TFUE i art. 6 ust. 1 uokik kategorii porozumień. Jak wskazuje się w literaturze, dotychczasowe próby stworzenia takiego enumeratywnego wyliczenia ulegały szybkiej dezaktualizacji, a wręcz „skazane są na porażkę” (Bolecki, 2012). Powszechnie wskazuje się jednak w tym przypadku na porozumienia cenowe, podziałowe (podział rynku), kontyngentowe (ograniczenie podaży/produkcji) oraz zmowy przetargowe. Również z orzecznictwa unijnego wynika, że niektóre rodzaje (typy) porozumień uznawane są za „oczywiste ograniczenia konkurencji” (*obvious restrictions of competition*), do jakich zalicza się „ustalanie cen, podział rynków oraz kontrola punktów sprzedaży” (Kohutek, 2008). Dodatkowo, wskazać należy, że „kategoria porozumień ze względu na cel nie jest jednolita” (Bolecki, 2012). Jak wskazuje A. Bolecki, do kategorii porozumień ze względu na cel zaliczają się zarówno *tradycyjne hardcore restrictions*, jak i porozumienia, których cel nie jest *prima facie* oczywisty i które mogą realizować inne cele niż ograniczenie konkurencji (Bolecki, 2012). Te drugie zaliczane będą do ograniczeń ze względu na cel, gdy wskaże na to ich charakterystyka lub szczególny kontekst (Turno, 2012).

Porozumienia te są w tak jaskrawy sposób sprzeczne z celami konkurencji i mają tak istotny (choćby potencjalny tylko) negatywny wpływ na konkurencję, że nie jest w ich przypadku konieczne badanie czy rzeczywiście prowadzą lub mogłyby prowadzić do jej naruszenia, wywołując jakiekolwiek negatywne skutki na rynku (Podrecki, 2014; Turno 2012). Sąd Najwyższy przyjmuje bowiem, że porozumienie (zachowanie) mające na celu ograniczenie konkurencji to takie, „którego nieodzownym skutkiem jest ograniczenie konkurencji”[12] lub „którego wdrożenie nieuchronnie doprowadzi do wywołania antykonkurencyjnego skutku”[13], z czego można niejako domniemywać ich wystąpienie (Kohutek, 2016).

Jednocześnie, antykonkurencyjny cel porozumienia nie musi wynikać ze wszystkich jego postanowień, wystarczającym jest, że porozumienie zawierać będzie poszczególne klauzule zmierzające do ograniczenia lub eliminacji konkurencji (Kohutek, 2016, s. 252). Cel porozumienia wynika zatem wprost z całokształtu albo przynajmniej z części postanowień umowy, przy czym dla jego oceny należy także uwzględnić okoliczności jego realizacji (Miąsik, 2004).

[11] Por. również opinia Rzecznik Generalnej w sprawie *The Competition Authority przeciwko Beef Industry Development Society Ltd i Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd, vide supra* 7.

[12] Wyr. SN z dnia 14 stycznia 2009 r., III SK 26/08.

[13] Wyr. SN z dnia 17 marca 2010 r., III SK 40/09.

Jednakże, jak zostanie wskazane poniżej, brak sprecyzowania zakresu pojęcia porozumień ze względu na cel, rozszerzanie tej kategorii i konieczność brania pod uwagę ich kontekstu ekonomicznego i prawnego powoduje, że jednoznaczna granica między celem a skutkiem zostaje zatarta. Ma to szczególne znaczenie w kontekście dokonywania przez przedsiębiorców samooceny w związku z wejściem w życie rozporządzenia 1/2003[14]. Dodatkowo, należy wskazać, że pojęcie ograniczeń ze względu na cel bywa nadużywane przez organy ochrony konkurencji, które interpretują decyzje Komisji Europejskiej oraz TSUE w sposób nie zawsze odpowiadający intencjom, w jakich te zostały wydane. Jak zauważył Rzecznik Generalny, N. Wahl, w opinii w sprawie *Cartes bancaires* „(…) schemat analizy, który przyjmie Trybunał, będzie obowiązywać zarówno Komisję, jak i krajowe organy ochrony konkurencji, których stopień wyczulenia oraz poziom doświadczenia opierają się na zmiennych parametrach”[15].

Porozumienia, które podlegają zasadniczemu zakazowi, o którym mowa w art. 101 ust. 1 TFUE, które jednakże spełniają przesłanki określone w art. 101 ust. 3 TFUE, nie są zakazane bez konieczności uprzedniego stwierdzania tego przez Komisję. Natomiast, przed dniem 1 maja 2004 r. rozróżnienie pomiędzy art. 81 ust. 1 WE i art. 81 ust. 3 WE odgrywało ważną rolę proceduralną. Zgodnie z art. 4 ust. 1 rozporządzenia Rady nr 17 z dnia 6 lutego 1962 r. dotyczącego art. 85 (obecnie art. 101 TFUE) i art. 86 (obecnie art. 102 TFUE) Traktatu zastosowanie miał system zakazu z zastrzeżeniem odstępstw: porozumienie, które podlegało zasadniczemu zakazowi określonemu w art. 81 ust. 1 WE (obecnie art. 101 TFUE) i nie zostało objęte rozporządzeniem w sprawie wyłączeń grupowych, musiało zostać zgłoszone Komisji. Tylko Komisja mogła wyłączyć takie porozumienie spod zasadniczego zakazu określonego w art. 81 ust. 1 WE (obecnie art. 101 TFUE).

4. Konsekwencje wykazania celu porozumienia

Brak konieczności badania skutków porozumienia, gdy wykazano, że ma ono na celu zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji[16], potwierdza orzecznictwo sądów krajowych i unijnych. Przykładowo w wyroku z dnia 9 listopada 2006 r. SOKiK stwierdził, że „jeżeli z zawartego porozumienia wynika jego antykonkurencyjny cel, to nie ma potrzeby badania skutków porozumienia”[17].

Taki wniosek jest oparty na wcześniejszym orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości UE, w którym wskazano m.in., że: „w wypadku gdy udowodnione zostanie, że celem porozumienia jest ograniczenie konkurencji, nie zachodzi potrzeba określania rzeczywistych jego skutków”[18]. W przypadku niemożności wykazania antykonkurencyjnego celu, organ ochrony konkurencji jest zobowiązany do wykazania skutku porozumienia, negatywnego dla konkurencji.

W wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 25 lutego 2010 r., sygn. akt VI ACa 61/09, stwierdzono, że samo zamieszczenie w umowie klauzuli ograniczającej swobodę przedsiębiorców,

14 Dz. Urz. UE L 1/1 z dnia 4 stycznia 2003 r.

15 Opinia Rzecznika Generalnego Nilsa Wahla, przedstawiona w dniu 27 marca 2014 r. w sprawie C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires (CB) przeciwko Komisji Europejskiej*. Pozyskano z: http://eur-lex.europa.eu/, par. 59.

16 Wyr. ETS z dnia 13 lipca 1966 r., w połączonych sprawach 56 i 58/64, *Établissements Consten S.à.R.L. i Grundig-Verkaufs-GmbH* przeciwko *Komisji Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej*, (Zbiór Orzeczeń 1966, 00429); wyr. ETS z dnia z dnia 20 listopada 2008 r., w sprawie C-209/07, *Beef Industry Development Society i Barry Brothers*, (Zbiór Orzeczeń 2008, I-08637), pkt 16; wyr. ETS z dnia 4 czerwca 2009 r. w sprawie C-8/08, *T-Mobile Netherlands BV, KPN Mobile NV, Orange Nederland NV i Vodafone Libertel NV* przeciwko *Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, (Zbiór Orzeczeń 2009 I-04529), pkt 29.

17 Wyr. SOKiK z dnia 9 listopada 2006 r., Ama 68/05.

18 Wyr. ETS z dnia 13 lipca 1966 r., w połączonych sprawach 56 i 58/64, *Établissements Consten S.à.R.L. i Grundig-Verkaufs-GmbH przeciwko Komisji Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej*, (Zbiór Orzeczeń 1966, 00429).

np. poprzez ustanowienie wyłączności, nie może skutkować automatycznym uznaniem celu porozumienia za antykonkurencyjne. Porozumienia wertykalne ograniczające dostęp do rynku opierają się często na klauzuli wyłączności, przy czym o antykonkurencyjnym charakterze porozumienia decyduje m.in. skala zawieranych umów czy liczba dystrybutorów, którzy zaakceptowali klauzulę wyłączności (Jurkowska, 2009). Bez odniesienia umowy do sytuacji ekonomicznej na rynku niemożliwe jest ustalenie czy, a jeśli tak, to kiedy porozumienia mogłyby negatywnie oddziaływać na konkurencję na rynku właściwym[19].

W przypadku, kiedy cel danego porozumienia może zostać zakwalifikowany jako naruszający konkurencję, analiza i postępowanie dowodowe przeprowadzone przez organ antymonopolowy mogą być znacząco uproszczone. Sprowadzają się one do wykazania, że rzeczywiście doszło do zawarcia porozumienia. Przy czym, w praktyce UOKiK wystarczające jest np. wskazanie maila[20] bądź postanowienia umowy[21], bez konieczności wykazywania, że w praktyce postanowienie to było rzeczywiście stosowane.

Analiza decyzji wydawanych przez Prezesa UOKiK dodatkowo wskazuje, że konieczne jest również zdefiniowanie: interesu publicznego, rynku właściwego (Bolecki, 2012, s. 18) oraz określenie stosunków gospodarczych na danym rynku (Jurkowska, 2009, s. 383).

Jednakże, w przypadku, kiedy do kategorii porozumień celowościowych zostaje zakwalifikowane porozumienie, które może realizować jednocześnie inne cele niż tylko ograniczenie konkurencji, analiza organu powinna uwzględnić występujące w danej sprawie otoczenie biznesowe (Bolecki, 2012, s. 18). I ta druga sytuacja prowadzi do zatarcia jasnego podziału między porozumieniami ograniczającymi konkurencję, ze względu na cel i ze względu na skutek. Pojawia się pytanie, czy jednak porozumienia zakazane ze względu na cel nie powinny być na tyle jasno zdefiniowane, że w przypadku wątpliwości, organ antymonopolowy powinien przeprowadzić analizę skutku. W tym kierunku zdaje się iść omawiane poniżej najnowsze orzecznictwo.

5. Skutek porozumienia

Skutek porozumienia może być definiowany jako „wpływ na relacje pomiędzy uczestnikami porozumienia oraz wpływ na osoby trzecie, w tym na konsumentów" (Sieradzka, 2012, pkt 2.3.2.). Jego badanie wymaga wyznaczenia rynku właściwego, przeprowadzenia jego analizy ekonomicznej oraz wskazania, jak wyglądałaby konkurencja, gdyby oceniane porozumienie nie zostało zawarte. Konieczne jest także wykazanie związku między zmianą warunków konkurowania a danym porozumieniem. Przyjmuje się przy tym, że antykonkurencyjny skutek porozumienia powinien być interpretowany szeroko, zatem jako skutek zarówno rzeczywisty, jak i prawdopodobny, czyli taki, który może wystąpić w niedalekiej przyszłości (Stawicki, 2012). Istotne znaczenie w kwestii wykazywania antykonkurencyjnego skutku porozumienia może mieć zakres pokrycia rynku kwestionowanym porozumieniem. Im większy jest ów zakres, tym większe prawdopodobieństwo wywołania odczuwalnych skutków dla konkurencji przez dane porozumienie. Jest to także możliwe w przypadku stosowania przez innych przedsiębiorców podobnych porozumień (Kohutek, 2016). Wpływ porozumienia może być odczuwalny zarówno bezpośrednio – na rynku, gdzie działają

[19] Wyr. SOKiK z 18.8.2008 r., XVII Ama 83/07, niepubl.

[20] Decyzja Prezesa UOKiK z 8.12.2015 r. nr DOK-4/2015.

[21] Decyzja Prezesa UOKiK z 28.12.2009 r. nr RKT-43/2009.

uczestnicy porozumienia bądź pośrednio – na rynkach powiązanych. Za niedopuszczalne uznaje się przyjęcie domniemania wystąpienia antykonkurencyjnego skutku porozumienia (Jurkowska, 2009), w związku z czym na organie antymonopolowym spoczywa obowiązek jego udowodnienia (Turno, 2012, s. 44).

Jednocześnie, w momencie, kiedy wystąpił skutek w postaci ograniczenia konkurencji, organ ochrony konkurencji nie ma obowiązku badania celu porozumienia[22]. Nieistotny będzie w tym przypadku zamiar stron, a więc nawet nieumyślność naruszenia nie zwolni od odpowiedzialności na gruncie Ustawy (Sieradzka, 2012, pkt 2.3.2.).

Przykładem badania skutku postanowień dotyczących wyłączności są orzeczenia wydane w sprawie *Delimitis*[23], zgodnie z którym konieczne jest uwzględnienie szczegółowego kontekstu gospodarczego i prawnego, w jaki wpisuje się dane porozumienie. Rozstrzygnięcie w sprawie *Delimitis* przewiduje, że aby stwierdzić ograniczenie konkurencji konieczne jest łączne spełnienie dwóch warunków. Po pierwsze, analiza kontekstu ekonomicznego i prawnego umowy musi prowadzić do wniosku, iż utrudniono konkurentom, zamierzającym wejść na rynek lub dążącym do zwiększania udziału w rynku, dostęp do rynku właściwego – porozumienie musi stanowić barierę wejścia na określony rynek produktowy i geograficzny. Po drugie, oceniana umowa musi w istotnym stopniu przyczyniać się do zamknięcia rynku, co zależy od pozycji stron na rynku oraz długości jej obowiązywania. Test służący ocenie umów o charakterze wyłączności, wypracowany w ramach rozstrzygnięcia w sprawie *Delimitis*, obejmuje: 1) wyznaczenie rynku relewantnego; 2) ustalenie wielkości sprzedaży za pośrednictwem różnego rodzaju punktów dystrybucji oraz 3) przy użyciu różnych rodzajów umów; 4) okres obowiązywania umów o wyłączne dostawy; 5) występowanie ekonomicznych i prawnych barier wejścia; 6) wpływ indywidualnej umowy na poziom konkurencji oraz na dostęp do rynku.

W pozostałych przypadkach, w sytuacji gdy wyniki analizy treści danej umowy/postanowienia nie wskazują na wystarczający stopień jego szkodliwości dla konkurencji, tj. kiedy cel (przedmiot) porozumienia nie jest jednoznacznie antykonkurencyjny, dopiero zbadanie wpływu porozumienia na rynek (rzeczywistych lub potencjalnych skutków zawarcia porozumienia) pozwala przesądzić czy porozumienie jest sprzeczne z prawem. W takim przypadku wymagane jest, by spełnione były przesłanki wskazujące na faktyczne zapobieganie, ograniczanie lub zakłócanie konkurencji w odczuwalny sposób[24].

II. Wybrane przykłady rozstrzygnięć odnoszących się do rozróżnienia pomiędzy antykonkurencyjnym celem a skutkiem w porozumieniach wertykalnych

Jak zostało wykazane w części I, rozdział między antykonkurencyjnym celem a skutkiem porozumienia nie jest jednoznaczny i ulega zatarciu. W wyznaczeniu tej granicy nie pomaga również najnowsze orzecznictwo TSUE. Wydawało się, że dobrą okazją do zakreślenia tej granicy będzie sprawa *Allianz Hungaria*, jednakże wyrok ten jest kontrowersyjny, m.in. dlatego, że dochodzi do pomieszania w nim ustaleń faktycznych z analizą prawną. Dodatkowo, wyrok ów pokazuje jak trudno jest wskazać ograniczenie, które jednoznacznie negatywnie oddziałuje na konkurencję skoro

[22] Wyr. SA w Warszawie z 22.11.2010 r., VI ACa 607/09, niepubl.

[23] Wyr. ETS z 28 lutego 1991 r., w sprawie C-234/89 *Stergios Delimitis v Henninger Bräu AG*, (Zbiór Orzeczeń 1991, I-00935).

[24] Zob. np. wyr. ETS w sprawie C-32/11, *Allianz Hungaria Bistosito i in*. pkt 34, a także wyr. ETS z dnia 19 marca 2015 r. w sprawie C-286/13 P, *Dole Food Company, Inc. i Dole Fresh Fruit Europe* przeciwko *Komisji Europejskiej*, (Elektroniczny zbiór orzeczeń), pkt 116.

konieczna jest indywidualna i konkretna ocena treści i celu takiego porozumienia, a także kontekstu prawnego i gospodarczego, w jaki się wpisuje. Niestety, w kolejnych wyrokach, w których TSUE miał możliwość jasnego wskazania, jakie cechy powinno spełniać porozumienie, którego celem jest ograniczenie konkurencji, Trybunał nadal wskazywał warunkowo, jakie porozumienia mogą zostać lub nie uznane za porozumienia, których celem jest ograniczenie konkurencji. Wskazywane warunki dotyczą *de facto* pogłębionej analizy kontekstu ekonomicznego, która sprowadza się do analizy skutków porozumienia. W związku z powyższym, podział porozumień co do celu i skutku traci na znaczeniu praktycznym.

Polskie sądy – jak wskazuje wyrok w sprawie sieci franczyzowej *Sfinks* – akceptują kwalifikację pionowych porozumień cenowych jako porozumień ograniczających konkurencję co do celu bez badania czy rzeczywiście prowadzą one do ograniczenia konkurencji. Jednakże, nakazują weryfikację spełnienia warunków wyłączenia przez dany system, co wydaje się prowadzić do swoistego *qui pro quo*.

Dodatkowo, wskazujemy, że na skutek gwałtownego rozwoju handlu elektronicznego, powstaje nowa grupa porozumień, których celem jest ograniczenie konkurencji. Praktyka orzecznicza tych porozumień zostanie omówiona w punkcie III.

1. Allianz Hungaria Biztosito

Kontrowersyjny (Petit, 2016; Vedder, 2016) wyrok TSUE został wydany w wyniku pytania prejudycjalnego zadanego przez węgierski sąd kasacyjny, a odnoszącego się do sprawy praktyk węgierskich ubezpieczycieli polegających na, z jednej strony, uzgodnieniach z warsztatami samochodowymi warunków i taryf stosowanych do usług naprawczych, które mają zostać zapewnione przez ubezpieczyciela w przypadku naprawy ubezpieczonych samochodów. Warsztaty te mogą w ten sposób bezpośrednio przystępować do napraw zgodnie z warunkami i taryfami uzgodnionymi z ubezpieczycielem. Z drugiej zaś – zakłady ubezpieczeń zawierały porozumienia ramowe z agentami ubezpieczeniowymi (koncesjonariuszami) działającymi również jako warsztaty samochodowe. Porozumienia dotyczyły stawek godzinnych mających zastosowanie do naprawy samochodów po wypadkach. Koncesjonariusze związani są z ubezpieczycielami z dwóch względów. Po pierwsze, w razie wypadków naprawiają oni ubezpieczone samochody na rachunek ubezpieczycieli, i po drugie, działają jako pośrednicy ubezpieczycieli, oferując – w charakterze pośredników ich własnych ajentów ubezpieczeniowych lub ajentów stowarzyszonych – ubezpieczenia samochodowe klientom przy okazji sprzedaży lub naprawy pojazdów.

Takie porozumienie zawarte przez Allianz w latach 2004–2005 przewidywało z tytułu naprawy samochodów po wypadku wyższą stawkę, w przypadku gdy ubezpieczenia Allianz stanowiły określony odsetek ubezpieczeń sprzedanych przez koncesjonariusza. Analogiczne klauzule zawarte były w porozumieniach innych ubezpieczycieli.

Węgierski organ ochrony konkurencji (dalej: GVH) uznał, że rzeczone porozumienia były sprzeczne z art. 11 Tpvt[25]. Porozumienia te mogą zostać pogrupowane w następujący sposób:

- porozumienia o charakterze horyzontalnym, w których dla koncesjonariuszy samochodów ustanowiono za naprawę samochodów takie „ceny zalecane", które miały być stosowane do ubezpieczycieli;

[25] Węgierska ustawa nr LVII z 1996 r. zakazująca nieuczciwych praktyk na rynku i ograniczania konkurencji.

- porozumienia ramowe oraz różne porozumienia indywidualne zawarte w tym okresie pomiędzy różnymi koncesjonariuszami a, odpowiednio, ubezpieczycielami, które uzależniały wysokość godzinnej stawki za usługi naprawy od wyniku osiągniętego w dziedzinie zawierania umów ubezpieczeniowych;
- różne porozumienia zawarte w latach 2000–2005 pomiędzy Allianz i Generali z jednej strony i agentami ubezpieczeniowymi z drugiej, zmierzające do wywarcia wpływu na praktyki tych ostatnich poprzez ustalenie między innymi liczby lub minimalnego odsetka umów ubezpieczenia samochodowego, jakie powinny zawrzeć z klientami agenci ubezpieczeniowi w trakcie danego okresu rozliczeniowego, oraz poprzez przewidzenie wynagrodzenia agentów, które było zróżnicowane w zależności od liczby umów zawartych dla ubezpieczyciela.

GVH stwierdził, że ten zbiór porozumień, rozważanych zarówno łącznie, jak i indywidualnie, miał na celu ograniczenie konkurencji na rynku umów ubezpieczeń samochodowych i na rynku usług naprawy samochodów. GVH uznał, że wobec braku wpływu na rynek wewnątrzwspólnotowy art. 101 TFUE nie miał zastosowania do porozumień oraz że bezprawność tych porozumień wynikała tym samym z krajowego prawa konkurencji. Z powodu tej bezprawności zakazał on kontynuowania rzeczonych praktyk i nałożył grzywny w wysokości 5 319 000 000 HUF na Allianz, w wysokości 1 046 000 000 HUF na Generali, w wysokości 360 000 000 HUF na GÉMOSZ, w wysokości 13 600 000 HUF na Peugeot Márkakereskedők oraz w wysokości 45 000 000 HUF na Opelkereskedők.

Węgierski sąd kasacyjny zadał następujące pytanie: „[c]zy można uznać za porozumienia sprzeczne z art. 101 ust. 1 TFUE – jako porozumienia, których celem lub skutkiem jest zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji wewnątrz rynku wewnętrznego – takie porozumienia dwustronne podpisane pomiędzy ubezpieczycielem i określonymi warsztatami samochodowymi lub pomiędzy ubezpieczycielem a stowarzyszeniem warsztatów samochodowych, na podstawie których cena za roboczogodzinę płaconą przez ubezpieczyciela warsztatowi samochodowemu za naprawę ubezpieczonych przez niego samochodów zależy między innymi od liczby i odsetka ubezpieczeń zawartych przez ubezpieczyciela za pośrednictwem tego warsztatu, który działa jako agent ubezpieczeniowy owego ubezpieczyciela?”.

W odpowiedzi TSUE, przypominając orzecznictwo w sprawie LTM, wskazał, że „jeżeli ustalono istnienie antykonkurencyjnego celu, nie ma potrzeby poszukiwać jego skutków dla konkurencji. Jednakże w przypadku gdy ocena treści porozumienia nie wykazuje wystarczającego stopnia szkodliwości z punktu widzenia konkurencji, należy zbadać skutki tego porozumienia, a do objęcia go zakazem wymagane jest spełnienie przesłanek, które wskazują na faktyczne zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji w odczuwalny sposób”[26]. Rozróżnienie „naruszeń ze względu na cel” i „naruszeń ze względu na skutek” jest związane z okolicznością, że pewne formy zmowy między przedsiębiorstwami można uznać, z uwagi na sam ich charakter, za szkodliwe dla prawidłowego funkcjonowania normalnej konkurencji.

Zdaniem Trybunału, ocena czy dane porozumienie stanowi ograniczenie konkurencji ze względu „na cel” powinna obejmować: treść jego postanowień; jego obiektywne cele, do których

[26] Por. wyr. ETS: *T-Mobile –Netherlands- i in.*, pkt 28; *GlaxoSmithKline Services i in.* przeciwko *Komisji i in.*, pkt 55; 4 października 2011 r.; wyr. Trybunału z dnia 4 października 2011 r., w połączonych sprawach C-403/08 i C-429/08, *Football Association Premier League Ltd i inni* przeciwko *QC Leisure i inni i Karen Murphy* przeciwko *Media Protection Services Ltd*, pkt 135. Wyr. ETS z 13 października 2011 r. w sprawie C-439/09, *Pierre Fabre – DermoCosmétique*, Zb. Orz. s. I-9419, pkt 34.

osiągnięcia ono zmierza; a także kontekst gospodarczy i prawny, w jaki porozumienie to się wpisuje. W ramach oceny rzeczonego kontekstu należy wziąć pod uwagę także charakter dóbr lub usług, których to dotyczy, jak również rzeczywiste warunki funkcjonowania i struktury spornego rynku lub spornych rynków.

Trybunał uznał, że pytanie prejudycjalne dotyczy powiązania wynagrodzenia za usługi naprawy samochodów z usługami pośrednictwa w ubezpieczeniach samochodowych. Stworzenie związku pomiędzy dwiema odmiennymi usługami jest możliwe ze względu na szczególny podwójny charakter, w jakim występują koncesjonariusze w stosunku do ubezpieczonych, to znaczy jako pośrednicy lub agenci oferujący ubezpieczenia samochodowe klientom przy okazji sprzedaży lub naprawy samochodów i jako warsztat naprawiający samochody po wypadku na rachunek ubezpieczyciela.

Trybunał orzekł, że „okoliczność, że w obydwu przypadkach chodzi o stosunki wertykalne, w żaden sposób nie wyklucza możliwości, iż sporne w postępowaniu głównym porozumienie stanowi ograniczenie konkurencji ze względu 'na cel'". Uznał – co jest dość kontrowersyjnym stwierdzeniem – również, że porozumienia – nawet jeżeli miały charakter wertykalny – miały na celu zachowanie lub zwiększenie udziału na rynku ubezpieczycieli. Na zadane przez sąd węgierski pytanie, Trybunał odpowiedział, że „art. 101 ust. 1 TFUE powinien być interpretowany w ten sposób, że porozumienia, przez które zakłady ubezpieczeń samochodowych umawiają się dwustronnie bądź to z koncesjonariuszami samochodowymi działającymi jako warsztaty naprawcze, bądź to ze stowarzyszeniem reprezentującym te warsztaty odnośnie do stawki godzinnej, jaka ma być płacona przez zakład ubezpieczeń za naprawę ubezpieczonych przez niego pojazdów, przewidując, że stawka ta zależy między innymi od liczby i odsetka umów ubezpieczenia sprzedanych przez koncesjonariusza działającego jako pośrednik tego zakładu, mogą zostać uznane za ograniczenia konkurencji 'ze względu na cel' w rozumieniu rzeczonego przepisu, jeżeli w wyniku indywidualnej i konkretnej oceny treści i celu tych porozumień, a także kontekstu prawnego i gospodarczego, w jaki się one wpisują, okaże się, że ze względu na ich charakter są one szkodliwe dla prawidłowego funkcjonowania normalnej gry konkurencyjnej na odnośnych dwóch rynkach".

Rozwiązanie wskazane przez Trybunał jest jednak krytykowane w doktrynie. Wskazuje się, że prowadzi ono do określania antykonkurencyjnego celu porozumienia poprzez jego skutek i dopiero w przypadku stwierdzenia wystąpienia tego drugiego pozwala na sklasyfikowanie porozumienia jako ograniczenia „ze względu na cel"[27]..Efektem takiego działania może zaś być zatarcie rozróżnienia między tymi dwoma pojęciami.

2. *MasterCard Inc.*[28]

Decyzją z dnia 19 grudnia 2007 r. Komisja Europejska[29] uznała za niezgodne z prawem konkurencji wielostronnie uzgadniane opłaty interchange (dalej: WOI) stosowane w ramach systemu płatności dokonywanych kartami MasterCard. WOI odpowiadają części ceny transakcji przeprowadzanej za pomocą karty płatniczej, która zostaje pobrana na rzecz banku wydającego karty. Cena WOI jest przenoszona na akceptantów (sprzedawców) w bardziej ogólnych ramach

[27] Wypowiedź R. Whisha. Pozyskano z: http://globalcompetitionreview.com/news/article/41480/ecj-failure-clarify-by-object-analysis-really-frustrating-says-whish/ [dostęp: 23 sierpnia 2016]

[28] Wyr. ETS z 11 września 2014 r. w sprawie C-382/12 P, *MasterCard Inc i inni* przeciwko *Komisji*, (Elektroniczny Zbiór Orzeczeń).

[29] Decyzja KE z 19 grudnia 2007 r., C (2007) 6474.

kosztów, które im nalicza za korzystanie z kart płatniczych instytucja finansowa zarządzająca ich transakcjami. Komisja przyjęła, że WOI skutkują określeniem minimalnego progu opłat za obsługę akceptantów i z tego względu stanowią ograniczenie konkurencji cenowej. Ponadto Komisja podniosła, że nie wykazano, iż WOI pociągają za sobą wzrost efektywności mogący uzasadniać skutki ograniczające konkurencję. Na podstawie tych wniosków Komisja nakazała MasterCard oraz reprezentującym ją podmiotom (MasterCard Inc. oraz jej spółkom zależnym MasterCard Europe i MasterCard International Inc.) zaprzestanie naruszenia poprzez formalne zniesienie WOI w terminie sześciu miesięcy. Wyrokiem z dnia 24 maja 2012 r. Sąd oddalił skargę o stwierdzenie nieważności wniesioną przez MasterCard i potwierdził decyzję Komisji. MasterCard wniosła zatem odwołanie do Trybunału Sprawiedliwości w celu uchylenia wyroku Sądu. W wydanym w dniu 11 września 2014 r. wyroku Trybunał oddalił odwołanie i utrzymał w mocy wyrok Sądu.

W kwestii oceny antykonkurencyjnych skutków WOI Trybunał przypomniał, że Sąd potwierdził hipotetyczną analizę przeprowadzoną przez Komisję, według której niektóre z problemów spowodowanych wyeliminowaniem WOI mogłyby zostać rozwiązane za pomocą zakazu taryfikacji *ex post* (czyli zakazu ustalania przez banki wydające karty i banki autoryzujące płatność wysokości opłat interchange po tym, jak zakup został dokonany przez posiadacza karty). W tym względzie Trybunał stwierdził, że Sąd powinien był zbadać w ramach swojej analizy skutków wywieranych przez WOI na konkurencję czy sprawdzenie się tej hipotezy było prawdopodobne w inny sposób aniżeli w drodze interwencji regulacyjnej.

Zdaniem Trybunału, należało ocenić wpływ ustalania WOI na parametry konkurencji, takie jak w szczególności cena, ilość i jakość produktów lub usług. Podkreślono, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem przypomnianym w pkt 161[30] omawianego wyroku, należy zbadać rzeczywistą konkurencję, jaka panowałaby w braku takich opłat. Ocena skutków koordynacji między przedsiębiorstwami z punktu widzenia art. 101 TFUE pociąga za sobą konieczność uwzględnienia konkretnych ram, w jakie wpisują się uzgodnienia w sprawie koordynacji, w szczególności zaś kontekstu gospodarczego i prawnego, w jakim wykonują działalność zainteresowane przedsiębiorstwa, charakteru towarów lub usług, których to dotyczy, jak również rzeczywistych warunków funkcjonowania i struktury rozpatrywanego rynku lub rynków[31].

Niemniej jednak Trybunał stwierdził, że to naruszenie prawa nie ma wpływu na analizę skutków konkurencyjnych WOI, przeprowadzoną przez Sąd, ani na rozstrzygnięcie zaskarżonego wyroku, ponieważ Sąd miał w każdym razie prawo oprzeć się na hipotezie Komisji.

W odniesieniu do argumentu, jakoby Sąd nie przeanalizował w wystarczający sposób konkurencyjnych skutków WOI, Trybunał zauważył, że Sąd przeprowadził w swoim wyroku szczegółowe badanie w celu ustalenia między innymi czy WOI ograniczają presję, jaką akceptanci mogą

[30] Wyr. ETS w sprawach: LTM por. *supra* 16. Wyr. Trybunału z dnia 25 listopada 1971 r., w sprawie 22/71, *Béguelin Import Co.* przeciwko *S.A.G.L. Import Export*, (Zbiór Orzeczeń1971, 00949), pkt 16, 17; wyr. Trybunału z dnia 10 lipca 1980 r., w sprawie 99/79, *SA Lancôme i Cosparfrance Nederland BV* przeciwko *Etos BV i Albert Heyn Supermart BV*, (Zbiór Orzeczeń 1980, 02511), pkt 26; wyr. Trybunału z dnia 11 grudnia 1980 r. w sprawie 31/80, *NV L'Oréal i SA L'Oréal* przeciwko *PVBA „De Nieuwe AMCK"*, (Zbiór Orzeczeń, 1980, 03775), pkt 19. Wyr. Trybunału z dnia 10 grudnia 1985 r. w sprawie 31/85, *SA ETA Fabriques d'Ébauches* przeciwko *SA DK Investment i innym*, (Zbiór Orzeczeń 1985, 03933), pkt 11; wyr.Trybunału z dnia 21 stycznia 1999 r. w połączonych sprawach C-215/96 oraz C-216/96, *Carlo Bagnasco i in.* przeciwko *Banca Popolare di Novara soc. coop. arl.* (BNP) *i Cassa di Risparmio di Genova e Imperia SpA (Carige)*, (Zbiór Orzeczeń, 1999 I-00135), pkt 33 i przytoczone tam orzecznictwo.

[31] Zob. podobnie w szczególności wyr.: *Delimitis*, C-234/89, pkt 19–22; wyr. ETS, z dnia 12 grudnia 1995 r. w sprawie C-399/93., *H. G. Oude Luttikhuis i inni* przeciwko *Verenigde Coöperatieve Melkindustrie Coberco BA.* (Zbiór Orzeczeń 1995 I-04515), pkt 10; wyr. ETS z dnia 23 listopada 2006 r. w sprawie C-238/05 *Asnef-Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, SL* przeciwko *Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc),* (Zbiór Orzeczeń 2006 I-11125) pkt 49 i przytoczone tam orzecznictwo.

wywierać na banki autoryzujące płatność przy negocjacjach opłat za ich obsługę. Sąd mógł zatem słusznie dojść do wniosku, że WOI wywołują skutki ograniczające konkurencję.

3. Cartes Bancaires[32]

W kontekście omawianego wyżej orzeczenia *Allianz Hungaria* warto również przyjrzeć się bliżej orzeczeniu w sprawie *Cartes Bancaires*, w którym Trybunał ponownie rozważał kwestię tego, kiedy możemy uznać, że umowa ma antykonkurencyjny cel na mocy art. 101 (1) TFUE. TSUE wskazał m.in. na konieczność zawężającej interpretacji porozumień ograniczających konkurencję do co celu. Trybunał ostrzegł ponadto przed nadmiernym „poleganiem" na koncepcie porozumień mających za cel naruszenie konkurencji i przypomniał, że istnieją pewne rodzaje współpracy między przedsiębiorcami, które szkodzą konkurencji, niezależnie od skutków tych działań.

W szczególności, „ograniczenie ze względu na cel" ma miejsce dopiero wtedy, gdy brzmienie porozumienia, jego cele i kontekst, wskazują na wystarczający stopień szkodliwości dla konkurencji, tak że ze swej natury porozumienie to zmierza do znacznej zmiany struktury rynku. TSUE potwierdził również, że jeżeli umowa dotyczy rynku dwustronnego (takiego jak rynek systemów płatności) lub innych powiązanych rynków, jego zdolność do naruszenia konkurencji musi być wykazana na wszystkich tych rynkach.

W ramach omawianej sprawy Trybunał musiał przede wszystkim rozstrzygnąć czy Sąd miał prawo uznać, nie naruszając przy tym prawa, że rozpatrywane środki miały na „celu" ograniczenie konkurencji w rozumieniu art. 81 ust. 1 WE (obecnie art. 101 ust. 1 TFUE), w sytuacji, gdy w sprawie Sąd odstąpił od zbadania skutków tych środków dla konkurencji, mimo że w spornej decyzji Komisja Europejska, po przeprowadzeniu pogłębionej analizy, stwierdziła, iż antykonkurencyjny charakter środków przejawiał się nie tylko w ich celu, lecz także w skutkach.

Wnoszącym odwołanie w tej sprawie było zgrupowanie interesów gospodarczych prawa francuskiego utworzone w 1984 r. – *Groupement des cartes bancaires* (dalej: Groupement), utworzone przez główne francuskie banki wydające karty płatnicze. Powodem jego utworzenia była chęć zapewnienia interoperacyjności systemów płatności i wypłat gotówkowych dokonywanych przy użyciu kart płatniczych (dalej: CB) wydawanych przez jego członków. Owa interoperacyjność oznaczała w praktyce, że używając karty CB wydanej przez członka Groupement, można było dokonywać płatności u wszystkich akceptantów przynależących do systemu za pośrednictwem jakiegokolwiek innego członka lub też dokonywać wypłat z bankomatów wykorzystywanych przez wszystkich pozostałych członków.

Groupement przyjęło w 2002 r. środki cenowe ustalające opłaty za przystąpienie do zgrupowania wobec członków, których działalność w zakresie wydawania kart CB przewyższała działalność w zakresie dołączania nowych akceptantów do systemu, a także wobec członków nieaktywnych lub mało aktywnych. Sąd uznał, w ślad za Komisją, że Groupement wydało decyzję związku przedsiębiorstw wprowadzającą ograniczenie konkurencji „ze względu na cel". Tym samym doszedł do wniosku, że analiza skutków tych środków dla rynku nie była konieczna.

Rozpatrując odwołanie Groupement od wyroku Sądu, Trybunał w szczególności ustalał czy Sąd słusznie przyjął szerokie ujęcie pojęcia „ograniczenia konkurencji ze względu na cel" oraz

[32] Wyr. ETS z dnia 11 września 2014 r. w sprawie C-67/13 P *Groupement des cartes bancaires* przeciwko *Komisji,* dotychczas niepublikowany w Zb. Orz.. Pozyskano z: www.curia.eu.

miał okazję doprecyzowania dotychczasowego, kontrowersyjnego orzecznictwa dotyczącego „ograniczenia i ze względu na cel", przyjmującego coraz szersze rozumienie tego pojęcia.

Trybunał orzekł w tej kwestii, że Sąd popełnił błędy co do prawa, jako że nie dokonał prawidłowej oceny istnienia ograniczenia konkurencji „ze względu na cel" – pojęcia, które należy interpretować zawężająco i które może być stosowane wyłącznie do niektórych rodzajów współpracy między przedsiębiorstwami. Konkretniej ujmując, o ile Sąd wyłuszczył powody, dla których sporne środki mogły ograniczyć konkurencję ze strony nowych członków na rynku, w żaden sposób nie wyjaśnił, dlaczego owo ograniczenie charakteryzuje się stopniem szkodliwości wystarczającym do tego, aby można je było uznać za ograniczenie konkurencji ze względu na cel. Zważywszy bowiem, że celem tych środków było nałożenie obowiązku ponoszenia opłat na tych członków Groupement, którzy korzystają z nakładów poczynionych przez innych członków w dziedzinie rozwoju autoryzacji i rozliczania w ramach systemu CB, takiego celu nie można uznać zdaniem Trybunału za ze swej istoty szkodliwy dla normalnego funkcjonowania gry rynkowej.

Trybunał podkreślił, że aby ocenić czy dane porozumienie między przedsiębiorcami czy też decyzja związku przedsiębiorstw wykazuje stopień szkodliwości wystarczający do tego, aby można je było uznać za ograniczenia konkurencji ze względu na cel, należy skupić się na treści jego postanowień, na celach, do których osiągnięcia ono zmierza, a także na kontekście gospodarczym i prawnym, w jaki porozumienie to się wpisuje. W ramach oceny takiego kontekstu należy wziąć pod uwagę również charakter dóbr lub usług których porozumienie to dotyczy, jak również rzeczywiste warunki funkcjonowania i struktury spornego rynku/rynków.

Trybunał ustalił ponadto, że analizując opcje udostępniane członkom Groupement w celu zapewnienia interoperacyjności systemów płatności i wypłat gotówkowych, Sąd dokonał w rzeczywistości oceny potencjalnych skutków środków, a nie ich celu, unaoczniając tym samym fakt, że nie można uznać rozpatrywanych środków za szkodliwe „ze względu na ich charakter" dla prawidłowego funkcjonowania normalnej gry rynkowej. Wobec powyższego Trybunał przekazał sprawę Sądowi do ponownego rozpoznania, aby ustalił on czy rozpatrywane porozumienia skutkują ograniczeniem konkurencji w rozumieniu art. 81 WE (obecnie art. 101 TFUE).

Zgodzić należy się z Trybunałem, który podważył stanowisko Sądu uznające, iż pojęcia „ograniczenia konkurencji ze względu na cel" nie można interpretować „zawężająco". Akceptacja takiego stanowiska oznaczałaby bowiem nadanie relatywnie szerokich ram (zakresu przedmiotowego) zakazowi z art. 101 ust. 1 TFUE, pozwalając na uproszczone kwalifikowanie przedmiotowo nieograniczonego kręgu porozumień jako tych mogących podlegać uznaniu, iż są zakazane ze względu na antykonkurencyjny cel w rozumieniu tego przepisu.

Podkreślono, że błędem w ocenie Sądu był brak rozróżnienia właściwego w sprawie rynku z kwestią kontekstu, jaki należy uwzględnić przy ustalaniu czy treść danego porozumienia, czy też decyzji związku przedsiębiorstw świadczy o istnieniu ograniczenia konkurencji ze względu na cel w rozumieniu art. 81 ust. 1 WE (obecnie art. 101 TFUE).

Czy dane porozumienie należy zaliczyć do tego, które ma na celu ograniczenie konkurencji w rozumieniu art. 101 ust. 1 TFUE, czy też skutkuje ograniczeniem konkurencji w rozumieniu tego przepisu, każdorazowo decydować mają (negatywne dla rynku – konkurencji) skutki tego porozumienia. W tym pierwszym przypadku są to skutki prawdopodobne (przyszłe), których nie trzeba udowadniać, natomiast w tym drugim – decydować mają skutki faktyczne,

które należy wykazać. Teza ta potwierdza, że art. 101 ust. 1 TFUE nie może być interpretowany literalnie.

Nadal, poza zaledwie kilkoma jasnymi przykładami, na które powołuje się komentowane orzeczenie pozostaje pytanie, jak można ocenić czy porozumienie lub praktyka ma „wystarczający stopień szkodliwości dla konkurencji", aby mieć na celu ograniczenie konkurencji? Poza oparciem się na doświadczeniu, wymaga to podjęcia pewnej analizy. Nie jest bowiem dopuszczalne samo stwierdzenie przez organy antymonopolowe (aby ułatwić sobie stwierdzenie naruszenia), że porozumienie ma ze swej natury negatywne skutki dla konkurencji.

4. SIA Maxima Latvija[33]

Jednym z ostatnich przykładów analizy porozumień wertykalnych i kwestii rozróżnienia celu i skutku porozumienia jest wyrok wydany w dniu 26 listopada 2015 r. przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie dotyczącej umów dzierżawy powierzchni handlowych w centrach handlowych. Wyrok został wydany w trybie prejudycjalnym w odpowiedzi na zapytanie łotewskiego Sądu Najwyższego, który rozpatrywał w kolejnej instancji sprawę kary nałożonej przez łotewski organ ochrony konkurencji – *Konkurences padome* na *SIA „Maxima Latvija"*.

Maxima Latvija jest łotewską spółką prowadzącą sklepy wielkopowierzchniowe głównie z artykułami spożywczymi. Zawarła ona ze znajdującymi się na Łotwie centrami handlowymi wiele umów dzierżawy powierzchni handlowych i zajmuje zazwyczaj największą lub najważniejszą część powierzchni danego centrum handlowego.

Po przeanalizowaniu wielu umów dzierżawy, łotewski organ ochrony konkurencji stwierdził, że 12 z nich zawierało postanowienie przyznające spółce Maxima Latvija jako „kluczowemu najemcy" (*anchor tenant*, fr. *locataire de reference*) uprawnienie do wyrażenia zgody wobec wynajmu osobom trzecim powierzchni handlowych niewynajętych tej spółce.

Łotewski *Konkurences padome* uznał, że umowy dzierżawy stanowią porozumienia wertykalne w rozumieniu łotewskiego odpowiednika art. 101 TFUE. Wskazał, w swojej decyzji, że są to porozumienia ograniczające konkurencję ze względu na cel i nałożył na Maxima Latvija karę pieniężną.

Trybunał w swojej analizie odniósł się do kwestii czy umowa dzierżawy znajdującego się w centrum handlowym lokalu wielkopowierzchniowego, która zawiera postanowienie uprawniające najemcę do sprzeciwienia się wynajmowi – znajdujących się w tym centrum – powierzchni handlowych innym najemcom, nie skutkuje sama w sobie tym, że celem tej umowy jest ograniczenie konkurencji w rozumieniu tego postanowienia.

Trybunał stwierdził, że umowy, takie jak te rozpatrywane w postępowaniu głównym nie zaliczają się do porozumień, w odniesieniu do których przyjęto, iż można je uznać za szkodliwe dla prawidłowego funkcjonowania konkurencji z uwagi na sam ich charakter.

Art. 101 ust. 1 TFUE należy interpretować w taki sposób, że okoliczność, iż umowa dzierżawy znajdującego się w centrum handlowym lokalu wielkopowierzchniowego zawiera postanowienie uprawniające najemcę do sprzeciwienia się wynajmowi znajdujących się w tym centrum powierzchni handlowych innym najemcom, nie skutkuje sama w sobie tym, że celem tej umowy

[33] Wyr. ETS z dnia 26 listopada 2015 r., w sprawie C-345/14 *SIA „Maxima Latvija"* przeciwko *Konkurences padome*, dotychczas niepublikowany w Zbiór Orzeczeń. Pozyskano z: www.curia.eu.

jest ograniczenie konkurencji w rozumieniu tego postanowienia. Konieczne jest dokonanie analizy kontekstu ekonomicznego porozumienia.

Odnośnie do pytania drugiego, dotyczącego kontekstu oceny wpływu porozumienia na konkurencję, po przywołaniu *in extenso* poprzednich orzeczeń, a w szczególności wyroku w sprawie *Delimitis*, Trybunał wskazał, że ocena wpływu powinna brać pod uwagę całokształt czynników warunkujących dostęp do rynku właściwego tak, aby móc ocenić rzeczywiste i potencjalne bariery wejścia na stałe na obszar oddziaływania handlowego objętych tymi umowami centrów, w szczególności poprzez zajęcie przestrzeni handlowych w znajdujących się na tym obszarze innych centrach handlowych czy też innych przestrzeni handlowych poza tymi centrami. W tym celu – w opinii Trybunału – należy w szczególności uwzględnić dostępność i przystępność nadających się do sprzedaży gruntów znajdujących na danych obszarach oddziaływania handlowego, a także – bariery ekonomiczne, administracyjne i prawne stojące na przeszkodzie wejściu nowych konkurentów na te obszary.

Dodatkowo, w kontekście analizy warunków oceny swobodnej gry podaży i popytu na rynku właściwym, Trybunał wskazał, że konieczna jest analiza liczby i wielkości obecnych na tym rynku podmiotów gospodarczych, a także – stopnia koncentracji tego rynku, przywiązania klientów do istniejących na nim marek oraz funkcjonujących na nim modeli konsumpcji. Trybunał podkreślił również, że konieczne jest uwzględnienie pozycji rynkowej stron takiej umowy oraz długość jej trwania.

Dopiero jeśli po przeprowadzeniu pogłębionej analizy kontekstu ekonomicznego i prawnego, w jaki wpisują się rozpatrywane w postępowaniu głównym umowy, a także cech szczególnych rynku referencyjnego, stwierdzone zostanie, że dostęp do tego rynku został utrudniony ze względu na funkcjonowanie na nim szeregu podobnych umów, konieczne będzie przeprowadzenie analizy, w jakim zakresie umowy te przyczyniają się do ewentualnego wprowadzenia barier na tym rynku, przy czym oczywiście zakazane są tylko umowy, które przyczyniają się do tego w znaczący sposób[34]. To, w jakim stopniu każda z rozpatrywanych w postępowaniu głównym umów przyczynia się do wystąpienia tego skumulowanego skutku polegającego na zablokowaniu dostępu do rynku, jest uzależnione od zajmowanej przez strony umów pozycji rynkowej oraz czasu, na jaki umowy te są zawierane[35].

Wskazuje się, że w omawianym orzeczeniu Trybunał zwrócił się w kierunku rozróżnienia porozumień zakazanych ze względu na cel i skutek, podkreślając ich odrębność (Stefanowicz, 2016), co niewątpliwie jest dobrym ruchem po zamieszaniu wywołanym poprzednimi orzeczeniami i asekuracyjnym wskazywaniem możliwych antykonkurencyjnych skutków niejako „na wypadek" nieuznania porozumienia za niedozwolone ze względu na cel[36]. Wydaje się jednak, że Trybunał nie wykorzystał w pełni potencjału sytuacji i nie wyznaczył przejrzystych kryteriów oceny, które pomogłyby wrócić do stosowania klasycznego podziału i rozwiały narastające wątpliwości w tej kwestii.

[34] Zob. analogicznie wyr. *Delimitis*, C-234/89, pkt 23, 24.

[35] Zob. analogicznie wyr. *Delimitis*, C-234/89, pkt 25.

[36] Ibidem.

5. Toshiba[37]

Sprawa *Toshiba Corporation* przeciwko *Komisji Europejskiej* dotyczyła tzw. umowy dżentelmeńskiej zawartej przez producentów transformatorów mocy. W spornej decyzji, od której wniesiono odwołanie, Komisja Europejska stwierdziła istnienie kartelu obejmującego terytorium całego EOG i Japonii. Tym razem porozumienie zawarte pomiędzy europejskimi i japońskimi producentami transformatorów mocy miało charakter ustny – kartel zawarty pomiędzy europejskimi i japońskimi producentami transformatorów mocy miał na celu wzajemne respektowanie rynków w obrębie terytoriów każdej z tych dwóch grup producentów poprzez odstąpienie od sprzedaży na tych rynkach. Komisja zakwalifikowała sporne porozumienie jako ograniczenie konkurencji ze względu na cel. W związku z wniesieniem odwołania przez Toshibę, Trybunał ponownie dokonał analizy zagadnienia celu i skutku porozumienia.

Przedsiębiorstwa objęte omawianym postępowaniem podnosiły argument, że porozumienie nie miało wpływu na konkurencję, gdyż producenci japońscy i europejscy nie konkurowali ze sobą ze względu na niemożliwe do pokonania bariery wejścia na rynek transformatorów mocy. W ocenie skarżących sąd I instancji naruszył prawo, uznając umowę dżentelmeńską za ograniczenie konkurencji ze względu na cel i opierając się w tym względzie na stosunku potencjalnej konkurencji między japońskimi i europejskimi producentami – zdaniem Toshiby sąd niesłusznie wywnioskował istnienie takiego stosunku potencjalnej konkurencji, po pierwsze, wobec niemożliwych do pokonania barier wejścia na rynek europejski, a po drugie z samego faktu istnienia umowy dżentelmeńskiej. Dokonując analizy tych barier, Trybunał odrzucił argument, jakoby właściwości i sposób funkcjonowania rynku czyniły wejście japońskich producentów na terytorium EOG ekonomicznie nieopłacalnym. Zdaniem Trybunału, skoro nie istniały niemożliwe do pokonania bariery wejścia na rynek (europejski), wykluczające wszelką potencjalną konkurencję ze strony japońskich producentów, a art. 101 TFUE chroni również konkurencję potencjalną, umowa dżentelmeńska mogła ograniczyć konkurencję.

W uzasadnieniu wyroku TSUE potwierdził (odwołując się swojego wcześniejszego orzecznictwa[38]) stanowisko, że aby ocenić czy dane porozumienie między przedsiębiorcami wykazuje stopień szkodliwości wystarczający do tego, aby można je było uznać za „ograniczenia konkurencji ze względu na cel" w rozumieniu art. 101 ust. 1 TFUE, należy skupić się na treści jego postanowień, na celach, do których osiągnięcia ono zmierza, a także na kontekście gospodarczym i prawnym w jaki porozumienie to się wpisuje. Trybunał potwierdził też, że porozumienia w sprawie podziału rynków stanowią szczególnie poważne naruszenia konkurencji, które mają same w sobie cel polegający na ograniczeniu konkurencji i należą do kategorii porozumień wyraźnie zakazanej przez art. 101 ust. 1 TFUE, ponieważ taki cel nie może być uzasadniony na podstawie analizy kontekstu gospodarczego, w który wpisuje się rozpatrywane antykonkurencyjne zachowanie. W odniesieniu do takich porozumień, analiza kontekstu gospodarczego i prawnego może zatem ograniczyć się do tego, co jest ściśle konieczne w celu stwierdzenia ograniczenia konkurencji ze względu na cel. TSUE zaaprobował też stanowisko Sądu I instancji, że umowa dżentelmeńska stanowiła

[37] Wyr. TSUE z dnia 20 stycznia 2016 r., w sprawie C-373/14 P, *Toshiba Corporation* przeciwko *Komisji*. Pozyskano z: www.curia.europa.eu.

[38] Wyr. ETS z dnia 16 lipca 2015 r. w sprawie C-172/14, *ING Pensii – Societate de Administrare a unui Fond de Pensii Administrat Privat SA* przeciwko *Consiliul Concurenței*, pkt 33. Pozyskano z: www.curia.europa.eu.

„poważną poszlakę wskazującą na istnienie konkurencyjnego stosunku" między dwoma grupami producentów, co stanowi element właściwego kontekstu gospodarczego i prawnego porozumienia.

Zgodnie z orzeczeniem TSUE w sprawie *Toshiba* przeciwko *Komisji*, badanie kontekstu prawnego i ekonomicznego porozumienia może być ograniczone, jeżeli umowa wyraźnie ma na celu ograniczenie konkurencji, ale powinno być bardziej szczegółowe, kiedy istnieją jakieś wątpliwości co do możliwości uznania jej za ograniczenie konkurencję ze względu na cel. Oznaczałoby to, że na gruncie powyższego orzeczenia TSUE można by wyróżnić trzy główne rodzaje porozumień naruszających zakaz zawarty w art 101 (1) TFUE: (i) te, które w tak oczywisty sposób ograniczają konkurencję, że mogą być uznane za ograniczające konkurencję ze względu na cel, bez konieczności jakiejkolwiek realnej oceny ich kontekstu prawnego i gospodarczego; (ii) te, które mogą ograniczać konkurencję ze względu na cel, ale w stosunku do których konieczne jest przeprowadzenie szczegółowej oceny kontekstu prawnego i gospodarczego, aby dojść do odpowiedniego wniosku; oraz (iii) te, które nie stanowią ograniczenia ze względu na cel, ale stanowią naruszenie zakazu określonego w art. 101 (1) TFUE, ponieważ możliwe jest wykazanie ich antykonkurencyjnych skutków.

Orzeczenie to rozwiało nadzieje na ustalenie przejrzystego katalogu przesłanek, które powinny zostać zbadane przy kwalifikacji porozumienia jako zakazanego ze względu na cel. Było to zadziwiające, zwłaszcza ze względu na precyzyjny wywód przedstawiony przez Rzecznika Generalnego. M. Watheleta[39], w którym dokonał on próby pogodzenia utrwalonego orzecznictwa TSUE i poglądów zawartych w nowszych orzeczeniach, m.in. w omówionym wyżej *Allianz Hungaria Biztosito*. We wskazanym przez niego modelu analizy szczegółowe badanie kontekstu gospodarczego i prawnego dokonywane jest dopiero, gdy porozumienie nie zmieści się w klasycznym zbiorze porozumień zakazanych ze względu na cel zawartym w art. 101 ust. 1 TFUE.

6. Sfinks[40]

W dniu 16 grudnia 2015 r. Sąd Apelacyjny (VI ACa 1799/14) wydał interesujący i długo oczekiwany wyrok sprawie zasadności uznania przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konkurencji w decyzji DOK-1/2013 z dnia 25 czerwca 2013 r. – podtrzymanej przez Sąd Okręgowy – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów – klauzul umownych zawartych w umowach franczyzowych sieci *Sfinks* jako niedozwolonego porozumienia cenowego, które narusza konkurencję. W wyniku apelacji wyrok SOKiK został uchylony, a sprawa skierowania do ponownego rozpoznania.

Sprawa dotyczyła systemu franczyzowego Sfinks, który w proponowanych umowach franczyzowych zawierał obowiązek sprzedaży produktów według ustalonych przez niego cen. W praktyce Sfinks, jako organizator sieci, ustalał dwa cenniki produktów dla restauracji (droższy był dla większych miast i kurortów turystycznych) i razem z franczyzobiorcą podejmowali decyzję, który cennik będzie stosowany dla danego sklepu. Niestosowanie się do cennika było zagrożone karą umowną.

Głównym powodem uchylenia wyroku SOKiK był brak odniesienia się do określenia przez Prezesa UOKiK rynku właściwego i niezbadanie przez SOKiK czy zachodzi wyłączenie na podstawie art. 8 ust. 1 uokik.

[39] Opinia Rzecznika Generalnego Melchiora Watheleta przedstawiona w dniu 25 czerwca 2015 r. w sprawie C-373/14 P, *Toshiba Corporation* przeciwko *Komisji Europejskiej*. Pozyskano z: www.curia.eu, pkt 75–91.

[40] Wyr. SA w Warszawie z dnia 16 grudnia 2015 r., VI ACa 1799/14.

Sąd odrzucił argumenty sieci Sfinks „zmierzające do wykazania, że istnienie dwóch cenników i aktywne działanie wszystkich podmiotów w zakresie ustalenia wartości cenowych powoduje, że można mówić co najwyżej o wskazywaniu cen maksymalnych, a nie ustalaniu cen sztywnych".

Jednakże, Sąd Apelacyjny niestety nie kwestionował kwalifikacji, że umowy sieci z franczyzobiorcami stanowiły (ze względu na cel – *per se*) porozumienia ograniczające konkurencję bez konieczności wykazywania skutków ekonomicznych takiego porozumienia. Sąd Apelacyjny w uzasadnieniu swego stanowiska powołał się na orzecznictwo Sądu Najwyższego (wyrok SN z dnia 23 listopada 2011 r. III SK 21/11), w którym SN stwierdził, że „pionowe porozumienia, których przedmiotem jest ustalenie sztywnej ceny odsprzedaży uważane są generalnie za porozumienia, których celem jest ograniczenie konkurencji".

Sąd Apelacyjny przywołał argumenty wskazujące, że porozumienia ustalające sztywne ceny sprzedaży budzą wątpliwości z punktu widzenia celów prawa ochrony konkurencji *in abstracto*, niezależnie od tego, jakie wartości w danym systemie prawnym uważane są za godne ochrony. Uzasadnia to utrzymanie stanowiska, zgodnie z którym tego rodzaju porozumienia należą do porozumień zakazanych ze względu na cel.

Istnieje – zdaniem przywołanego przez Sąd Apelacyjny orzecznictwa Sądu Najwyższego – konieczność respektowania ustalonych przez samego ustawodawcę standardów w zakresie prawnej oceny tego rodzaju porozumień, wskazując, że przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz przepisy wykonawcze do ustawy akcentują pierwszoplanowe znaczenie konkurencji cenowej wśród różnych form konkurencji, samodzielność kształtowania polityki cenowej przez uczestników rynku oraz – co wynika z aksjologii ustawy i ustawy zasadniczej (art. 76 Konstytucji) – interesy konsumentów.

III. Wybrane przykłady rozstrzygnięć odnoszące się do sprzedaży online

1. Ograniczenia sprzedaży dokonywanej przez dystrybutorów

Nowa kategoria porozumień ograniczających konkurencję co do celu pojawia się co raz częściej w odniesieniu do porozumień dotyczących dystrybucji w sieci.

Dotychczas Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE) miał okazję wypowiedzieć się na temat ograniczania sprzedaży aktywnej we francuskiej sprawie dotyczącej systemu dystrybucji *Pierre Fabre*[41]. System ten zakładał, że sprzedaż artykułów kosmetycznych i pielęgnacyjnych powinna się odbywać obowiązkowo w obecności dyplomowanego farmaceuty, mimo że nie były to leki. W konsekwencji tego wymogu faktycznie wprowadzony został zakaz wykorzystania Internetu dla celów tego typu sprzedaży. TSUE ocenił, że klauzula ta stanowi ograniczenie konkurencji ze względu na cel, jeżeli klauzula nie jest obiektywnie uzasadniona.

W innej francuskiej sprawie dotyczącej systemu dystrybucji selektywnej *Bang&Olufsen*[42], nałożony na autoryzowanych dystrybutorów zakaz odsprzedaży na odległość, w tym zakaz sprzedaży przez Internet, został uznany przez organ antymonopolowy za porozumienie co do celu.

[41] Wyr. ETS z 13 października 2011 r., w sprawie C-439/09, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS* przeciwko *Président de l'Autorité de la concurrence i Ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi*. Pozyskano z: www.curia.europa.eu.

[42] Wyr. Trybunału Apelacyjnego w Paryżu, 13 marca 2014 r., *Bang & Olufsen* przeciwko *Francuski Organ Konkurencji*. Odwołanie od decyzji l'Autorite de la Concurrence 12-D-23 z dnia 12 grudnia 2012 r.

W Polsce, w sprawie dotyczącej systemu dystrybucji wózków dziecięcych, Prezes UOKiK zakwestionował postanowienie: „Wszelkie formy sprzedaży przez Internet lub za pośrednictwem handlu niestacjonarnego (sprzedaż wysyłkowa itp.) są zakazane ze względu na wymóg odnośnie indywidualnego doradztwa w momencie sprzedaży produktu. Dopuszczalne są marketing i publikowanie informacji o produktach w Internecie".

Jednakże, zaakceptował zobowiązanie przedsiębiorcy do zmiany tej klauzuli, w taki sposób, że brzmiała: „Sprzedaż przez Internet jest dozwolona. Dostawa (odbiór) towaru następuje w punkcie sprzedaży Specjalistycznego Sprzedawcy lub pod adresem wskazanym przez Nabywcę. W każdym przypadku Specjalistyczny Sprzedawca jest zobowiązany do zapewnienia indywidualnego doradztwa oraz przeszkolenia (w zakresie bezpiecznego złożenia oraz używania wózka) w momencie dostawy produktu.

W przypadku dostarczenia towaru pod adres wskazany przez Nabywcę, Specjalistyczny Sprzedawca może pobrać od Nabywcy dodatkową opłatę, która odpowiada poniesionym przez niego rzeczywistym kosztom. Specjalistyczny Sprzedawca oświadcza, że w przypadku sprzedaży przez Internet, momentem, od którego rozpoczyna się dla Nabywcy bieg terminu na odstąpienie od umowy (art. 27 ustawy z dnia 30 maja 2014 r., o prawach konsumenta) jest moment wydania towaru".

2. Ograniczanie odsprzedaży na platformach należących do osób trzecich

Inną stroną problemu kwestii celu/skutku porozumień jest kwestia ograniczenia prawa dystrybutorów do odsprzedaży na platformach należących do podmiotów trzecich.

W decyzji dotyczącej *Asics*[43], która dotyczyła zakazów sprzedaży za pośrednictwem platform internetowych osób trzecich w systemie dystrybucji selektywnej i wykorzystania marki Asics, Bundeskartellamt stwierdził, że w konsekwencji wyroku w sprawie *Pierre Fabre*, producenci nie mogą już uznawać, że system dystrybucji selektywnej jest uzasadniony koniecznością ochrony marki bądź luksusowej opinii. Analogiczny sposób myślenia wydaje się mieć zastosowanie do platform sprzedażowych. Mimo zaakceptowania możliwości ograniczenia odsprzedaży w latach 2009–2010 przez sądy w Karlsruhe i Monachium, obecnie orzecznictwo niemieckie wydaje się zmierzać również w stronę zaprzeczenia tej możliwości (Heinz, 2016).

Komisja Europejska, w swoich Wytycznych z 2010 roku (par. 54) wskazuje, że dostawca może nakładać na dystrybutorów obowiązek, aby w procesie dystrybucji wykorzystywali platformy osób trzecich jedynie zgodnie ze standardami i warunkami uzgodnionymi przez dostawcę i jego dystrybutorów.

W 2013 r. niemiecki Bundeskartellamt przeanalizował system dystrybucji selektywnej Sennheiser[44], ponieważ obejmował on zakaz sprzedaży za pośrednictwem platformy osób trzecich, w tym platformy Amazon, choć ten ostatni był autoryzowanym dystrybutorem Sennheiser. W toku postępowania Sennheiser zniósł zakaz sprzedaży za pośrednictwem Amazon, a Bundeskartellamt zakończył postępowanie.

[43] Decyzja Bundeskartellamt z 26 sierpnia 2015 r., w sprawie B2 – 98/11, *Asics*. Pozyskano z: http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/AktuelleMeldungen/2016/16_02_2016_Casesummary_ASICS.html.

[44] Streszczenie z 24 października 2013 r., decyzji Bundeskartellamt B-7-1/13/35. Pozyskano z: http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Kartellverbot/2013/B7-1-13-35.html.

W sprawach dotyczących *Adidas* i *Asics* odpowiednio w 2014 i 2015, w toku postępowania prowadzonego przez Bundeskartellamt okazało się, że w systemach dystrybucji selektywnej organizowanych przez tych producentów wprowadzone zostały zakazy sprzedaży za pośrednictwem platform internetowych osób trzecich. Adidas wyeliminował sporne klauzule, zaś w przypadku Asics Bundeskartelamt wydał w sierpniu 2015 r. decyzję, w następstwie której Asics zmienił swój system.

Natomiast w 2013 r. w Berlinie i Szlezwiku sądy odrzuciły możliwość zakazywania sprzedaży za pośrednictwem platformy internetowej podmiotu trzeciego.

W grudniu 2015 r. sąd apelacyjny we Frankfurcie uznał, że zakaz odsprzedaży za pomocą platformy Amazon wprowadzony przez producenta plecaków nie naruszał prawa konkurencji, ponieważ był uzasadniony jako element jakościowego systemu dystrybucji selektywnej, a sprzedaż przez Amazon nie spełniała wymogów jakościowych dotyczących uzyskania specjalistycznej porady przez kupującego w momencie sprzedaży.

W związku z istniejącymi rozbieżnościami w orzecznictwie niemieckim, w innej sprawie – dotyczącej selektywnego systemu dystrybucji produktów luksusowych Coty[45] – sąd apelacyjny we Frankfurcie zwrócił się z pytaniem prejudycjalnym do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Informacja o wpływie pytania pojawiła się 25 kwietnia 2016 r. Sprawa dotyczy jakościowych kryteriów nałożonych w związku z utrzymaniem luksusowego charakteru marki. Zadane pytania dotyczyły m.in. możliwości uzasadnienia systemu dystrybucji selektywnej z uwagi na luksusowy charakter marki, możliwości wprowadzenia generalnego zakazu odsprzedaży na platformach podmiotów trzecich. Nie ulega wątpliwości, że ten wyrok powinien wyjaśnić wiele kwestii opisanych powyżej.

Omówione sprawy wskazują, że pojawiła się nowa kategoria porozumień, których celem jest ograniczenie konkurencji w odniesieniu do dystrybucji w sieci.

IV. Wnioski

Można uznać, że ostatnie orzecznictwo TSUE potwierdza, że w przypadku braku możliwości uznania porozumienia za ograniczające konkurencję ze względu na cel, konieczne jest przeprowadzenia rozbudowanej analizy ekonomiczno-prawnej dla oceny jego ewentualnych antykonkurencyjnych skutków, a analiza powinna wiązać się także z badaniem wielu pobocznych aspektów o charakterze podmiotowo-przedmiotowym. Za ugruntowane należy przyjąć też założenie o konieczności zbadania kontekstu gospodarczego i prawnego, w jaki wpisuje się porozumienie o potencjalnie antykonkurencyjnym celu.

Jednocześnie wydaje się, że wciąż aktualna i zauważalna pozostaje tendencja do rozszerzania katalogu porozumień uznawanych za porozumienia ograniczające konkurencję ze względu na cel, przy jednoczesnej rozbudowanej analizie skutku porozumienia. Coraz istotniejsza wydaje się konieczność wyraźnego rozgraniczenia pomiędzy dwoma rodzajami porozumień i doprecyzowania kryteriów, które powinny być brane pod uwagę w trakcie analizy.

Poglądy wyrażane w ostatnich latach w orzecznictwie TSUE wskazują bardzo powolne odejście od tendencji do poszerzania kategorii porozumień ograniczających konkurencję ze względu na skutek. Wydaje się, że wciąż mamy do czynienia z szerokim rozumieniem porozumień zakazanych co do celu i systematycznym poszerzaniem katalogu tych porozumień na gruncie orzecznictwa.

[45] Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Oberlandesgericht Frankfurt am Main (Niemcy) w dniu 25 kwietnia 2016 r. – *Coty Germany GmbH / Parfümerie Akzente GmbH* w sprawie C-230/16.

W kontekście wątpliwości, które pojawiają się wciąż na gruncie orzecznictwa zarówno polskiego, jak i unijnego zasadne byłoby podjęcie próby skonstruowania bardziej precyzyjnego katalogu porozumień zakazanych ze względu na cel oraz dookreślenia okoliczności ekonomicznych, prawnych, biznesowych itp. odnoszących się do porozumienia i występujących w danej sprawie, które należałoby analizować, rozważając czy porozumienie ma na celu ograniczenie konkurencji. Bez wątpienia zasadne jest poszukiwanie pewnych modelowych rozwiązań, które ułatwią taką analizę tak przedsiębiorcom, jak i judykaturze – zwłaszcza w bardziej skomplikowanych sprawach, w których konieczne jest uwzględnianie szeroko pojętego otoczenia ekonomiczno-prawnego porozumienia.

W ostatnim orzecznictwie wciąż bowiem zaobserwować można tendencję do przyjmowania uproszczeń zakładających, że jeśli nie ma pewności co do zasadności kwalifikacji porozumienia jako ograniczającego konkurencję co do celu, to niejako „pomocniczo" wskazuje się na możliwy równoległy antykonkurencyjny skutek. Dochodzi w tym zakresie do zatarcia się granicy pomiędzy dwoma rodzajami porozumień, co doskonale ilustruje analizowane orzeczenie w sprawie *Allianz Hungaria* wskazujące na konieczność rozbudowanej analizy „celu" za pośrednictwem „skutku" porozumienia.

Bibliografia

Bolecki, A. (2012). Porozumienia zakazane ze względu na cel lub skutek – aktualne tendencje orzecznicze w Unii Europejskiej. iKAR, *3*(1).

Colomo, P.I. i Lamadrid de Pablo, A. (2016). *On the notion of restriction of competition: what we know and what we don't know we know.* Pozyskano z: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2849831 (23.11.2016).

Heinz, S. (2016). *Ban on sales via third-party internet platforms in Germany and Pierre Fabre – recent referral to the Court of Justice*. Pozyskano z: http://kluwercompetitionlawblog.com/2016/06/06/ban-on-sales-via-third-party-internet-platforms-in-germany-and-the-impact-of-pierre-fabre-on-selective-distribution-referral-to-the-court-of-justice-in-coty/.

Jurkowska-Gomułka, A. (2014). W: T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.

Jurkowska-Gomułka, A. (2009). W: T. Skoczny, A. Jurkowska, D. Miąsik (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.

Kohutek, K. (2016). Antykonkurencyjny cel lub skutek porozumienia w kontekście wertykalnego ustalania cen odsprzedaży. W: T. Skoczny (red.), *Prawo Konkurencji. 25 lat*. Warszawa: Wolters Kluwer.

Kohutek, K. i Sieradzka, M. (2008). *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer.

Miąsik, D. (2004). Reguła rozsądku w prawie antymonopolowym. Studium prawnoporównawcze. Kraków: Zakamycze.

Miąsik, D. (2009). Glosa do wyroku TS z dnia 20 listopada 2008 r., C-209/07. *Europejski Przegląd Sądowy*, *8*(50–58). Pozyskano z: http://www.lex.pl/eps-akt/-/akt/glosa-do-wyroku-ts-z-dnia-20-listopada-2008-r-c-20907 (22 sierpnia 2016).

Petit, N. (2016). The EU Court of Justice reaffirms the distinction between the anticompetitive effect-object of an agreement caught under the prohibition in Article 101(1) TFEU without setting out clearer terms

of demarcaction between the two disjunctive conditions (Allianz). *e-Competitions*, 58712. Pozyskano z: www.concurrences.com.

Peeperkorn, L. (2015). Defining "by object" restrictions. *Concurrences*, 3, 40–50.

Podrecki, P. (2014). W: M. Kępiński (red.), *System Prawa Prywatnego.* Tom 15. *Prawo konkurencji*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.

Sieradzka, M. (2012). *Pozew grupowy jako instrument prywatnoprawnej ochrony interesów konsumentów z tytułu naruszenia reguł konkurencji*. Warszawa: Lex a Wolters Kluwer business.

Stawicki, A. (2012). Porozumienia zakazane z uwagi na cel lub skutek. iKAR,*1*(1).

Stawicki, A. i Stawicki E. (red.). (2011). *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer.

Stefanowicz, O. (2016). Klauzule antykonkurencyjne w umowach najmu lokali wielkopowierzchniowych w galeriach handlowych. iKAR, *1*(5), 153.

Turno, B. (2012). Kategoria porozumień zakazanych ze względu na cel w unijnym oraz polskim prawie ochrony konkurencji. KPP, 2.

Turno, B. (2013). *Leniency. Program łagodzenia kar pieniężnych w polskim prawie ochrony konkurencji*. Warszawa: Wolters Kluwer.

Vedder, H. (2016). The EU Court of Justice rules on the dichotomy between anticompetitive object-effect with respect to bilateral arrangements between car dealers and insurance companies. *e-Competitions*, 58656. Pozyskano z: www.concurrences.com.

Możliwość pociągnięcia do odpowiedzialności przedsiębiorcy za antykonkurencyjne zachowanie niezależnego usługodawcy.

Glosa do wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 21 lipca 2016 r. w sprawie *VM Remonts SIA, Ausma grupa SIA* przeciwko *Konkurences padome* (oraz *Konkurences padome* przeciwko *Pārtikas kompānija SIA*)

Spis treści

I. Uwagi wprowadzające
II. Stan faktyczny
III. Opinia Rzecznika Generalnego
IV. Wyrok Trybunału Sprawiedliwości
V. Komentarz do wyroku

I. Uwagi wprowadzające

21 lipca 2016 r. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: TSUE) udzielił odpowiedzi na pytanie prejudycjalne łotewskiego Sądu Najwyższego dotyczące wykładni art. 101 ust. 1 TFUE w kontekście zarzucanej zmowy przetargowej przedsiębiorców[1]. Rozpatrywana kwestia dotyczyła możliwość przypisania przedsiębiorcy-usługobiorcy odpowiedzialności za niezgodne z prawem zachowanie przedsiębiorcy-usługodawcy prowadzącego działalność na własny rachunek w sytuacji, gdy usługobiorca nie wyraził zgody ani nie wiedział o naruszeniu prawa konkurencji przez usługodawcę.

TSUE odrzucił możliwość wprowadzenia wzruszalnego domniemania odpowiedzialności usługobiorcy za antykonkurencyjne działania usługodawcy i jasno wyznaczył przesłanki, których spełnienie skutkuje możliwością pociągnięcia przedsiębiorców do takiej odpowiedzialności. Dlatego orzeczenie to należy uznać za rozstrzygające istotną kwestię (również w kontekście prawa do obrony przedsiębiorców), a tym samym za warte omówienia.

II. Stan faktyczny

Analizowana sprawa dotyczyła przetargu na dostawy żywności do placówek edukacyjnych zorganizowanego przez Radę Gminy Jūrmala, na Łotwie, w którym oferentami były m.in. spółki VM Remonts SIA (dawniej DIV un Ko SIA; dalej: VM Remonts), Ausma grupa SIA (dalej: grupa Ausma) i Pārtikas kompānija kompānija SIA (dalej: Pārtikas). Pārtikas zwróciła się o pomoc w przygotowaniu oferty do kancelarii SIA Juridiskā sabiedrība B&Š partneri (dalej: B&Š), która to zleciła to zadanie swojemu podwykonawcy SIA MMD lietas (dalej: MMD). MMD otrzymała projekt oferty przygotowany przez Pārtikas niezależnie, tj. bez dokonywania uzgodnień z innym spółkami,

[1] Wyrok TS z 21 lipca 2016 r. w sprawie C-542/14 *SIA VM Remonts i SIA Ausma grupa vs Konkurences padome* oraz *Konkurences padome vs SIA Pārtikas kompānija*, npubl. („**Wyrok *VM Remonts***").

w szczególności VM Remonts i grupą Ausma. Jednakże MMD, nie informując o tym Pārtikas, zaangażowała się również w przygotowanie ofert VM Remonts oraz grupy Ausma i wykorzystała ofertę Pārtikas jako ofertę referencyjną dla przygotowania dwóch pozostałych ofert. W efekcie tego działania ceny opracowanej przez MMD oferty grupy Ausma były o ok. 5% niższe niż ceny wskazane przez Pārtikas, a ceny z oferty VM Remonts o 5% niższe niż z oferty grupy Ausma.

Łotewski organ ochrony konkurencji – *Konkurences padome* wszczął postępowanie w sprawie podejrzenia antykonkurencyjnego działania związanego z przetargiem i 21 października 2011 r. wydał decyzję stwierdzającą naruszenie prawa konkurencji przez Pārtikas, VM Remonts i grupę Ausma poprzez wspólne ustalenie ofert oraz nakładającą kary na te spółki. Wszystkie trzy spółki wniosły skargi o uchylenie decyzji *Konkurences padome* do łotewskiego rejonowego sądu administracyjnego – *Administratīvā apgabaltiesa*. Sąd ten 3 lipca 2013 r. wydał wyrok, w którym podtrzymał zaskarżoną decyzję w stosunku do VM Remonts i grupy Ausma, ale uchylił tę decyzję w zakresie, w jakim stwierdzała ona naruszenie prawa konkurencji przez Pārtikas. *Administratīvā apgabaltiesa* uznał bowiem, że nie było dowodów uczestnictwa Pārtikas w zarzucanej praktyce.

Następnie sprawa przeniosła się przed łotewski Sąd Najwyższy – *Augstākā tiesa*. Z jednej strony, VM Remonts i grupa Ausma wniosły skargę kasacyjną od części wyroku oddalającej ich skargę. Z drugiej – *Konkurences padome* wniósł skargę kasacyjną od części uchylającej decyzję w stosunku do Pārtikas.

Wobec stwierdzenia przez *Administratīvā apgabaltiesa*, wyłącznie kompetentnego do oceny stanu faktycznego, że brak było dowodów wskazujących, że kierownictwo Pārtikas wyraziło zgodę na antykonkurencyjne działania MMD lub o nich wiedziało, *Augstākā tiesa* nabrał wątpliwości czy w tych okolicznościach Pārtikas może zostać pociągnięta do odpowiedzialności za naruszenie konkurencji, którego nie była świadoma. *Augstākā tiesa* zastanawiał się w szczególności czy orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości (dalej: TS) w kwestii odpowiedzialności przedsiębiorcy za antykonkurencyjne zachowanie osoby działającej na jego rachunek (takiej jak pracownik)[2] powinno znaleźć zastosowanie w rozpatrywanej sprawie, w której to działania naruszające konkurencję zostały podjęte przez niezależnego usługodawcę, prowadzącego działalność na własny rachunek.

Dlatego *Augstākā tiesa* zawiesił postępowanie i 13 listopada 2014 r. wystąpił do TS z następującym pytaniem prejudycjalnym[3]: „Czy art. 101 ust. 1 TFUE należy interpretować w ten sposób, że aby stwierdzić, iż przedsiębiorstwo uczestniczyło w porozumieniu ograniczającym konkurencję, należy wykazać osobiste zachowanie kierującego przedsiębiorstwem lub świadomość, lub zgodę odnośnie do zachowania osoby świadczącej usługi zewnętrzne wobec przedsiębiorstwa i jednocześnie działającej na rachunek innych uczestników ewentualnego zakazanego porozumienia?”.

III. Opinia Rzecznika Generalnego

Rzecznik Generalny, Melchior Wathelet, wydał opinię w sprawie 3 grudnia 2015 r.[4]. Jego zdaniem należało odrzucić dwa skrajne stanowiska przedstawione w czasie postępowania przez rząd łotewski, z jednej strony, oraz Komisje Europejską (dalej: Komisja) – z drugiej.

[2] Uznające, że odpowiedzialność ta jest niezależna od tego czy osoby upoważnione do podejmowania decyzji w imieniu przedsiębiorcy umocowały tę osobę do takiego działania lub czy wiedziały o takim działaniu. Zob. wyr. TS m.in. w sprawach 100/80–103/80 *Musique Diffusion française i in.* przeciwko *Komisji*, Zb. Orz. 01825, oraz C-68/12 *Slovenská sporitelňa*, elektr. Zb. Orz.

[3] Na podstawie art. 267 TFUE.

[4] Opinia Rzecznika Generalnego Watheleta z 3 grudnia 2015 r. w sprawie C-542/14 *VM Remonts SIA, Ausma grupa SIA* vs *Konkurences padome* (dalej: Opinia *VM Remonts*).

Proponowane przez rząd łotewski automatyczne przypisanie przedsiębiorcy odpowiedzialności za działania osób trzecich, niezależnie od stopnia zaangażowania tego przedsiębiorcy „pozostawałoby w sprzeczności z podstawowymi zasadami rządzącymi wymiarem sankcji takich jak te przewidziane prawem konkurencji (w szczególności zasadami indywidualizacji kar i pewności prawa)”[5]. Z kolei proponowane przez Komisję nałożenie na organ ochrony konkurencji obowiązku wykazania w sposób przekonujący, że usługobiorca miał wiedzę o niedozwolonych czynach, których dopuścił się dany usługodawca lub wyraził na nie zgodę wpłynęłoby negatywnie na skuteczność prawa konkurencji, przedsiębiorcy mieliby bowiem zbyt łatwą możliwość unikania odpowiedzialności, chowając się za plecami osób trzecich.

Rzecznik podkreślił, że przedsiębiorcy, powierzając zadania osobom trzecim, są zobligowani zachować wszelkie środki ostrożności w celu niedopuszczenia do sytuacji dopuszczenia się przez tych usługodawców naruszenia prawa konkurencji, tj. muszą unikać wszelkich zaniedbań lub lekkomyślności w ramach określania i monitorowania przekazywanych im zadań[6].

Dlatego Rzecznik Generalny przychylił się do trzeciego stanowiska, przedstawionego przez rząd włoski, opowiadającego się za przerzuceniem ciężaru dowodu na przedsiębiorców[7]. Rzecznik Generalny zaproponował mianowicie przyjęcie wzruszalnego domniemania odpowiedzialności usługobiorcy za sprzeczne z prawem konkurencji czyny, jakich dopuściła się osoba trzecia – usługodawca, niebędący organem pomocniczym zintegrowany z danym usługobiorcą[8]. Według Rzecznika Generalnego domniemanie takie pozwoliłoby na utrzymanie równowagi pomiędzy:

a) dążeniem do skutecznego karania naruszeń prawa konkurencji, w szczególności z art. 101 TFUE oraz zapobiegania ich powtarzaniu się (i jednoczesnym wzbudzeniem w przedsiębiorcach świadomości, że poszanowanie reguł konkurencji implikuje wymóg nieustannie aktywnej postawy przedsiębiorców);
b) poszanowaniem praw podstawowych przedsiębiorców w kontekście nakładanych sankcji.

Zdaniem Rzecznika Generalnego, takie domniemanie powinno znaleźć zastosowanie nawet wówczas, gdy działanie osoby trzeciej nie pozostaje w związku z powierzonymi jej funkcjami, a nawet wówczas, gdy nie zostało wykazane, że usługobiorca, korzystający z usług usługodawcy, wiedział o antykonkurencyjnych działaniach tego drugiego lub wyrażał na nie zgodę[9]. Po stronie przedsiębiorcy leżałoby natomiast wzruszenie tego domniemania poprzez wykazanie, że nie wiedział o antykonkurencyjnych działaniach usługodawcy lub że dopełnił wszelkiej staranności w celu niedopuszczenia do naruszenia prawa konkurencji[10].

W związku z powyższymi rozważaniami Rzecznik Generalny zaproponował Trybunałowi, następującą odpowiedź na pytanie prejudycjalne *Augstākā tiesa*:

> *Artykuł 101 ust. 1 TFUE należy interpretować w ten sposób, że stwierdzenie, iż dane przedsiębiorstwo uczestniczyło w porozumieniu ograniczającym konkurencję nie wymaga*

[5] Opinia *VM Remonts*, pkt 60.

[6] Opinia *VM Remonts*, pkt 62.

[7] Rząd ten stwierdził, że możliwe jest przypisanie usługobiorcy odpowiedzialności „za antykonkurencyjne porozumienie, w które jest on zaangażowany z powodu postępowania niezależnego usługodawcy, który przekazał przedsiębiorcom konkurującym informacje otrzymane od tego pierwszego przedsiębiorcy [usługobiorcy], nawet jeśli kierownictwo tego przedsiębiorcy nie miało wiedzy o takim przekazaniu informacji i nie wyraziło na nie zgody – chyba że zainteresowany przedsiębiorca wykaże, iż racjonalnie nie miał żadnej możliwości przewidzenia i uniknięcia niezgodnego z prawem zachowania usługodawcy”. Zob. Opinia *VM Remonts*, pkt 28.

[8] Opinia *VM Remonts*, pkt 64.

[9] Opinia *VM Remonts*, pkt 63.

[10] Opinia *VM Remonts*, pkt 65–69. Zob. także R. Burton (2016).

przedstawienia dowodu na okoliczność osobistego zachowania kierującego przedsiębiorstwem lub na okoliczność, iż posiadał on wiedzę na temat zachowania osoby świadczącej usługi zewnętrzne wobec przedsiębiorstwa, działającej jednocześnie na rachunek innych uczestników ewentualnego zakazanego porozumienia lub iż wyrażał on na nie zgodę.

Do sądu krajowego należy zbadanie tego, czy w zawisłym przed nim sporze przedsiębiorstwo było w stanie przedstawić dostatecznie przekonujące, aby obalić domniemanie odpowiedzialności, dowody na okoliczność, że osoba trzecia działała poza granicami powierzonych jej zadań, że przedsiębiorstwo powzięło wszelkie konieczne środki ostrożności przy jej wyborze i przy kontrolowaniu sposobu, w jaki wykonuje swe zadania, jak również na okoliczność swego własnego zachowania w momencie powzięcia wiedzy o zabronionym zachowaniu osoby trzeciej[11].

IV. Wyrok Trybunału Sprawiedliwości

TS nie podzielił zdania Rzecznika Generalnego i w wyroku wydanym 21 lipca 2016 r. zdecydowanie odrzucił propozycję wprowadzenia wzruszalnego domniemania odpowiedzialności przedsiębiorcy za antykonkurencyjne działania niezależnego usługodawcy.

Swoje rozważania dotyczące znamion naruszenia, które muszą wystąpić, aby uznać odpowiedzialność przedsiębiorcy za udział w antykonkurencyjnej praktyce[12], TS zaczął od rozróżnienia relacji łączących przedsiębiorcę z pracownikiem oraz z niezależnym usługodawcą.

TS zauważył, że pracownika należy uważać za zintegrowanego ze strukturą jednostki gospodarczej[13] przedsiębiorcy, z którym łączy go stosunek pracy, ponieważ wypełnia swe obowiązki na rzecz i pod kierownictwem tego przedsiębiorcy[14].Stąd przedsiębiorcy-pracodawcy powinny być przypisane ewentualne antykonkurencyjne działania jego pracownika, za które przedsiębiorca ten ponosi co do zasady odpowiedzialność[15].

Tymczasem usługodawca, „w zakresie, w jakim w sposób niezależny świadczy on na danym rynku usługi za wynagrodzeniem", powinien być uznany w świetle przepisów dotyczących naruszeń prawa konkurencji za przedsiębiorcę odrębnego od danego usługobiorcy i dlatego odpowiedzialność za działania takiego usługodawcy nie może być automatycznie przypisywana usługobiorcy[16]. Stąd, zdaniem TS, konkluzje z wyroku *Musique Diffusion française*[17] nie znajdą zastosowania w analizowanej sprawie.

TS uznał, że przedsiębiorca może być odpowiedzialny za działania usługodawcy (będącego odrębnym podmiotem) jedynie, jeżeli został spełniony jeden z trzech warunków, tj.:

a) jeśli usługodawca działał na zlecenie usługobiorcy lub był pod jego kontrolą;

[11] Opinia *VM Remonts*, pkt 74.

[12] TS wskazał przy okazji, że pytanie to nie dotyczy „przepisów regulujących ocenę dowodów i wymaganego standardu dowodowego, które wobec braku norm Unii w tej dziedzinie podlegają co do zasady autonomii proceduralnej państw członkowskich (zob. wyr. TS z dnia 21 stycznia 2016 r. w sprawie C-74/14 *Eturas i in*., npubl., pkt 29–37)".

[13] W ramach prawa konkurencji UE przedsiębiorcę należy rozumieć jako jednostkę gospodarczą, nawet jeśli z prawnego punktu widzenia jednostka ta składa się z kilku osób fizycznych lub prawnych. Zob. np. wyr.i TS z 12 lipca 1984 r. w sprawie 170/83 *Hydrotherm Gerätebau*, Zb. Orz. 02999, pkt 11, i z 10 września 2009 r. w sprawie C-97/08 P *Akzo Nobel i in. przeciwko Komisji,* Zb. Orz. I-08237, pkt 55.

[14] Wyr. *VM Remonts*, pkt 23; zob. też wyr. TS z 16 września 1999 r. w sprawie C-22/98 *Becu i in*., Zb. Orz. I-05665, pkt 26, wyr. *Musique Diffusion française* i wyrok *Slovenská sporiteľňa*.

[15] Opinia *VM Remonts*, pkt 24.

[16] Opinia *VM Remonts*, pkt 25.

[17] Wyr. *Musique Diffusion française*, pkt 97.

b) jeśli przedsiębiorca wiedział o antykonkurencyjnym działaniu usługobiorcy (oraz konkurentów) i zamierzał przyczynić się do realizacji antykonkurencyjnego celu; lub
c) jeśli przedsiębiorca mógł racjonalnie przewidzieć antykonkurencyjne zachowanie usługodawcy (oraz konkurentów) i zdecydował się zaakceptować wynikające z tego ryzyko.

Po pierwsze, zdaniem TS może się zdarzyć, że rzekoma niezależność usługodawcy będzie ukrywać faktyczny stosunek pracy. Będzie to przykładowo miało miejsce, jeśli usługodawca nie dysponuje żadną niezależnością i swobodą odnośnie do sposobu wykonywania zleconych usług lub dysponuje nimi jedynie w niewielkim stopniu[18]. Taki brak niezależności, podobnie jak przy ocenie relacji pomiędzy spółką dominującą a spółkami zależnymi, może być wywiedziony z istniejących więzów ekonomicznych, organizacyjnych i prawnych łączących danego usługodawcę i usługobiorcę[19]. Wówczas pozornie niezależny usługodawca będzie *de facto* kontrolowany przez przedsiębiorcę korzystającego z jego usług lub będzie działać pod jego dyrekcją, co uzasadniałoby pociągnięcie usługobiorcy do odpowiedzialności za ewentualne działania usługodawcy[20].

Po drugie, usługobiorcy można również przypisać udział w spornej antykonkurencyjnej praktyce, jeśli zostanie wykazane, że znał on antykonkurencyjne cele realizowane przez jego konkurentów i usługodawcę oraz zamierzał własnym zachowaniem przyczynić się do ich realizacji. W kontekście analizowanej sprawy byłoby tak w przypadku, gdyby usługobiorca (Pārtikas) zamierzał za pośrednictwem swego usługodawcy (MMD) ujawnić swym konkurentom (VM Remonts i grupie Ausma) chronione informacje handlowe lub gdyby sformułował on wyraźną lub milczącą zgodę na to, by usługodawca ten przekazał innym chronione informacje handlowe usługobiorcy[21]. Jednakże, jeżeli dany usługodawca, nie informując o tym usługobiorcy, wykorzystał jego chronione informacje handlowe w celu opracowania ofert konkurentów, powyższa przesłanka nie będzie spełniona[22].

Po trzecie, usługobiorca może zostać pociągnięty do odpowiedzialności za naruszenie prawa konkurencji, gdy mógł on racjonalnie przewidzieć, że dany usługodawca podzieli się chronionymi informacjami handlowymi z jego konkurentami i jednocześnie był on gotowy zaakceptować wynikające stąd ryzyko[23].

Co istotne, TS podkreślił, że dokonanie oceny spełnienia przynajmniej jednej z ww. przesłanek należy do kompetencji sądu krajowego[24].

V. Komentarz do wyroku

Wyrok TS zdecydowanie zasługuje na aprobatę. Jak wiadomo, przypadki, gdy TS wydaje wyrok ze stanowiskiem zupełnie odmiennym niż proponowane przez Rzecznika Generalnego należą raczej do rzadkości i zazwyczaj świadczą o istotnym lub wręcz przełomowym charakterze sprawy (Madge-Wyld, 2016).

[18] Zob. podobnie wyr. TS z 4 grudnia 2014 r. w sprawie C-413/13 *FNV Kunsten Informatie en Media*, elektr. Zb. Orz., pkt 35 i 36.

[19] Zob. podobnie wyr. TS z 24 czerwca 2015 r. w sprawach C-293/13 P i C-294/13 P *Fresh Del Monte Produce* przeciwko *Komisji* i *Komisja* przeciwko *Fresh Del Monte Produce*, npubl., pkt 75 i 76 oraz przytoczone tam orzecznictwo.

[20] Opinia *VM Remonts*, pkt 27.

[21] Zob. analogicznie wyr. TS z 7 stycznia 2004 r. w sprawach C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P i C-219/00 P *Aalborg Portland i in.* przeciwko *Komisji*, Zb. Orz. I-00123, pkt 82–84; a także wyr. *Eturas*, pkt 28.

[22] Opinia *VM Remonts*, pkt 30.

[23] Opinia *VM Remonts*, pkt 31; zob. podobnie wyr. TS z 8 lipca 1999 r. w sprawie C-49/92 P *Komisja* przeciwko *Anic Partecipazioni*, Zb. Orz. I-04125, pkt 87.

[24] Opinia *VM Remonts*, pkt 32.

W komentowanej sprawie należy w pełni zgodzić się ze stanowiskiem TS, który nie pozwolił na wprowadzenie kolejnego domniemania mogącego godzić w prawo przedsiębiorców do obrony. Znaczenie tego wyroku jest nie do przecenienia w kontekście sprawiedliwości proceduralnej. Proponowane przez Rzecznika Generalnego wprowadzenie domniemania odpowiedzialności przedsiębiorców za działania ich niezależnych usługodawców prowadziłoby bowiem do faktycznego przerzucenia ciężaru dowodu na przedsiębiorców. Ponadto wskazane przesłanki wzruszenia domniemania byłyby trudne do wykazania. Oznacza to, że podobnie jak w przypadku domniemania odpowiedzialności spółki matki za działania spółki córki[25], domniemanie to mogłoby się w praktyce okazać niewzruszalne (zob. Leupold, 2013, s. 570 i nast.; Cauffman i Olaerts, 2011, s. 431–440; Vandenborre i Goetz, 2012, s. 17; Botteman i in., 2012; Briggs i Jordan, 2007, s. 1–37; Bronckers i Vallery, 2011, s. 535–570; Temple Lang, 2014, s. 1490; Bailey, 2010, s. 362–369)..

Zważywszy na *quasi*-karny charakter postępowań w sprawach naruszenia prawa konkurencji[26], niezbędne jest zapewnienie przedsiębiorcom będącym stronami postępowań dot. naruszenia konkurencji większych gwarancji niż przyznanych podmiotom postępowań stricte administracyjnych, w szczególności związanych z domniemaniem niewinności.

TSUE podkreślał już nie raz w swoim orzecznictwie, że domniemanie niewinności, znajduje zastosowanie w postępowaniach dotyczących naruszeń prawa konkurencji, prowadzących do nałożenia sankcji finansowych[27]. Domniemanie to, wynikające w szczególności z art. 6 ust. 2 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, jest uważane za jedno z praw podstawowych, które, zgodnie z orzecznictwem TS potwierdzonym następnie w art. 6 ust. 2 TUE, stanowią ogólne zasady prawa wspólnotowego. Dlatego też ciężar dowodu zachowań sprzecznych prawem konkurencji spoczywa na organie ochrony konkurencji, który to powinien przedstawić precyzyjne i spójne dowody w celu wykazania istnienia naruszenia. Wszelkie wątpliwości należy natomiast rozstrzygać na korzyść przedsiębiorców, którym zarzuca się naruszenie prawa konkurencji[28].

Z komentowanego wyroku TS wynika jasno, że w przypadku naruszenia prawa konkurencji dokonanego przez niezależną osobę trzecią to nie przedsiębiorca musi wykazać swoją niewinność (np. brak możliwości przewidzenia antykonkurencyjnego zachowania usługodawcy), ale organ ochrony konkurencji powinien wskazać na okoliczności świadczące o winie przedsiębiorcy (wiedzy lub aprobacie przedsiębiorcy o naruszeniu prawa konkurencji lub rażąco niedbałym zaniedbaniu w tej kwestii). A jako że każdorazowa ocena okoliczności sprawy należy do sądów krajowych, to właśnie na poziomie krajowym okaże się, jak warunki wskazane przez TS będą interpretowane w praktyce (Poga, 2016).

Marta Michałek-Gervais
Doktor nauk prawnych; pracownik kancelarii Clifford Chance
e-mail: marta.michalek-gervais@cliffordchance.com

[25] Zob. np. wyr. TS z 25.10.1983 r. w sprawie 107/82 *AEG* przeciwko *Komisji*, Zb. Orz. 3151, pkt 50, wyr. *Akzo Nobel*, pkt 60, oraz wyr. Sądu z 20.04.1999 r. w sprawach połączonych od T-305/94 do T-307/94, od T-313/94 do T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 i T-335/94 *Limburgse Vinyl Maatschappij i in.* przeciwko *Komisji*, Zb. Orz. II-931, pkt 961, 978 i 984, z 12.12.2007 r. w sprawie T-112/05 *Akzo Nobel i in.* przeciwko *Komisji*, Zb. Orz. II-05049, pkt 60, z 9.09.2011 r. w sprawie T-25/06 *Alliance One International* przeciwko *Komisji*, Zb. Orz. II-05741, pkt 86, oraz z 27.09. 2006 r. w sprawie T-314/01 *Avebe* przeciwko *Komisji*, Zb. Orz. II-3085, pkt 136.

[26] Wynikający m.in. z dotkliwych sankcji (kar finansowych), które mogą być nałożone na przedsiębiorców.

[27] W tym okresowych kar pieniężnych. Zob. wyr. Sądu z 3 marca 2011 r. w sprawie T-110/*07 Siemens AG* przeciwko *Komisji*, pkt 45 i wyr. TS z 8 lipca 1999 r. w sprawie C-199/92 P *Hüls* przeciwko *Komisji*, Rec. s. I-4287, pkt 149, 150; w sprawie C-235/92 P *Montecatini* przeciwko *Komisji*, Rec. s. I-4539, pkt 175, 176.

[28] Wyr. Sądu z 27 września 2006 r. w sprawach połączonych T-44/02 OP, T-54/02 OP, T-56/02 OP, T-60/02 OP i T-61/02 OP *Dresdner Bank i in.* przeciwko *Komisji*, Zb.Orz. II-3567, pkt 62.

Bibliografia

Bailey, D. (2010). Presumptions in EU competition law. *Common Market Law Review*, *9*(31).

Botteman, Y. i in. (2012). „You Can't Beat the Percentage" – The Parental Liability Presumption in EU Cartel Enforcement. *European Antitrust Review*, (3).

Briggs, J.D. i Jordan, S. (2007). Presumed Guilty: Shareholder Liability for a Subsidiary's Infringements of Article 81 EC Treaty. *Business Law International*, *1*(8).

Bronckers, M. i Vallery, A. (2011). No Longer Presumed Guilty? The Impact of Fundamental Rights on Certain Dogmas of EU Competition Law. *World Competition Law and Economic Review*, *4*(34).

Burton, R. (2016). European Union: Advocate General Wathelet Clarifies Conditions Under Which Companies Can Be Held Liable For Conduct Of Independent Business Service Providers. Pozyskano z: http://www.mondaq.com/x/457382/Antitrust+Competition/Advocate+General+Wathelet+Clarifies+Conditions+Under+Which+Companies+Can+Be+Held+Liable+For+Conduct+Of+Independent+Business+Service+Providers (12.01.2016 r.).

Cauffman, C. i Olaerts, M. (2011). Quimica: further developing the rules on parent company liability. *European Competition Law Review*, *9*(32).

Leupold, B. (2013). Effective enforcement of EU competition law gone too gar? *European Competition Law Review*, (34).

Madge-Wyld, T. (2016). *ECJ rules on independent service provider liability*, Pozyskano z: http://global-competitionreview.com/news/article/41561/ecj-rules-independent-service-provider-liability/?utm_source=Law%20Business%20Research&utm_medium=email&utm_campaign=7356740_GCR%20Briefing&dm_i=1KSF,4DOHW,9OEIPW,G38D7,1 (22 lipca 2016 r.).

Poga, E. (2016). *ECJ spells out conditions for liability arising out of anti-competitive conduct of external service providers*. Pozyskano z: http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=2ce414e8-a5b8-4e6f-9a9b-8942daaa8221 (15.08.2016 r.);

Temple Lang, J. (2014). How Can the Problem of the Liability of a Parent Company for Price Fixing by a Wholly-owned Subsidiary Be Resolved? *Fordham Internation Law Journal*, *5*(37).

Vandenborre, I. i Goetz, T.C. (2012). *Rebutting the Presumption of Parental Liability – A Probatio Diabolica?* W: *The International Comparative Legal Guide To: Cartels & Leniency 2012. A practical cross-border insight into cartels and leniency.* London: Global Legal Group Ltd.

Postępowanie antymonopolowe w sprawach koncentracji a dostęp do informacji publicznej

Glosa do wyroku WSA w Warszawie z 16.12.2015 r. SAB/Wa 796/15

I. Wstęp

Przedmiotem niniejszej glosy jest wyrok WSA w Warszawie z 16 grudnia 2015 r., SAB/Wa 796/15, w którym sp. z o.o. z siedzibą w W. złożyła skargę na bezczynność Prezesa UOKiK w przedmiocie rozpoznania wniosku o udostępnienie informacji publicznej.

W powołanym wyroku sąd uznał, iż nie wszystkie informacje, o których udostępnienie wnioskowano, podlegają ujawnieniu i stanowią informację publiczną. Glosowany wyrok zasługuje na uwagę, gdyż dotyczy kwestii związanych z dostępem do informacji publicznej, który to zgodnie z art. 61 Konstytucji RP[1] został zapewniony każdemu obywatelowi i jest gwarantowany każdemu obywatelowi, który pragnie zdobywać informacje dotyczące spraw publicznych. A także, wyjaśnienie ważnej kwestii, co stanowi, że dana informacja jest informacją publiczną. To właśnie tego dotyczyły kwestie sporne, które w różny sposób pojmowały strony postępowania.

Warto nadmienić, iż prawo do informacji publicznej przede wszystkim wiąże się z wolnością słowa zapisaną w Konstytucji RP jako wolność wyrażania swoich poglądów oraz pozyskiwania i rozpowszechniania informacji w ogólności, zwłaszcza za pośrednictwem środków społecznego przekazu. Zakres przedmiotowy wolności informacji jest oczywiście szerszy od zakresu prawa do informacji (Sokolewicz, 2005, s. 9).

Należy zauważyć, że uzyskiwanie informacji publicznej w Konstytucji RP zostało ujęte jako „prawo obywatelskie". Tym samym ustrojodawca dokonał rozróżnienia pomiędzy „prawem" a „wolnością. Przyznanie obywatelom „prawa" do uzyskiwania informacji, że ustawodawca jest uprawniony do dokładnego uregulowania wszelkich przejawów korzystania z tego „prawa". Obywatele nie mogą przy tym wychodzić poza przyznane im możliwości działania (Chmaj, 2002). Konstytucyjne prawo do informacji publicznej przybrało zatem charakter publicznego prawa podmiotowego, zapewniającego obywatelowi możliwość skutecznego żądania od organów władzy publicznej określonego zachowania, egzekwowalnego – w razie potrzeby – w drodze odpowiednich instytucji procesowych (Sokolewicz, 2005, s. 5).

II. Stan faktyczny

Strona skarżąca czyli Sp. z o.o. z siedzibą w W. w dniu 10 marca 2015 r. wystąpiła z wnioskiem do Prezesa UOKiK o udostępnienie informacji publicznej dotyczącej transakcji przejęcia w [...] r. przez koncern handlowy [...] Dystrybucja sp. z o.o. części mienia spółki [...] S.A. z siedzibą w [...] oraz transakcji nabycia przez [...] sp. z o.o. w 2014 r. części mienia spółki [...] S.A. z siedzibą w [...].

[1] Dz.U. 1997 Nr 78, poz. 483 z późn. zm.

We wniosku postawiono Prezesowi UOKiK pytania dotyczące kwestii zgody Prezesa na opisane powyżej przejęcia oraz jakie konkretnie części mienia były objęte transakcjami. Zapytano również czy zbycie części mienia (jako zbycie zorganizowanej części przedsiębiorstwa) było każdorazowo poprzedzone podjęciem określonych uchwał w tym przedmiocie przez Walne Zgromadzenie Akcjonariuszy? A także czy kwestia ta podlegała badaniu przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w ramach przedmiotowych postępowań. Wnioskodawca wniósł także o udzielenie odpowiedzi na pytanie, kiedy zostały podjęte uchwały Walnego Zgromadzenia Akcjonariuszy w zakresie przejęcia. Ponadto, wnioskodawca zażądał udostępnienia dokumentów, na podstawie których przeprowadzono ww. transakcje, tj. o udostępnienie umów i innych dokumentów związanych z przedmiotowymi transakcjami.

Prezes UOKiK – pismem z 30 marca 2015 r. – odpowiedział na powyższy wniosek. Poinformował wnioskodawcę o wydanych decyzjach dotyczących transakcji wskazanych we wniosku oraz ich dostępności na stronie BIP Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Wskazał też jakich placówek dotyczyła transakcja z [...] r., a w odniesieniu do transakcji z 2014 r. odwołał się do dostępnej na stronie BIP decyzji administracyjnej zawierającej w uzasadnieniu żądane informacje. Prezes UOKiK wyjaśnił także, jakie były podstawy zgłoszonych transakcji oraz wskazał, że nie ma on kompetencji do badania zgód korporacyjnych na przeprowadzenie transakcji.

W odpowiedzi dotyczącej uchwał Walnego Zgromadzenia Akcjonariuszy dotyczących przejęć organ poinformował wnioskodawcę, że nie posiada tych informacji. Ponadto, powiadomił wnioskodawcę, że dokumenty, o których udostępnienie wnosił nie stanowią informacji publicznej w rozumieniu ustawy o dostępie do informacji publicznej, a zatem nie podlegają udostępnieniu w trybie tej ustawy.

Po otrzymaniu takich informacji w dniu 14 kwietnia 2015 r. wnioskodawca, czyli Sp. z o.o. z siedzibą w W., złożył do organu pismo zatytułowane „Odwołanie od decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia [..] marca 2015 r. w przedmiocie odmowy udostępnienia informacji publicznej". Pismo zostało skierowane do Prezesa Rady Ministrów za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Powołując się na niedopuszczalność powyższego odwołania, Prezes UOKiK w dn. [...] maja 2015 r. wydał postanowienie wskazujące, iż w sprawie nie została wydana decyzja administracyjna.

W tej sytuacji Sp. z o.o. z siedzibą w W. w dniu 10 czerwca 2015 r. wniosła skargę do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie na bezczynność Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w przedmiocie rozpoznania wniosku z 10 marca 2015 r. o udostępnienie informacji publicznej. Zarzucając Prezesowi UOKiK naruszenie art. 1 ustawy z 6 września 2002 r. o dostępie do informacji publicznej[2] oraz art. 1 ustawy z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez uznanie, że postępowanie antymonopolowe w sprawie koncentracyjnej nie jest sprawą publiczną, a związane z tym postępowaniem dokumenty mają charakter prywatny, a nie są dokumentami publicznymi. A także nieudostępnienie stronie skarżącej informacji publicznej, w tym także akcjonariuszowi mniejszościowemu spółki, której działalności informacja publiczna dotyczy. Strona skarżąca zarzuca też Prezesowi UOKiK jego stanowisko, że nie zachodzą przesłanki do udostępnienia informacji w tym zakresie w postaci informacji publicznej

[2] T. j. Dz.U. 2015, poz. 2058 ze zm.

przetworzonej – podczas gdy przedmiotowe dokumenty dotyczą sprawy publicznej (tj. postępowania antymonopolowego w sprawie koncentracyjnej), a ponadto możliwe było udzielenie odpowiedzi na zadane przez skarżącą pytanie w postaci informacji przetworzonej z uwagi na jej szczególne znaczenie dla interesu publicznego, jakim jest ochrona konkurencji i konsumentów. Zarzucono również Prezesowi UOKiK nieudostępnienie stronie skarżącej informacji w terminie 14 dni od dnia złożenia wniosku o udostępnienie informacji publicznej oraz niewydanie w tym terminie decyzji o odmowie udostępnienia informacji publicznej. A także błędne przedstawienie stronie skarżącej wyjaśnień, które w zasadzie sprowadzały się do odmowy udostępnienia informacji publicznej, w formie wiadomości mailowej z 30 marca 2015 r. oraz niewydanie przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów decyzji w przedmiocie odmowy udostępnienia skarżącej wnioskowanych informacji publicznych.

Prezes UOKiK w odpowiedzi na skargę wniósł o jej oddalenie, podtrzymując swoje wcześniejsze stanowisko.

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie zważył, iż zgodnie z art. 1 § 1 i 2 ustawy z 25 lipca 2002 r. – Prawo o ustroju sądów administracyjnych[3] w związku z art. 3 § 2 pkt 8 ustawy z 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi[4] (dalej: ppsa) jest właściwy, aby rozstrzygać kwestie bezczynności organu. Jednakże skarga sp. z o.o. z siedzibą w W. oceniana pod tym kątem nie zasługuje na uwzględnienie. Dlatego też sąd uznał, iż organ prawidłowo ocenił i udzielił wnioskodawcy odpowiedzi na wniosek z dnia 10 marca 2015 r. w części, w której wniosek dotyczył informacji publicznych – udzielił ich wnioskodawcy, w pozostałym zakresie poinformował, że żądane dokumenty nie mają charakteru informacji publicznej, a stanowisko swoje w sposób logiczny i spójny uzasadnił. Zatem uznać należy, że nie pozostaje on w bezczynności, a skarga jako bezzasadna podlega oddaleniu.

III. Ocena wyroku

1. Ogólnie

Dokonując oceny glosowanego orzeczenia, należy odnieść się do przepisów ustawy – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi, w której to zgodnie z art. 3 § 2 pkt 8 kontrola działalności administracji publicznej przez sądy administracyjne obejmuje orzekanie w sprawach skarg na bezczynność organów w przypadkach wymienionych w art. 3 § 2 pkt 1–4 tejże ustawy. W analizowanym przypadku skarga została złożona na bezczynność organu (Prezes UOKiK), który zobowiązany był zgodnie z art. 13 i 14 ustawy o dostępie do informacji publicznej (dalej: udip) – do udostępnienia informacji publicznej na wniosek skarżącego, czyli Sp. z o.o. z siedzibą w W. Skarga dotyczyła bezczynności Prezesa UOKiK, który zdaniem skarżącego w sposób nieprawidłowy i niekompletny przekazał mu informacje na postawione przez niego pytania. Zdaniem skarżącego, organ poprzez udzielenie odpowiedzi tylko na część pytań, które uznał za informację publiczną, oraz pozostawienie część z nich bez odpowiedzi, a jedynie z wyjaśnieniem, iż stanowią informacje prywatną – uznał, iż dopuścił się on bezczynności.

[3] T.j. Dz.U. 2014, poz. 1647 ze zm.

[4] Dz.U. 2012, poz. 270 ze zm.

Zgodnie z poglądami doktryny z „bezczynnością organu" mamy wówczas, gdy w prawie wyznaczonym terminie organ nie podjął żadnej czynności w sprawie lub gdy prowadził postępowanie w sprawie, jednak nie zakończył go wydaniem stosownego aktu lub nie podjął czynności w ogóle (Woś, Knysiak-Molczyk i Romańska, 2010, s. 110).

Zjawisko bezczynności organu administracji publicznej w płaszczyźnie teoretycznoprawnej nierozerwalnie wiąże się z problematyką działań administracji publicznej, albowiem przeciwieństwem z założenia bezprawnego stanu bezczynności zawsze będzie określone działanie organu. Jeżeli nie będzie istnieć żadna forma działania, które może być podjęte przez organ administracji w określonej sytuacji w miejsce biernego zachowania, to wówczas w tym obszarze nie można mówić o bezczynności jako stanie nieczynienia czegoś (Miłosz, 2011, s. 35).

Sprawą wymagającą ustosunkowania się są także poglądy niektórych przedstawicieli doktryny, traktujących jako formę prawną działania administracji jej bezczynność oraz odróżniane od niej milczenie. Nie wdając się w polemikę co do możliwości zakwalifikowania jako formy prawnej działania powstrzymywania się przez administrację z podejmowaniem wykonywania zadań bądź kompetencji, należy wskazać, że nie może ono być traktowane jako przejaw aktywności. Przyjmując zatem, iż formę działania stanowi określone zachowanie, a więc aktywność podmiotów administrujących, pod znakiem zapytania stawiamy czy bezczynność, a więc brak zachowania, może być kwalifikowany jako forma działania. Kwalifikowanie bezczynności jako postaci działania administracji związane jest – jak się zdaje – z pragmatycznym podejściem do zagadnienia. Skoro bezczynność jako zjawisko jest dostrzegana przez prawodawcę, który przewiduje różne jej konsekwencje, to nie można tego zjawiska pominąć, mówiąc o formach działania administracji (Hauser, Niewiadomski i Wróbel, 2013, s. 4).

Wojewódzki Sąd Administracyjny, przeprowadzając analizę prawną skargi na bezczynność Prezesa UOKiK, stwierdził, iż skarga oceniana pod tym kątem nie zasługuje na uwzględnienie. W ocenie sądu Prezes UOKiK dokonał odpowiednich czynności materialno-technicznych, udzielając wnioskodawcy żądanej informacji. Nie można zatem traktować odpowiedzi Prezesa UOKiK jako stanu bezczynności. Gdyż pojęcie to w języku polskim tłumaczone jest jako „nic nierobiący, niemający żadnego zajęcia, bierny" – a w tej sytuacji trudno doszukać się takich przesłanek, które wskazywałyby na bezczynność organu. Dlatego też przychylam się do stanowiska sądu oddalającego skargę, twierdzącego, iż jest ona pozbawiona podstaw do uznania.

Aby była możliwa dalsza analiza glosowanego orzeczenia, należy zbadać czy informacje, których żądał wnioskodawca są informacjami publicznymi. Dywagacje te należy rozpocząć od prawa do informacji, które gwarantują nam przepisy prawa zarówno międzynarodowego, jak i polskiego – na czele z ustawą zasadniczą. Tak więc prawo do informacji jest obecnie bez wątpienia postrzegane jako jedno z praw człowieka, należące do katalogu praw obywatelskich i politycznych. W doktrynie podnosi się, że jego właściwa realizacja wpływa pozytywnie na rozwój demokracji i stymuluje rozwój społeczeństwa obywatelskiego (Aleksandrowicz, 2002, s. 11). Bez wątpienia trzeba stwierdzić, iż prawo do informacji pozostaje ścisłym związku z zasadą jawności, w tym przypadku jawności administracyjnej, która jest pojmowana jako możliwość dostępu do informacji administracyjnych, czyli takich, które pozostają w dyspozycji administracji, a więc jej organów. Dlatego też z jednej strony nakłada ona na organy obowiązek „ujawniania informacji, komunikowania, rozpowszechniania, dostępu do dokumentów,

wiadomości, wszelkiego rodzaju informacji, w granicach prawa", a z drugiej zaś – tworzy prawo zainteresowanego domagania się od administracji realizacji powyższego obowiązku (Górzyńska, 1999, s. 15).

Szerokie ujęcie prawa do informacji ma ogromne znaczenie. Świadomy udział obywateli w życiu społeczeństwa i państwa jest nieodzowny w systemie demokratycznym, a zakres tego udziału zależy w ogromnym stopniu od kultury politycznej oraz stanu wiedzy zbiorowości o problemach narodu i państwa. Łączy się to także z postulatem tworzenia społeczeństwa obywatelskiego. Naczelny Sąd Administracyjny w uchwale z 11 kwietnia 2005 r.[5] trafnie zauważył, że prawo to „ma na celu umożliwienie obywatelowi realnego udziału w życiu publicznym, ale także służy jawności życia publicznego, określanej potocznie jako przejrzystość działań władzy publicznej oraz osób wykonujących zadania tej władzy. Prawo to służy także do sprawowania kontroli obywatelskiej nad funkcjonowaniem władzy publicznej" (Bidziński, Chmaj i Szustakiewicz, 2010, s. 8).

Prawo dostępu do informacji publicznej obejmuje prawo żądania udzielenia informacji o określonych faktach i stanach istniejących w chwili udzielania informacji, nie zaś o nie zmaterializowanych w jakiejkolwiek postaci zamierzeniach podejmowania określonych działań[6].

2. Informacja publiczna

Uszczegółowieniem, skonkretyzowaniem prawa do informacji zawartego w art. 61 Konstytucji RP jest ustawa o dostępie do informacji publicznej. Ustawa ta ma wskazać uprawnienia, które składają się na to prawo oraz jednostki zobowiązane do realizacji tych uprawnień. Ustawa jest ustawą ustrojową, gdyż rozwija i precyzuje konstrukcyjną zasadę, że informacja publiczna jest jawna, a więc dostępna poza sytuacjami ograniczenia jawności w drodze ustawy lub w związku z ochroną prywatności. Jednocześnie wyznacza zakres jawności informacji publicznej oraz prawo dostępu do tej informacji w porządku prawnym RP.

Zapisane w art. 1 ust. 1 udip pojęcie informacji publicznej stanowi, iż jest nią „każda informacja o sprawach publicznych". Łatwo zauważyć, iż ze względu na brak precyzyjności i niedookreśloność definicji będzie sprawiała ona wiele problemów dla osób stosujących prawo, a nie powinno tak być, gdyż zgodnie z zasadami techniki legislacyjnej przepisy należy redagować w taki sposób, aby „dokładnie i w sposób zrozumiały dla adresatów zawartych w nich norm wyrażały intencje prawodawcy"[7]. Dlatego też wielu znawców tematu podejmowało się prób wyjaśnienia i sprecyzowanie tego pojęcia i tak np. M. Jaśkowska twierdzi, iż „art. 1 ustawy niczego nie wyjaśnia, a jej art. 6 ma charakter przykładowy", a skoro niemożliwe jest zdefiniowanie informacji publicznej na gruncie przepisów udip, należy posłużyć się art. 61 Konstytucji RP (Jaśkowska, 2002, s. 29).

W. Taras twierdzi natomiast, że informacja przekazywana obywatelom to oświadczenie wiedzy funkcjonariusza organu administracji państwa albo innego podmiotu administracyjnego, dotycząca określonego stany faktycznego, stanu prawnego czy wynikających z nich konsekwencji prawnych. Takie oświadczenie wiedzy nie wywołuje bezpośrednio żadnych skutków prawnych,

[5] Zob. uchw. NSA (7) w Warszawie z 11.4.2005 r., I OPS 1/05, OSAiWSA 2005, Nr 4, poz. 63

[6] Wyr. NSA z 20.06.2002 r., II SAB 70/02.

[7] Por. § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 20.06.2002 r. w sprawie zasad techniki prawodawczej (Dz.U. Nr 100, poz. 908).

lecz może mieć wpływ na realizację pewnych uprawnień lub obowiązków odbiorcy informacji czy też osób trzecich (Taras, 1992, s. 21).

Zakres przedmiotowy pojęcia „informacji publicznej" został rzeczowo rozwinięty w art. 6 udip i tak wprowadza on przykładowy katalog informacji i dokumentów stanowiących informację publiczną w rozumieniu art. 1 ust. 1 udip. Jego podstawową funkcją jest wskazanie najbardziej typowych kategorii informacji publicznych. Stanowi on nie tylko niezbędną konkretyzację postanowień art. 1 ust. 1 udip i doprecyzowuje zakres przedmiotowy udip, ale także ułatwia wykładnię przepisów udip w kontekście regulacji art. 61 Konstytucji RP, której jest równocześnie rozwinięciem (Jabłoński, 2002, s. 229).

Definicji informacji publicznej dokonywały sądy różnych instancji, warto przytoczyć kilka z znaczących orzeczeń. Według wyroku WSA w Warszawie z 1 września 2006 r. informację publiczną stanowi nie tylko treść dokumentów wytworzonych przez organy władzy publicznej, lecz także treść wystąpień i ocen przez nie dokonywanych, niezależnie do jakiego podmiotu są one kierowane i jakiej sprawy dotyczą. Informacją publiczną będą więc dokumenty bezpośrednio zredagowane i technicznie wytworzone przez organ administracji publicznej, ale przymiot taki będą posiadać także te, których organ używa do zrealizowania powierzonych prawem zadań, nawet gdy prawa autorskie należą do innego podmiotu[8].

Innej definicji dokonał wyrokiem z 31 sierpnia 2005 r. WSA w Warszawie, który za „informację publiczną" uważa każdą wiadomość wytworzoną przez szeroko rozumiane władze publiczne, a także inne podmioty, które tę władzę realizują bądź gospodarują mieniem komunalnym lub majątkiem Skarbu Państwa, w zakresie tych kompetencji. Informację publiczną stanowi więc treść dokumentów urzędowych czy wystąpień i ocen dokonywanych przez organy władzy publicznej, niezależnie do jakiego podmiotu są one kierowane i jakiej sprawy dotyczą. W tym znaczeniu informacje publiczne mogą się odnosić do osób prywatnych[9].

WSA w Warszawie w orzeczeniu z 18 listopada 2004 r. uważa, że informację publiczną stanowi więc treść dokumentów wytworzonych przez organy władzy publicznej, treść wystąpień i ocen przez nie dokonywanych, niezależnie do jakiego podmiotu są one kierowane i jakiej sprawy dotyczą. Informacja publiczna dotyczy więc sfery faktów[10]. .

3. Podmioty zobowiązane do udzielenia informacji

Podstawowy katalog podmiotów zobowiązanych do udostępnienia informacji publicznej został wskazany w art. 4 ust. 1 udip. Przedmiotowym obowiązkiem są objęte władze publiczne oraz inne podmioty wykonujące zadania publiczne. Jakkolwiek katalog podmiotów objęty art. 4 ust. 1 udip jest stosunkowo rozbudowany i szczegółowy, to ma on charakter jedynie przykładowy, na co wskazuje zwrot „obowiązane są (...) w szczególności (...)". Pomimo że katalog podmiotów zobowiązanych do udostępnienia informacji określony w art. 4 ust. 1 udip nie jest enumeratywny, to jego zakres jest stosunkowo szeroki i koresponduje z zakresem pojęcia informacji publicznej (Kłaczyński, 2003).

Warto zauważyć, iż przepis art. 4 ust. 3 udip zawiera zasadę zobowiązującą do udostępnienia informacji publicznej podmioty, które są faktycznie w jej posiadaniu.

[8] Wyr. WSA z 9.01.2006 r., II SA/Wa 2043/05.

[9] Wyr. WSA z 31.08.2005 r., II SA/Wa 1009/05.

[10] Wyr. WSA z 18.11.20014 r., II SAB/Wa 166/04.

Sposób udostępniania informacji publicznej został sprecyzowany w art. 8 udidp, gdzie założono, iż podstawowym sposobem udostępniania informacji publicznej jest jej ogłoszenie w Biuletynie Informacji Publicznej oraz udostępnienie za pośrednictwem sieci teleinformatycznej. Kolejnym sposobem (w sytuacji gdy nie ma pożądanych informacji w BIP) jest złożenie wniosku, które obliguje organ do określonych obowiązków. Tak więc organ powinien zbadać czy dana informacja jest informacją publiczną i albo jej udzielić w terminie 14 dni (art. 13 udidp), albo odmówić jej udostępnienia (art. 16 ust. 1 udidp) lub też posiada możliwość umorzenia postępowania (art. 14 ust. 1 udidp). Warto pamiętać, iż udostępnienie informacji na wniosek następuje w formie czynności materialno-technicznej (art. 10 udidp), natomiast odmowa udzielenia żądanej informacji i umorzenie postępowania wymaga wydania decyzji (art. 16 ust. 1 udidp).

IV. Podsumowanie

Rozstrzygnięcie przyjęte przez WSA w Warszawie należy uznać za trafne. Trudno się nie zgodzić z tezami postawionymi przez sąd. Bezzasadne natomiast są zarzuty podniesione w skardze na bezczynność w rozumieniu art. 3 § 2 prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi, gdyż organ Prezes UOKiK, udostępnił skarżącemu wszystkie informacje, które uznał za publiczne, a także wskazał, gdzie należy ich szukać (strona BIP UOKiK). Wyjaśnił natomiast, iż kwestie związane z podstawami transakcji (porozumień), kwestie z podejmowaniem uchwał przez Walne Zgromadzenie Akcjonariuszy nie stanowią informacji publicznej, dlatego nie podlegają udostępnieniu. Dokumenty i umowy, których domaga się wnioskodawca zostały utworzone przez podmiot prywatny, który nie realizował żadnych zadań publicznych. Sąd zgodził się z organem w kwestii braku kompetencji Prezesa UOKiK w zakresie badania zgód korporacyjnych na przeprowadzenie transakcji. Warto nadmienić, iż wniosek (którego upublicznienia domaga się skarżący) o wszczęcie postępowania antymonopolowego w sprawie koncesji nie ma charakteru informacji publicznej. Informacji publicznej nie będzie też stanowić pozew złożony w sprawie cywilnej, gdyż dotyczy sprawy indywidualnej.

Aleksandra Kędzior
asystentka w Katedrze Nauk o Administracji
Wyższa Szkoła Informatyki i Zarządzania w Rzeszowie
e-mail: akedzior@wsiz.rzeszow.pl

Bibliografia

Aleksandrowicz, T.R. (2002). *Komentarz do ustawy o dostępie do informacji publicznej*. Warszawa: LexisNexis.

Bidziński, M., Chmaj, M. i Szustakiewicz, P. (2010). *Ustawa o dostępie do informacji publicznej. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck.

Chmaj, M. (2002). Pojęcie i geneza wolności i praw człowieka. W: M. Chmaj (red.). *Konstytucyjne wolności i prawa w Polsce, t. I, Zasady ogólne* (s. 11−13). Kraków.

Górzyńska, T. (1999). *Prawo do informacji i zasada jawności administracyjnej. Orzecznictwo Sądu Najwyższego, Naczelnego Sądu Administracyjnego oraz Trybunału Konstytucyjnego*. Kraków: Zakamycze.

Hauser, R., Niewiadomski, Z. i Wróbel, A. (red.). (2013). *Prawne formy działania administracji. System Prawa Administracyjnego* (t. 5). Warszawa: C.H. Beck.

Jabłoński, M. (2002). Wejście w życie ustawy o dostępie do informacji publicznych. *Acta Universitatis Wratislaviensis – Przegląd Prawa i Administracji, 2396*.

Jaśkowska, M. (2002). *Dostęp do informacji publicznych w świetle orzecznictwa Naczelnego Sądu Administracyjnego*. Toruń: TNOiK.

Kłaczyński, M. (2003). *Dostęp do informacji publicznej. Komentarz.* Warszawa: LEX/el.

Miłosz, M. (2011). *Bezczynność organu administracji publicznej w postępowaniu administracyjnym*. Warszawa: Wolters Kluwer.

Sokolewicz, W. (2005). Komentarz do art. 61 Konstytucji RP. W: L. Garlicki (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz* (t. IV). Warszawa: Wydawnictwo Sejmowe.

Taras, W. (1992). *Informowanie obywateli przez administrację.* Wrocław–Warszawa–Kraków: Ossolineum – Zakład Narodowy im. Ossolińskich.

Kontrola w toku postępowania przed Prezesem UOKiK.

Wyrok SOKiK z dnia 20 marca 2015 r., XVII AmA 136/11 oraz z dnia 8 sierpnia 2014 r., XVI AmA 145/11

1. **„Niewspółdziałanie w toku kontroli" oznacza brak wykonywania w sposób bezzwłoczny swoich obowiązków po przedstawieniu określonego żądania przez osoby kontrolujące.**
2. **Na kontrolowanym spoczywa obowiązek wprowadzenia takiej organizacji pracy i procedur, które umożliwią bezzwłoczny dostęp do pomieszczeń biurowych przedstawicielom władzy państwowej.**
3. **Sankcja karna nie może dotyczyć czynu, którego dowodem popełnienia jest interpretacja zapisów protokołu kontroli w sposób odmienny od jego treści.**
4. **Stosowanie wykluczających się instytucji i odmowa podania podstawy prawnej doprowadza do sytuacji, że kontrolowany przedsiębiorca nie ma możliwości jednoznacznej oceny na jakiej podstawie i w jakim trybie kierowane są do niego żądania co doprowadza do ograniczenia jego prawa do obrony.**

W ostatnich latach Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: SOKiK, Sąd) wydał dwa interesujące orzeczenia dotyczące decyzji organu ochrony konkurencji, nakładających kary pieniężne na przedsiębiorców za brak współdziałania w toku kontroli prowadzonej przez Prezesa UOKiK. Z praktycznego punktu widzenia, warto jest przybliżyć najistotniejsze aspekty wydanych orzeczeń. Można w nich odnaleźć stwierdzenia dotyczące należytego zachowania przedsiębiorców i ich pracowników podczas czynności prowadzonych w toku kontroli organu antymonopolowego.

Wyrok z dnia 20 marca 2015 r., XVII AmA 136/11

Prezes UOKiK nałożył na jednego z przedsiębiorców świadczącego usługi telefonii mobilnej karę pieniężną w wysokości 123 246 000 zł z tytułu braku współdziałania w toku kontroli prowadzonej przez organ ochrony konkurencji w ramach postępowania wyjaśniającego dotyczącego rynku telewizji mobilnej. Brak współdziałania polegał na: (i) uniemożliwieniu kontrolującym niezwłocznego rozpoczęcia czynności kontrolnych poprzez opóźnianie kontaktu z osobą upoważnioną do reprezentacji kontrolowanego przedsiębiorcy; (ii) uniemożliwianiu kontrolującym wejścia na teren pomieszczeń stanowiących siedzibą kontrolowanego przedsiębiorcy.

W opisywanym orzeczeniu SOKiK uznał odwołanie od wspomnianej decyzji za częściowo zasadne. W uzasadnieniu orzeczenia w pierwszej kolejności Sąd wskazał na określony w art. 106d uokik krąg osób, które mają obowiązek współpracy podczas kontroli organu ochrony konkurencji. Następnie określony został zakres ustawowego sformułowania „niewspółdziałanie w toku kontroli". Zdaniem orzekającego sądu oznacza ono brak wykonywania w sposób bezzwłoczny swoich obowiązków po przedstawieniu określonego żądania przez osoby kontrolujące. Natomiast jako czynność rozpoczynającą kontrolę należy rozumieć okazanie legitymacji służbowej upoważniającej do przeprowadzenia czynności kontrolnych oraz doręczenie upoważnienia

do przeprowadzenia kontroli. W przypadku nieobecności kontrolowanego, legitymacja i upoważnienie mogą zostać okazane pracownikowi kontrolowanego, który może zostać uznany za osobę, o której mowa w art. 97 kodeksu cywilnego lub przywołanemu świadkowi, którym powinien być funkcjonariusz publiczny. Wobec takiego zdefiniowania pojęcia „niewspółdziałania w toku kontroli", jak i kręgu osób, na które ustawa nakłada określone obowiązki, orzekający sąd uznał, że powód nie wywiązał się w pełni z obowiązku współpracy. Naruszenie obowiązku współdziałania w toku kontroli nie dotyczyło jednak tak szerokiego zakresu działań, jak stwierdził to Prezes UOKiK w skarżonej decyzji administracyjnej.

W treści opisywanego orzeczenia warto zauważyć rozważania dotyczące rozpoczęcia kontroli. W zaistniałym stanie faktycznym, pomimo pojawienia się kontrolujących w siedzibie kontrolowanego przedsiębiorcy, urzędnicy nie okazali obecnym recepcjonistkom legitymacji służbowych. Takie zachowanie zdaniem Sądu stanowi uchybienie skutkujące tym, iż brak jest podstaw do tego by uznać kontrolę za rozpoczętą. Sąd zwrócił również uwagę na to, że jedyną osobą, która okazała legitymację był funkcjonariusz policji. Jednak jego wylegitymowanie jest bez znaczenia w świetle zasad ustanowionych przepisami ustawy. Dodatkowo Sąd uznał, że recepcjonistka nie może być uznana za osobę czynną w lokalu przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 97 k.c., a więc taką, której można doręczyć upoważnienie do przeprowadzenia kontroli. Za taką osobę poczytuje się bowiem osobę umocowaną do czynności prawnych, które są dokonywane z osobami korzystającymi z usług danego przedsiębiorcy. Za uprawnionych do doręczenia upoważnienia słusznie zostali natomiast uznani wykwalifikowani pracownicy departamentu prawnego kontrolowanego przedsiębiorcy. Niemniej jednak z treści orzeczenia wynika, że kontrola rozpoczęła się w momencie kontaktu pierwszego pracownika spółki z kontrolującymi, a zatem jeszcze przed zejściem prawników w celu odbioru upoważnienia. Od tego momentu naliczono około 25 minutową zwłokę w czynnościach kontrolowanego – nieusprawiedliwioną żadnymi okolicznościami. Warto także wskazać, że za nieuzasadnione i prowadzące do zwłoki w rozpoczęciu czynności kontrolnych uznane zostało wyrabianie przepustek dla kontrolujących. Zdaniem orzekającego sądu to na kontrolowanym spoczywa obowiązek wprowadzenia takiej organizacji pracy i procedur, które umożliwią bezzwłoczny dostęp do pomieszczeń biurowych przedstawicielom władzy państwowej. Obowiązek ten obejmuje m.in. stworzenie warunków do dokonania bez zbędnej zwłoki wszelkich czynności wymaganych zakresem kontroli. Uzależnienie dostępu do pomieszczeń od wyrabiania przepustek było zaś w tym przypadku zbyt dużym utrudnieniem. Odnośnie do obowiązków recepcji należy też zaznaczyć ważne z punktu widzenia praktycznego zachowania się przedsiębiorcy w toku kontroli, wskazanie Sądu, że na kontrolowanym spoczywa obowiązek uregulowania współpracy ze swoimi kontrahentami, np. z firmą zewnętrzną zatrudniającą recepcjonistkę czy pracowników ochrony w taki sposób, by przebieg kontroli był niezakłócony. Biorąc pod uwagę przeanalizowany stan faktyczny, SOKiK wskazał, że opóźnienie w rozpoczęciu czynności kontrolnych trwało 32 minuty.

SOKiK uznał nieadekwatność nałożonej na przedsiębiorcę kary, ponieważ po pierwsze, jedynie krótki wycinek zachowania przedsiębiorcy z całego okresu objętego kontrolą kwalifikuje się jako naruszenie przepisów ustawy. Sad podkreślił, że kontrola trwała dwa dni, natomiast brak współdziałania zaledwie 32 minuty. Po drugie, brak było śladów naruszenia – ukrywania czegokolwiek, jak i intencjonalności działania spowodowanej domniemanym spotkaniem prezesa kontrolowanego z pozostałymi przedsiębiorcami świadczącymi usługi telefonii komórkowej.

Sąd stwierdził inaczej niż Prezes UOKiK, że kontrolowanemu można przypisać winę nieumyślną w stopniu niedbalstwa, a nie umyślność naruszenia, jak to zostało stwierdzone w skarżonej decyzji administracyjnej. Dodatkowo wskazano na nieadekwatność wysokości kary w stosunku do kar nakładanych wcześniej przez Prezesa UOKiK za podobne naruszenia ustawy. Kara pieniężna został obniżona do 300 000 EUR.

Wyrok z dnia 8 sierpnia 2014 r., XVI AmA 145/11

Drugie z opisywanych orzeczeń dotyczy kontroli odbywającej się w ramach tego samego postepowania administracyjnego. Orzeczenie odnosi się do nałożenia na kontrolowanego kary za: (i) uniemożliwienie kontrolującym niezwłocznego rozpoczęcia czynności kontrolnych poprzez opóźnienia kontaktu z osobą upoważnioną do reprezentacji spółki; (ii) niewykonanie żądania kontrolujących dotyczącego przekazania dokumentów w zakresie udziału kontrolowanego w projekcie telewizji mobilnej (poprzez doręczenie wybranych przez siebie fragmentów dokumentów); (iii) niewydanie dysku twardego.

W pierwszej kolejności orzekający tu sąd podkreślił, że odpowiedzialność z tytułu naruszenia obowiązków wynikających z ustawy ma charakter odpowiedzialności obiektywnej, w tym sensie, że stwierdzenie zawinionego charakteru naruszenia nie jest konieczną przesłanką do stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy. Subiektywne elementy umyślności lub nieumyślności naruszenia są okolicznością braną pod uwagę przy ustalaniu wysokości kary. SOKiK zwrócił uwagę na opóźnienie w przybyciu prezesa spółki do odebrania upoważniania do przeprowadzenia kontroli, które wyniosło ok. 30 min. od poinformowania go o przybyciu urzędników. Taka „zbędna" zwłoka nie została przez przedsiębiorcę w jakikolwiek sposób usprawiedliwiona, chociażby przez okoliczność niemożliwości przerwania spotkania, na którym obecny był prezes podczas wejścia urzędników do siedziby przedsiębiorcy. W ocenie orzekającego sądu na wymiar kary musi jednak wpływać fakt, że w zaistniałym stanie faktycznym kontrolujący sami wybrali osobę, której ma zostać doręczone upoważnienie. Uczynili tak, pomimo że w siedzibie kontrolowanego przedsiębiorcy obecni byli pozostali członkowie jej zarządu, a zatem osoby, które są również uprawnione do odbioru upoważnienia.

Dodatkowo w skarżonej decyzji nałożenie na przedsiębiorcę kary miało związek z naruszeniem obowiązku współdziałania w toku kontroli, ponieważ kontrolowany dostarczył organowi jedynie wybrane przez siebie fragmenty dokumentów. Oceniając stan faktyczny w tym przedmiocie, Sąd wskazał, że protokół jako dokument urzędowy stanowi dowód tego co zostało w nim urzędowo stwierdzone (zaświadczone). Sankcja karna nie może natomiast dotyczyć czynu, którego dowodem popełnienia jest interpretacja zapisów protokołu kontroli w sposób odmienny od jego treści. Wymogi dotyczące treści protokołu mają m.in. charakter gwarancyjny w stosunku do przedsiębiorcy i zabezpieczają go przed ewentualnymi nadużyciami czy nierzetelnością ze strony organu ochrony konkurencji. Nałożenie kary za czyn, który nie wynika z przebiegu kontroli (treści protokołu) przeczy natomiast gwarancjom podkreślanym przez Sąd Najwyższy przy orzekaniu o sankcjach karnych. W końcu kara nałożona przez Prezesa UOKiK dotyczyła też sytuacji niewydania przez kontrolowanego dysku twardego, o który zwrócił się Prezes UOKiK. W tym zakresie stwierdzono m.in., że kontrolujący nie wskazali podstawy prawnej swoich żądań, a przez to powstała niejednoznaczność co do stosowanego trybu postepowania. Stosowanie wykluczających się instytucji

i odmowa podania podstawy prawnej doprowadziła natomiast do sytuacji, w której kontrolowany przedsiębiorca nie miał możliwości jednoznacznej oceny, na jakiej podstawie i w jakim trybie kierowane są do niego żądania – ograniczając jego prawa do obrony.

W zakresie nałożonej kary pieniężnej w opisywany wyroku stwierdzono, że Prezes UOKiK naruszył wydaniem skarżonej decyzji administracyjnej art. 106 ust. 1 oraz art. 111 uokik przez nieuwzględnienie dyrektywy wymiaru kary i jej nałożenie w wygórowanej wysokości. Sąd orzekł m.in. o nieumyślnym działaniu w opóźnianiu czynności kontrolnych, na stwierdzenie czego wpływ miało stosowanie przez pracowników procedur panujących w spółce. Według orzekającego sądu Prezes UOKiK, co prawda ustala wysokość kary, działając w ramach uznania administracyjnego, jednak nie oznacza to dowolności takiego działania. Opierając się na ustawowych przesłankach, SOKiK uznał, że biorąc pod uwagę ustalenia stanu faktycznego, adekwatną wysokością kary jest 100 000 EUR. Sąd uznał bowiem, że zarzut braku współdziałania był zasadny tylko w zakresie uniemożliwienia niezwłocznego rozpoczęcia czynności kontrolnych, poprzez opóźnianie kontaktu z osobą upoważnioną do reprezentacji przedsiębiorcy. Co istotne, zdaniem Sądu, kara ma co prawda charakter represyjny, ale jest odwzajemnieniem czynu przedsiębiorcy. Orzeczona wysokość kary utrzymała jednocześnie zasadę odczuwalności, stanowiąc ok. 0,5% przychodu przedsiębiorcy.

Dariusz Aziewicz
Zakład Europejskiego Prawa Gospodarczego
Wydział Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego
e-mail: darek.aziewicz@gmail.com

Jan Szczodrowski, *Kontrola rynków oligopolistycznych w prawie konkurencji*, LEX a Wolters Kluwer Business, Warszawa 2015, s. 350

Recenzowana książka dotyczy problematyki istotnej dla stosowania prawa konkurencji, jakim jest ocena zachowań przedsiębiorców podejmowanych na rynkach o strukturze oligopolistycznej. Choć problematyka ta była już przedmiotem analiz na polskim rynku publikacji prawniczych, to jednak były to przede wszystkim pozycje artykułowe zazwyczaj dotyczące bardziej szczegółowych problemów. Już zatem z tego powodu oceniana publikacja stanowi wartościowy wkład do dorobku krajowej doktryny antymonopolu, stanowiąc w zasadzie kompleksowe ujęcie prawnokonkurencyjnej kwalifikacji praktyk stosowanych na rynkach oligopolistycznych.

Książka składa się z pięciu rozdziałów. Pierwszy z nich przedstawia ekonomiczne teorie i modele, a także cechy rynków oligopolistycznych. Treść i zakres kolejnych rozdziałów odpowiada poszczególnym regułom (instytucjom) prawa konkurencji. Rozdział drugi dotyczy stosowania art. 101 ust. 1 TFUE do zachowań podejmowanych na wskazanych rynkach. Rozdział trzeci przedstawia rynki oligopolistyczne w świetle art. 102 TFUE. Wreszcie rozdziały czwarty i piąty odnoszą się do kontroli koncentracji przedsiębiorstw dokonywanych na takich rynkach.

Monografia rzetelnie i szczegółowo prezentuje tytułową problematykę od stron zarówno teoretycznej, jak i praktycznej. Autor często odnosi się do poszczególnych spraw z dorobku decyzyjnego i/lub orzeczniczego (przede wszystkim) organów unijnych, przy czym prezentowane stany faktyczne zostały wyraźnie wyodrębnione na poszczególnych stronach publikacji. Przedstawiono w niej (czasem także skomentowano) nie tylko te znane (i nierzadko omawiane już w doktrynie) sprawy (np. *Suiker Unie*, *Dyestuff*, *Woodpulp*, *John Deer*, *CEWAL*, *Airtours*, *Gencor*, *Impala*), lecz także inne (mniej znane) przypadki zachowań, jakie podjęte zostały na rynkach oligopolistycznych. Oceniana książka w dużej mierze stanowi więc swego rodzaju zbiór *case-law* w sprawach z zakresu jej tytułowej tematyki. Pewne wątpliwości można mieć dlaczego tytuły rozdziału drugiego i trzeciego dotyczą tylko zakazu unijnego (art. 101 i 102 TFUE), podczas gdy w ich treści przedstawiana jest także (jakkolwiek w wąskim zakresie) problematyka stosowania stosownych zakazów na gruncie prawa amerykańskiego (ustawy Shermana) oraz przepisów uokik. Ograniczone odniesienie się do prawa polskiego nie jest bynajmniej zarzutem pod adresem recenzowanej książki, a autora usprawiedliwia nieznaczna (zwłaszcza w porównaniu do dorobku unijnego) liczba spraw, jakie na gruncie tego prawa badane były – ściśle (w tym literalnie) – w kontekście cech rynków oligopolistycznych.

Prace z zakresu materialnego prawa konkurencji z oczywistych względów nie powinny abstrahować od odniesienia się do odpowiednich modeli (teorii, doświadczeń) ekonomicznych. Z pewnością dotyczy to publikacji poświęconych określonym strukturom rynkowym (do jakich zalicza się recenzowana książka). Jej pierwszy rozdział w całości poświęcony został ekonomicznym aspektom rynków oligopolistycznych, w tym stosownym modelom ekonomicznym opisującym te rynki (np. model Cournota, model Bertranda, teoria gier), mając ułatwić zrozumienie decyzji

podejmowanych przez przedsiębiorców. Dla stosowania prawa konkurencji – niejako w pierwszej kolejności – szczególnie istotna jest wszak prawidłowa identyfikacja danego rynku jako oligopolu. Prawo to nie zawiera bowiem definicji legalnej tego pojęcia, tymczasem naruszenie reguł antymonopolu staje się bardziej prawdopodobne właśnie na tego rodzaju rynkach, w tym o strukturze „wąskiego oligopolu" (takim pojęciem– *tight oligopoly* – posługuje się np. Komisja w swych wytycznych (2011/C 11/01) w sprawie porozumień kooperacyjnych). Z tego powodu wartościowe jest zaprezentowanie i omówienie przez autora poszczególnych (wyróżnianych także przez Komisję w ww. wytycznych) cech rynków oligopolistycznych (tzw. lista kontrolna). Do cech takich należą np. odpowiednio wysoka koncentracja rynku, przejrzystość oraz symetria rynku, bariery wejścia. Być może zaprezentowanie tych cech byłoby bardziej przydatne, gdyby autor przytoczył jakieś konkretne sprawy (z praktyki), w których dana cecha (lub cechy) rynku decydowały o jego zakwalifikowaniu przez organ publiczny jako rynku oligopolistycznego. Jakkolwiek w innych rozdziałach książka często zawiera stosowne studium przypadku. Dotyczy to w szczególności problematyki kontroli koncentracji na rynkach oligopolistycznych, która ukazana została w dużej mierze w oparciu o ewolucję orzecznictwa unijnego (praktyki decyzyjnej) Komisji.

Pracę wieńczą „Wnioski końcowe", które mają formę bardziej podsumowania rozważań (konkluzji) wynikających z poszczególnych rozdziałów. Autor wskazał w nich zaraz na wstępie, iż celem publikacji było „zbadanie, czy rynki oligopolistyczne wchodzą w zakres stosowania prawa konkurencji UE". Jak się wydaje kwestia ta miałaby stanowić niejako „wspólny mianownik" dla poszczególnych zagadnień przedstawionych w recenzowanej pracy. Można mieć pewne wątpliwości co do oryginalności, a zwłaszcza praktycznej przydatności tak postawionego problemu. W istocie wydaje się on pozorny, jako że bezspornym jest, iż reguły antymonopolu (tak unijne, jak i krajowe) znajdują (mogą znaleźć) zastosowanie do każdego rodzaju rynku (nawet tego, który jest wysoce konkurencyjny, tym bardziej więc do takiego, na którym konkurencja jest już „strukturalnie ograniczona" – jak choćby w przypadku oligopolu). Cenniejsze stają się zatem bardziej szczegółowe zagadnienia, jakie ukazano (badano) w monografii, a zwłaszcza prawidłowość i przydatność kryteriów antymonopolowej identyfikacji i ewaluacji rynków oligopolistycznych, jak również kierunki rozwoju orzecznictwa, znaczenie poszczególnych wyroków oraz ich ocena (także w ujęciu prawno-porównawczym).

Publikacja odznacza się solidnym warsztatem naukowym, bazuje w zasadniczej większości na pozycjach z literatury obcojęzycznej. Powinna stanowić – jak to z resztą określa sam autor – „swoisty przewodnik po stosowaniu prawa konkurencji wobec oligopoli i postępowania oligopolistów".

dr hab. Konrad Kohutek
profesor Krakowskiej Akademii im. A. Frycza-Modrzewskiego
e-mail: kohutek@gmx.net

Anna M. Nolan, *Unijne prawo konkurencji. Efektywność systemu odesłań spraw dotyczących koncentracji przedsiębiorstw*, C.H. Beck, Warszawa 2015, s. 228

Przedmiotem badania przedstawionego w monografii Anny Nolan jest efektywność ogólna regulacji koncentracji przedsiębiorstw w unijnym prawie ochrony konkurencji. Badanie to dotyczy stanu prawnego po wprowadzeniu reformy systemu odesłań spraw z rozporządzenia Rady (WE) 139/2004. Ma także na celu podkreślenie znaczenia metody oceny skutków regulacji w procesie stanowienia nowego prawa i nowelizacji istniejących przepisów. Publikacja jest bez wątpienia niezwykle ciekawą pracą przestawiającą funkcjonowanie systemu odesłań, przekonująco i celnie oceniającą jego efektywność.

Monografia została podzielona na siedem rozdziałów. W drugim z nich (będącym pierwszym rozdziałem merytorycznym) autorka przedstawia podstawowe zagadnienia związane z prewencyjnym nadzorem nad koncentracjami przedsiębiorstw sprawowanym przez Komisję Europejską. Przedstawione zostały tutaj m.in. cele nadzoru nad koncentracjami przedsiębiorstw w unijnym prawie ochrony konkurencji, a także zagadnienia związane ze zmianami wprowadzonymi do tego filaru prawa antymonopolowego mocą rozporządzenia 139/2004.

W trzecim rozdziale pracy A. Nolan bada jak wygląda znowelizowany system odesłań dotyczących oceny koncentracji przedsiębiorstw. Podejmuje m.in. rozważania dotyczące zagadnienia odesłań badania koncentracji do państwa członkowskiego na wniosek przedsiębiorstw. Przedstawia proces samego odesłania, jak i badania statystyczne w zakresie wniosków o odesłanie badania koncentracji złożonych przez przedsiębiorstwa. Autorka wskazuje, że artykuł 4 ust. 4 rozporządzenia 139/2004 przyczynił się uelastycznienia mechanizmu przekazywania spraw. W tym samym świetle prowadzi ona rozważania i przedstawia wyniki badań dotyczące odesłania badania skutków koncentracji: (i) do Komisji na wniosek przedsiębiorstw; (ii) przez Komisję do państwa członkowskiego; (iii) przez państwo członkowskie do Komisji. Autorka przedstawia także ważne z praktycznego punktu widzenia aspekty strategii przedsiębiorstw zamierzających dokonać zarówno koncentracji, jak i komunikacji ze strony Komisji przez dokonaniem zgłoszenia.

W czwartym rozdziale monografii autorka bada ocenę efektywności odesłań spraw oraz przedstawia konkluzje dotyczące stosowanego obecnie sytemu odesłań. Dr Nolan staje na stanowisku, że wprowadzenie sytemu odesłań w strukturze, która została nadana mu normami prawnymi zawartymi w rozporządzeniu 139/2004 znacząco zwiększyła efektywność i elastyczność jurysdykcyjną systemu kontroli koncentracji przedsiębiorstw w unijnym prawie ochrony konkurencji. Zdaniem autorki elastyczność polega na łatwości przekazywania kompetencji do badania skutków koncentracji pomiędzy krajowymi organami ochrony konkurencji a Komisją na wniosek zarówno tych organów, jak i przedsiębiorców. Rozporządzenie 139/2004 ulepszyło zdaniem A. Nolan alokację spraw pomiędzy Komisją a organami krajowymi, przez wprowadzenie instytucji sytemu *one-stop-shop* oraz zasady wyboru odpowiedniego organu (*more appropriate authority*). Wskazuje

ona także mankamenty i praktyczne problemy ujawniające się podczas stosowania procedury odesłań. Wskazuje m.in. na przewlekłość stosowanej procedury odesłań.

W rozdziale piątym autorka skupia się na opisie metody oceny skutków regulacji, odwołując się m.in. do ekonomicznej efektywności prawa. Przybliża istotę oceny skutków regulacji i sposób prowadzenia tej oceny przez Komisję. Wskazuje także związki oceny skutków regulacji z ekonomiczną analizą prawa.

W przedostatnim rozdziale monografii autorka przedstawia ekonomiczną ocenę efektywności badanej regulacji. Na podstawie danych statystycznych wskazuje tu m.in. jak funkcjonuje system odesłań zebranych przez Komisję i przeprowadza badanie funkcjonowania systemu odesłań. Przedstawia m.in. liczbę złożonych wniosków o odesłania w poszczególnych latach. Autorka staje na stanowisku, że system odesłań może minimalizować równoległe postępowania toczące się w kilku państwach członkowskich. Tym samym zwiększa się efektywność regulacji koncentracji przedsiębiorstw w unijnym prawie ochrony konkurencji. Zauważa także przewagę centralizacji nadzoru nad jego decentralizacją – co ma oznaczać, że przedsiębiorstwa bardziej cenią korzyści wynikające ze wspomnianej już zasady pojedynczej instytucji. Zwiększenie efektywności badanego systemu przejawia się także w braku powielania czynności wykonawczych przez wiele organów ochrony konkurencji, a także uniknięciu sprzecznych decyzji tych organów.

Ostatni rozdział pracy został poświęcony analizie wybranych spraw. Powodem zastosowania takiej metody badawczej jest wola zbadania praktycznego zastosowania poszczególnych norm prawnych zawartych w rozporządzeniu 139/2004 – dotyczących systemu odesłań w świetle efektywności regulacji. Autorka analizuje tutaj przebieg postępowań, wskazując na problemy praktyczne związane z efektywnością regulacji.

W konkluzji monografii A. Nolan stwierdza m.in., że system odesłań został doceniony przez przedsiębiorców, którzy zgłaszają zdecydowaną większość wniosków o odesłanie, a więc wprowadzony system należy uznać za społecznie akceptowalny. Zdecydowana większość spraw dotyczy też odesłań do Komisji, co sprawia, że doceniana jest zasada pojedynczej instytucji. Zdaniem autorki wprowadzenie zmian w do unijnego sytemu prewencyjnego nadzoru nad koncentracjami przedsiębiorstw doprowadziło do zwiększenia efektywności tego filaru prawa ochrony konkurencji.

Dariusz Aziewicz
Zakład Europejskiego Prawa Gospodarczego
Wydział Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego
e-mail: darek.aziewicz@gmail.com

Seminarium naukowe
Najważniejsze zmiany w sferze ochrony konsumentów w świetle ustawy z dnia 5 sierpnia 2015 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz niektórych innych ustaw.
Instytut Nauk Prawnych PAN, Warszawa, 14 kwietnia 2016 r.

Uchwalona w dniu 5 sierpnia 2015 r.[1] ustawa o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów[2], która znacząco rozszerzyła kompetencje Prezesa UOKiK w sprawach konsumenckich jest ostatnio przedmiotem wielu dyskusji. Taki też cel przyświecał seminarium zorganizowanemu przez Zakład Prawa Konkurencji INP PAN. Przypadające na trzy dni przed wejściem w życie nowych przepisów seminarium stanowiło dobrą okazję do wymiany podglądów na temat nowych regulacji i związanych z nimi oczekiwaniami. W trakcie seminarium referaty wygłosiło czterech prelegentów, a moderatorem dyskusji był dr Grzegorz Materna.

Pierwszy referat wygłosiła prof. UŁ, dr hab. Monika Namysłowska, która scharakteryzowała różnice pomiędzy dotychczasowym sądowym modelem abstrakcyjnej kontroli wzorców umów oraz nowo wprowadzonym trybem kontroli administracyjnoprawnej.

W swoim wystąpieniu prof. Namysłowska omówiła strukturę nowego działu IIIa uokik regulującego zakaz stosowania niedozwolonych postanowień wzorców umów. Prelegentka zwróciła w szczególności uwagę na przesłanki wydania decyzji zobowiązujących w tych sprawach (art. 23c uokik). Podkreśliła, że decyzje te różnią się od decyzji zobowiązujących w sprawach praktyk ograniczających konkurencję (art. 12 uokik) oraz naruszenia zbiorowych interesów konsumentów (art. 28 ust. 1 uokik). Nie mogą być one bowiem wydawane, gdy jedynie uprawdopodobniono stosowanie niedozwolonych wzorców umowy. Prof. Namysłowska odniosła się też do trybów uchylenia decyzji w części dotyczącej zobowiązań przedsiębiorcy. Może to nastąpić w konsekwencji zaistnienia okoliczności, o których mowa w art. 23c ust. 5 uokik albo za zgodą przedsiębiorcy (art. 23c ust. 7 uokik). Prelegentka podkreśliła, że decyzja uchylana jest jedynie w części dotyczącej zobowiązań przedsiębiorcy, a nie w całości. Na koniec referatu zostały przedstawione skutki wobec osób trzecich uznania postanowienia wzorca umowy za niedozwolony oraz rozbieżności, jakie w tej kwestii istniały w orzecznictwie do czasu uchwały Sądu Najwyższego[3]. Nowelizacja przewiduje rozszerzoną prawomocność tylko wobec konsumentów, którzy zawarli z przedsiębiorcą umowę zawierającą niedozwolony wzorzec. Skutek taki nie występuje natomiast wobec innych przedsiębiorców.

Drugi referat wygłosił sędzia Andrzej Turliński, który omówił problematykę nowego modelu kontroli postanowień wzorców umownych z perspektywy roli orzeczniczej SOKiK. Prelegent

[1] Ustawa z 5.07.2015 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2015, poz. 1634).

[2] Dz.U. 2015, poz. 184 ze zm.

[3] Uchwała SN z 20.11.2015 r., III CZP 17/15.

zauważył, że nowelizacja wprowadza do prawa polskiego nowy delikt administracyjny – sprawy, które kwalifikowano jako cywilne staną się sprawami administracyjnymi. Poruszył też kwestię różnic pomiędzy materialnoprawnymi skutkami wydania decyzji przez Prezesa UOKiK a wyrokiem uwzględniającym powództwo w trybie abstrakcyjnej kontroli postanowień wzorców umów. Sędzia rozważał czy wydanie decyzji uznającej stosowanie niedozwolonego postanowienia wzorca umownego powoduje jego nieważność (art. 58 k.c.)[4]. Zwrócił jednak uwagę, że skutek nieważności jest silniejszy aniżeli bezskuteczność przewidziana w art. 385^1 k.c.

Sędzia Turliński poruszył też problem niemożliwości wydania decyzji zobowiązującej, gdy przed końcem postępowania przedsiębiorca usunął skutki naruszenia. Zdaniem prelegenta takie uregulowanie spowoduje, że przedsiębiorcy będą odwoływali się od decyzji wskazujących na zaniechanie stosowania niedozwolonych postanowień. W ramach wątków procesowych sędzia Turliński zwrócił uwagę na pozycję procesową przedsiębiorcy. Podkreślił, że nowelizacja przenosi ciężar dowodu oraz wymogów formalnych na przedsiębiorców, którzy w modelu abstrakcyjnej kontroli sądowej mogli biernie uczestniczyć w postępowaniu.

Trzecim prelegentem była dr Małgorzata Krasnodębska-Tomkiel z Zakładu Prawa Konkurencji INP PAN, która przedstawiła problematykę nowego narzędzia kontroli w sprawach praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów – tzw. tajemniczego klienta. Prelegentka zwróciła uwagę na cechy odróżniające tę instytucję od zakupu kontrolowanego z ustawy o Inspekcji Handlowej oraz specyficzne elementy odróżniające ją od kontroli (art. 105 a-m uokik) oraz przeszukania (art. 105 n–q uokik). Zdaniem prelegentki rozwiązania dotyczące „tajemniczego klienta" są dalej idące niż w przypadku przeszukania, a nawet wykraczają poza standardy kontroli przewidziane w ustawie o swobodzie działalności gospodarczej. „Tajemniczy klient" podejmuje czynności bez uprzedniego doręczenia zgody SOKiK i bez informowania przedsiębiorcy o nagrywaniu przebiegu kontroli.

Prelegentka poddała też pod wątpliwość czy dowody uzyskane z jednorazowej kontroli wystarczą, aby stwierdzić stosowanie niedozwolonych praktyk, w szczególności w przypadku instytucji posiadających wiele placówek. Ponieważ dowody dotyczyć będą indywidualnego przypadku, prelegentka rozważała czy, wzorem przeszukań, dopuszczalne byłoby równoczesne wykorzystanie „tajemniczego klienta" w kilku lokalach.

Ostatni referat wygłosiła dr Anna Zientara z Zakładu Prawa Konkurencji INP PAN. Dotyczył on *missellingu* – nowego typu praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów na rynkach finansowych (art. 24 ust. 1 pkt 4 uokik). Wstępem do tego zagadnienia było omówienie zmiany definicji praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów (art. 24 ust. 2 uokik). W nowelizacji przesądzono, że praktyki te obejmują też zachowania sprzeczne z dobrymi obyczajami. Dr A. Zientara wskazała, że pojęcie dobrych obyczajów było już wcześniej stosowane na gruncie uokik dla oceny niektórych zachowań przedsiębiorców w relacjach z konsumentami. Kryterium to zawarte jest m.in. w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a objęte nią zachowania mogą także stanowić praktyki naruszające zbiorowe interesy konsumentów.

Omawiając instytucję *missellingu*, dr A. Zientara wskazała, że nowe przepisy uprawniają jedynie do kwestionowania przez Prezesa UOKiK sposobu proponowania usługi finansowej lub skierowania jej do nieodpowiedniego konsumenta, a nie samej usługi finansowej. Prelegentka odniosła się

[4] Wyrok SN z 13.01.2011 r., III CZP 119/10.

też do nieostrości przesłanek dla uznania danego zachowania za *misselling*. Jej zdaniem, wadą nowych przepisów jest nakazywanie przedsiębiorcom dokonywania ocen potrzeb konsumenta, które są zindywidualizowane i subiektywne. Nawet konsumenci o zbliżonych cechach (np. wiek) mogą mieć różne potrzeby. Stąd też karanie przedsiębiorcy za proponowanie usług finansowych nieodpowiadających potrzebom konsumenta budzi wątpliwości.

Seminarium zakończyła dyskusja o problemach, jakie mogą powstawać w związku ze stosowaniem nowych przepisów. Zdaniem prof. dr hab. Małgorzaty Król-Bogomilskiej wątpliwości może budzić brak dostatecznej określoności podstaw stosowania kar pieniężnych za zachowania przedsiębiorców naruszające dobre obyczaje. Dr Zientara zauważyła, że podobne wątpliwości dotyczą przepisów uznk. Zwróciła uwagę na wniosek Rzecznika Praw Obywatelskich do Trybunału Konstytucyjnego o stwierdzenie niezgodności z Konstytucją art. 25 ust. 2 uznk z uwagi na penalizowanie tym przepisem zachowań wyznaczanych przez klauzule generalne[5]. W jej ocenie przepisy karne nie mogą odwoływać się do dobrych obyczajów. Dr Maciej Bernatt poruszył kwestię przyszłości rejestru klauzul niedozwolonych, który zawiera wieloletni dorobek orzecznictwa. Podejmując ten temat, sędzia Turliński wyraził pogląd, że rejestr będzie miał walor historyczny, ale zawarta w nim ocena niektórych wzorców będzie nadal brana pod uwagę przy rozstrzyganiu o abuzywności klauzul według nowego, administracyjnego trybu. Z kolei dr hab. Paweł Podrecki rozważał, jakie inne środki – poza wskazanymi w art. 23b ust. 2 uokik – mogą być stosowane dla usunięcia trwających skutków naruszeń. Przy tej okazji odniósł się do zagadnienia rekompensaty publicznej stosowanej w sprawach o naruszanie zbiorowych interesów konsumentów. Uznając, że rekompensata publiczna może w przypadku kontroli niedozwolonych postanowień wzorców umownych nie realizować wyłącznie celów kompensacyjnych, podkreślił, że jej stosowanie nie powinno nabierać charakteru represji.

Dyskusja dotyczyła też kar pieniężnych za stosowanie niedozwolonych postanowień wzorców umowy. Zdaniem prof. UŁ, dr hab. Moniki Namysłowskiej zagrożenie karą w wysokości do 10% obrotu przedsiębiorcy jest prawidłowe, gdyż ustala górny pułap, nie określając dolnej granicy kary. Jej zdaniem kary faktycznie nakładane na przedsiębiorców będą jednak znacznie niższe od ustawowego zagrożenia. Głos w dyskusji zabrała także Wiceprezes UOKiK Dorota Karczewska. W wystąpieniu zwróciła uwagę na opublikowane przez Urząd wyjaśniania dotyczące nowych przepisów. Wskazała też na zasadność dookreślania pojęcia dobrych obyczajów z wykorzystaniem przez Prezesa UOKiK wykształconych już regulacji, np. wytycznych Komisji Nadzoru Finansowego lub kodeksów dobrych praktyk stosowanych przez przedsiębiorców. Jako ostatni głos w dyskusji zabrał radca prawny, Robert Gago. Zwrócił uwagę, że skutkiem nowych przepisów będzie zastąpienie prawotwórczej roli sądów przez UOKiK. Opowiedział się też za nienakładaniem na przedsiębiorców wysokich kar pieniężnych, gdy zachowania uznane za niedozwolone nie będą w sposób oczywisty sprzeczne z dobrymi obyczajami.

Jarosław Łukawski
doktorant w Zakładzie Prawa Konkurencji INP PAN
e-mail: Jaroslaw.Lukawski@skslegal.pl

[5] Sygn. akt K 12/16.

Sprawozdanie z wykładu gościnnego prof. Michaela Jacobsa, pt. *The Durability of the Chicago School in Antitrust: What Accounts for it?*

W dniu 11 października 2016 roku w Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego odbył się wykład gościnny prof. Michaela Jacobsa z DePaul University Chicago na temat znaczenia szkoły chicagowskiej dla ochrony konkurencji. Profesor M. Jacobs jest uznanym międzynarodowym ekspertem w dziedzinie prawa antymonopolowego. Jego artykuły były publikowane w prestiżowych periodykach amerykańskich, m.in. w *Yale Law Journal*, *Northwestern Law Review*, *Minnesota Law Journal*, *William and Mary Law Review* czy *Antitrust Law Journal* oraz cytowane przez Sąd Najwyższy USA. Profesor Michael Jacobs prowadzi także wykłady na uniwersytetach w Australii i w Chinach.

Temat wystąpienia stanowi zagadnienie nader aktualne – omawiana przez profesora Jacobsa szkoła chicagowska stoi bowiem na stanowisku, iż państwo powinno ograniczyć swoją ingerencję w szeroko rozumiany rynek do niezbędnego minimum. Natomiast obecnie można zaobserwować intensyfikację tejże aktywności. Temat okazał się tym bardziej interesujący, że szkoła chicagowska zarówno znajduje wielu zwolenników, jak i niejednokrotnie spotyka się z krytycznymi głosami.

Spotkanie otworzył dr Maciej Bernatt, który w krótkim powitaniu zaznaczył, iż wykład profesora M. Jacobsa jest jednym elementów cyklu spotkań organizowanych przez Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych dotyczących aksjologii ochrony konkurencji – wcześniej gośćmi byli m.in. prof. dr Paul Nihoul z Catholic University of Louvain oraz prof. dr Peter Behrens z University of Hamburg.

Swój wykład profesor Jacobs rozpoczął od przytoczenia historii myśli szkoły chicagowskiej. Stwierdził on, że jest to najlepszy asumpt do dalszej dyskusji na temat jej znaczenia dla prawa konkurencji. Doktryna amerykańska dotycząca podejścia do prawa antymonopolowego i jego celów zdominowana została przez szkoły – harwardzką i chicagowską. Głównym założeniem szkoły harwardzkiej był paradygmat S – C – P, gdzie struktura rynku (S) determinuje działania przedsiębiorcy (C), co w konsekwencji wpływa na skutki rynkowe (P). Polityka antymonopolowa powinna być więc aktywna i opierać się na działaniu strukturalnym. W ujęciu prezentowanym przez szkołę harwardzką zasadniczym celem prawa konkurencji jest więc dobrobyt konsumentów. Szkoła chicagowska – której zwolennikiem jest profesor Jacobs – odrzuca zapatrywanie, zgodnie z którym struktura rynkowa determinuje wynik gry rynkowej. W swojej wypowiedzi Profesor podkreślał, że to efektywność alokacji zapewniająca sprawiedliwy podział dóbr w społeczeństwie, nie zaś sama struktura rynku, powinna być zasadniczym celem polityki antymonopolowej. Argumentując przyjęte stanowisko, wskazał on m.in. iż wolny rynek wyposażony jest w najlepsze mechanizmy korekcyjne, dlatego też polityka antymonopolowa powinna być ostrożna i oparta na środkach behawioralnych. Celem prawa konkurencji jest więc ochrona dobrobytu ogólnego, co osiągnięte może być jedynie w oparciu o kompleksową analizę potencjalnych skutków zachowań przedsiębiorców. M. Jacobs

wielokrotnie zaznaczał, iż rynek zdolny jest do samoregulacji i efektywnego działania. Interwencja zewnętrza, np. w sytuacji nadużycia pozycji dominującej, powinna mieć miejsce jedynie wtedy, gdy nie da się udowodnić efektywności przedsiębiorstwa. Za kluczową szkoła chicagowska uznaje kwestię wolnego wejścia na rynek (*free entry*) i wolności gospodarczej. Rolą państwa jest zaś dbanie o usunięcie wszelkich przywilejów podmiotowych (np. dla wielkich korporacji) i dbanie, by wolność wejścia i wolność gospodarcza nie były niczym zakłócane.

Szkoła chicagowska przyjmuje, że wolna konkurencja leży w publicznym interesie. Zgodnie z założeniami doktryny efektywności niewłaściwymi są, jeśli nie występuje zagrożenie ograniczenia konkurencji, interwencyjne działania państwa w gospodarkę. Reakcja państwa uzasadniona jest jedynie w sytuacji, gdy brak interwencji prowadziłby do ograniczenia dobrobytu konsumentów. Według prezentowanych przez profesora Jacobsa zapatrywań, celem każdej sprawy antytrustowej powinno być ustalenie czy dane zachowanie doprowadzi w konsekwencji do płacenia przez konsumenta wyższych cen i czy stawki te będą utrzymywać się w dłuższym okresie pomimo sił konkurencji. Uznać więc można, że szkoła chicagowska stoi na stanowisku, zgodnie z którym interwencja państwa w celu ochrony przedsiębiorstw, np. przed bardziej efektywnymi konkurentami, jest szkodliwa dla szeroko rozumianego dobrobytu – wystarczające są bowiem naturalnie występujące mechanizmy rynkowe. Podsumowując wypowiedź, Michael Jacobs wskazał, iż dobrobyt konsumenta powinien stanowić zasadniczy cel polityki konkurencji.

Spotkanie stało się, dla akademików i praktyków, polem do dyskusji nad koniecznością stosowania nowych rozwiązań prawa ochrony konkurencji. W polemice, która miała miejsce po wystąpieniu prof. Michaela Jacobsa wzięli udział dr Łukasz Grzejdziak (Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Łódzki), dr Bartosz Turno (WKB Wiercinski Kwiecinski Baehr, Polska Akademia Nauk), prof. dr hab. Stanisław Piątek (Wydział Zarządzania, Uniwersytet Warszawski), dr Tomasz Bagdziński (adwokat, członek Stowarzyszenia Prawa Konkurencji, Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych Uniwersytetu Warszawskiego), Adam Jasser (w latach 2014–2016 Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów) oraz dr Piotr Semeniuk (Polityka Insight). W swych wypowiedziach uczestnicy dyskusji wyrazili duże zainteresowanie tematyką podejścia do aksjologii prawa konkurencji. Ożywiona dyskusja świadczy zaś o wysokim poziomie spotkania.

Podkreślenia wymaga fakt, iż wykład gościnny prof. Michaela Jacobsa z DePaul University Chicago stał się okazją do poszerzenia optyki nad znaczeniem intensywnie rozwijanego w Polsce i Unii Europejskiej prawa antymonopolowego. Spotkanie zorganizowane przez Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych stanowiło forum do ciekawej dyskusji nad przyszłymi kierunkami stosowania rozwiązań prawa ochrony konkurencji zarówno dla akademików, jak i dla praktyków.

Dr Anna Tworkowska-Baraniuk
Wydział Prawa Uniwersytetu w Białymstoku
e-mail: an.tworkowska@gmail.com

From the Editor (Maciej Bernatt)

Articles

Maciej Marek, **Exemption of the Selective Distribution from the Prohibition of Agreements Restricting Competition**

Contents:

I. Introduction
II. General rules of assessing selective distribution
III. Selective distribution on the ground of block exemptions
IV. Individual exemption of selective distribution
V. Conclusions

Summary: The article studies the application of block exemptions and individual exemption to selective distribution systems. The author examines the conditions of applying Polish and European general block exemption and the possibility of combining selective distribution with common additional restrictions. Also, the article describes the methodology used by the European courts to individually exempt selective distribution systems and examines the relation of the prerequisites of individual exemption and the Metro doctrine.

Key words: selective distribution, block exemptions, individual exemption, Metro doctrine
JEL: K210, L420

Adrian Bielecki, **Interlocking directorates under Polish competition law**

Contents:

I. Introduction
II. Static and dynamic dimension of interlocking directorates
III. Interlocking directorates in the Act on Competition and Consumer Protection dated 15.12.2000
IV. Interlocking directorates in the Act on Competition and Consumer Protection dated 16.02.2007
    1. Acquisition of control and the concept of control
    2. Structure of interlocking directorates
    3. When to notify interlocking directorate
V. Decisional practice of the President of UOKiK regarding interlocking directorates
    1. President of UOKiK's decisions dated 18.11.2008, case no. DKK-89/08 and case no. DKK-88/08 (Sadrob's and Exdrob's case)
    2. President of UOKiK's decision dated 22.10.2013, case no. DKK-132/2013 (Terg and Electro.pl's case)
VI. Summary

Summary: Interlocking directorates ("IDs") refers to a practice of members of a corporate board of directors serving on the boards of more than one corporation. There is no uniform approach to IDs in different legal systems. Under Polish law, ID is an element of the definition of the acquisition of control. The subject matter of the paper is critical analysis of historical development of regulation

of IDs under Polish law, current rules governing IDs under Polish law and decisional practice of Polish Competition Authority in that respect. In the author's view, current Polish antitrust rules on IDs are flawed because they consider the mere existence of ID as a measure enabling exercise of control over undertaking. The paper provides more detailed analysis on the relationship between ID and the concept of control. It also provides ideas how to properly understand IDs under the current Polish law as well as it shows how the regulation of IDs should be reformed.
Key words: interlocking directorates, merger control, corporate group
JEL: K21

Marta de Bazelaire de Ruppierre, **Failure to state of reasons as a ground for annulment of the European Commission's decision in the light of current CJEU case-law on the control of undertakings**

Contents:

I. Introduction
II. The general obligation to state the reasons
III. The obligation to state the reasons for the Commission's decision concerning the control of undertakings
    1. Introduction
    2. The decision on the inspection
    3. The decision on the request of information
    4. The decision on penalties
IV. The annulment of the decision of the European Commission
    1. Introduction
    2. The scope of judicial review of Commission's decision on the control of undertakings
    3. Failure to state the reasons as a breach of an essential procedural requirement
    4. Legal effects of the annulment
V. Summary

Summary: This article aims to analyse the European Commission's obligation to state the reasons for decision issued in connection with the control of an undertaking suspected of anti-competitive activities. It indicates requirements that statement of reasons has to meet in order to remain in conformity with Article 296 TFEU and the case-law, as well as depicts the criteria of assessment used by the CJEU to verify the fulfilment of those conditions. It also addresses the issue of legal effects of the judgment annulling the decision and it ponders on the effectiveness of the protection of the rights of undertakings.
Key words: obligation to state reasons, annulment procedure, fundamental rights of undertakings, inspections, penalties, the obligation to provide information.
JEL: K21

Joanna Piechucka, Marta Stryszowska, **Methods of detecting bid rigging**

Contents:

I. Introduction
II. Structural approach
III. Behavioral approach
    1. Suspicious bid rigging patterns
    2. Price variance screen
    3. Relationship between costs and bids
    4. Relationship between bids
IV. Final remarks

Summary: The present article discusses the use of tools of economic analysis to detect bid rigging by taking a two-step approach. Firstly, the structural approach to identify markets that are more susceptible to bid rigging is presented. Secondly, the behavioral approach consisting of identifying suspicious behavior in tenders is discussed. Within the latter approach, tools for the identification of suspicious bid rigging patterns, price variance analysis and other tests used to study whether bidding behavior is more consistent with collusion rather than competition are analyzed. Finally, the extent to which tools of economic analysis could be used in practice by competition authorities in detecting bid rigging behavior is commented.

Key words: bid rigging; variance screen for collusion; empirical analysis of bidding behavior
JEL: C13, D22, L41

Joanna Affre, Joanna Piechucka, Piotr Skołubowicz, Marta Stryszowska, **Impeding market access as a prerequisite of unfair competition practice of collecting slotting allowances that ought to be examined in every case**

Contents:

I. Introduction
II. Meaning of prerequisite of “impeding market access” in the contest of slotting allowances
    1. Article 15 in the system of combating unfair competition Act (CUCA)
    2. Meaning of the term of “market” in Article 15 Sec. 4 of CUCA
    3. Unfair impeding market access
III. Relation between impeding market access and collecting allowances other than commercial margin for accepting goods for sale
    1. Catalogue of possible interpretations
    2. Interpretations of Artcile 15 Sec. 4 P. of CUCA in judicature
    3. Interpretations of Artcile 15 Sec. 4 P. of CUCA in doctrine
IV. Examination of impeding market access with economic criteria
    1. Symptoms of impeding market access
    2. Causual nexus between using slotting allowances and potentially impeded market access
    3. Other factors causing impeded market access
V. Conclusions

Summary: Article concerns ways of examination, when the unfair competition practice set forth in the article 15 sec. 1 p. 4 of Combating Unfair Competition Act takes place. Authors present

different views on meaning of “impeding market access” in this provision and support the concept that it should be considered as one of prerequisites of committing this practice. They also explain why this prerequisite should be examined in every case before the court. Further, authors describe how, with the economical approach, this examination can be executed.

Key words: combating unfair competition, impeding market access, slotting allowances, market, presumption of impeding market access, economic analysis

JEL: K41, K42, D22

Case Law Reviews

Katarzyna Górna, Małgorzata Kozak, Anna Wawruch, **Restrictions of competition in vertical agreements – is there a place to study the effects? Comments in the light of the recent case-law of the Polish courts and the CJEU**

Contents:

I. Introduction
   1. Purpose of the article
   2. The object or the effect of an agreement restricting competition
   3. The object of the agreement
   4. Consequences of proving the object of the agreement
   5. The effect of the agreement

II. Selected examples of judgements relating to the distinction between anti-competitive object and effect in vertical agreements:
   1. *Allianz Hungaria Biztosito*
   2. *MasterCard Inc*
   3. *Cartes Bancaires*
   4. *SIA Maxima Latvija*
   5. *Toshiba*
   6. *Sfinx*

III. Selected examples of decisions and judgements relating to *online* sales
   1. Restrictions on sales by the distributors
   2. Resale restrictions on platforms belonging to third parties

IV. Conclusions

Summary: The subject of this article is to examine the current judicial practice of Polish common courts and the ECJ on the agreements that restrict competition by object or by effect. The article discusses the decisions and judgements, the content of which confirms that in the absence of that agreement to be restrictive of competition by object, it is necessary to carry out an extensive analysis of the economic and legal environment of the agreement for the assessment of its possible anti-competitive effects. The analysis leads to the conclusion that in the recent case law there is still a noticeable tendency to blur the boundary between these two types of anti-competitive agreements and a tendency to adopt simplifications assuming that if there is no certainty as to the validity of the qualification of an agreement as violation “by object”, its anti-competitive effects are shown.

Key words: competition restricting agreements; object of the agreement; effect of the agreement; legal and economic context of the agreement
JEL: K21

Marta Michałek-Gervais, **Possibility to hold a company liable for the anticompetitive behaviour of an independent service provider. Case comment to the judgment of the Court of Justice of the European Union of 21 July 2016 in case C-542/14 VM Remonts SIA, Ausma grupa SIA v. Konkurences padome (and Konkurences padome v. Pārtikas kompānija SIA)**

Contents:

I. Introductory remarks
II. Facts of the case
III. Opinion of the Advocate General
IV. Judgment of the Court of Justice
V. Comment to the judgment

Summary: The case comment relates to the judgment the Court of Justice of the European Union of 21 July 2016 in the case *VM Remonts* (C-542/14), delivered in response to a preliminary reference made by the Latvian Supreme Court. The question at stake referred to possibility to hold a company liable (in the light of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union) for the anticompetitive behaviour of a third-party service provider. The Court of Justice did not follow the Opinion of the Advocate General Wathelet who suggested introducing rebuttable presumption of the company's liability in this respect. Instead, the Court of Justice held that a company should be only liable for the breach of competition law of a third-party service provider if one of three conditions are met (the service provider was acting under its direction or control; the company knew of the anticompetitive objectives of the service provider; or the company should have reasonably foreseen the anticompetitive behaviour of the service provider). The judgment is welcome as enforcing procedural justice and the companies' right to defence.

Key words: liability for breach of Article 101, liability for the anticompetitive behaviour of a third-party, independent service provider, right to defence, procedural justice
JEL: K21

Aleksandra Kędzior, **Control of Concentration Proceedings and Access to Public Information. Case comment to the judgment of Regional Administrative Court in Warsaw of 16 December 2015, SAB/Wa 796/15**

Inspections in the proceedings before UOKiK, Judgements of the SOKiK of 20 March 2015, XVII AmA 136/11 and 8 August 2014, XVII AmA 145/11 (Dariusz Aziewicz)

Book reviews

Jan Szczodrowski, *The Control of Oligopolistic Markets in Competition Law* [in Polish: *Kontrola rynków oligopolistycznych w prawie konkurencji*], LEX a Wolters Kluwer Business, Warszawa 2015 (Konrad Kohutek)

Anna M. Nolan, *EU Merger Law. Effectiveness of the System of Referrals of the Cases Involving Control of Concentrations* [in Polish: *Unijne prawo konkurencji. Efektywność systemu odesłań spraw dotyczących koncentracji przedsiębiorstw*] C.H. Beck, Warszawa 2015 (Dariusz Aziewicz)

Reports

Seminar *The most important changes in consumer protection law in the light of the Act of 5 August 2015 amending the Competition and Consumer Protection Act* [in Polish: *Najważniejsze zmiany w sferze ochrony konsumentów w świetle ustawy z dnia 5 sierpnia 2015 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz niektórych innych ustaw*], Instytut Nauk Prawnych PAN, Warszawa, 14 April 2016 r. (Jarosław Łukawski)

Guest Lecture by Professor Michael Jacobs, "*The Durability of the Chicago School in Antitrust: What Accounts for it?*" (Anna Tworkowska-Baraniuk)

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)