

**Seminarium naukowe
pt. „Pomocnictwo jako szczególna forma uczestnictwa
w antykonkurencyjnych porozumieniach –
w świetle prawa UE i polskiego”,
Warszawa, 3 kwietnia 2019 roku**

W dniu 3 kwietnia 2019 r. odbyło się zorganizowane przez Zakład Prawa Konkurencji INP PAN otwarte seminarium pt. „Pomocnictwo jako szczególna forma uczestnictwa w antykonkurencyjnych porozumieniach – w świetle prawa UE i polskiego”. Referaty podczas tego spotkania naukowego wygłosili dr hab. Paweł Podrecki, prof. INP PAN, dr Katarzyna Wiese oraz dr hab. Grzegorz Materna, prof. INP PAN.

Na wstępie prof. Grzegorz Materna (INP PAN) zwrócił uwagę na tendencję organów ochrony konkurencji do rozszerzania odpowiedzialności antymonopolowej ze względu na interpretację zakresu przedmiotowego porozumień ograniczających konkurencję, jak również ze względu na nowe, inne niż sprawstwo bezpośrednie, formy zjawiskowe tych praktyk, w szczególności pomocnictwo.

W swoim wystąpieniu prof. Paweł Podrecki (INP PAN) przedstawił zagadnienie nowych postaci grupowych praktyk ograniczających konkurencję. Z jednej strony, prelegent przypomniał dobrze znany podział oparty na pojęciach normatywnych w postaci form porozumień (umów, uzgodnień i uchwał) oraz ich rodzajów (np. porozumienia cenowe, kontygentowe czy też porozumienia zakazane ze względu na cel lub skutek). Z drugiej zaś – prof. Paweł Podrecki wskazał na oddzielną kategorię postaci porozumień, niemieszczących się w dwóch wcześniejszych podziałach. Jak wspomniał, pojawianie się nowych postaci porozumień jest w głównej mierze wynikiem rozwoju nowych, innowacyjnych modeli biznesowych, takich jak np. Uber. Definiowanie nowych postaci porozumień wynika również z ustalenia odpowiedzialności innych osób, które nie są bezpośrednimi uczestnikami porozumienia, lecz w nich pośredniczą. Prelegent dokonał analizy odpowiedzialności „pośredniej” w oparciu o znane przypadki w prawie prywatnym, np. odpowiedzialność dostawców usług internetowych, odpowiedzialność pośredników za naruszenia praw własności intelektualnej oraz odpowiedzialność cywilnoprawna (np. pomocnictwo, podżeganie).

Następnie dr Katarzyna Wiese przedstawiła problematykę odpowiedzialności antymonopolowej pomocników kartelu w świetle prawa UE. Zgodnie z praktyką decyzyjną Komisji Europejskiej, a także orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej brzmienie art. 101 ust. 1 TFUE nie ogranicza zakazu antykonkurencyjnych porozumień do „sprawczych” form udziału w tym porozumieniu. W związku z tym takie czynniki, jak obecność na rynku właściwym, na którym działają uczestnicy porozumienia, jak również ograniczenie własnej autonomii nie są relewantne w przypadku odpowiedzialności pomocników porozumienia. Prelegentka dokonała analizy testu odpowiedzialności antymonopolowej pomocnika wypracowanego w orzecznictwie TSUE, na który składają się następujące elementy: (i) zamiar; (ii) przyczynienie się własnym działaniem; (iii) do realizacji wspólnego antykonkurencyjnego celu; (iv) wiedza o działaniach innych uczestników

porozumienia; (v) lub możliwość przewidzenia ich działań i zgoda na ryzyko. Prelegentka wskazała na zbyt inkluzyjny zakres tych przesłanek (zbyt wiele przypadków można zakwalifikować jako „przyczynienie się”) oraz brak przesłanki jakościowej, która mogłaby determinować zakres odpowiedzialności antymonopolowej. Zastosowanie tego testu nastręcza także problemów w przypadku praktyki decyzyjnej organów antymonopolowych, np. przesłanka zamiaru zanika i jest utożsamiana z wiedzą o kartelu.

Prof. Grzegorz Materna (INP PAN) przedstawił krytyczne uwagi dotyczące zastosowania unijnej koncepcji odpowiedzialności pomocników kartelu w postępowaniach antymonopolowych prowadzonych przed Prezesem UOKiK. W opinii prelegenta, prawo UE upatruje podstaw odpowiedzialności antymonopolowej pomocników w interpretacji pojęcia „porozumienia” oraz koncepcji jednolitego i ciągłego naruszenia. Jednakże, w opinii prof. Grzegorza Materny, pomocnictwo stanowi raczej postać zjawiskową naruszenia, czyli odpowiedzialności podmiotów innych niż bezpośredni uczestnik naruszenia. Przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nie przewidują natomiast wprost odpowiedzialności pomocnika przedsiębiorców zawierających porozumienie ograniczające konkurencję. Przepisy ww. ustawy zakazują tylko bezpośredniego udziału przedsiębiorcy w zakazanej praktyce, tj. zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję, nie zaś „przyczyniania się” przedsiębiorcy do zawarcia porozumienia przez innych przedsiębiorców lub „ułatwiania” innym przedsiębiorcom osiągnięcia antykonkurencyjnego skutku. Odpowiedzialność antymonopolową podmiotów pośrednio przyczyniających się do naruszenia ustawodawca odrębnie uregulował. Uczynił to jednak tylko wobec tzw. osób zarządzających (art. 6a uokik), nie zaś w sprawie pomocnictwa w kartelu ani w sprawie innych form zjawiskowych tych praktyk. Prelegent przywołał też zastrzeżenia dotyczące stosowania koncepcji pomocnictwa w aktualnym stanie prawnym (szczególnie wobec zasady określoności prawa). Uzasadniają one, aby w przypadku postępowań „wewnętrznych”, tj. prowadzonych wyłącznie na podstawie prawa krajowego, nie stosować unijnej koncepcji odpowiedzialności pomocników kartelu w oparciu o prounijną wykładnię art. 6 uokik. W świetle orzecznictwa SN nie ma zresztą takiego wymogu¹. Prelegent zauważył następnie, że w sprawach praktyk mogących wpływać na handel między państwami członkowskimi Prezes UOKiK stosuje art. 101 TFUE łącznie z art. 6 uokik, w ramach wyznaczonych przez art. 3 ust. 2 rozporządzenia Rady nr 1/2003/WE z 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu WE (Dz.Urz. UE L 1 z 4 stycznia 2003, s. 1). Brak zastosowania art. 6 uokik w danej sprawie (w tym przypadku wobec pomocnika) wyklucza kompetencję Prezesa UOKiK do zastosowania również art. 101 TFUE przeciwko pomocnikowi.

Wygłoszone referaty dały pretekst do dyskusji z udziałem zgromadzonych słuchaczy. Jako pierwsza głos zabrała prof. dr hab. Małgorzata Król-Bogomiłska (WPiA UW), która odniosła się do problematyki pomocnictwa w antykonkurencyjnym porozumieniu z perspektywy prawa karnego oraz z perspektywy zasady określoności naruszenia. Zdaniem prof. Król-Bogomiłskiej unijna koncepcja pomocnictwa przypomina XIX-wieczną koncepcję znaną prawu karnemu, określaną mianem koncepcji udziału w cudzym przestępstwie, z której wywiedziono także koncepcję sprawcy pośredniego. W prawie karnym tego typu koncepcje odpowiedzialności zostały jednak zastąpione zasadą odpowiedzialności indywidualnej oraz stworzono wyraźne prawne podstawy

¹ Np. wyr. SN z 9.08.2006 r., III SK 6/06, OSNP 2008/1-2/25; wyr. SN z 6.12.2007 r., III SK 16/07, OSNP 2009/1-2/31; post. SN z 24.09.2013 r., III SK 1/13, LEX nr 1380965.

odpowiedzialności w przypadku popełnienia czynu w różnych formach zjawiskowych przestępstwa. Tego rodzaju regulacje warto „przeszczepić” do prawa antymonopolowego i przyjąć wyraźną podstawę prawną odpowiedzialności za takie naruszenia, jak np. podżeganie lub pomocnictwo do kartelu. W tym zakresie, w jakim tworzy się w prawie antymonopolowym podstawy penalizacji takich naruszeń zasada określoności naruszenia powinna być zasadą obowiązującą również w prawie antymonopolowym.

Następnie głos w dyskusji zabrał Jan Polański (UOKiK), który nie zgodził się z tezą zaprezentowaną przez prof. Grzegorza Maternę, że nie jest możliwym zastosowanie art. 101 TFUE bez jednoczesnego zastosowania art. 6 uokik. W przeciwnym wypadku zagrażałoby to skuteczności stosowania prawa konkurencji UE. Zdaniem J. Polańskiego, mogą występować przypadki, w których krajowa ustawa nie miałaby zastosowania do określonych praktyk ograniczających konkurencję, natomiast miałyby zastosowanie art. 101 TFUE. Następnie wskazał, że w jego opinii zakaz porozumień ograniczających konkurencję nie precyzuje jakiego konkretnie przedsiębiorcy on dotyczy (tj. czy dotyczy on tylko przedsiębiorcy obecnego na rynku naruszenia, czy również pomocnika). Należałoby przyjąć za orzecznictwem unijnym, że zakaz ten dotyczy wszystkich podmiotów, które mogłyby być zaangażowane w dane porozumienie, którego celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji. Fakt, że ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów wprost przewiduje odrębną odpowiedzialność osób zarządzających (natomiast nie wskazuje wprost kategorii „pomocnika”) może wynikać z faktu, że jest to kategoria odrębna od pojęcia „przedsiębiorcy”. Natomiast w przypadku pomocników, zasadniczo mogą to być również inni przedsiębiorcy.

W odpowiedzi na pytania z sali o granice między uczestnikiem porozumienia a pomocnikiem prof. Grzegorz Materna wskazał, że niektórzy przedsiębiorcy określane mianem pomocników są zarazem bezpośrednimi uczestnikami kartelu, działającymi na rynku oddziaływania kartelu lub na rynku powiązanim i z tego względu zainteresowanymi sukcesem kartelu (tzn. realizacją jego antykonkurencyjnych skutków). Ich odpowiedzialność nie powinna budzić zastrzeżeń (np. uczestnicy porozumień typu *hub and spoke*). Natomiast, jeżeli pomocnik jest tylko dostawcą pewnych rozwiązań infrastrukturalnych, sprzętu lub usług (też informatycznych), stosowanie kryteriów pomocnictwa wypracowanych przez TSUE może dawać pretekst do niemal nieograniczonej interpretacji, łącznie z podawanymi w literaturze przykładami taksówkarzy dowożących kartelistów na spotkanie czy też hotelarzy świadomie udostępniających pomieszczenia bezpośrednim uczestnikom nielegalnego porozumienia. Dlatego tak, jak stworzono wyraźne podstawy odpowiedzialności osób zarządzających, należałoby stworzyć wyraźną podstawę prawną odnośnie do pomocnictwa.

Prof. Paweł Podrecki zastanawiał się czy odpowiedzialność pomocnika powinna mieć taki sam charakter, jak uczestników porozumienia. Niewątpliwie, stopień winy mógłby mieć odzwierciedlenie w wymiarze kary. Następnie prof. Paweł Podrecki podał przykład udostępnienia algorytmu cenowego (oprogramowania) przez danego przedsiębiorcę dla określonych sprzedawców (np. na Amazonie), czego potencjalnym skutkiem mogłoby być koordynowanie zachowań na rynku (wyrównywanie cen). W tym przypadku należałoby zastanowić się nad rozszerzeniem odpowiedzialności za tego typu świadome działania ograniczające konkurencję, co wymagałoby jednak stworzenia nowego testu odnośnie do oceny tego typu odpowiedzialności.

Mec. Agnieszka Stefanowicz-Barańska (Dentons) wskazała, że przykład taksówkarza czy hotelarza jako potencjalnego pomocnika kartelu jest jej zdaniem nietrafny, ponieważ nie zostałyby

wobec nich spełnione przesłanki testu wypracowanego przez TSUE, np. kryterium zamiaru oraz przyczynienia się własnym zamiarem do realizacji wspólnego antykonkurencyjnego celu. Orzecznictwo unijne mogłoby jednak dalej rozwinąć sformułowane kryteria odpowiedzialności, aby sprecyzować mogące pojawić się w praktyce wątpliwości (tzw. sytuacje graniczne). Jeżeli nie byłoby podstawy prawnej do ścigania pomocników (wypracowanej w orzecznictwie TSUE na gruncie interpretacji art. 101 TFUE), to również nie byłoby możliwości ścigania samych kartelistów. W opinii mec. Stefanowicz Barańskiej, definicja porozumienia z art. 101 TFUE odnosi się również do pomocników. Istnieje bowiem porozumienie między pomocnikiem a kartelistami, czego celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji.

Dr Katarzyna Wiese nie zgodziła się z powyższym poglądem. Jej zdaniem, w przypadku działania pomocników nie można mówić o spełnieniu przesłanki ograniczenia konkurencji. Dopiero skoordynowane działanie kartelistów może wywoływać taki antykonkurencyjny skutek. Z jednej strony, należy zapewnić efektywność prawa konkurencji, z drugiej zaś – należy zapewnić określoność tego prawa. Ważąc jednak te dwie wartości, dr Katarzyna Wiese opowiedziała się za potrzebą zapewnienia określoności prawa. W sytuacji, gdy nie ma wyraźnej podstawy prawnej, a orzecznictwo TSUE „rozmywa” zakres definicyjny koncepcji porozumienia, trudno uznać, że sama efektywność prawa konkurencji UE mogłaby uzasadnić odpowiedzialność pomocników.

Artur Szmigielski

Zakład Prawa Konkurencji INP PAN

e-mail: a.szmigielski@inp.pan.pl