

## Kartel i jego uczestnik w rozumieniu ustawy o roszczeniach o naprawienie szkody wyrządzonej przez naruszenie prawa konkurencji

### Spis treści

- I. Wprowadzenie
- II. Zasadność wprowadzenia do polskiego języka prawnego pojęcia „kartelu”
  1. Uwagi wstępne
  2. Zasadność szczególnej regulacji praw i obowiązków uczestników porozumień kartelowych wyłącznie w ramach private enforcement
  3. Metoda harmonizacji
  4. Podsumowanie
- III. Zakres znaczeniowy pojęć „kartel” i „uczestnik tajnego kartelu” – wątpliwości
  1. Uwagi wstępne
  2. Przesłanka formalna
  3. Przesłanka podmiotowa
  4. Przesłanka przedmiotowa
  5. Tajny charakter kartelu
- IV. Propozycja wykładni

### Streszczenie

Niniejszy artykuł koncentruje się na problemie wykładni pojęcia „kartel”, którym posługuje się ustawa z dnia 21 kwietnia 2017 r. o roszczeniach o naprawienie szkody wyrządzonej przez naruszenie prawa konkurencji, implementująca do polskiego porządku prawnego dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/104/UE z dnia 26 listopada 2014 r. w sprawie niektórych przepisów regulujących dochodzenie roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszenia prawa konkurencji państw członkowskich i Unii Europejskiej, objęte przepisami prawa krajowego. W pierwszej kolejności analizie poddana została sama zasadność wprowadzenia do polskiego języka prawnego pojęcia „kartelu”. Następnie, przedstawione zostały występujące na tle tego terminu wątpliwości interpretacyjne. Podsumowaniem artykułu jest propozycja wykładni uregulowań ustawy odnoszących się do karteli i ich uczestników.

**Słowa kluczowe:** porozumienie horyzontalne; kartel; uczestnik tajnego kartelu; naruszenie prawa konkurencji; roszczenie odszkodowawcze; dyrektywa 2014/104/UE, *private enforcement*.

**JEL:** K21

\* Doktorant w Katedrze Prawa Cywilnego WPIA UJ, aplikant adwokacki w Kancelarii Traple Konarski Podrecki i Wspólnicy, e-mail: maciej.majewski@traple.pl.

## I. Wprowadzenie

Celem niniejszego artykułu jest odpowiedź na pytanie o **zasadność wprowadzenia** do polskiego porządku prawnego oraz o **zakres pojęciowy** terminów „kartel” oraz „uczestnik tajnego kartelu”, którymi posługuje się obowiązująca od 27 czerwca 2017 r. ustawa z dnia 21 kwietnia 2017 r. o roszczeniach o naprawienie szkody wyrządzonej przez naruszenie prawa konkurencji<sup>1</sup> (dalej: ustawa).

Powołana regulacja implementuje dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/104/UE z dnia 26 listopada 2014 r. w sprawie niektórych przepisów regulujących dochodzenie roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszenia prawa konkurencji państw członkowskich i Unii Europejskiej, objęte przepisami prawa krajowego (dalej: dyrektywa). Dyrektywa ta ustanawia wspólne ramy prawne dochodzenia przez osoby poszkodowane naruszeniem prawa konkurencji roszczeń odszkodowawczych. Unijnemu unormowaniu przyświecają dwa założenia: „(i) optymalizowanie interakcji<sup>2</sup> pomiędzy egzekwowaniem prawa konkurencji na drodze publicznoprawnej i prywatnoprawnej; oraz (ii) zapewnienie, by ofiary naruszeń unijnych reguł konkurencji mogły skutecznie dochodzić pełnego odszkodowania za poniesioną szkodę”<sup>3</sup>. W celu realizacji tych założeń, dyrektywa nakazuje wprowadzenie do porządków prawnych państw członkowskich szereg nowych narzędzi i instrumentów prawnych o zróżnicowanej charakterystyce. Precyzując możliwość korzystania z poszczególnych z nich, odsyła m.in. do zawartej w jej art. 2 pkt 14 definicji kartelu. Zgodnie z jej treścią, „kartel» oznacza porozumienie lub uzgodnione praktyki co najmniej dwóch konkurentów zmierzające do koordynowania działań konkurencyjnych na rynku lub do wpływania na istotne czynniki konkurencji poprzez takie praktyki, jak – choć niewyłącznie – ustalanie lub koordynowanie cen nabycia lub sprzedaży lub innych warunków transakcji handlowych, w tym odnośnie do praw własności intelektualnej, ustalanie poziomu produkcji lub sprzedaży, podział rynków i klientów (w tym zmowa przetargowa), ograniczenia przywozu lub wywozu lub działania antykonkurencyjne podejmowane przeciwko innym konkurentom”.

Transponując dyrektywę polski ustawodawca zdecydował się wiernie<sup>4</sup> powtórzyć przytoczoną wyżej definicję w art. 2 pkt 3 ustawy. Ten prosty zabieg spowodował jednak, że w polskim systemie prawa<sup>5</sup> zaistniał swoisty dysonans między unormowaniami w przedmiocie prywatnego i publicznego egzekwowania reguł konkurencji (odpowiednio *private* i *public enforcement*). O ile bowiem krajowe regulacje z zakresu *public enforcement* pozwalają w obecnym stanie prawnym ubiegać się o odstąpienie od wymierzenia kary lub jej obniżenie, tj. brać udział w procedurze łagodzenia kar (*leniency*)<sup>6</sup>, uczestnikom wszelkich porozumień ograniczających konkurencję, o tyle na użytek

<sup>1</sup> Dz.U. 2017, poz. 1132.

<sup>2</sup> Zagadnienie współistnienia trybów publicznego i prywatnego egzekwowania prawa ochrony konkurencji w polskiej literaturze szerokiej analizie poddała A. Jurkowska-Gomułka. W poświęconej tej problematyce monografii Autorka wskazuje m.in. na potrzebę wypracowania modelu „który będzie można określić nie tylko jako kompleksowy czy zintegrowany (tj. taki, na który składają się obydwie tryby egzekwowania prawa), ale także jako zrównoważony (tj. taki, który w relacjach między publicznym i prywatnym trybem egzekwowania reguł konkurencji uwzględnia efektywność i spójność stosowania prawa ochrony konkurencji oraz równorzędność [równoważność] ścieżek egzekwowania przepisów)” (Jurkowska-Gomułka, 2013, s. 47).

<sup>3</sup> Por. s. 3 uzasadnienia wniosku w przedmiocie dyrektywy (dokument COM(2013) 404 final z dnia 11.06.2013 r. 2013/0185 (COD)). Wymowna jest w szczególności kolejność, w jakiej cele te zostały przedstawione.

<sup>4</sup> Niewielkie różnice w brzmieniu definicji ocenić należy jako pozbawione znaczenia prawnego.

<sup>5</sup> Formalnie zakresem dyrektywy objęte są wyłącznie sytuacje, w których doszło do naruszenia unijnego prawa konkurencji. Polski ustawodawca zdecydował się jednak rozciągnąć zakres zastosowania nowych regulacji także na naruszenia o charakterze „czysto krajowym”. Tego rodzaju rozwiązanie było popularne wśród państw członkowskich (por. Malinauskaitė i Cauffman, 2018, s. 499), które wskazują, że w ten sam sposób postąpili ustawodawcy m.in. Belgii, Litwy i Łotwy.

<sup>6</sup> Zwrot *leniency* jest w niniejszym artykule używany jako synonim zwrotu „procedura łagodzenia kar” i obejmuje zarówno odstąpienie przez organ od wymierzenia przedsiębiorcy kary pieniężnej, jak i obniżenie jej wysokości. W terminologii innej instytucje te odpowiadają „zwolnieniu z grzywny” oraz

przepisów *private enforcement* programem łagodzenia kar jest tylko takie postępowanie, w którym o złagodzenie kary ubiega się „uczestnik tajnego kartelu”. Okoliczność ta ma istotne znaczenie, ponieważ z udziałem w programie łagodzenia kar ustawa wiąże szereg konsekwencji materialno-prawnych oraz procesowych (korzystnych dla naruszcycieli). Powstaje również pytanie, czy decyzja krajowego ustawodawcy o zróżnicowaniu zakresu znaczeniowego pojęcia „program łagodzenia kar” na gruncie regulacji *private* i *public enforcement* znajduje aksjologiczne uzasadnienie. Jeżeli jednym z głównych założeń<sup>7</sup> szeroko rozumianego prawa ochrony konkurencji jest koordynacja publiczno- i prywatnoprawnych trybów egzekwowania prawa konkurencji (mająca zapewnić możliwie najskuteczniejsze zwalczanie naruszeń prawa), to jakie argumenty przemawiać mają za pozbawieniem możliwości powołania się na część unormowań ustawy wyłącznie niektórych z przedsiębiorców uprawnionych do udziału w programie łagodzenia kar przed Prezesem UOKiK (przedsiębiorców nie będących uczestnikami kartelu)?

Niezależnie od powyższego, szereg wątpliwości wzbudza także zakres desygnatów pojęć „kartel” oraz „uczestnik tajnego kartelu”, którymi posługuje się ustawa (przy czym wątpliwości te dotyczą także regulacji unijnej). Pomimo że przedstawiciele polskiej doktryny prawniczej operowali pojęciem „kartelu” na długo przed przyjęciem ustawy, w literaturze nie doszło do nadania mu jednolitego, uniwersalnie przyjmowanego znaczenia. W dalszym ciągu służy ono m.in. do oznaczania: (1) porozumień ograniczających konkurencję w ogólności (tak m.in. Podrecki, 2014, s. 789 i 814); (2) horyzontalnych porozumień ograniczających konkurencję (tak m.in. Milewska, 2017, s. 60; por. również Podrecki, 2014, s. 846) oraz (3) horyzontalnych porozumień ograniczających konkurencję o określonej specyfice (tak m.in. Kłopotcki, 2017, s. 54–55; Szwedziak, 2012, s. 57) (dla ułatwienia powyższe znaczenia słowa „kartel” ujmować można jako odpowiednio kartel *sensu largo*, *sensu stricto* i *sensu strictissimo*). Bronić można stanowiska, że wprowadzenie do prawa polskiego rozbudowanej, przejętej z prawodawstwa unijnego, definicji pojęcia „kartel” nie rozstrzygnęło ostatecznie kwestii jego przyporządkowania do jednej ze wskazanych wyżej kategorii. Po pierwsze, operuje ona szeregiem pojęć nieostrych. Po drugie, odwołuje się do otwartego katalogu zachowań.

Literalne brzmienie definicji kartelu – posłużenie się pojęciem „konkurentów” – zdaje się wykluczać możliwość nadania mu znaczenia *sensu largo*. Nieoczywisty pozostaje natomiast dokładny zakres objętych definicją porozumień, jak również status niektórych uczestniczących w nich podmiotów, np. tzw. pomocników. W pewnym uproszczeniu, pomocnikami porozumień naruszających konkurencję są podmioty niepozostające z ich stronami ani w relacjach horyzontalnych, ani wertykalnych, ale w ramach tych porozumień aktywnie uczestniczące w ograniczaniu konkurencji i zmierzające do realizacji antykonkurencyjnych celów<sup>8</sup>. W ocenie TSUE oraz Komisji Europejskiej wskazane okoliczności pozwalają uznać pomocników za równorzędnych sprawców naruszenia prawa konkurencji<sup>9</sup>.

„zmniejszeniu grzywny”. Do tych ostatnich pojęć nawiązuje pojawiający się w dyrektywie i ustawie zwrot „podmiot zwolniony z kary” oznaczający na gruncie prawa krajowego przedsiębiorcę, wobec którego Prezes UOKiK odstąpił od wymierzenia kary pieniężnej.

<sup>7</sup> Por. np. art. 1 ust. 2 dyrektywy oraz jej motyw 6.

<sup>8</sup> Por. m.in. pkt 36–38 wyr. TS z dnia 22.10.2015 r. w sprawie C-194/14 P AC *Truehand AG v. Komisja Europejska*.

<sup>9</sup> Zasadność i reguły karania pomocników porozumień nie będą szerzej analizowane w niniejszym artykule. Zagadnienia te zostały poddane szerokiej analizie w obronionej 03.12.2018 r. na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego rozprawie doktorskiej pt. „Odpowiedzialność antymonopolowa pomocnika kartelu” autorstwa K. Wiese.

Na tle poczynionych uwag uzasadniona wydaje się następująca konstrukcja niniejszego artykułu. W pierwszej kolejności należy dokonać analizy zasadności wprowadzenia do prawa polskiego pojęcia „kartelu”. Analiza ta powinna objąć przede wszystkim kontekst systemowy nowego terminu prawnego, skutki objęcia szczegółową regulacją porozumień stanowiących kartel, jak również kwestię prawidłowości implementacji dyrektywy. W drugiej kolejności zasadne jest przedstawienie wątpliwości interpretacyjnych związanych z nowym terminem i jego definicją. Poczynione w ramach artykułu wnioski i obserwacje powinny zostać następnie wykorzystane w celu przedstawienia propozycji wykładni zawartych w ustawie pojęć „kartel” i „uczestnik tajnego kartelu”.

## II. Zasadność wprowadzenia do polskiego języka prawnego pojęcia „kartelu”

### 1. Uwagi wstępne

Jak już sygnalizowano, wprowadzenie pojęcia „kartelu” do regulacji rangi ustawowej nastąpiło w Polsce w związku z implementacją dyrektywy. Udzielenie odpowiedzi w przedmiocie zasadności tego działania musi więc uwzględniać analizę dwóch zagadnień. Po pierwsze, uzasadnienia posługiwania się tym terminem przez prawodawcę unijnego. Po drugie, charakteru przeprowadzonej za pośrednictwem dyrektywy harmonizacji.

Pojęcie „kartelu” służy w ramach dyrektywy skonkretyzowaniu zakresu zastosowania niektórych przewidzianych w niej regulacji. Pomimo że dyrektywa dotyczy co do zasady roszczeń o naprawienie szkody wyrządzonej jakimkolwiek naruszeniem prawa konkurencji, część jej postanowień znajduje zastosowanie wyłącznie do karteli. Warto w tym miejscu poczynić uwagę, że fakt bycia uczestnikiem kartelu uzasadnia w świetle dyrektywy stosowanie do tego rodzaju naruszeń prawa konkurencji **niekorzystnych dla ich uczestników regulacji**, tj. domniemania wyrządzenia szkody przez naruszenie kartelowe (art. 17 ust. 2 dyrektywy)<sup>10</sup>. Regulacje, które przewidują dla uczestników karteli pewne korzystne w świetle „zasad ogólnych” wynikających z dyrektywy rozwiązania, znajdują zastosowanie wyłącznie dla tych z nich, którzy **zaangażowali się w program łagodzenia kar** będący elementem *public enforcement*<sup>11</sup>.

Korzystne dla podmiotów korzystających z *leniency* rozwiązania podzielić można na dwie grupy. Do pierwszej z nich zaliczyć należy regulację bezwarunkowo pozbawiającą sądy krajowe uprawnienia do nakazania stronie postępowania lub podmiotowi trzeciemu ujawnienia złożonych przez uczestników karteli w ramach programów łagodzenia kar oświadczeń (art. 6 ust. 6 lit. a dyrektywy)<sup>12</sup>. Do grupy tej należą też uzupełniające powyższą normę regulacje przewidujące bezwzględną niedopuszczalność wykorzystania tej kategorii dowodów w postępowaniu odszkodowawczym, jeżeli pomimo wskazanego wyżej zakazu zostały one pozyskane przez stronę<sup>13</sup> (art. 7 ust. 1 dyrektywy). Druga grupa unormowań korzystnych dla uczestników karteli to z kolei

<sup>10</sup> W przedmiocie znaczenia wskazanego domniemania por. Gulińska, 2018, s. 141–150. Niejednoznaczność powołanej normy dyrektywy skłoniła niektóre kraje Unii Europejskiej do jej doprecyzowania. Przykładowo, łotewskie unormowania przewidują, że w braku odmiennego dowodu naruszenia kartelowe wpływają na ceny w stopniu równym 10% (za: Malinauskaitė i Cauffman, 2018, s. 509).

<sup>11</sup> Kartele te powinny ponadto mieć przymiot „tajnych” – w tej kwestii por. uwagi w dalszej części artykułu.

<sup>12</sup> Pozostałe zakazy dowodowe – określone w art. 6 ust. 5 dyrektywy i art. 6 ust. 6 lit. b dyrektywy – nie są ograniczone do karteli i odnoszą się do wszystkich przypadków naruszeń prawa konkurencji.

<sup>13</sup> Warto zwrócić uwagę, że niedopuszczalność wykorzystania wspomnianych dowodów w postępowaniu o odszkodowanie jest ograniczona wyłącznie do sytuacji, w których dowody te zostały przez stronę uzyskane wyłącznie dzięki dostępowi do akt organu ochrony konkurencji.

przepisy statuujące swoiste ograniczenia ich solidarnej odpowiedzialności odszkodowawczej (art. 11 ust. 4–6 dyrektywy)<sup>14</sup>. Stosowanie tych ostatnich przepisów zależne jest od całkowitego zwolnienia uczestnika kartelu z kary w ramach *leniency*.

Analiza powołanych przepisów prowadzi do następujących wniosków. Po pierwsze, że zmo- wy kartelowe oceniane są przez prawodawcę unijnego jako ze swej natury bardziej szkodliwe dla konkurencji i uczestników rynku niż innego rodzaju naruszenia tej gałęzi prawa. Znajduje to bezpośrednio potwierdzenie w treści motywu 26 dyrektywy oraz pkt 1–2 Obwieszczenia Komisji w sprawie zwalniania z grzywien i zmniejszania grzywien w sprawach kartelowych<sup>15</sup> (dalej: Obwieszczenie). Stanowisko to nie stanowi istotnego *novum* – było ono prezentowane zarówno przez organy ochrony konkurencji, jak i przez przedstawicieli doktryny prawa konkurencji (przy czym opinie te dotyczyły co do zasady karteli *sensu strictissimo*)<sup>16</sup>.

Po drugie, możliwość powołania się przez wybranych uczestników karteli w ramach *private enforcement* na korzystne w świetle zasad ogólnych rozwiązanie została ściśle powiązana z mechanizmem wykorzystywanym przez organy antymonopolowe w ramach egzekwowania prawa konkurencji na drodze publicznoprawnej, tj. procedurą łagodzenia kar. Prawodawca zakłada, że brak szczególnych reguł ochrony w postępowaniu cywilnym uczestników kartelu korzystających z *leniency* spowodowałby spadek popularności tego instrumentu<sup>17</sup>. W ramach programu łagodzenia kar przedsiębiorca m.in. dostarcza organowi ochrony konkurencji dowody w przedmiocie swojego udziału w niedozwolonym porozumieniu. Możliwość późniejszego udostępnienia ich powodom w postępowaniu cywilnym stawiałaby pozwanego (naruszyciela) w skrajnie niekorzystnej sytuacji procesowej<sup>18</sup>. Niezależnie od tego, przyznanie się do udziału w naruszeniu na potrzeby *leniency* oznaczałoby w razie ewentualnego procesu uznanie przez przedsiębiorcę swojej winy. Wykazaniu podlegałyby wówczas jedynie pozostałe przesłanki odpowiedzialności, jak np. wysokość szkody czy adekwatny związek przyczynowy między nią a stwierdzonym naruszeniem. Co więcej, decyzja wydana przez organ ochrony konkurencji przeciwko podmiotowi, który skorzystał z programu łagodzenia kar zasadniczo nie będzie przez niego zaskarżona. Oznacza to, że w stosunku do tego konkretnego podmiotu wcześniej niż wobec pozostałych uczestników zmo- wy stanie się ostateczna. Mając na uwadze, że większość postępowań z zakresu *private enforcement* to tzw. działania następcze (mające miejsce po stwierdzeniu naruszenia prawa konkurencji w trybie publicznoprawnym), wcześniejsze ustalenie odpowiedzialności jednego z członków kartelu może powodować kierowanie głównie przeciwko niemu roszczeń przez osoby poszkodowane narusze- niem<sup>19</sup>. Ponośi on wówczas ciężar zaspokojenia roszczeń wszystkich poszkodowanych. Może mieć to miejsce zwłaszcza wtedy, gdy przepisy prawa przewidują związanie sądu ustaleniami organu ochrony konkurencji w przedmiocie stwierdzenia naruszenia (tak np. art. 9 ust. 1 dyrektywy<sup>20</sup>).

<sup>14</sup> Dokładne brzmienie tych regulacji nie jest w tym miejscu istotne. W zakresie występujących na ich tle wątpliwości (por. Podrecki i Wiese, 2016).

<sup>15</sup> Dokument 2006/C 298/11, Dz.Urz. C 298 z 08.12.2006 r.

<sup>16</sup> Por. m.in. Turno (2013, s. 215), który wskazuje, że „porozumienia kartelowe zalicza się do najcięższych naruszeń/ograniczeń konkurencji”.

<sup>17</sup> Por. pkt 6 Obwieszczenia.

<sup>18</sup> Por. motyw 26 dyrektywy.

<sup>19</sup> Por. Turno (2013, s. 308–309, przypis 891), który zauważa, że najprawdopodobniej właśnie „odwleczenie odpowiedzialności odszkodowawczej wobec podmiotów poszkodowanych” było celem wniesionego przez Deutsche Lufthansa AG odwołania od decyzji Komisji Europejskiej z dnia 9.11.2010 r. COMP/39258, w której – w związku z udziałem wskazanego przewoźnika w procedurze łagodzenia kar – Komisja odstąpiła od wymierzenia wobec niego kary pieniężnej (odwołanie miało nie kwestionować ustaleń faktycznych Komisji, a jedynie odnosić się do kwestii błędnego stosowania prawa).

<sup>20</sup> Związanie sądu orzekającego w sprawie o odszkodowanie ustaleniami organu ochrony konkurencji zostało ograniczone w dyrektywie wyłącznie do decyzji/wyroków organu ochrony konkurencji tego samego państwa. Decyzje/wyroki organów ochrony konkurencji innych państw członkowskich mogą być natomiast przedstawiane sądom jako tzw. dowody *prima facie* (w polskim tłumaczeniu dyrektywy – domniemanie faktyczne, por. art. 9 ust. 2 dyrektywy).



W ocenie unijnego prawodawcy spadek popularności programu łagodzenia kar doprowadziłby do niekorzystnych z punktu widzenia interesu publicznego skutków<sup>21</sup>. Negatywnie wpływałyby na wykrywalność karteli, a także na możliwość wykazania ich uczestnikom faktu udziału w naruszeniu prawa. To z kolei przyczyniłoby się do częstszych i dłużej trwających zmów kartelowych, a w konsekwencji do wzrostu rozmiaru szkód wyrządzanych społeczeństwu przez kartele. Konstatacje te prowadzą unijnego prawodawcę do wniosku, że konieczne jest takie ukształtowanie regulacji z zakresu *private enforcement*, które pozwoli uniknąć zidentyfikowanych zagrożeń dla skuteczności egzekwowania prawa konkurencji na drodze publicznoprawnej (w szczególności przy wykorzystaniu programów łagodzenia kar)<sup>22</sup>. Powyższe znajduje potwierdzenie w uzasadnieniu wniosku w przedmiocie dyrektywy<sup>23</sup> oraz w treści samej dyrektywy. Wynika z nich bowiem, że to regulacje publicznoprawne w zakresie egzekwowania prawa konkurencji powinny rzutować na kształt rozwiązań przyjętych w zakresie *private enforcement*, a nie odwrotnie<sup>24</sup>. W literaturze wskazano m.in., że ograniczenia dowodowe zawarte w art. 6 ust. 5 i 6 dyrektywy „wychodzą poza zapewnienie jedynie efektywnej koordynacji dwóch systemów egzekwowania, gdyż odzwierciedlają wybór prawodawcy, przyznający prymat celom systemu publicznego egzekwowania unijnych reguł, zwłaszcza programów łagodzenia kar, nad interesami osób prywatnych żądających odszkodowania za naruszenie tych reguł” [tłum. wł.] (Albors-Llorens, 2018, s. 148)<sup>25</sup>. W zakresie objętym dyrektywą prawodawca unijny jednoznacznie rozstrzygnął więc problem wyważenia interesu publicznego (skuteczne ściganie naruszeń) i interesu prywatnego (ochrona osób poszkodowanych) sygnalizowany uprzednio przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej<sup>26</sup>. Warto też zauważyć, że miało to miejsce pomimo zgłoszonej w trakcie prac legislacyjnych uwagi Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego, zgodnie z którą tekst (projektu<sup>27</sup>) dyrektywy „zbyt chroni interesy przedsiębiorstw korzystających z programów łagodzenia kar i to kosztem poszkodowanych”<sup>28</sup>. Tego rodzaju decyzja jest jak najbardziej zasadna. W doktrynie wskazuje się bowiem, że nawet funkcjonowanie zrównoważonego<sup>29</sup> modelu egzekwowania reguł konkurencji „wymaga niekiedy przyznania prymatu określonej wartości kosztem innej – np. równość obydwu trybów egzekwowania

<sup>21</sup> Por. motyw 38 dyrektywy.

<sup>22</sup> Por. w tym zakresie s. 14 uzasadnienia wniosku w przedmiocie dyrektywy, gdzie wskazano, iż zmierza ona do „zagwarantowania skutecznej ochrony egzekwowania prawa konkurencji na drodze publicznoprawnej w całej UE oraz zagwarantowania ofiarom naruszeń prawa konkurencji dostępu do naprawy skutecznego mechanizmu pozwalającego uzyskać pełne odszkodowanie za poniesioną szkodę, chroniąc jednocześnie uzasadnione interesy pozwanych oraz osób trzecich”.

<sup>23</sup> Dokument COM(2013) 404 final z dnia 11.06.2013 r. 2013/0185 (COD).

<sup>24</sup> Por. np. s. 17–18 uzasadnienia, na których wskazano, że ograniczenia dowodowe odnoszące się do możliwości korzystania z określonych dokumentów (lub informacji) będących w posiadaniu organów ochrony konkurencji obowiązujące w ramach postępowań odszkodowawczych, podyktowane są m.in. faktem, iż „Ujawnienie tych dokumentów pociąga za sobą ryzyko znacznego wpływu na skuteczność programu łagodzenia kar oraz procedur ugodowych” oraz, że „Ujawnienie (...) informacji w czasie trwania dochodzenia mogłoby utrudnić postępowanie w sprawie egzekwowania prawa konkurencji na drodze publicznoprawnej (...)”. Por. również motywy 24–26 dyrektywy.

<sup>25</sup> W tym przedmiocie por. również Barańska i Adamska (2016, s. 15) oraz Kunkel, Figá-Talamanca i Semmler (2018, s. 82–83).

<sup>26</sup> Zgodnie z wcześniejszym orzecnictwem TSUE, w szczególności z wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości z dnia 14.06.2011 r. w sprawie C-360/09 *Pfleiderer AG v. Bundeskartellamt*, prawo europejskie nie stało a *limine* na przeszkodzie ujawnianiu złożonych w ramach procedur *leniency* oświadczeń w postępowaniach w sprawie o odszkodowanie, natomiast zadaniem sądów państw członkowskich było „określenie – na podstawie prawa krajowego – warunków, na jakich dostępu takiego należy udzielić lub odmówić, po rozważeniu interesów chronionych przez prawo Unii” (pkt 32 wyr.). Por. również s. 3 uzasadnienia wniosku w przedmiocie dyrektywy. Historię relacji *private* i *public enforcement* szeroko opisuje Wils (2017).

<sup>27</sup> W tym zakresie rozwiązania zawarte w obowiązującej dyrektywie nie odbiegają od tych przedstawionych w jej projekcie. Tekst projektu znajduje się we wniosku w przedmiocie dyrektywy – Dokument COM(2013) 404 final z dnia 11.06.2013 r. 2013/0185 (COD).

<sup>28</sup> Por. pkt 1.1.5 Opinii Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego w sprawie wniosku dotyczącego dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie niektórych przepisów regulujących dochodzenie roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszenia prawa konkurencji państw członkowskich i Unii Europejskiej, objęte przepisami prawa krajowego COM(2013) 404 final – 2013/0185 (COD) oraz komunikatu Komisji w sprawie ustalania wysokości szkody w dochodzeniu roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszenia art. 101 lub 102 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej C(2013) 3440 (dokument 2014/C 67/16, Dz.Urz. C 67 z 06.03.2014 r.).

<sup>29</sup> Por. przypis 2.

reguł konkurencji może ustąpić miejsca efektywności egzekwowania prawa ochrony konkurencji” (Jurkowska-Gomułka, 2013, s. 49).

Podsumowując, prawodawca unijny posługuje się terminem „kartel” w celu wyodrębnienia kategorii porozumień w szczególnie wysokim stopniu ograniczających konkurencję. Wysoka szkodliwość tego rodzaju naruszeń uzasadnia w jego ocenie wprowadzenie domniemania wyrządzenia szkody naruszeniem kartelowym. Odwołanie się do pojęcia „kartelu” w definicji programu łagodzenia kar jest natomiast konsekwencją przyznania prymatu interesowi publicznemu nad prywatnym w sytuacjach, w których znajdują się one w konflikcie. Mając na uwadze, że stosowany przez Komisję Europejską program łagodzenia kar obejmuje jedynie kartele (Komisja Europejska uznaje, że interes publiczny nie uzasadnia objęcia nim innych kategorii porozumień), prawodawca unijny tak samo zdefiniował go na użytek adresowanych do państw członkowskich modelowych przepisów z zakresu *private enforcement*.

Sformułowane powyżej konkluzje odnośnie do uzasadnienia stosowania w dyrektywie pojęcia „kartel” będą pomocne przy analizie zasadności wprowadzenia go do prawa polskiego. Może się bowiem okazać, że na gruncie regulacji krajowych to samo uzasadnienie przemawia za przyjęciem odmiennego rozwiązania niż przewidziane dyrektywą. Dopuszczalność takiego zabiegu będzie z kolei podlegała ocenie przez pryzmat przyjętej przez dyrektywę metody harmonizacji.

## 2. Zasadność szczególnej regulacji praw i obowiązków uczestników porozumień kartelowych wyłącznie w ramach *private enforcement*

Z poczynionych dotychczas rozważań wynika dlaczego prawodawca unijny, formułując przepisy dyrektywy, odwołał się w jej treści do terminu „kartel”. Pojawia się jednak wątpliwość czy zidentyfikowane wyżej przyczyny – mając na uwadze treść polskich regulacji z zakresu *public enforcement* – przemawiają za literalną transpozycją przepisów dyrektywy. W szczególności, czy uzasadniają one zróżnicowanie w postępowaniu odszkodowawczym praw przedsiębiorców (naruszycieli prawa konkurencji) w zależności od tego czy ich porozumienie stanowiło kartel w rozumieniu art. 2 pkt 3 ustawy.

Zgodnie z art. 113a ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej: uokik z 2007 r.) wniosek do Prezesa UOKiK o odstąpienie od wymierzenia kary pieniężnej lub jej obniżenie złożyć może każdy przedsiębiorca, który zawarł porozumienie, o którym mowa w art. 6 tej ustawy lub w art. 101 TFUE<sup>30</sup>. Powołane przepisy zakazują zawierania wszelkich porozumień ograniczających konkurencję, niezależnie od ich przedmiotu ani horyzontalnego lub wertykalnego charakteru. Nawiązując do sygnalizowanego na wstępie dysonansu między unormowaniami uokik z 2007 r. a regulacjami ustawy, zauważyć należy, że literalna wykładnia definicji programu łagodzenia kar z art. 3 pkt 6 ustawy skłania *prima facie* do wniosku, iż złożone przez uczestników porozumień innych niż kartele w procedurze łagodzenia kar oświadczenia nie są objęte ustanowionymi tą ustawą zakazami dowodowymi. Podobnie, zwolnieni z kar uczestnicy porozumień innych niż kartele nie mogą na jej gruncie korzystać z ograniczeń odpowiedzialności cywilnoprawnej względem poszkodowanych i pozostałych sprawców naruszenia. Zakładając, że zdefiniowanemu w ustawie pojęciu „kartel” nie można nadać znaczenia *sensu largo*, a więc tożsamego z pojęciem „porozumienia ograniczającego konkurencję”, dochodzi do zróżnicowania

<sup>30</sup> Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana) (Dz.Urz. C 326 z 26.10.2012 r.).

sytuacji prawnej sprawców naruszeń prawa konkurencji w jednym z trybów egzekwowania prawa konkurencji.

Należy zastanowić się, jakie racje przemawiać mogłyby za odmiennym traktowaniem wskazanych kategorii podmiotów wyłącznie w ramach *private enforcement*. Brak argumentów przemawiających za przyjęciem tego rodzaju rozwiązania oznaczać musiałyby albo (1) że wprowadzenie pojęcia „kartelu” do ustawy było działaniem nieprawidłowym i powinno ono zostać zastąpione znanym prawu polskiemu pojęciem „porozumienia ograniczającego konkurencję”<sup>31</sup>, albo (2) że sytuacja wskazanych kategorii podmiotów powinna zostać zróżnicowana także w ramach regulacji normujących *public enforcement*. Rozważając tę kwestię należy mieć na uwadze, że celem dyrektywy jest przede wszystkim optymalizacja interakcji pomiędzy egzekwowaniem prawa konkurencji na drodze publicznoprawnej i prywatnoprawnej<sup>32</sup>, dopiero w drugiej kolejności zapewnienie poszkodowanym prawa do skutecznego dochodzenia pełnego odszkodowania (przy jednoczesnej ochronie uzasadnionych interesów pozwanych oraz osób trzecich). Dodatkowo, prawodawca unijny nie chce, aby regulacje z zakresu *private enforcement* negatywnie wpływały na gotowość przedsiębiorców do udziału w programach łagodzenia kar przed organami ochrony konkurencji. Bronić można stanowiska, że argumenty za ochroną członków karteli w postępowaniach odszkodowawczych powoływane przez autorów dyrektywy na gruncie prawa polskiego można odnieść odpowiednio do uczestników pozostałych porozumień ograniczających konkurencję. Trudno bowiem zaprzeczyć, że przez pryzmat krajowych unormowań przedstawiony wcześniej schemat rozumowania obrazujący zależności między regulacjami z zakresu *private* i *public enforcement* zachowuje aktualność w razie zastąpienia występujących w nim pojęć „kartel” zwrotem „porozumienie ograniczające konkurencję”, jeżeli tylko uczestnicy tych ostatnich porozumień także mają możliwość wzięcia udziału w programie łagodzenia kar. Są oni przecież narażeni wówczas na ryzyko „samo obciążania się” i mogą stać się głównym adresatem roszczeń osób poszkodowanych. Okoliczności te wynikają z samego faktu objęcia danej grupy podmiotów możliwością udziału w programie łagodzenia kar<sup>33</sup>. Istotą programu jest bowiem to, że w jego ramach wymaga się od przedsiębiorcy podania organowi ochrony konkurencji szczegółowych informacji o roli odegranej w konkretnym naruszeniu, wydana zaś przez organ decyzja co do zasady nie jest przez objętego *leniency* przedsiębiorcę skarżona. Wskazane ryzyka rzutować mogą na spadek popularności *leniency* wśród uczestników porozumień innych niż kartelowe, a w konsekwencji na ich mniejszą wykrywalność i większy rozmiar ostatecznej szkody wyrządzonej społeczeństwu. Negowanie związku między spadkiem popularności *leniency* w zakresie porozumień niekartelowych a ich mniejszą wykrywalnością oznaczałoby kwestionowanie w ogóle potrzeby objęcia programami łagodzenia kar tej kategorii porozumień<sup>34</sup>. Tego rodzaju stanowisko zostało wprawdzie wyrażone w doktrynie<sup>35</sup>, jednak polski ustawodawca, jak dotąd, nie dokonał zmian w zakresie przedmioto-

<sup>31</sup> Propozycję taką w ramach konsultacji społecznych wysunęła Międzynarodowa Izba Handlowa w Polsce (por. uwaga III.2 – zgodnie z błędnym oznaczeniem w dokumencie – zawarta w Zestawieniu uwag zgłoszonych w ramach konsultacji społecznych i opiniowania dotyczących projektu ustawy o roszczeniach o naprawienie szkody wyrządzonej przez naruszenie prawa konkurencji UC 78 – konferencja uzgodnieniowa 6 i 9 grudnia 2016 r.; dokument dostępny pod adresem <http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.druk.xsp?nr=1370> (04.08.2019 r.).

<sup>32</sup> Por. s. 3 uzasadnienia wniosku w przedmiocie dyrektywy, gdzie wskazano m.in., że „Ogólne pojęcie egzekwowanie reguł konkurencji UE najłatwiej zagwarantować poprzez komplementarne wykorzystanie drogi publicznoprawnej i prywatnoprawnej.”

<sup>33</sup> Por. Hansberry-Bieguńska, Krasnodębska-Tomkiel i Materna, 2016, s. 53 i 55.

<sup>34</sup> To samo dotyczy argumentacji zmierzającej do wykazania, że ewentualny spadek wykrywalności porozumień niekartelowych, a przez to wzrost rozmiaru wyrządzanych przez nie szkód będą miały wyłącznie marginalny charakter.

<sup>35</sup> Por. Turno (2013, s. 387), którego zdaniem „zakres przedmiotowy optymalnego programu *leniency* powinien ograniczać się raczej tylko do takich praktyk, które są dla organu bardzo trudne do wykrycia. W praktyce są to głównie kartele. Wykluczenie spod tego zakresu porozumień wertykalnych



wym *leniency*. Z powyższego wynika, że na gruncie polskich unormowań brakuje racji przemawiających za odmiennym traktowaniem uczestników porozumień kartelowych i niekartelowych w ramach prywatnego egzekwowania prawa konkurencji<sup>36</sup>.

Należy mieć również na uwadze fakt, że w momencie przyjęcia dyrektywy Unia Europejska nie zajęła jeszcze wiążącego stanowiska odnośnie do stosowania przez państwa członkowskie programów łagodzenia kar obejmujących porozumienia niekartelowe. Próby ujednoczenia reguł w tym zakresie podejmowane były wyłącznie za pomocą narzędzi miękkich (*soft law*), m.in. za pośrednictwem Modelowego Programu Łagodzenia Kar Europejskiej Sieci Konkurencji (dalej: MPL)<sup>37</sup>. Niewiążący charakter tego dokumentu został potwierdzony bezpośrednio przez TSUE<sup>38</sup>. Dodatkowo, w trakcie prac nad projektem dyrektywy instytucje unijne posiadały wiedzę o fakcie, że krajowe regulacje w zakresie programów łagodzenia kar, pomimo podjętych działań harmonizujących, wciąż różnią się między sobą. Wynika to m.in. z Raportu w przedmiocie oceny stanu konwergencji MPL<sup>39</sup>, w którym zwrócono uwagę, że część państw członkowskich obejmuje programem łagodzenia kar nie tylko kartele tajne<sup>40</sup>, lecz także wszystkie kartele, inne porozumienia horyzontalne, a nawet niektóre lub wszystkie porozumienia wertykalne<sup>41</sup>. Tymczasem ani treść dyrektywy ani uzasadnienie wniosku w jej przedmiocie nie udzielają bezpośredniej odpowiedzi na pytanie, czy z uwagi na różnice w zakresie przedmiotowym *leniency* w poszczególnych krajach zawarta w dyrektywie definicja programu łagodzenia kar może zostać zmodyfikowana (dostosowana) w procesie transpozycji. Skoro w dyrektywie unijny prawodawca wprost nie odniósł się do powyższej kwestii, rozważyć należy dwie hipotezy. W myśl pierwszej z nich – prawodawca unijny dopuszcza możliwość zmiany definicji programu łagodzenia kar zawartej w dyrektywie w zależności od zakresu przedmiotowego *leniency* w danym państwie członkowskim. W myśl drugiej – prawodawca unijny chciał skłonić państwa członkowskie do zmiany kształtu regulacji

uzasadnione jest głównie tym, że są one znacznie łatwiejsze do wykrycia przez organy antymonopolowe. Jest to związane także z faktem, że interesy stron porozumień wertykalnych są mniej zgodne niż interesy członków karteli. Stąd znacznie częściej samodzielnie dochodzą oni swoich praw i sygnalizują ewentualne ograniczenia konkurencji (...).” Pomimo tej oceny Autor dopuszcza jednak możliwość łagodniejszego traktowania przez Prezesa UOKiK uczestników porozumień niekartelowych w ramach jego uznaniowych kompetencji – „Dobra współpraca z organem w toku postępowania byłaby premiowana jako przesłanka łagodząca wymiar kary pieniężnej” (Turno, 2013, s. 465). W tym kontekście warto powołać również Szwedziak (2012, s. 55), która wskazuje, że jeszcze przed przyjęciem przez Komisję Europejską pierwszego programu *leniency* w roku 1996 „Komisja wielokrotnie dokonywała redukcji nałożonych kar, a nawet odstępowała od ich nałożenia w związku ze współpracą otrzymaną od strony zaangażowanej w nielegalne przedsięwzięcie”. Mając to na uwadze można twierdzić, że o ile członkowie porozumień niekartelowych nie mogą obecnie mieć wobec Komisji Europejskiej uzasadnionych oczekiwań w przedmiocie odstąpienia od wymierzenia kary lub jej obniżenia w ramach procedury łagodzenia kar, Komisji Europejskiej w dalszym ciągu przysługuje uprawnienie do zmniejszenia wymiaru (kwoty) grzywny z powołaniem się np. na fakt współpracy danego przedsiębiorcy z Komisją Europejską jako okoliczność łagodząca – por. pkt 29 i 36–37 Wytycznych w sprawie metody ustalania nakładanych na mocy art. 23 ust. 2 lit. a) rozporządzenia 1/2003 (z zastosowaniem dla Europejskiego Obszaru Gospodarczego), dokument 2006/C 210/02 (Dz.Ur. C 210 z 1.09.2006 r.).

<sup>36</sup> Abstrahuję w tym miejscu od ewentualnej niekonstytucyjności takiego rozwiązania z uwagi na jego potencjalną sprzeczność z art. 32 ust. 1 i 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej (co ciekawe, Rada Legislacyjna przy Prezesie Rady Ministrów w kontekście projektu rozszerzenia przewidzianego dyrektywą domniemania wyrządzenia szkody przez kartel także na naruszenia prawa konkurencji inne niż kartelowe, a więc nie tylko porozumienia w ogólności, ale także przypadki nadużycia pozycji dominującej, stwierdziła, że „Rozwiązanie to w zakresie wykraczającym poza wynikający z dyrektywy stanowi wyraz decyzji politycznoprawnej aktualnego polskiego ustawodawcy. Jak się wydaje, takie zbiorcze ujęcie nie powinno spotkać się z zarzutem naruszenia konstytucyjnej zasady naruszania równości, ponieważ podstawa domniemania obejmuje zbiór zdarzeń **podobnych do siebie, gdy chodzi o ich skutek, to znaczy naruszenie prawa konkurencji.**” [wyr. wł.] (por. Opinia Rady Legislacyjnej przy Prezesie Rady Ministrów o projekcie ustawy o roszczeniach o naprawienie szkody wyrządzonej przez naruszenie prawa konkurencji z 22.12.2016 r. RL-0303-38/16, s. 4. Pozyskano z: <https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12292051> (04.08.2019 r.)); tymczasem, podmiotom będącym uczestnikami zrównanych w ten sposób porozumień kartelowych i niekartelowych nie przyznano analogicznych uprawnień „obronnych”).

<sup>37</sup> Dokument dostępny w języku angielskim pod adresem <http://ec.europa.eu/competition/ecn/documents.html> (04.08.2019 r.).

<sup>38</sup> Por. pkt 44 wyr. TS z dnia 20 stycznia 2016 r. w sprawie C-428/14 *DHL Express (Italy) Srl i DHL Global Forwarding (Italy) SpA v. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, w którym stwierdzono m.in., że „przepisy prawa Unii, a w szczególności art. 101 TFUE i rozporządzenie nr 1/2003, należy interpretować w ten sposób, że instrumenty przyjęte w ramach ECN, zwłaszcza modelowy program łagodzenia kar ECN, nie są wiążące dla krajowych organów ochrony konkurencji”.

<sup>39</sup> Dokument dostępny w języku angielskim pod adresem <http://ec.europa.eu/competition/ecn/documents.html> (4.08.2019 r.). Zgodnie z raportem (pkt 8) ocena stanu konwergencji dokonana została na datę 31.12.2008 r., natomiast w zakresie reform krajowych programów łagodzenia kar uwzględnia także informacje dostępne na dzień 1.10.2009 r.

<sup>40</sup> Odnośnie do pojęcia „tajny kartel” por. uwagi w dalszej części artykułu.

<sup>41</sup> Por. pkt 16 raportu.

krajowych w zakresie egzekwowania prawa konkurencji na drodze publicznoprawnej (zawężenie zakresu przedmiotowego *leniency* wyłącznie do karteli) albo co najmniej godził się na zmniejszenie skuteczności programów łagodzenia kar państw członkowskich w stosunku do porozumień niekartelowych.

Rozstrzygnięcie, która z powyższych hipotez jest prawidłowa, nie jest zadaniem łatwym. Z jednej strony, należy mieć świadomość, że możliwość modyfikacji przez państwa członkowskie definicji programu łagodzenia kar na użytek *private enforcement* prowadzić może do niepożądanych konsekwencji. Odmienne zakres zastosowania niektórych przepisów prowadzący do zróżnicowania sytuacji procesowej i materialnoprawnej przedsiębiorców w zależności od prawa właściwego dla sprawy może skutkować wystąpieniem niepożądanego zjawiska *forum shopping*<sup>42</sup>. Może też naruszać postulat zapewnienia przedsiębiorcom z poszczególnych państw członkowskich równych szans konkurowania (*even playing field*)<sup>43</sup>. O poprawności pierwszej z postawionych hipotez wydaje się jednak przesądzać obecnie treść nowej dyrektywy unijnej, **mającej na celu harmonizację regulacji krajowych z zakresu *public enforcement***<sup>44</sup> – dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/1 z dnia 11 grudnia 2018 r. mającej na celu nadanie organom ochrony konkurencji państw członkowskich uprawnień w celu skuteczniejszego egzekwowania prawa i zapewnienia należytego funkcjonowania rynku wewnętrznego<sup>45</sup> (dalej: dyrektywa ECN+”). W motywie 11 dyrektywy ECN+ prawodawca unijny jednoznacznie rozstrzygnął bowiem, że państwa członkowskie **mają prawo stosować programy łagodzenia kar „nie tylko w odniesieniu do tajnych karteli, ale również w odniesieniu do innych naruszeń art. 101 TFUE oraz równoważnych przepisów krajowego prawa konkurencji”**<sup>46</sup> [wyr. wł.]. Stanowisko to znajduje odzwierciedlenie w treści art. 17 ust. 1 i art. 18 ust. 1 dyrektywy ECN+, które *expressis verbis* przewidują, iż unormowania tego aktu w przedmiocie zwalniania z kar i ich obniżania pozostają **bez uszczerbku** dla krajowych organów ochrony konkurencji stosujących programy łagodzenia kar za naruszenia inne niż uczestnictwo w tajnych kartelach. Skoro więc za dopuszczalne prawodawca unijny uznał zróżnicowanie w ramach *public enforcement* zakresu przedmiotowego programów łagodzenia kar w poszczególnych krajach<sup>47</sup>, to nie powinno budzić wątpliwości, że takie samo stanowisko zajmuje on względem definicji *leniency* w krajowych regulacjach *private enforcement*.

Podsumowując, uzasadnione wydaje się twierdzenie, że **posłużenie się w ustawie pojęciem „kartelu” nie było działaniem koniecznym**. Mając na uwadze zakres przedmiotowy *leniency* przed Prezesem UOKiK, polski prawodawca powinien był raczej dostosować definicję programu łagodzenia kar do unormowań krajowych. Takie działanie ocenić należy jako dopuszczalne, bardziej spójne systemowo, a jednocześnie lepiej oddające sens unormowań dyrektywy<sup>48</sup>. W obecnym

<sup>42</sup> W pewnym skrócie praktyka *forum shopping* polega na dokonywaniu wyboru sądu, przed którym dany podmiot planuje dochodzić swoich praw, na podstawie wcześniejszej analizy czy potencjalny wynik sprawy będzie przed tym sądem korzystniejszy niż przed innymi.

<sup>43</sup> Por. motyw 8 dyrektywy i motyw 11 dyrektywy ECN+.

<sup>44</sup> Powołaną regulację – jeszcze na gruncie projektu – szeroko omawia (Materna, 2018).

<sup>45</sup> Dz.Urz. L 11 z 14.01.2019 r.

<sup>46</sup> Założenie to towarzyszyło dyrektywie ECN+ od samego początku prac – por. motyw 10 zd. 5 jej pierwotnego projektu z dnia 22.03.2017 r. (dokument COM(2017) 142 final, 2017/0063 (COD)).

<sup>47</sup> Prawodawca unijny zastrzega jednak w dyrektywie ECN+, że „W przyszłości może okazać się, że europejska sieć konkurencji musi podjąć dalsze działania ujednoczające programy łagodzenia kar” (motyw 51). Mimo to, postawa unijnego prawodawcy sugeruje, że w obecnym stanie prawnym utrzymywanie różnych zakresów przedmiotowych programów łagodzenia kar przez poszczególne państwa członkowskie nie stanowi naruszenia reguły konwergencji ustanowionej Rozporządzeniem Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu – por. wątpliwości w tym zakresie przedstawione przez (Turno, 2013, s.459).

<sup>48</sup> Konstatacja ta pozostanie aktualna, jeżeli, implementując dyrektywę ECN+, krajowy ustawodawca zdecyduje się pozostać przy szerszym zakresie podmiotowym i przedmiotowym programów łagodzenia kar niż obejmujący wyłącznie uczestników tajnych karteli.

stanie prawnym w sprawach o naprawienie szkody wyrządzonej naruszeniem prawa konkurencji uzasadnione interesy pozwanych nie są należycie chronione. Zawarte w dyrektywie pojęcie „kartelu”, którym posłużono się w definicji programu łagodzenia kar należało zastąpić pojęciem „porozumienia ograniczającego konkurencję” (przy czym konstatacja ta zakłada, iż nie jest możliwa wykładnia zawartego w ustawie pojęcia kartelu jako synonimu porozumienia ograniczającego konkurencję – kartel *sensu largo*). Mając na uwadze, że na wszelkie naruszenia prawa konkurencji polski prawodawca rozciągnął domniemanie wyrządzenia szkody (art. 7 ustawy), pojęcie kartelu w ramach polskich regulacji *private enforcement* byłoby wówczas całkowicie zbędne.

Tytułem wzmianki można zauważyć, że rozwiązanie polegające na zmianie definicji pojęcia „kartel” w celu dostosowania nowych regulacji do istniejących unormowań z zakresu *public enforcement* zastosowano w prawie belgijskim. Ustawowa definicja kartelu *explicite* obejmuje porozumienia i praktyki uzgodnione z jednym lub więcej przedsiębiorstwem lub związkiem przedsiębiorców nie będącymi konkurentami (za Cauffman, 2017, s. 7). Co ciekawe, komentując to rozwiązanie legislacyjne belgijska Komisja ds. Konkurencji wskazała z jednej strony, że jest ono sprzeczne z dyrektywą, z drugiej natomiast, że uczestnicy porozumień wertykalnych mogliby zostać uwzględnieni w definicji programu łagodzenia kar, żeby także ich oświadczenia w ramach *leniency* korzystały z przewidzianej dyrektywą ochrony (za Cauffman, 2017, s. 8).

### 3. Metoda harmonizacji

Przedstawionym we wcześniejszych fragmentach artykułu wnioskom nie sprzeciwia się zastosowana w dyrektywie metoda harmonizacji. Nie podzielam poglądu, że w zakresie określenia wyjątków od ogólnych zasad ujawniania dowodów oraz odpowiedzialności odszkodowawczej przewidziana dyrektywą harmonizacja ma charakter maksymalny z tym skutkiem, że państwa członkowskie nie mogą rozszerzyć zakresu zastosowania tych regulacji również na inne podmioty mogące według ich porządków prawnych korzystać z procedur łagodzenia kar<sup>49</sup>. Stanowisko to stoi w sprzeczności z dokonaną dotychczas analizą. Nie znajduje także bezpośredniego oparcia w treści dyrektywy. Mając na uwadze, że czasami trudno jest „jednoznacznie wskazać, jaka metoda harmonizacji została zastosowana w przypadku konkretnej dyrektywy” (Polański, 2014, s. 246), konieczne jest poświęcenie temu zagadnieniu kilku dodatkowych uwag.

Wśród metod harmonizacji przepisów państw członkowskich Unii Europejskiej za pomocą dyrektyw wyróżnia się przede wszystkim metody harmonizacji minimalnej i zupełnej (maksymalnej)<sup>50</sup>. Harmonizacja minimalna zakłada, że, implementując postanowienia dyrektywy, krajowy ustawodawca może zwiększyć zakres przewidzianej unijnym aktem ochrony (jednak w sposób niesprzeczny z postanowieniami prawa pierwotnego Unii (por. Kunkiel-Kryńska, 2008, s. 54)). Harmonizacja maksymalna oznacza z kolei, że państwa członkowskie, transponując przepisy unijne, są w pełni związane treścią postanowień dyrektywy. Wskazane metody harmonizacji różni więc margines swobody implementacyjnej. Z dotychczasowego orzecznictwa TSUE wynika z kolei, że „swoboda implementacyjna (zakres władzy dyskrecjonalnej) dostępnej dla państw członkowskich jest całkowicie zdeterminowana przez samą dyrektywę, jej brzmienie (sformułowania), cel i strukturę”

<sup>49</sup> Stanowisko takie reprezentują m.in. Hansberry-Bieguńska i in. (2016, s. 46).

<sup>50</sup> W doktrynie zwrócono również uwagę na inne metody stosowane przez unijnego prawodawcę, takie jak harmonizacja alternatywna, opcjonalna czy częściowa (por. Polański, 2014, s. 246; Kunkiel-Kryńska, 2008, s. 51–52).

(Kunkiel-Kryńska, 2008, s. 50)<sup>51</sup>. Na podstawie tych przesłanek wnioskować należy o metodzie zastosowanej przez prawodawcę metodzie harmonizacji. W doktrynie podnosi się, że harmonizacji minimalnej towarzyszą zazwyczaj tzw. klauzule harmonizacji minimalnej, pozwalające w prosty sposób zidentyfikować charakter unijnego aktu (Kunkiel-Kryńska, 2008, s. 55). Jednocześnie, wskazuje się, że oparte na tej metodzie dyrektywy „nierządkiem dążą (...) do osiągnięcia sprzecznych celów. O ile państwa członkowskie dążą do utrzymania spójności swoich systemów krajowych, o tyle dla wspólnotowego prawodawcy pierwszoplanowym celem jest zabezpieczenie sprawnego funkcjonowania wspólnego rynku poprzez usunięcie przeszkód w dziedzinie handlu i ustanowienie zrównoważonych warunków konkurencji” (Kunkiel-Kryńska, 2008, s. 55). Tymczasem, w uzasadnieniu wniosku w przedmiocie dyrektywy czytamy, że jednym z powodów wyboru dyrektywy jako instrumentu realizacji założonych celów była okoliczność, że umożliwia to państwom członkowskim zapewnienie spójności wdrażanych regulacji z istniejącym prawem materialnym i procesowym<sup>52</sup>.

Niezależnie od powyższego, w motywie 24 dyrektywa wprost przewiduje, że nie wpływa ona „na prawo sądów – w sytuacji, gdy sąd nakazuje ujawnienie jakiegokolwiek rodzaju dowodów z wyjątkiem oświadczeń w ramach programu łagodzenia kar oraz propozycji ugodowych – do tego, by wziąć pod uwagę w świetle prawa unijnego lub krajowego interes, którym jest skuteczne egzekwowanie prawa konkurencji na drodze publicznoprawnej”. Motyw ten należy rozumieć w ten sposób, że – pomijając przypadki oświadczeń w ramach programu łagodzenia kar i propozycje ugodowe, co do których interes publiczny zawsze przemawia za odmową ich ujawnienia – sąd, uwzględniając interes w postaci skutecznego egzekwowania prawa konkurencji na drodze publicznoprawnej, może odmówić ujawnienia także dowodów innej kategorii. Można bronić poglądu, że upoważnia to ustawodawcę krajowego do wykluczenia na mocy ustawy, z powołaniem się na ten interes, innej skonkretyzowanej kategorii dowodów z możliwości ich ujawnienia, np. przez ustanowienie zakazu ujawniania oświadczeń złożonych w procedurze łagodzenia kar przez inne niż uczestnicy karteli podmioty mogące korzystać z niej w tym kraju<sup>53</sup> (*vide* wzmiankowane wcześniej rozwiązanie zaproponowane przez Belgijską Komisję ds. Konkurencji).

Warto również wskazać, że maksymalnego charakteru harmonizacji postanowień w przedmiocie ochrony uczestników programów łagodzenia kar – co miałyby sprzeciwiać się modyfikacji definicji tego pojęcia w procesie implementacji – nie uzasadnia fakt, że są to przepisy o charakterze wyjątku od ogólnych zasad przewidzianych dyrektywą (argument ze „struktury” dyrektywy). Przypomnieć należy bowiem, że ochrona osób poszkodowanych naruszeniem prawa konkurencji jest wyłącznie jednym z dwóch (obok optymalizacji interakcji między *public* i *private enforcement*) celów, do których realizacji dyrektywa zmierza. Zawarte w niej postanowienia mają jednocześnie chronić uzasadnione interesy pozwanych oraz osób trzecich. Na tle ogólnych reguł postępowania

<sup>51</sup> Autorka powołuje się na pkt 25 wyr. TS z dnia 25.04.2002 r. w sprawie C-183/00 *Maria Victoria González Sánchez v. Medicina Asturiana SA*.

<sup>52</sup> Dogłębnej analizy charakteru unormowań dyrektywy dokonuje Albors-Llorens (2018, s. 146–148). Z przedstawionej przez Autorkę argumentacji wnosić można, że reguły ustanowione m.in. art. 6 ust. 5, art. 6 ust. 6 i art. 11 ust. 4 dyrektywy mają charakter jednolitych wyłącznie w tym sensie, że określają one minimalną ochronę praw pozwanych (sprawców naruszeń).

<sup>53</sup> Konstatacji tej nie sprzeciwia się brzmienie art. 5 ust. 8 dyrektywy, zgodnie z którym „**Bez uszczerbku dla ust. 4 i 7 oraz art. 6**, niniejszy artykuł nie stanowi przeszkody dla utrzymania w mocy lub wprowadzenia przez państwa członkowskie przepisów prowadzących do **szerszego ujawniania dowodów**” [wyr. wł.]. Konieczność zapewnienia skuteczności egzekwowania prawa konkurencji na drodze publicznoprawnej jako okoliczność wpływająca na „proporcjonalność” środka w postaci nakazania ujawnienia dowodu została bowiem przewidziana art. 6 ust. 4 lit. c dyrektywy urzeczywistniającym wspomniany wcześniej 24 motyw dyrektywy.



cywilnego to właśnie ogólne zasady przewidziane dyrektywą – ułatwienia dowodowe na rzecz poszkodowanych – stanowią regulację wyjątkową.

Wreszcie, mając na uwadze, że „nie bez znaczenia dla określenia metody harmonizacji jest podstawa prawna, na której został oparty dany instrument” (Kunkiel-Kryńska, 2008, s. 52), zauważyć wypada, że podstawę przyjęcia dyrektywy stanowią art. 103 i 114 TFUE. W doktrynie wskazano m.in., że jedną z przyczyn, dla których podstawy wydania dyrektywy nie mógł stanowić wyłącznie art. 103 TFUE przewidujący kompetencję Rady do wydawania rozporządzeń lub dyrektyw w celu zastosowania zasad z zakresu prawa konkurencji, był wpływ postanowień dyrektywy na zasady dochodzenia roszczeń w postępowaniu cywilnym (Albors-Llorens, 2018, s. 144). W związku z tym jako podstawę wydania dyrektywy konieczne było powołanie także przepisu art. 114 TFUE nakazującego stosowanie zwykłej procedury ustawodawczej w razie przyjmowania środków dotyczących zbliżenia przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich, mających na celu ustanowienie i funkcjonowanie rynku wewnętrznego. Kierując się dotychczasowym orzecznictwem TSUE<sup>54</sup> powołane podstawy prawne – w przeciwieństwie np. do obecnego art. 115 TFUE – nie wykluczają możliwości wprowadzenia lub utrzymania przez państwa członkowskie rozwiązań odmiennych od przewidzianych opartą na nich dyrektywą.

Podsumowując, zasadne wydaje się stanowisko, że dyrektywa nie opiera się na metodzie harmonizacji zupełnej (maksymalnej). Cele dyrektywy, podstawa prawna jej wydania oraz brzmienie jej postanowień (w tym motywów) przemawiają raczej na rzecz przypisania jej charakteru harmonizacji minimalnej – przynajmniej w zakresie postanowień odnoszących się do ochrony uczestników programów łagodzenia kar oraz definicji tego ostatniego pojęcia. Polski ustawodawca miał więc możliwość dostosowania transponowanych regulacji z zakresu *private enforcement* do istniejących rozwiązań z zakresu publicznego egzekwowania prawa konkurencji. Powyższe konkluzje należy mieć na uwadze na drugim z etapów szeroko rozumianej implementacji prawa unijnego, tj. na etapie „stosowania (przestrzegania) aktów implementacyjnych przez sądy i inne organy państw członkowskich (implementacja praktyczna)” (Kunkiel-Kryńska, 2008, s. 53).

#### 4. Podsumowanie

Konkludując przedstawione dotychczas rozważania, należy stwierdzić, że niezasadne jest różnicowanie zakresów praw i obowiązków poszczególnych naruszcycieli prawa konkurencji w ramach unormowań z zakresu *private enforcement*, jeżeli odmienności te nie wynikają ze zróżnicowania sytuacji tych podmiotów także w ramach egzekwowania prawa konkurencji na drodze publicznoprawnej. Ponadto, dyrektywa **dopuszcza, a – jak wynika z przyświecających jej założeń – wręcz wymaga** objęcia zakresem zastosowania przepisów chroniących uczestników programów łagodzenia kar przedsiębiorców, którzy brali udział w ograniczającym konkurencję porozumieniu innym niż kartel, jeżeli tylko na podstawie prawa krajowego mają oni prawo korzystać z *leniency* i zostać zwolnieni z kary w ramach *public enforcement*.

<sup>54</sup> Por. pkt 23 wyr. TS z dnia 25.04.2002 r. w sprawie C-183/00 *María Victoria González Sánchez v. Medicina Asturiana SA*.

### III. Zakres znaczeniowy pojęć „kartel” i „uczestnik tajnego kartelu” – wątpliwości

#### 1. Uwagi wstępne

W ślad za uregulowaniami dyrektywy, art. 2 ustawy został poświęcony definicjom legalnym terminów, którymi polski prawodawca posługuje się w jej dalszych unormowaniach. W pkt. 3 powołanego przepisu znalazła się definicja kartelu, zgodnie z którą oznacza on „porozumienie lub praktyki uzgodnione przez co najmniej dwóch przedsiębiorców, którzy są wobec siebie konkurentami, zmierzające do koordynowania działań konkurencyjnych na rynku lub wpływania na istotne czynniki konkurencji, w szczególności polegające na ustalaniu lub koordynowaniu cen zakupu lub sprzedaży lub innych warunków transakcji handlowych, w tym dotyczących praw własności intelektualnej, ustalaniu poziomu produkcji lub sprzedaży, podziale rynków i klientów, w tym na znowie przetargowej, ograniczeniu przywozu lub wywozu lub działaniach antykonkurencyjnych podejmowanych przeciwko innym konkurentom”.

Jak już sygnalizowano, na gruncie dyrektywy definicja kartelu pozwala samodzielnie na określenie zakresu zastosowania regulacji przewidującej domniemanie wyrządzenia szkody. W ustawie – w związku z rozszerzeniem podstawy tego domniemania na wszelkie naruszenia prawa konkurencji – pojęcie „kartelu” formalnie nie odgrywa samodzielnie żadnej roli. Dookreśla wyłącznie zakres przypadków, w których do czynienia mamy z programami łagodzenia kar (a pośrednio składanymi w ich ramach oświadczeniami oraz podmiotami zwolnionymi w ich ramach z kar). Ustawa przewiduje bowiem za dyrektywą, iż – w jej rozumieniu – program łagodzenia kar to wyłącznie taka procedura mająca na celu odstępnie od wymierzenia kary lub jej obniżenie, w ramach której współpracę z organem ochrony konkurencji podejmuje „uczestnik tajnego kartelu”.

Znaczenie użytego przez prawodawcę przymiotnika „tajny” dla wykładni przepisów ustawy zostanie poddane ocenie w dalszej części artykułu. W pierwszej kolejności analiza obejmie jednak sam termin „kartel”. Z uwagi na zbieżność definicji kartelu w ustawie, dyrektywie i dyrektywie ECN+ poniższe uwagi można wprost odnieść także do tej ostatniej regulacji. Analiza językowa przytoczonej definicji pozwala wyodrębnić trzy przesłanki kwalifikacji danego zachowania przedsiębiorców jako kartelu:

- 1) przesłanka formalna – zachowanie musi przyjąć formę porozumienia lub praktyki uzgodnionej;
- 2) przesłanka podmiotowa – porozumienie (uzgodniona praktyka) musi zostać zawarte między przedsiębiorcami będącymi względem siebie konkurentami;
- 3) przesłanka przedmiotowa – porozumienie (uzgodniona praktyka) musi zmierzać do koordynowania działań konkurencyjnych na rynku lub wpływania na istotne czynniki konkurencji (w tym zakresie ustawa wskazuje przykładowe rodzaje takich praktyk).

#### 2. Przesłanka formalna

W zakresie przesłanki formalnej w literaturze wykazano już wyczerpująco (por. m.in. Kłopotcki, 2017, s. 57), że posłużenie się przez ustawodawcę alternatywą zwykłą między pojęciami „porozumienia” i „praktyki uzgodnionej” jest niespójne z terminologią używaną w uokik z 2007 r. Podzielałam pogląd, że brakuje jakichkolwiek aksjologicznych podstaw do uznania, że kartelem w rozumieniu

ustawy nie może być porozumienie zawarte w dowolnej z przewidzianych uokik z 2007 r. formie (umowa lub jej postanowienie, uzgodnienie w jakiegokolwiek formie, uchwała lub akt).

### 3. Przesłanka podmiotowa

Analiza przesłanki podmiotowej ujawnia dwa zagadnienia wymagające szerszego omówienia. Pierwsze z nich wiąże się z zakresem znaczeniowym pojęcia „**konkurent**”, którego ustawa nie definiuje<sup>55</sup>. W procesie jego interpretacji naturalnym wydaje się więc odwołanie do znaczenia nadanego mu przez ustawodawcę w ramach unormowań z zakresu *public enforcement*, tj. do uokik z 2007 r. Zgodnie z treścią art. 4 pkt 11 wskazanej ustawy, przez konkurentów rozumie się „przedsiębiorców, którzy wprowadzają lub mogą wprowadzać albo nabywają lub mogą nabywać, w tym samym czasie, towary na rynku właściwym”. Wbrew wyrażanemu czasem w literaturze stanowisku (por. Kłopotcki, 2017, s. 52), zawężenie zakresu znaczeniowego pojęcia „strona kartelu” wyłącznie do konkurentów nie przesądza samodzielnie o ograniczeniu zakresu pojęcia „kartel” do kategorii porozumień horyzontalnych. W niektórych sytuacjach konkurenci mogą bowiem zawierać między sobą porozumienia wertykalne. Wskazują na to wprost m.in. krajowe i unijne regulacje normujące przypadki grupowych wyłączeń porozumień wertykalnych spod zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję<sup>56</sup>. Z drugiej strony, porozumienia horyzontalne mogą być zawierane także między przedsiębiorcami niebędącymi konkurentami w myśl definicji przytoczonej wyżej. Wynika to bezpośrednio z pkt 1 Komunikatu Komisji – Wytyczne w sprawie stosowania art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych<sup>57</sup> (dalej: Wytyczne horyzontalne)<sup>58</sup>. Powołane uregulowania skłaniają do wniosku, że o wertykalnym lub horyzontalnym charakterze porozumienia nie decyduje sam status jego stron oceniany przez pryzmat ich rynkowej relacji<sup>59</sup>, ale treść porozumienia (zakres celów, jakie porozumienie ma realizować i/lub zakres skutków, jakie porozumienie wywołuje) w połączeniu z kontekstem rynkowym, jaki mu towarzyszy, w tym, ale nie wyłącznie, relacją rynkową stron. Co więcej, to samo porozumienie może mieć jednocześnie charakter wertykalnego i horyzontalnego<sup>60</sup>.

Warto jednocześnie zauważyć, że zgodnie z Wytycznymi horyzontalnymi „ich celem nie jest udzielanie jakichkolwiek wskazówek na temat tego, co stanowi kartel, a co go nie stanowi w rozumieniu praktyki decyzyjnej Komisji oraz orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej”<sup>61</sup>. Jeśli weźmie się pod uwagę, że w świetle tego dokumentu<sup>62</sup> także porozumienia

<sup>55</sup> Użyty w ustawie zwrot „przedsiębiorcy, którzy są wobec siebie konkurentami” należy traktować jako synonim słowa „konkurenci”. Definicji pojęcia „konkurent” nie zawarto ani w dyrektywie, ani w dyrektywie ECN+.

<sup>56</sup> Por. art. 2 ust. 4 Rozporządzenia Komisji (UE) Nr 330/2010 z dnia 20 kwietnia 2010 r. w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych (Dz.Urz. L 102 z 23.04.2010 r.), w którym wskazano, że przewidziane tym aktem prawnym wyłączenie co do zasady „nie ma zastosowania do porozumień wertykalnych zawieranych między przedsiębiorstwami konkurującymi”. Por. również § 6 Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30 marca 2011 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (t.j. Dz.U. z 2014 r. poz. 1012).

<sup>57</sup> Dokument 2011/C 11/01 Dz.Urz. C 11 z 14.01.2011 r.

<sup>58</sup> Zgodnie z treścią powołanego unormowania „wytyczne te obejmują także horyzontalne porozumienia kooperacyjne pomiędzy stronami niebędącymi konkurentami, np. pomiędzy dwoma przedsiębiorstwami, które prowadzą działalność na tych samych rynkach produktowych, ale na różnych rynkach geograficznych, i nie są potencjalnymi konkurentami”.

<sup>59</sup> Wniosek taki wspierają również zawarte w aktach normatywnych definicje porozumień wertykalnych. Prawodawcy unijni i polski *expressis verbis* zaznaczają, że oceny prowadzenia przez strony działalności na różnych szczeblach obrotu należy dokonywać „w ramach danego porozumienia”.

<sup>60</sup> Wynika to jednoznacznie z pkt 12 Wytycznych horyzontalnych, zgodnie z którym „porozumienia wertykalne między konkurentami objęte są zakresem niniejszych wytycznych”, natomiast „Jeżeli zaistnieje potrzeba oceny takich porozumień **także** na mocy rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych w przypadku ograniczeń wertykalnych oraz wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych, zostanie ona wyraźnie wskazana w odpowiednim rozdziale niniejszych wytycznych.” [wyr. wł.]. Takie zastrzeżenie znajduje się między innymi w pkt 195 tego dokumentu poświęconym porozumieniom o zakupach.

<sup>61</sup> Por. pkt 9 Wytycznych horyzontalnych.

<sup>62</sup> Por. pkt 3 Wytycznych horyzontalnych.

między stronami niebędącymi konkurentami „mogą prowadzić do powstania problemów w dziedzinie konkurencji”, a dzieje się tak m.in. „w przypadku, gdy strony podejmują decyzję o ustalaniu cen lub produkcji czy też o podziale rynków, lub gdy współpraca pozwala stronom utrzymywać, pozyskiwać lub zwiększać władzę rynkową i tym samym może wywierać negatywny wpływ na rynek w odniesieniu do cen, produkcji, różnorodności i jakości produktów lub innowacji.”, to istnieją podstawy do postawienia sobie pytania, czy pojęcie „konkurent” zawarte w ustawie oraz dyrektywie – w związku z brakiem jego legalnej definicji w tych aktach prawnych – nie powinno być rozumiane autonomicznie, w szczególności czy nie powinno się nadać mu znaczenia, jakie przypisywane mu było w świetle nieobowiązujących już regulacji unijnych (zob. przypisy 73 i 74). Zawarta w dyrektywie definicja kartelu została bowiem niemal w całości przejęta z Obwieszczenia. Dokument ten samodzielnie nie definiuje terminu „konkurent”, natomiast w momencie jego publikacji 8 grudnia 2006 r. (a później także aż do 31 maja 2010 r.) w unijnym prawie konkurencji obowiązywała zasadniczo definicja przedsiębiorstw konkurujących przewidziana art. 1 lit. a rozporządzenia Komisji (WE) nr 2790/1999 z dnia 22 grudnia 1999 r. w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych<sup>63</sup>, zgodnie z którą konkurentem był „obecny lub potencjalny dostawca na rynku tego samego produktu” bez względu na to, czy działał on na tym samym rynku geograficznym<sup>64</sup>. Okoliczność ta może stanowić argument za nadaniem użytemu w ustawie pojęciu „konkurent” znaczenia szerszego, niż ma ono na gruncie uokik z 2007 r. Wprawdzie propozycji tej sprzeciwiać się mogą obecnie względy spójności systemowej (rozbieżność definicji konkurenta w ramach *private* i *public enforcement*), jednak rozwiązanie to zdecydowanie – w pewnym zakresie – uprości identyfikowanie karteli. Obawa przed potencjalnymi trudnościami w rozróżnieniu konkurentów i niekonkurentów definiowanych przez pryzmat rynku właściwego jest bowiem jak najbardziej realna. Obrazuje to m.in. fakt, że Komisja Europejska poświęciła temu problemowi osobne uregulowanie w ramach komunikatu w przedmiocie porozumień o mniejszym znaczeniu (dalej: komunikat)<sup>65</sup> odnoszącego się do progu udziału stron porozumienia w rynkach właściwych, których to porozumienie dotyczy, poniżej którego porozumienie uznawane jest za nieograniczające konkurencji w sposób odczuwalny. Zgodnie z tym uregulowaniem „W przypadkach, w których trudno jest zakwalifikować porozumienie jako porozumienie między konkurentami lub jako porozumienie między niekonkurentami, zastosowanie ma próg 10%”<sup>66</sup> (tj. próg przewidziany dla porozumień między konkurentami). Dyrektywa ani ustawa unormowania odnoszącego się do tego rodzaju wątpliwych sytuacji nie zawierają.

Drugie wymagające omówienia zagadnienie związane z przesłanką podmiotową dotyczy problemu, jaki w zakresie kwalifikacji porozumienia jako kartelu stwarza jego wielostronny charakter. Literalne brzmienie art. 2 pkt 3 ustawy może sugerować, że kartelem są wyłącznie te porozumienia, których wszystkie strony są konkurentami („porozumienie (...) co najmniej dwóch przedsiębiorców, którzy są wobec siebie konkurentami”). Liczne względy przemawiają jednak przeciwko takiej wykładni. Jeżeli bowiem porozumienie np. 4 konkurentów (abstrahując tu od

<sup>63</sup> Dz.Urz. L 336 z 29.12.1999 r.

<sup>64</sup> Por. pkt 26 nieobowiązującego już Obwieszczenia Komisji Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych (Dokument 2000/C 291/01, Dz.Urz. C 291 z 13.10.2000 r. Polskie wydanie specjalne: Rozdział 08 Tom 001 P. 390–433).

<sup>65</sup> Komunikat Komisji Zawiadomienie w sprawie porozumień o mniejszym znaczeniu, które nie ograniczają odczuwalnie konkurencji na mocy art. 101 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (zawiadomienie *de minimis*), Dokument 2014/C 291/01, Dz.Urz. C 291 z 30.08.2014 r.

<sup>66</sup> Por. pkt 9 komunikatu.



sposobu interpretacji tego pojęcia) stanowi kartel, to brak aksjologicznych podstaw do uznania, że włączenie do niego kolejnego podmiotu (niekonkurenta) powinno skutkować automatyczną utratą przez nie tego statusu. Należy raczej dokonać analizy na wzór tej, pozwalającej stwierdzić wertykalny lub horyzontalny charakter porozumienia, tj. określić jego treść oraz kontekst rynkowy zawarcia. Jeżeli wkład niekonkurenta w kartel jest związany z jego treścią, tj. ma wpływ na realizowany przez porozumienie cel i/lub wywoływane przez nie skutki, to całe porozumienie kwalifikowane powinno być w dalszym ciągu jako kartel. Użycie zwrotu „całe porozumienie” ma na celu zwrócenie uwagi na fakt, że nie wydaje się zasadnym różnicowanie statusu porozumienia w stosunku do jego poszczególnych stron. Jeżeli organ ochrony konkurencji dokona więc ustalenia, że porozumienie o sprzecznej z prawem konkurencji treści zawarło 5 podmiotów, z których jeden nie jest konkurentem pozostałych, to niepoprawne będzie uznanie, że uzgodnienie w zakresie, w jakim dotyczy konkurentów, ma status kartelu, a w zakresie w jakim dotyczy niekonkurenta jest „zwykłym” porozumieniem ograniczającym konkurencję i to pomimo faktu, że – z przyczyn naturalnych – zakres uzgodnień dotyczących niekonkurenta może być odmienny od postanowień wiążących konkurentów. Nie ulega przecież wątpliwości, że poszczególne strony porozumienia ograniczającego konkurencję mogą być zobowiązane w sposób odmienny.

Zaproponowane podejście jest zbieżne z rozumowaniem przedstawionym przez TSUE w sprawie *AC Truehand II*<sup>67</sup>. W powołanym wyroku Trybunał zajmował się możliwością przypisania odpowiedzialności za udział w kartelu przedsiębiorstwu, które w stosunku do pozostałych uczestników zмовы nie działało ani na tym samym rynku, ani na rynku sąsiadującym, powiązany czy też innego szczebla. Wskazany wyrok znany jest głównie z uwagi na fakt, że pozwala on pociągnąć do odpowiedzialności za naruszenie zakazu zawierania niedozwolonych porozumień podmiot, który swoim własnym zachowaniem **rynkowym** nie mógłby przyczynić się do ograniczenia konkurencji na danym rynku właściwym, ponieważ nie ma on możliwości wywierania na nim tzw. presji konkurencyjnej<sup>68</sup>. Wydaje się, że przedstawioną przez Trybunał argumentację można *mutatis mutandis* odnieść także do problemu wielości uczestników kartelu w rozumieniu ustawy<sup>69</sup>. W przedmiotowym wyroku TSUE orzekł w szczególności, że „aby móc uznać, że dane przedsiębiorstwo uczestniczyło w naruszeniu i że ponosi ono odpowiedzialność za poszczególne elementy tego naruszenia, Komisja powinna udowodnić, że dane przedsiębiorstwo zamierzało przyczynić się swoim zachowaniem do wspólnych celów realizowanych przez ogół uczestników i że wiedziało ono o postępowaniu planowanym lub wprowadzanym w życie przez inne przedsiębiorstwa w dążeniu do tych samych celów lub że mogło to rozsądnie przewidzieć i było gotowe zaakceptować takie ryzyko” (pkt 30), natomiast zakaz przewidziany w art. 101 ust. 1 TFUE „odnosi się w sposób ogólny do wszystkich porozumień i uzgodnionych praktyk, które w stosunkach horyzontalnych lub wertykalnych zakłócają konkurencję na wspólnym rynku, niezależnie od rynku, na

<sup>67</sup> Wyr. TS z dnia 22.10.2015 r. w sprawie C-194/14 P *AC-Treuhand AG v. Komisja Europejska*.

<sup>68</sup> Na tej okoliczności opierała się w przeważającej mierze argumentacja przedstawiona w Opinii Rzecznika Generalnego z dnia 21.05.2015 r. do sprawy C-194/14 P, w szczególności jej pkt 51, zgodnie z którym „aby być częścią kartelu mającego za cel lub powodującego ograniczenie konkurencji, konieczne jest jeszcze, aby dane przedsiębiorstwo wywierało, w normalnych warunkach rynkowych, presję konkurencyjną («competitive constraint») na innych uczestników kartelu”. Rzecznik wywodził ze wskazanego faktu m.in. wniosek, że między zawartą przez producentów z doradcą umową, a stwierdzonym ograniczeniem konkurencji nie ma żadnego bezpośredniego związku (pkt 19 i 53), wskutek czego przedsiębiorca taki (doradca) nie może być uważany za pełnoprawnego członka kartelu (pkt 66). Argumentacja ta nie została podzielona przez Trybunał.

<sup>69</sup> Istnieje wątpliwość, czy argumentację TSUE można stosować na gruncie ustawy wprost, gdyż, w przeciwieństwie do zakazu określonego w art. 101 ust. 1 TFUE, jej postanowienia *expressis verbis* określają status stron porozumienia – konkurencji. Jak jednak wskazano, właśnie pojęciem „kartel” operował w powołanym wyroku Trybunał.

którym działają strony, jak też od okoliczności, że jedynie zachowanie handlowe jednego spośród tych przedsiębiorstw jest objęte treścią uzgodnień, o których mowa” (pkt 35). Trybunał zwrócił również uwagę, że nawet jeśli umowa lub umowy z danym przedsiębiorcą (tu: firmą doradczą) zostały zawarte **formalnie odrębnie** od porozumień, które obowiązywały samych producentów, to „nie można uznać, że działania tej spółki, występującej we wskazanej roli, sprowadzały się do prostych usług pomocniczych, niemających związku ze zobowiązaniami zaciągniętymi przez producentów ani z wynikającymi z nich ograniczeniami konkurencji” (pkt 39).

W tym kontekście bronić można poglądu, że wykładając termin „kartel” na użytek ustawy nie ma potrzeby stwierdzić, że wszystkie strony porozumienia są konkurentami względem pozostałych, tak długo, jak w odniesieniu do niekonkurentów spełnione są warunki przedstawione wyżej, wynikające z orzecznictwa TSUE. Zasadność tego stanowiska wydaje się pośrednio wspierać obowiązek równoległego stosowania przepisów krajowych i unijnych z zakresu *public enforcement* podczas oceny porozumień naruszających konkurencję mogących wpływać na handel między państwami członkowskimi<sup>70</sup>. Skoro za uczestnika kartelu na gruncie przepisów uokik z 2007 r. w myśl wskazanego obowiązku Prezes UOKiK i sądy krajowe powinny uznać podmiot posiadający wskazane wyżej cechy (tzw. spontaniczna harmonizacja prawa<sup>71</sup>), to – w celu zachowania spójności systemowej – analogicznej oceny powinno się dokonać na gruncie ustawy. Oczywiście spełnione muszą być wówczas także pozostałe przesłanki ustawowe zawarte w definicji kartelu (w szczególności przesłanka przedmiotowa).

Kończąc rozważania w zakresie przesłanki podmiotowej należy jeszcze ustosunkować się do sygnalizowanego w doktrynie problemu kwalifikacji jako karteli nietypowych porozumień ograniczających konkurencję określanych terminem *hub-and-spoke*<sup>72</sup>. Przez pojęcie to rozumie się porozumienia, w ramach których horyzontalny efekt zmowy (np. koordynowanie poziomu cen przez dystrybutorów) osiągany jest poprzez zawarcie *prima facie* szeregu porozumień o wyłącznym wertykalnym charakterze (np. szereg porozumień między producentem i jego dystrybutorami w przedmiocie wymiany informacji o stosowanych lub planowanych przez tych ostatnich cenach) (tak m.in. Hansberry, Bieguńska i in., 2016, s. 23–24)<sup>73</sup>. W kontekście poczynionych wcześniej ustaleń należy stwierdzić, że kwalifikowanie takiego rodzaju porozumienia jako kartelu jest możliwe z punktu widzenia przesłanki podmiotowej, jeżeli tylko wykaże się, że zaangażowane w proceder podmioty stanowią strony **jednego porozumienia**, tj. że zachodzi przesłanka formalna. To właśnie z nią wiążą się szczególne trudności – ponieważ przedsiębiorcy działający jako tzw. *spokes* mogą uczestniczyć w ograniczającym konkurencję procederze, nie mając formalnie kontaktu z pozostałymi uczestnikami zmowy, będącymi ich konkurentami, organy ochrony konkurencji wykształciły odmienne od standardowych zasady ustalania czy między uczestnikami procederu doszło do zawarcia porozumienia *hub-and-spoke* (por. Bolecki, 2011, s. 27–29)<sup>74</sup>.

<sup>70</sup> Por. art. 3 ust. 1 rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu.

<sup>71</sup> Spontaniczna harmonizacja to w istocie „konwergencja krajowych porządków antytrustowych z wzorcem unijnym na płaszczyźnie materialnoprawnej” (Dobosz, 2017, s. 34).

<sup>72</sup> Nazwa ta nawiązuje do systemu transportowego polegającego na istnieniu jednego centralnego węzła transportowego (*hub*) i dochodzących do niego promienistych linii transportowych (szprych/ *spokes*).

<sup>73</sup> Obszernie w temacie porozumień *hub-and-spoke* por. Bolecki (2011). Por. również pkt 262–266 dec. Prezesa UOKiK z dnia 8 grudnia 2015 r. nr DOK-4/2015.

<sup>74</sup> Abstrahując od ich szczegółowego sformułowania, istota wspomnianych zasad sprowadza się m.in. do konieczności wykazania po stronie *spokes* świadomości udziału ich konkurentów w systemie wymiany informacji, por. pkt 31 brytyjskiego wyr. SA z dnia 19.10.2006 r. w sprawie [2006] EWCA Civ 1318 *Argos Limited i in. v. Office of Fair Trading* oraz *JJB Sports PLC v. Office of Fair Trading*, w którym stwierdzono, że „jest jasne, że może istnieć szereg

Skoro zatem porozumienie *hub-and-spoke* kwalifikować należy jako kartel, to każdy z zaangażowanych w niego podmiotów (także przedsiębiorca działający na innym szczeblu obrotu niż pozostali – *hub*) ma status uczestnika kartelu w rozumieniu ustawy. Stanowisko tego rodzaju wydaje się podzielać (Turno, 2013, s. 464–465), który postulując ograniczenie zakresu przedmiotowego programu łagodzenia kar wyłącznie do karteli *sensu strictissimo* stwierdza, że „uzasadnione może być również dopuszczenie możliwości ubiegania się o *leniency* przez podmiot pełniący funkcję «centrum» (*hub*), tzn. koordynatora (...) współpracy, nawet jeśli co do zasady między nim a członkami horyzontalnej kooperacji tworzącej kartel występuje relacja wertykalna”.

Podsumowując, podmiotowa przesłanka zawarta w definicji kartelu budzi liczne wątpliwości. Po pierwsze, w związku z brakiem definicji legalnej pojęcia „konkurent” zarówno w dyrektywie, jak i w ustawie, nie jest oczywiste czy pojęcie to powinno być rozumiane w ten sam sposób jak na gruncie uokik z 2007 r. Po drugie, sposób sformułowania definicji kartelu nie daje jasnej odpowiedzi na pytanie, jak kwalifikować porozumienie, którego jednym z uczestników nie jest konkurent pozostałych stron (np. pomocnik kartelu lub *hub* w ramach porozumienia *hub-and-spoke*).

#### 4. Przesłanka przedmiotowa

Analizując ostatnią z wymienionych na wstępie przesłanek, tj. przesłankę przedmiotową, należy zauważyć, że ustawodawca posłużył się w definicji kartelu sformułowaniami, których nie używa on w uokik z 2007 r., w szczególności w art. 6 statuującym zakaz porozumień ograniczających konkurencję. Można postawić hipotezę, że ustawodawca chciał w ten sposób dodatkowo różnicować zakres zachowań mieszczących się w definicji kartelu i w ogólnej definicji porozumień niedozwolonych. Ustawodawca nie ograniczył się jednak do wskazania zamkniętego katalogu praktyk, które mogłyby stanowić kartel w rozumieniu ustawy. Wręcz przeciwnie, w definicji posłużył się wyrażeniem „w szczególności” przesądzającym o wyłącznie przykładowym charakterze zamieszczonego w ustawie wyliczenia. Analogicznym wyrażeniem posłużył się w dyrektywie prawodawca unijny<sup>75</sup>.

Warto wskazać, że zarówno w Obwieszczeniu (por. pkt 1), jak i w dyrektywie (por. motyw 26), instytucje unijne charakteryzują kartel jako najpoważniejsze naruszenie art. 101 TFUE. Analogiczną ocenę wyrażają także przedstawiciele doktryny (por. Gulińska, 2018, s. 50). W związku z powyższym, jeszcze w trakcie prac legislacyjnych nad ustawą, w doktrynie proponowano, aby w celu dookreślenia kategorii porozumień stanowiących kartele pomocniczo odwołać się m.in. do art. 7 ust. 3 uokik z 2007 r. (por. Kłopotcki, 2017, s. 55). Przepis ten wskazuje bowiem rodzaje niedozwolonych porozumień, które nie podlegają wyłączeniu spod zakazu przewidzianego art. 6 uokik z 2007 r., pomimo ich bagatelnego w ujęciu ilościowym wpływu na rynek właściwy (przepis przewiduje w tym zakresie określone progi procentowe udziału w rynku<sup>76</sup>). Sugeruje to, że zawarte w powołanym przepisie porozumienia ustawodawca postrzega jako szczególnie szkodliwe dla konkurencji. Rzeczywiście, w aktualnym stanie prawnym w nieznacznie zmienionym brzmieniu wskazane kategorie porozumień rzeczywiście znalazły się w ustawie jako przykłady porozumień

bilateralnych wertykalnych porozumień pomiędzy jednym dostawcą a kilkoma jego klientami, z których żaden nie jest świadomy faktu ani natury porozumień pomiędzy dostawcą i innymi klientami, w ten sposób, że w porozumieniach klientów nie ma horyzontalnego elementu. Jeżeli, z drugiej strony, każdy klient wiedział o innych porozumieniach, okoliczność ta mogłaby oznaczać wielostronne porozumienie między dostawcą i każdym z klientów.” [tłum. wł.].

<sup>75</sup> Chodzi tu o fragment definicji „takie praktyki, jak – choć niewyłącznie – (...)”.

<sup>76</sup> Regulacja ta stanowi krajowy odpowiednik sygnalizowanych wcześniej unormowań unijnych w przedmiocie porozumień o mniejszym znaczeniu (zawiadomienie *de minimis*). Progi przewidziane w uokik z 2007 r. są jednak niższe od tych, do których odwołano się w Komunikacie Komisji.

kartelowych (poza nimi w ustawie *expressis verbis* znalazły się jeszcze „ograniczanie przywozu lub wywozu” oraz „działania antykonkurencyjne podejmowane przeciwko innym konkurentom”). Wyłącznie egzemplifikacyjny charakter tego wyliczenia skłania jednak do poszukiwania dalszego sposobu doprecyzowania zakresu mogących stanowić kartel porozumień. Warto zwrócić uwagę m.in. na fakt, że inaczej niż polska uokik z 2007 r. powoływane już uregulowania unijne w przedmiocie porozumień o mniejszym znaczeniu dostarczają dodatkowej wskazówki w przedmiocie praktyk szczególnie szkodliwych dla konkurencji. Mianowicie, w pkt 13 wskazują one, że Komisja Europejska nie będzie stosowała ochrony wynikającej z progów *de minimis* „w odniesieniu do porozumień zawierających którekolwiek z ograniczeń wymienionych jako najpoważniejsze ograniczenia konkurencji w jakichkolwiek obowiązujących lub przyszłych rozporządzeniach Komisji w sprawie wyłączeń grupowych, **które Komisja uznaje zasadniczo za ograniczenia konkurencji z uwagi na cel**” [wyr. wł.]. Właśnie do „celu” porozumienia wydaje się nawiązywać brzmienie art. 2 pkt 3 ustawy oraz art. 2 pkt 14 dyrektywy. Akty te przewidują bowiem, że kartelami są porozumienia „**zmierzające** do koordynowania działań konkurencyjnych na rynku lub wpływania na istotne czynniki konkurencji” [wyr. wł.].

W tym kontekście wysunąć można postulat, aby jako potencjalny<sup>77</sup> kartel kwalifikować każde porozumienie, które co do zasady powinno być traktowane jako ograniczenie konkurencji ze względu na cel. To właśnie tego rodzaju porozumienia uznaje się przecież za tożsame z terminem „najcięższe ograniczenia konkurencji (*hard-core restrictions*)” (Turno, 2013, s. 137). W takim ujęciu kartel mogłyby stanowić zarówno porozumienia horyzontalne, wertykalne, jak i o charakterze mieszanym<sup>78</sup>. Przedstawiając istotę ograniczeń konkurencji ze względu na cel, w polskiej doktrynie wskazuje się m.in., że „zaklasyfikowanie określonego typu porozumień do kategorii ograniczeń ze względu na cel (...) wynika z przyjętej polityki konkurencji w Unii Europejskiej lub w Polsce, w tym z zakładanych przez te polityki celów, które mają być osiągnięte. Istotnym czynnikiem mającym wpływ na zakres kategorii ograniczeń ze względu na cel (przedmiot) jest przykładanie zarówno przez prawo Unii Europejskiej, jak i prawo polskie takiej samej wagi do ochrony konkurencji wewnątrz- i międzymarkowej. Ponadto na zakres tej kategorii wpływa fakt, że ograniczenie konkurencji cenowej zajmuje najwyższą pozycję w hierarchii naruszeń unijnego i polskiego prawa konkurencji” (Turno, 2013, s. 135). Stanowisko to jest spójne z treścią art. 7 ust. 2 uokik z 2007 r., który – podobnie jak cytowany wyżej fragment Komunikatu – uniemożliwia objęcie wyłączeniem *de minimis* porozumień o określonym przedmiocie niezależnie od relacji rynkowej ich stron. W szczególności, w doktrynie<sup>79</sup> podniesiono, że powołana norma wyklucza usprawiedliwienie poprzez zasadę *de minimis* porozumień wertykalnych zawierających którąkolwiek z tzw. klauzul czarnych<sup>80</sup>.

Poczynione w tym punkcie rozważania nie pozwalają *in abstracto* wyodrębnić wszelkich kategorii porozumień mogących stanowić kartel w rozumieniu ustawy. Przyjęcie, że przesłanka przedmiotowa zawartej w ustawie definicji kartelu jest spełniona, gdy do czynienia mamy z porozumieniem

<sup>77</sup> Poczynione wnioski nie uniemożliwiają usprawiedliwienia ograniczenia konkurencji w oparciu o tzw. wyłączenie indywidualne (art. 8 ust. 1 uokik z 2007 r., art. 101 ust. 3 TFUE).

<sup>78</sup> Oczywiście w takim wypadku odpowiedniej zmianie należałoby poddać podmiotową przesłankę zawartą w ustawie definicji kartelu.

<sup>79</sup> Por. Turno (2013, s. 150), który wskazuje, że „porozumienia zawierające takie (czarne – przyp. aut.) klauzule nie mogą korzystać z dobrodziejstwa zasady *de minimis*, albowiem zawierają się one odpowiednio w pojęciu porozumień cenowych, kontyngentowych lub podziałowych (...)”.

<sup>80</sup> Por. § 11 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30 marca 2011 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (t.j. Dz.U. 2014, poz. 1012).



ograniczającym konkurencję ze względu na cel (przedmiot), może jednak w pewnym stopniu ułatwić to zadanie sądom stosującym prawo w konkretnej sprawie. Jest to bowiem kategoria znana doktrynie prawa konkurencji<sup>81</sup>.

## 5. Tajny charakter kartelu

Kończąc analizę pojęcia „kartel”, kilka słów należy poświęcić towarzyszącemu mu, pojawiającemu się w zawartej w ustawie definicji programu łagodzenia kar, przymiotnikowi „tajny”. Wspomniany termin nie został zdefiniowany ani w ustawie, ani w dyrektywie. Pojęciem „tajnego kartelu” operują jednak dyrektywa ECN+ i Obwieszczenie. Zostało ono użyte także w MPL. W notach wyjaśniających do tego ostatniego dokumentu stwierdzono m.in., że tajny charakter porozumienia „nie oznacza, że wszystkie aspekty zachowania powinny być tajne, tak długo, jak w szczególności takie elementy, które czynią całe spektrum zachowania i fakt, że stanowi ono kartel, trudniejszym do wykrycia, nie są ogólnie znane albo znane klientom/dostawcom” (pkt 11, [tłum. wł.]). W dyrektywie ECN+ prawodawca unijny ograniczył się do zdefiniowania „tajnego kartelu” jako takiego, „którego istnienie jest częściowo lub w pełni ukryte”<sup>82</sup>. W motywie 53 doprecyzował jednak znaczenie tego sformułowania, nawiązując do zwrotów użytych w notach wyjaśniających do MPL<sup>83</sup>.

Na gruncie ustawy nie wydaje się zasadne przypisywanie wskazanemu terminowi istotnej roli. W braku bliższych wskazówek co do znaczenia tego pojęcia uzasadnione wydaje się przyjęcie pragmatycznej konkluzji, że z „tajnym” kartelem mamy do czynienia tak długo, jak organ ochrony konkurencji nie dysponuje dowodami wystarczającymi do odmowy na ich podstawie uwzględnienia wniosków uczestniczących w kartelu przedsiębiorców o odstąpienie od wymierzenia kary lub obniżenie jej w ramach programu łagodzenia kar. Jak bowiem wskazywano we wcześniejszych fragmentach artykułu, z koniecznością oceny „tajności” kartelu spotykamy się wyłącznie w zakresie unormowań nawiązujących do instytucji *leniency* i możliwych z tego tytułu wyjątkach od ogólnych zasad odpowiedzialności i ujawniania dowodów na rzecz uczestników kartelu.

## IV. Propozycja wykładni

Przedstawienie propozycji wykładni pojęcia „kartelu” na gruncie ustawy poprzedzać musi krótka analiza zakresu zastosowania dyrektywy. Przypomnieć bowiem należy, że *de lege lata* dyrektywa normuje wybrane aspekty dochodzenia roszczeń wyłącznie w takim zakresie, w jakim szkoda wyrządzona została przez naruszenie **unijnego prawa konkurencji**. Wskazuje na to jednoznacznie m.in. motyw 10 dyrektywy<sup>84</sup>. Polski ustawodawca – podobnie jak prawodawcy innych państw członkowskich<sup>85</sup> – wdrażając przepisy dyrektywy postanowił objąć zakresem za-

<sup>81</sup> Por. m.in. uwagi w przedmiocie sposobu rozgraniczania wertykalnych porozumień zakazanych ze względu na cel (przedmiot) lub skutek zawarte w pkt 31–51 wyr. TS z dnia 14 marca 2013 r. w sprawie C-32/11 *Allianz Hungária Biztosító Zrt. i in. v. Gazdasági Versenyhivatal*.

<sup>82</sup> W projekcie dyrektywy ECN+ przymiotnik „tajny” zgodnie z jego ówczesną definicją wskazywał na fakt, że kartele „nie są w części lub w pełni znane nikomu poza ich uczestnikami”.

<sup>83</sup> Zgodnie z powołanym motywem „Aby dany kartel został uznany za kartel tajny, nie wszystkie aspekty danej praktyki muszą być tajne. W szczególności dany kartel można uznać za kartel tajny, gdy elementy kartelu, które utrudniają wykrycie pełnego zakresu danej praktyki, nie są znane społeczeństwu, klientom lub dostawcom”.

<sup>84</sup> Por. zdanie piąte powołanego motywu, zgodnie z którym „Niniejsza dyrektywa nie powinna wpływać na powództwa o odszkodowanie z tytułu naruszenia krajowego prawa konkurencji, jeżeli to naruszenie nie wpływa na handel między państwami członkowskimi w rozumieniu art. 101 lub 102 TFUE”. Warto zauważyć, że na podobnej zasadzie dyrektywa ECN+ formalnie określa jedynie zasady stosowania unijnego prawa konkurencji (z wyjątkiem jej art. 31 ust. 3 i 4, które – co *expressis verbis* wynika z art. 1 ust. 2 dyrektywy ECN+ – obejmują swoim zakresem także stosowanie wyłącznie krajowego prawa konkurencji).

<sup>85</sup> Por. przypis 5.

stosowania nowych regulacji zarówno przypadku naruszenia unijnego, jak i wyłącznie krajowego prawa konkurencji. Jako uzasadnienie tego rodzaju podejścia wskazał na brak aksjologicznych podstaw prawnego różnicowania tych dwóch kategorii sytuacji oraz potencjalne wynikające z takiego rozwiązania trudności dla organów stosujących prawo i podmiotów zainteresowanych dochodzeniem roszczeń<sup>86</sup>. Stanowisko to odpowiadało postulatowi prezentowanym w literaturze (por. Piszcz, 2015, s. 76–77).

W tym kontekście postawić można hipotetyczne pytanie, czy wykładając przepisy ustawy interpretator ma możliwość odmiennej wykładni jej poszczególnych postanowień w zależności od tego czy ma do czynienia z naruszeniem o wymiarze krajowym, czy unijnym. Nie jest wykluczone, że takie rozwiązanie umożliwić mogłoby np. różnicowanie zakresu znaczeniowego ustawowego pojęcia „kartel” w zależności od zaistnienia przesłanki wpływu naruszenia prawa konkurencji na handel między państwami członkowskimi. Wydaje się jednak, że bez wyraźnego, jednoznacznego rozgraniczenia spraw o wymiarze unijnym i krajowym, dokonanego w przepisie ustawowym, propozycję tego rodzaju należy odrzucić. Jak wskazywano, ustawodawca dążył przecież do ujednoczenia zasad normujących *private enforcement* w odniesieniu do naruszeń unijnych i krajowych. W tym kontekście zwrócić należy też uwagę na fakt, że w orzecznictwie TSUE widoczna jest obecnie szersza tendencja sprzyjająca ujednoczeniu norm krajowych i unijnych (szerzej por. Dobosz, 2017). Przejawia się ona m.in. w dopuszczaniu w trybie prejudycjalnym pytań, mających za przedmiot sytuacje o charakterze czysto krajowym, w których przepisy prawa Unii „znalazły zastosowanie do sprawy za pośrednictwem prawa krajowego, które dostosowuje się ze względu na rozwiązania sytuacji czysto krajowych do rozwiązań przyjętych w prawie Unii”<sup>87</sup>. Rzeczywisty zakres osiąganey w ten sposób harmonizacji nie jest jednak oczywisty (por. Dobosz, 2017, s. 35–36)<sup>88</sup>.

Mając powyższe okoliczności na uwadze podsumować należy, że prawidłowa wykładnia pojęcia „kartel” w aktualnym stanie prawnym uwzględniać powinna następujące okoliczności:

- 1) wykładnia pojęcia „kartel” powinna być jednolita bez względu na krajowy lub unijny wymiar naruszenia norm prawa konkurencji;
- 2) celem dyrektywy jest skoordynowanie publicznego i prywatnego egzekwowania prawa konkurencji, a ochrona praw poszkodowanych naruszeniem prawa konkurencji powinna uwzględniać uzasadnione interesy pozwanych i osób trzecich;
- 3) dyrektywa ECN+ *expressis verbis* dopuszcza możliwość objęcia przez państwa członkowskie programami łagodzenia kar porozumień ograniczających konkurencję innych niż kartelowe;
- 4) na tle obowiązujących zasad postępowania cywilnego ustawa przewiduje wobec poszkodowanych korzystniejsze ogólne uregulowania w zakresie przysługujących im uprawnień

<sup>86</sup> Por. s. 4 uzasadnienia rządowego projektu ustawy o roszczeniach o naprawienie szkody wyrządzonej przez naruszenie prawa konkurencji (druk nr 1370); uzasadnienie dostępne pod adresem <http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?nr=1370> (04.08.2019 r.).

<sup>87</sup> Pkt 20 wyr. TS w sprawie C-32/11 *Allianz Hungária Biztosító Zrt. i in. v. Gazdasági Versenyhivatal*, przy czym w doktrynie zwrócono uwagę, że dla sprawy „nie bez znaczenia pozostała (...) deklaracja węgierskiego Sądu Najwyższego (...), że postąpi on zgodnie ze wskazówkami TS, zapewniając jednolitość stosowania bez względu na wymiar sprawy” (Dobosz, 2017, s. 35). Por. również powołane we wskazanym punkcie orzecznictwo, w szczególności wyr. ETS z dnia 17.07.1997 r. w sprawie C-28/95 A. *Leur-Bloem v. Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2*, w którym stwierdzono m.in., że „gdzie, regulując czysto wewnętrzne sytuacje, krajowe prawodawstwo przyjmuje te same rozwiązania jak te przyjęte prawem wspólnotowym, w szczególności w celu uniknięcia dyskryminacji przeciwko własnym obywatelom albo, jak w sprawie przed sądem krajowym, jakichkolwiek zakłóceń konkurencji, jest oczywiście w interesie wspólnotowym, żeby, w celu zapobieżenia przyszłym rozbieżnościom w wykładni, przepisy lub pojęcia przejęte z prawa wspólnotowego były interpretowane jednolicie, niezależnie od okoliczności, w których znajdują one zastosowanie (...)” (pkt 32, [tłum. wł.]).

<sup>88</sup> Por. również Mik (2005, s. 152–153), który wskazuje, że „można wywodzić, że skoro Trybunał jest właściwy do udzielania wiążących sądy krajowe odpowiedzi na pytania wstępne, dotyczące sytuacji krajowych (przedmiotem odpowiedzi jest norma wspólnotowa), za pośrednictwem których zapewnia przestrzeganie Traktatu w rozumieniu art. 220 TWE, to sąd krajowy rozstrzygający sytuację krajową, z którą powiązana jest regulacja wspólnotowa wskutek jej formalnej (...) lub materialnej (...) inkorporacji do prawa krajowego, nie może pominać regulacji wspólnotowej, lecz ma obowiązek zapewnienia wykładni z nią zgodnej”.

procesowych, np. pozyskiwania dowodów (wyjątki od tych korzystniejszych uregulowań nie stawiają więc poszkodowanych w sytuacji gorszej niż ogólne zasady postępowania cywilnego);

- 5) na tle obowiązujących zasad materialnej odpowiedzialności cywilnoprawnej ustawa przewiduje wobec poszkodowanych ogólne uregulowania te same co ogólne zasady odpowiedzialności deliktowej w prawie polskim – odpowiedzialność solidarną sprawców naruszenia (wyjątki od tych ogólnych uregulowań stawiają więc poszkodowanych w sytuacji niekorzystnej w stosunku do ogólnych reguł odpowiedzialności cywilnoprawnej w prawie polskim).

W świetle poczynionych w niniejszym artykule rozważań skłaniam się ku stanowisku, że względy spójności systemowej i przyświecające dyrektywie założenia przemawiają za dokonaniem wykładni, w myśl której zawarte w ustawie pojęcie „kartelu” interpretowane powinno być w sposób **rozszerzający**, odbiegający od literalnego brzmienia jego definicji – jako każde porozumienie ograniczające konkurencję (uczestnikiem kartelu jest natomiast każda strona takiego porozumienia). Alternatywnie, postuluję szeroką wykładnię tego pojęcia obejmującą każde uzgodnienie, które kwalifikowane może być jako ograniczenie konkurencji ze względu na cel i którego co najmniej dwie strony są względem siebie konkurentami rozumianymi jako przedsiębiorcy działający lub potencjalnie mogący działać na tym samym rynku produktu. W każdym przypadku, uważam, że wskazane jest możliwie szybkie uzgodnienie definicji programu łagodzenia kar zawartego w ustawie z zakresem przedmiotowym tego programu w ramach *public enforcement*.

## Bibliografia

- Albors-Llorens, A. (2018). Antitrust Damages in EU Law: The Interface of Multifarious Harmonisation and National Procedural Autonomy. *University of Queensland Law Journal*, 37(1), 139–151. <https://doi.org/10.17863/CAM.27824>.
- Barańska, A. i Adamska, A. (2016). Program łagodzenia kar – analiza zagadnienia dostępu do materiału dowodowego uzyskanego przez organ ochrony konkurencji. *Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ*, 4, 5–19.
- Bolecki, A. (2011). Polish Antitrust Experience with Hub-and-Spoke Conspiracies. *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, 4(5), 25–46.
- Cauffman, C. (2017). The transposition of the antitrust damages directive in Belgium. *Maastricht European Private Law Institute Working Paper No. 2017/4.*, 1–31. Pozyskano z: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3037613](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3037613) (04.08.2019).
- Dobosz, K. (2017). W stronę unifikacji systemów prawa konkurencji Unii Europejskiej i państw członkowskich – uwagi na tle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w zakresie spraw o charakterze czysto krajowym. *Europejski Przegląd Sądowy*, (10), 32–36.
- Gulińska, A. (2018). W: K. Lis-Zarrias, P. Machnikowski, 2018, (red.), *Ustawa o roszczeniach o naprawienie szkody wyrządzonej przez naruszenie prawa konkurencji. Komentarz* (s. 141–150). Warszawa: C.H. Beck.
- Hansberry-Bieguńska, D., Krasnodębska-Tomkiel, M. i Materna, G. (2016). Programy łagodzenia kar w polskim i amerykańskim prawie ochrony konkurencji a dostępność materiałów *leniency* dla osób dochodzących roszczeń odszkodowawczych w sprawach karteli i antykonkurencyjnych porozumień. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, 5(5), 20–57.

- Jurkowska-Gomułka, A. (2013). *Publiczne i prywatne egzekwowanie zakazów praktyk ograniczających konkurencję*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego.
- Kłopotcki, K. (2017). Czy potrzebna jest ustawowa definicja kartelu? Rozważania w oparciu o propozycję definicji zawartą w projekcie ustawy o roszczeniach o naprawienie szkody wyrządzonej przez naruszenie prawa konkurencji. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, 1(6), 58–67.
- Kunkel, C., Figá-Talamanca, G. i Semmler, M. (2018). The Directive on Antitrust Damages Actions and the European Leniency Program., *Wissenschaftliche Beiträge*, 22,79–83. [https://doi.org/10.15771/0949-8214\\_2018\\_10](https://doi.org/10.15771/0949-8214_2018_10).
- Kunkiel-Kryńska, A. (2008). Granice swobody implementacyjnej – komentarz do wyroku ETS z 25.04.2002 r. w sprawie C-183/00 González Sánchez przeciwko Medicina Asturiana SA. *Europejski Przegląd Sądowy*, (10), 49–55.
- Lis-Zarrias, K. i Machnikowski, P. (red.). (2018). *Ustawa o roszczeniach o naprawienie szkody wyrządzonej przez naruszenie prawa konkurencji. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck.
- Malinauskaite, J. i Cauffman, C. (2018). The Transposition of the Antitrust Damages Directive in the Small Member States of the EU—A Comparative Perspective. *Journal of European Competition Law & Practice*, 9(8), 496–512. <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpy048>.
- Materna, G. (2018). Projekt Dyrektywy ECN+ (omówienie w aspekcie potrzeby kolejnej nowelizacji polskiego prawa ochrony konkurencji). *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, 2(7), 31–49.
- Mik, C. (2005). Wykładnia zgodna prawa krajowego z prawem Unii Europejskiej. W: S. Wronkowska (red.), *Polska kultura prawna a proces integracji europejskiej*. (s. 115–165) Kraków: Zakamycze.
- Milewska, A. (2017) Solidarna odpowiedzialność sprawców naruszenia prawa konkurencji przewidziana w projekcie ustawy o roszczeniach o naprawienie szkody wyrządzonej przez naruszenie prawa konkurencji z 7 lutego 2017 r. – aspekt podmiotowy. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, 1(6), 58–67.
- Piszcz, A. (2015). Dyrektywa odszkodowawcza 2014/104/UE – przegląd niektórych rozwiązań. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, 4(4), 75–89.
- Podrecki, P. (2014). Porozumienia ograniczające konkurencję. W: M. Kępiński (red.) *System Prawa Prywatnego. Tom 15. Prawo konkurencji* (s. 775–880). Warszawa: C.H. Beck.
- Podrecki, P. i Wiese, K. (2016). Solidarna odpowiedzialność podmiotów naruszających reguły konkurencji i jej ograniczenia. W: A. Piszcz i D. Wolski (red.), *Dochodzenie przed sądem polskim roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszenia reguł konkurencji* (s. 116–139). Warszawa: Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania UW.
- Polański, P. (2014). *Europejskie prawo handlu elektronicznego. Mechanizmy regulacji usług społeczeństwa informacyjnego*. Warszawa: C.H. Beck.
- Szwedziak, I. (2012). Program Leniency w unijnym prawie ochrony konkurencji. *Kwartalnik Prawa Publicznego*, (1), 51–83.
- Turno, B. (2013). *Leniency. Program łagodzenia kar pieniężnych w polskim prawie ochrony konkurencji*. Warszawa: Wolters Kluwer Polska.
- Wils, P.J.W. (2017). Private Enforcement of EU Antitrust Law and Its Relationship with Public Enforcement: Past, Present and Future. *World Competition*, 40(1), 3–45.