

internetowy
KWARTALNIK

1(10)

2021

ANTYMONOPOLOWY I
REGULACYJNY

SERIA ANTYMONOPOLOWA

- Kontrola koncentracji w Polsce w czasach pandemii koronawirusa i spowodowanego nią kryzysu gospodarczego
- Kontrola w czasach zarazy – wyzwania dla kontroli koncentracji wynikające z pandemii koronawirusa z perspektywy europejskiej
- Trzy lata stosowania ustawy o nieuczciwym wykorzystywaniu przewagi kontraktowej
- Ustalanie cen i marż maksymalnych jako nowe narzędzie w ramach przeciwdziałania skutkom rozprzestrzeniania się wirusa SARS-CoV-2
- Licencja przymusowa – panaceum na epidemię?
- Pomoc publiczna w dobie pandemii COVID-19
- *Soft law* jako instrumentarium zabezpieczające ochronę uczciwej konkurencji na rynku kapitałowym
- Między rewolucją a autopromocją. Główne tendencje w odpowiedzi organów ochrony konkurencji na pandemię i kryzys koronawirusa

ISSN 2299-5749

internetowy
KWARTALNIK
ANTYMONOPOLOWY I
REGULACYJNY

1(10)

2021

124. publikacja Programu Wydawniczego CARS

Redaktor naczelny: dr hab. Anna Piszcz, prof. UwB

Redaktor statystyczny: prof. dr hab. Jerzy Wierziński

Redaktor językowy: Anita Sosnowska

Projekt okładki: Darek Kondefer

ISSN: 2299-5749

Licencja: Creative Commons 4.0 Polska

Redakcja: Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych (CARS);

PL – 02-678 Warszawa, ul. Szturmowa 3; tel. (+48-22) 55-34-126; www.ikar.wz.uw.edu.pl

e-mail: ikar@wz.uw.edu.pl

Wydawca: Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego;

PL – 02-678 Warszawa, ul. Szturmowa 3; tel. (+48-22) 55-34-164; www.wz.uw.edu.pl

e-mail: jjagodzinski@mail.wz.uw.edu.pl

Skład i łamanie: Dom Wydawniczy ELIPSA; PL – 00-189 Warszawa,

ul. Inflancka 15/198; tel.: (+48-22) 635-03-01; www.elipsa.pl

e-mail: elipsa@elipsa.pl

RADA NAUKOWA

Prof. dr hab. **Andrzej Wróbel** (sędzia Sądu Najwyższego w stanie spoczynku) – przewodniczący.

Prof. dr hab. **Cezary Kosikowski** (doktor honoris causa Uniwersytetu im. Pavla Jozefa Šafárika w Koszycach, emerytowany pracownik Uniwersytetu w Białymstoku) – wiceprzewodniczący.

Członkowie:

Prof. dr hab. **Jan Barcz** (kierownik Katedry Prawa Międzynarodowego i Prawa Unii Europejskiej Akademii Leona Koźmińskiego w Warszawie).

Prof. dr hab. **Sławomir Dudzik** (Katedra Prawa Europejskiego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego).

Prof. dr hab. **Anna Fornalczyk** (partner COMPER Fornalczyk i Wspólnicy Sp.j.).

Prof. ALK dr hab. **Waldemar Hoff** (kierownik Katedry Prawa Administracyjnego i Publicznego Gospodarczego Akademii Leona Koźmińskiego w Warszawie).

Prof. dr hab. **Leon Kieres** (sędzia Trybunału Konstytucyjnego).

Prof. dr hab. **Konrad Kohutek** (kierownik Katedry Publicznego Prawa Gospodarczego na Wydziale Prawa, Administracji i Stosunków Międzynarodowych Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza-Modrzewskiego).

Dr hab. **Krystyna Kowalik-Bańczyk** (sędzia Sądu UE).

Prof. UMCS dr hab. **Grzegorz Kozioł** (Instytut Nauk Prawnych, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Marii Skłodowskiej-Curie w Lublinie).

Prof. dr hab. **Małgorzata Król-Bogomilska** (kierownik Katedry Prawa Karnego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego).

Prof. INP PAN dr hab. **Dawid Miąsik** (Zakład Prawa Europejskiego INP PAN; sędzia Sądu Najwyższego).

Prof. USZ dr hab. **Rajmund Molski** (kierownik Katedry Prawa Gospodarczego Publicznego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Szczecińskiego).

Prof. ALK dr hab. **Bartłomiej Nowak** (Katedra Prawa Międzynarodowego i Prawa UE Akademii Leona Koźmińskiego w Warszawie; Prorektor ds. Współpracy z Otoczeniem w Akademii Leona Koźmińskiego w Warszawie).

Prof. UAM dr hab. **Bożena Popowska** (Zakład Publicznego Prawa Gospodarczego, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu; emerytowana sędzia NSA).

Prof. UW r dr hab. **Edyta Rutkowska-Tomaszewska** (Zakład Zarządzania Finansami, Instytut Nauk Ekonomicznych, Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii, Uniwersytet Wrocławski).

Prof. dr hab. **Tadeusz Skoczny** (honorowy dyrektor CARS).

Prof. dr hab. **Kazimierz Strzyczkowski** (Akademia Ekonomiczno-Humanistyczna w Warszawie).

Prof. dr hab. **Włodzimierz Szpringer** (Kierownik Katedry Prawa Administracyjnego i Finansowego Przedsiębiorstw w Szkole Głównej Handlowej; Katedra Prawnych Problemów Administracji i Zarządzania Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego).

KOLEGIUM REDAKCYJNE

Prof. UwB dr hab. **Anna Piszcz** (kierownik Pracowni Prawa Gospodarczego Publicznego na Wydziale Prawa Uniwersytetu w Białymstoku) – redaktor naczelna; e-mail: piszcz@uwb.edu.pl.

Dr hab. **Maciej Bernatt** (dyrektor Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych i kierownik Zakładu Europejskiego Prawa Gospodarczego na Wydziale Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego) – zastępca redaktora naczelnego ds. ochrony konkurencji i konsumentów; e-mail: mbernatt@wz.uw.edu.pl.

Prof. dr hab. **Stanisław Piątek** (kierownik Zakładu Administracyjno-Prawnych Problemów Zarządzania Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego) – zastępca redaktora naczelnego ds. regulacji sektorowych; e-mail: spiatek@wz.uw.edu.pl.

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

Prof. UW dr hab. **Cezary Banasiński** (kierownik Centrum Prawa Technologii Cyfrowych i Przedsiębiorczości WPIA UW) – redaktor tematyczny ds. ustrojowego prawa konkurencji; e-mail: c.banasinski@wpia.uw.edu.pl.

Dr **Michał Będkowski-Kozioł** (Zakład Publicznego Prawa Gospodarczego, Katedra Prawa Gospodarczego i Gospodarki Cyfrowej, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie) – redaktor tematyczny ds. regulacji transportu; e-mail: m.bedkowski.kozioł@uksw.edu.pl.

Dr **Mateusz Chołodecki** (CARS) – redaktor tematyczny ds. regulacji komunikacji elektronicznej; e-mail: mateusz.cholodecki@amu.edu.pl

Prof. UEKat dr hab. **Marzena Czarnecka** (Katedra Prawa i Ubezpieczeń w Kolegium Finansów Uniwersytetu Ekonomicznego w Katowicach) – redaktor tematyczna ds. regulacji energetyki; e-mail: marzena.czarnecka@ue.katowice.pl.

Prof. WSliZ dr hab. **Agata Jurkowska-Gomułka** (kierownik Katedry Nauk o Polityce i Administracji w Kolegium Mediów i Komunikacji Społecznej Wyższej Szkoły Informatyki i Zarządzania w Rzeszowie; prorektor WSliZ ds. Nauki) – redaktor tematyczna ds. materialnoprawnych reguł konkurencji; e-mail: ajurkowska@wsiz.edu.pl.

Prof. INP PAN dr hab. **Grzegorz Materna** (kierownik Zakładu Prawa Konkurencji, Instytut Nauk Prawnych PAN) – redaktor tematyczny ds. procesowego prawa konkurencji; e-mail: g_materna@wp.pl.

Prof. UŁ dr hab. **Monika Namysłowska** (kierownik Katedry Europejskiego Prawa Gospodarczego WPIA UŁ) – redaktor tematyczna ds. ochrony konsumentów; e-mail: mnamyslowska@wpia.uni.lodz.pl.

Dr **Dominik Wolski** (adiunkt w Katedrze Prawa i Administracji Górnośląskiej Wyższej Szkoły Handlowej im. Wojciecha Korfańskiego w Katowicach) – redaktor tematyczny ds. prywatnoprawnego egzekwowania prawa konkurencji; e-mail: dominik.wolski@gwsh.pl.

Magdalena Kielkiewicz (Koordynatorka Krajowa CARS), redaktor techniczna; e-mail: ikar@wz.uw.edu.pl; mkielkiewicz@wz.uw.edu.pl.

Spis treści

Pandemia, kryzys, antytrust. O ochronie konkurencji w czasach koronawirusa (od redaktora prowadzącego)	6
--	---

Artykuły

Anna Gulińska, Tomasz Kordala, Kontrola koncentracji w Polsce w czasach pandemii koronawirusa i spowodowanego nią kryzysu gospodarczego – podsumowanie praktyki i postulaty <i>de lege ferenda</i>	8
Katarzyna Marita Szreder, Kontrola w czasach zarazy – wyzwania dla kontroli koncentracji wynikające z pandemii koronawirusa z perspektywy europejskiej	28
Konrad Kohutek, Trzy lata stosowania ustawy o nieuczciwym wykorzystywaniu przewagi kontraktowej: ocena na tle decyzji Prezesa UOKiK oraz w kontekście rozwiązań dyrektywy unijnej	42
Karolina Redlin, Ustalanie cen i marż maksymalnych jako nowe narzędzie w ramach przeciwdziałania skutkom rozprzestrzeniania się wirusa SARS-CoV-2	55
Joanna Wiszniewska, Licencja przymusowa – panaceum na epidemię?	67
Aleksandra Kopeć, Pomoc publiczna w dobie pandemii COVID-19	81
Grzegorz Sęga, Soft law jako instrumentarium zabezpieczające ochronę uczciwej konkurencji na rynku kapitałowym – zagadnienia wybrane	100

Przegląd prawa i orzecznictwa

Michał Konrad Derdak, Między rewolucją a autopromocją. Główne tendencje w odpowiedzi organów ochrony konkurencji na pandemię i kryzys koronawirusa	117
---	-----

Przegląd piśmiennictwa

Łukasz Grzejdziak, Ustalenie cen odsprzedaży towarów w prawie europejskim i amerykańskim. Studium prawno-porównawcze, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź 2020 (Agata Jurkowska-Gomułka)	138
--	-----

Sprawozdania

Webinar pt. „Antitrust and developing economies in an era of crises”, Concurrences oraz NYU Law, 30 października 2020 roku (Marcin Mleczko)	141
Contents, Summaries and Key Words	144

Pandemia, kryzys, antytrust. **O ochronie konkurencji w czasach koronawirusa** (od redaktora prowadzącego)

Gdy rodził się pomysł poświęcenia jednego z numerów iKAR-a problematyce stosowania prawa konkurencji w obliczu pandemii koronawirusa SARS-CoV-2, mogło się wydawać, że w momencie jego ukazania się będziemy o pandemii i doświadczeniach z nią związanych rozmawiać w czasie przeszłym. Tymczasem przygotowując obecny numer pozostajemy w reżimie sanitarnym, a wiele sektorów gospodarki dotkniętych kryzysem nadal jest objętych ograniczeniami uniemożliwiającymi normalne funkcjonowanie, jak przed wybuchem pandemii. Wciąż aktualne dla praktyki stosowania prawa są pytania o adekwatność w obecnym stanie kryzysowym antymonopolowych kryteriów oceny praktyk gospodarczych przedsiębiorców czy procedur, w oparciu o które działają organy ochrony konkurencji.

Niniejszy numer zaczynamy od artykułów poświęconych różnym aspektom kontroli koncentracji w czasach pandemii koronawirusa i spowodowanego nią kryzysu gospodarczego. Anna Gulińska i Tomasz Kordala przygotowali artykuł, w którym omawiają to zagadnienie w aspekcie działalności Prezesa UOKiK, podsumowując praktykę polskiego organu antymonopolowego i formułując postulaty *de lege ferenda*. Z kolei Katarzyna Marita Szreder zajęła się wynikającymi z pandemii wyzwaniem dla kontroli koncentracji z perspektywy Komisji Europejskiej. Kolejnym spośród tekstów poświęconych tematowi przewodniemu numeru jest artykuł Karoliny Redlin. Autorka zajęła się mechanizmami regulacji cen i marż przyjętymi w celu przeciwdziałania nieuczciwemu wykorzystywaniu niedoboru różnych towarów i usług mających szczególne znaczenie dla ludności. Innym aspektem pandemii zajęła się Joanna Wiszniewska, która poddała analizie instytucję licencji przymusowej pod kątem przydatności do zwalczania nagłego stanu zagrożenia państwa spowodowanego sytuacją epidemiczną. Z kolei Aleksandra Kopeć podjęła temat kształtowania się unijnych zasad pomocy publicznej w dobie pandemii COVID-19 i omówiła najczęściej występujące w Polsce problemy związane z praktyczną implementacją tych zasad. Katalog tekstów poświęconych tematyce okołopandemicznej zamyka przygotowany przez Michała Konrada Derdaka przegląd reakcji krajowych i ponadnarodowych organów ochrony konkurencji na wybuch pandemii i spowodowany nią kryzys. Autor poszukuje odpowiedzi na pytanie, czy działania organów po wybuchu pandemii rzeczywiście przyniosły istotne zmiany w praktyce stosowania prawa konkurencji, czy też mają raczej charakter autopromocji.

Oddany do Państwa rąk numer iKAR-a zawiera także artykuły poświęcone innym aktualnym tematom. Konrad Kohutek analizuje trzy lata stosowania ustawy o nieuczciwym wykorzystywaniu przewagi kontraktowej, poddając ocenie praktykę decyzyjną Prezesa UOKiK i odnosząc się do spodziewanej implementacji do krajowego porządku prawnego Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 2019/633. Natomiast Grzegorz Sęga analizuje uregulowania ze sfery *soft law* w aspekcie ochrony uczciwej konkurencji na rynku kapitałowym.

W ostatniej części Czytelnicy znajdują przygotowaną przez Agatę Jurkowską-Gomułkę recenzję książki Łukasza Grzejdziaka pt. „Ustalenie cen odsprzedaży towarów w prawie europejskim i amerykańskim. Studium prawnooporównawcze” oraz sprawozdanie z webinarium „Antitrust and developing economies in an era of crises” (Concurrences, NYU Law, 30 października 2020 r.).

Warszawa, dn. 22 kwietnia 2021 r.

dr. hab. Grzegorz Materna, prof. INP PAN
kierownik Zakładu Prawa Konkurencji
Instytut Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk

Anna Gulińska*, Tomasz Kordala**

Kontrola koncentracji w Polsce w czasach pandemii koronawirusa i spowodowanego nią kryzysu gospodarczego – podsumowanie praktyki i postulaty *de lege ferenda*

Spis treści

- I. Wstęp
- II. Działalność Prezesa UOKiK w trakcie pandemii – podsumowanie
- III. Problematyka materialnej oceny koncentracji w czasie kryzysu gospodarczego
- IV. Doktryna upadającej firmy – czy możliwe jest rozluźnienie ram oceny
- V. Zmiana warunków nałożonych przez Prezesa UOKiK w kontekście problemów wywołanych pandemią
- VI. Wyłączenie obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji w ramach postępowania upadłościowego
- VII. Zgoda nadzwyczajna i inne wyjątkowe rozwiązania przydatne w czasie kryzysu
- VIII. Podsumowanie

Streszczenie

Artykuł przedstawia podsumowanie najważniejszych aspektów towarzyszących kontroli koncentracji w czasie kryzysu wywołanego pandemią koronawirusa i działalności UOKiK w jej czasie. Analizie poddano działalność UOKiK w trakcie pandemii, problematykę materialnej oceny koncentracji w czasie kryzysu gospodarczego oraz polskie reguły kontroli koncentracji, które mogą być pomocne dla zaadresowania problemów przedsiębiorców dotkniętych kryzysem.

Słowa kluczowe: kontrola koncentracji; materialna ocena koncentracji; doktryna upadającej firmy; decyzja warunkowa; wyłączenie obowiązku zgłoszenia; zgoda nadzwyczajna.

JEL: K21

I. Wstęp

Pandemia koronawirusa i spowodowany nią kryzys niewątpliwie wpłynęły i nadal mogą wpływać na kondycję finansową przedsiębiorców, w tym na rynek transakcji fuzji i przejęć, a co za tym idzie na postępowania w sprawach koncentracji prowadzone przez Prezesa UOKiK. Wpływ ten jest wieloaspektowy. Z jednej strony kryzys może ograniczać aktywność na polu koncentracji przedsiębiorców (przynajmniej początkowo), z drugiej zaś – same transakcje mogą być często

* Radca prawny; counsel w departamencie prawa konkurencji w Dentons; adres e-mail: anna.gulinska@dentons.com; ORCID: 0000-0003-3090-3828.

** Radca prawny; senior associate w departamencie prawa konkurencji w Dentons; adres e-mail: tomasz.kordala@dentons.com; ORCID: 0000-0002-9575-0343. Opinie wyrażone w artykule są prywatnymi opiniami autorów.

najlepszą (czasami jedyną) możliwą drogą do ratowania przedsiębiorców w trudnej sytuacji finansowej. Ponadto, tempo przeprowadzenia takich transakcji może mieć kluczowe znaczenie. W tym zakresie ich kontrola, dokonywana przez organy ochrony konkurencji, może mieć istotny wpływ na ich powodzenie jako jeden z głównych warunków zawieszających (*conditions precedent*) transakcji.

Dodatkowo, zmiany warunków rynkowych na skutek kryzysu gospodarczego utrudniają analizę pozycji rynkowej przedsiębiorców, co ma kluczowe znaczenie dla oceny koncentracji i możliwości realizacji obowiązków nałożonych na przedsiębiorców (np. możliwości wykonania warunków nałożonych przez Prezesa UOKiK w zmienionych okolicznościach rynkowych). Na to wszystko nakłada się też bardziej prozaiczna kwestia, jak administracyjne funkcjonowanie samego UOKiK w nowej rzeczywistości z różnymi ograniczeniami działalności.

Artykuł przedstawia podsumowanie najważniejszych aspektów towarzyszących kontroli koncentracji w czasie kryzysu i działalności UOKiK w czasach pandemii koronawirusa. Ze względu na moment pisania tego artykułu (luty 2021 r.) pewne aspekty mogą się zmienić lub wyglądać inaczej z perspektywy czasu. Niemniej jednak wydaje się, że niemal rok funkcjonowania w pandemicznej rzeczywistości pozwala na wyciągnięcie pewnych wniosków.

II. Działalność Prezesa UOKiK w trakcie pandemii – podsumowanie

Podobnie jak cały aparat administracyjny, UOKiK w połowie marca 2020 spotkał się z wyzwaniem zapewnienia ciągłości swojego działania. Pewną pomoc miało przynieść wprowadzone od 31 marca 2020 r. wstrzymanie rozpoczęcia i zawieszenie biegu przewidzianych przepisami prawa terminów procesowych w postępowaniach administracyjnych¹. Terminy rozpoczęły swój bieg lub biegły dalej od 23 maja 2020 r.², przy czym czynności dokonane w okresie zawieszenia pozostają skuteczne. Różne formy zawieszenia terminów zostały wprowadzone również w innych krajach³. W praktyce UOKiK działał jednak w trakcie zawieszenia biegu terminów i w żaden sposób nie ogłaszał ograniczenia⁴ działalności w związku z pandemią ani nie wzywał przedsiębiorców do wstrzymania lub opóźnienia zgłoszeń zamiaru koncentracji, co miało miejsce w przypadku kilku zagranicznych organów ochrony konkurencji⁵. UOKiK wprowadził częściowo pracę zdalną i ograniczył spotkania z przedsiębiorcami, ale ciągłość działalności UOKiK została zachowana. Kontakt w pewnym stopniu został utrudniony i każdy z przedsiębiorców i ich pełnomocników ma z pewnością swoje doświadczenia ze współpracy z UOKiK z tego okresu i związane z tym opinie. Warto jednak spojrzeć całościowo na działalność UOKiK w trakcie pandemii.

W porównaniu z rokiem poprzednim w 2020 r. UOKiK wszczął ok. 12% mniej postępowań w sprawach koncentracji⁶. Wskazuje to na niewielki spadek dynamiki transakcji fuzji i przejęć podlegających zgłoszeniu. Obecnie (luty 2021 r.) nie widać, aby pandemia wpłynęła negatywnie

¹ Art. 15z ustawy z 2.03.2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (Dz. U. 2020, poz. 374).

² Art. 46 pkt 20 ustawy z 14.05.2020 r. o zmianie niektórych ustaw w zakresie działań osłonowych w związku z rozprzestrzenieniem się wirusa SARS-CoV-2 (Dz. U. 2020, poz. 875).

³ Np. Francja, Austria, Dania, Finlandia, Niemcy, Włochy, Hiszpania, Serbia, Norwegia.

⁴ W praktyce w niektórych rodzajach postępowań Prezes UOKiK zintensyfikował swoje działania, które przejawiają się np. krótkimi terminami wyznaczanymi przedsiębiorcom na przekazanie żądanych informacji (np. 3 dni w niektórych postępowaniach w sprawie wykorzystania przewagi kontraktowej).

⁵ Np. w przypadku KE, jak i organów ochrony konkurencji we Francji, w Niemczech, Finlandii, Irlandii, Islandii i na Litwie.

⁶ Obliczenia własne na dzień 19.02.2021 r. na podstawie <https://www.uokik.gov.pl/koncentracje.php>. Uwzględniono również zgłoszenia zamiaru koncentracji zakończone zwrotem i te, które do końca dnia 19.02.2020 r. nie zakończyły się decyzją. Procent ten może spaść przy uwzględnieniu kompletnych danych za 2020 r. po ich udostępnieniu.

na średnie tempo prowadzenia postępowań w sprawach koncentracji. Jest ono wręcz szybsze niż w 2019 roku. Postępowania w sprawach wszczętych w 2019 r. i zakończonych: (i) do dnia 31 grudnia 2019 r. trwały średnio 36 dni⁷, a (ii) do dnia 19 lutego 2021 r. trwały średnio 41 dni⁸. Natomiast postępowania w sprawach wszczętych w 2020 r. i zakończone do: (i) dnia 31 grudnia 2020 r. trwały średnio 33 dni⁹, a (ii) do dnia 19 lutego 2021 r. trwały średnio 37 dni¹⁰. Może to częściowo wynikać z mniejszej liczby spraw i faktu, że część postępowań wszczętych w 2020 r. jeszcze się nie zakończyła. Niemniej jednak widać, że pandemia nie wpłynęła istotnie na średnie tempo postępowań.

Nie widać też, aby samo zawieszenie biegu terminów wpłynęło na tempo prowadzenia postępowań w sprawach koncentracji przez Prezesa UOKiK. Średnia długość postępowań, które „trwały¹¹ w trakcie zawieszenia biegu terminów” i zostały zakończone (w tym po „odwieszeniu” terminów) to 48 dni. Jest to o ok. 27% dłuższy czas trwania postępowania od powyższej średniej rocznej, ale może on też wynikać z małej próby (tj. 44 postępowań). Stosując podobny „filtr” dla danych za 2019 r., średnia długość postępowań to 50 dni przy wyższej próbie, tj. 66 postępowań. W związku z tym nie wydaje się, aby można było wyciągnąć negatywne wnioski co do średniego tempa prowadzenia przez Prezesa UOKiK postępowań w sprawach koncentracji w okresie zawieszenia biegu terminów na wiosnę 2020 roku.

Powyższe obliczenia obejmują wszystkie postępowania w sprawach koncentracji prowadzone przez Prezesa UOKiK, ale nie obejmują rozróżnienia na postępowania tzw. I fazy¹² i II fazy¹³. Dostępne publicznie dane nie pozwalają na dokonanie takiej statystyki z dużą dozą prawdopodobieństwa. Możliwe jest, że pandemia miała większy wpływ na postępowania, w których wszczęto tzw. II fazę. Może to wynikać z utrudnień i komplikacji w przeprowadzaniu badań rynkowych przez Prezesa UOKiK, jak i testowaniu z rynkiem warunków, które miałyby być nałożone na przedsiębiorcę w decyzji warunkowej. W tym zakresie nie są dostępne dane statystyczne, ale zagraniczne organy ochrony konkurencji sygnalizowały problemy¹⁴ w tym kontekście, zatem możliwe, że również Prezes UOKiK napotkał je w praktyce.

Warto jednak zwrócić uwagę, że Prezes UOKiK został wyposażony przez ustawodawcę w kolejną możliwość wydłużania postępowań, poprzez uprawnienie do ponownego zawieszenia biegu terminów postępowań. Od 16 grudnia 2020 r., w okresie obowiązywania stanu epidemii ogłoszonego z powodu COVID-19, organ administracji publicznej może wstrzymać bieg terminów załatwiania spraw na okres nie dłuższy niż 30 dni¹⁵. Musi wprawdzie o takim wstrzymaniu zawiadomić strony, ale zawiadomienie następuje poprzez umieszczenie go przez organ administracji

⁷ Obliczenia własne na dzień 31.12.2019 r. na podstawie <https://www.uokik.gov.pl/koncentracje.php> i https://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec_prez.nsf. Nie uwzględniono postępowań, które zakończyły się zwrotem zgłoszenia.

⁸ Obliczenia własne na dzień 19.02.2021 r. na podstawie <https://www.uokik.gov.pl/koncentracje.php> i https://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec_prez.nsf. Nie uwzględniono postępowań, które zakończyły się zwrotem zgłoszenia.

⁹ Obliczenia własne na dzień 31.12.2020 r. na podstawie <https://www.uokik.gov.pl/koncentracje.php> i https://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec_prez.nsf. Nie uwzględniono postępowań, które zakończyły się zwrotem zgłoszenia.

¹⁰ Obliczenia własne na dzień 19.02.2021 r. na podstawie <https://www.uokik.gov.pl/koncentracje.php> i https://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec_prez.nsf. Nie uwzględniono postępowań, które zakończyły się zwrotem zgłoszenia.

¹¹ Zostały wszczęte od 1.01.2020 r. do 22.05.2020 r. i zakończyły się decyzją Prezesa UOKiK po 30.03.2020 r.

¹² Tj. postępowania prowadzone w terminie zakończenia postępowania przewidzianym art. 96 uokik.

¹³ Tj. postępowania, który termin zakończenia został przedłużony o 4 miesiące zgodnie z art. 96a ust. 1 uokik.

¹⁴ Np. KE, jak i organ ochrony konkurencji we Francji.

¹⁵ Art. 15zzzzzn¹ ustawy z 2.03.2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (t.j. Dz. U. 2020, poz. 1842).

publicznej w Biuletynie Informacji Publicznej na jego stronie podmiotowej, na stronie internetowej oraz w widocznym miejscu w siedzibie organu¹⁶. Rozwiązanie to budzi w praktyce duże kontrowersje, ponieważ organ może podjąć decyzję o zawieszeniu w sposób arbitralny, bez żadnego realnego powodu i bez kontroli sądowej swojej decyzji. Dodatkowo forma zawieszenia, tj. zawiadomienia adresowane do nieokreślonej liczby adresatów, budzi kontrowersje natury konstytucyjnej, ponieważ nie jest to jedno z powszechnych obowiązujących źródeł prawa przewidzianych w art. 87 Konstytucji RP.

Do dnia 19 lutego 2020 r. Prezes UOKiK nie dokonał takiego zawieszenia i wydaje się, że przepis jest skierowany do innych organów administracji publicznej (np. samorządowych), bardziej dotkniętych przez pandemię.

III. Problematyka materialnej oceny koncentracji w czasie kryzysu gospodarczego

W praktyce decyzyjnej Prezesa UOKiK ostatnich miesięcy w większości przypadków brak jest uzasadnień decyzji, a zatem analiza przesłanek, na których opierał się organ, wydając decyzje w czasie kryzysu, jest utrudniona. Warto natomiast rozważyć, jakie trudności Prezes UOKiK mógł potencjalnie napotkać w toku postępowań i zaadresować możliwe ich rozwiązania.

Efektywna kontrola koncentracji to przede wszystkim ich ocena materialna, dokonywana na podstawie art. 18, 19 i 20 uokik, tj. badanie czy transakcja może doprowadzić do istotnego ograniczenia konkurencji.

Zgodnie z ustaloną praktyką, oceniając skutki koncentracji, organy ochrony konkurencji porównują warunki konkurencji, które wynikałyby z transakcji z warunkami, które zaistniałyby bez jej dokonania (budując tzw. scenariusz alternatywny). Co do zasady scenariusz alternatywny opiera się na warunkach konkurencji istniejących w momencie połączenia, biorąc pod uwagę przyszłe zmiany na rynku, które można racjonalnie przewidzieć. Ocena skutków koncentracji ma zatem charakter hipotetyczny. Na podstawie porównania warunków konkurencji przed dokonaniem koncentracji z hipotetycznym stanem konkurencji po jej dokonaniu (scenariusz alternatywny) Prezes UOKiK powinien zdecydować czy dojdzie do istotnego ograniczenia konkurencji. W doktrynie (Skoczny i Aziewicz, 2014, s. 651; Kohutek, 2014, s. 525) podkreśla się, że ocena powinna w znacznie większym stopniu opierać się na prognozach rozwoju rynku i konkurencji niż na danych historycznych. Analiza przyszłościowa może być natomiast szczególnie trudna, gdy istnieje niepewność, jak dany sektor zareaguje na kryzys i który z wielu scenariuszy jest najbardziej prawdopodobny w nadchodzących latach.

Ocenę materialną w pierwszej kolejności rozpoczyna zdefiniowanie rynków właściwych w ujęciu produktowym i geograficznym. Pozwala to na określenie kręgu produktów, które będą uwzględnione w analizie wpływu koncentracji na rynek oraz ustalenie konkurentów działających na tym rynku i podmiotów pozostających ze stronami w relacjach wertykalnych. Kryzys gospodarczy powoduje, że przedsiębiorcy muszą reagować na zmieniające się warunki i często modyfikują zakres swojej działalności w odpowiedzi na rosnące zapotrzebowanie na jednego rodzaju produkty i malejące zapotrzebowanie na inne. Przykładowo, sukcesem sprzedażowym w pierwszych

¹⁶ Ibidem.

miesiącach pandemii był płyn do dezynfekcji, którego produkcją w marcu 2020 r. zajęła się Grupa Orlen. Powstaje zatem pytanie, jak organy ochrony konkurencji powinny podchodzić do analizy materialnej działalności prowadzonej na „dodatkowych” rynkach czy to chwilowej, prowadzonej tylko w czasie kryzysu, czy w zamierzeniu długotrwałej, ale prowadzonej *de facto* bez historii rozwoju działalności przedsiębiorcy na rynku. Podobnie wygląda sytuacja w przypadku nowych rynków powstałych w wyniku kryzysu.

Kolejnym utrudnieniem w materialnej analizie koncentracji jest kwestia wiarygodnych danych rynkowych. Kryzys może wpływać na fluktuacje udziałów, które mogą być zawyżone lub zaniżone względem realnej siły rynkowej przedsiębiorców. Dane sprzedażowe mogą być nieadekwatne również po opanowaniu pandemii i kryzysu, a w kolejnych latach konieczne może być elastyczne podejście do analizy bez jednoczesnego rozluźniania standardów.

Zasadniczo brakuje generalnej i jednolitej reguły oceny siły rynkowej podmiotów na nowych rynkach. Powstanie nowego rynku wiąże się z objęciem 100-procentowych udziałów¹⁷. Nie jest to jednak brane pod uwagę jako decydujący czynnik w ocenie ich pozycji, a podkreślany jest spodziewany wzrost rynku i dołączenie do niego konkurentów¹⁸. W tym kontekście istotne znaczenie ma analiza potencjalnej konkurencji i jej siły (posiadane zasoby, know-how) oraz prawdopodobieństwa wejścia na nowy rynek kolejnych podmiotów, w tym kwestia barier wejścia na dany rynek. Istnienie jednego podmiotu na nowym rynku jest uznawane za przejściowy etap rozwoju takiego rynku¹⁹. W przypadku podobieństwa nowego rynku do istniejącego (zastąpienie starych produktów nowymi), organy ochrony konkurencji mogą wziąć pod uwagę stan konkurencji na dotychczasowych rynkach²⁰.

Z kolei w przypadku wejścia nowego podmiotu na istniejący rynek, związane z tym niskie udziały nie muszą być postrzegane jako decydujące o małej sile rynkowej. Aktualny udział (przy braku historycznych danych) może nie odzwierciedlać rzeczywistej pozycji rynkowej, a konieczne jest uwzględnienie czasu, jaki jest potrzebny do uzyskania udziałów odpowiadających potencjałowi podmiotu, a także podjętych już przez taki podmiot działań. W celu oceny Komisja brała pod uwagę np. wewnętrzne biznesplany i prognozy sprzedaży²¹.

Z kolei zarówno doktryna (Skoczny i Aziewicz, 2014, s. 650), jak i Prezes UOKiK dostrzega, że analizując wpływ połączeń horyzontalnych, „należy wziąć pod uwagę nie tylko wzrost udziałów uczestników koncentracji na poszczególnych rynkach, ale także to, jak wpłynie ona na wzrost cen, ograniczenie podaży, spadek jakości czy innowacyjności”²². W czasie kryzysu gospodarczego większą wagę należałoby też przykładać do innych kryteriów oceny koncentracji niż pozycja rynkowa jej uczestników. Szczególnie istotna może być analiza ich siły ekonomicznej i finansowej (z uwzględnieniem doktryny upadającej firmy – por. pkt IV poniżej), bariery wejścia na rynek, trendy podaży i popytu na właściwe dobra i usługi, interesy konsumentów oraz postęp techniczny i gospodarczy.

¹⁷ Dec. KE z 3.02.2000 r. w sprawie COMP/JV.36 *TXU Europe/EDF-London Investments*.

¹⁸ Ibidem. Por. również dec. KE z 17.04.2000 r. w sprawie COMP M.1875 *Reuters/Equant – Project Proton*.

¹⁹ Dec. KE z 3.02.2000 r. w sprawie COMP/JV.36 *TXU Europe/EDF-London Investments*.

²⁰ Dec. KE z 16.07.2012 r. w sprawie COMP/M.6490 *EADS/Israel Aerospace Industries/JV*.

²¹ Dec. KE z 23.05.2003 r. w sprawie COMP/M.3108 *Office Depot/Guilbert*.

²² Dec. Prezesa UOKiK z 4.1.2008 r., DKK-5/2008 *Kompania Piwowarska/Browar Belgia*; decyzja Prezesa UOKiK z 26.03.2012 r., DKK 23/2012 *Polpharma/Polfa*.

Pewną analogię można też zaobserwować w przypadku oceny materialnej koncentracji na innowacyjnych rynkach. Powołana przez niemieckie Federalne Ministerstwo Gospodarki i Energii (BMWi) Komisja ds. Prawa Konkurencji 4.0 stwierdziła w raporcie dotyczącym konkurencji na rynkach cyfrowych, że na nowych, dynamicznych rynkach, dla których istotną rolę odgrywają innowacje, same udziały nie mogą mieć istotnego znaczenia dla oceny siły rynkowej, a powinny służyć jedynie jako punkt początkowy analizy²³. Takie podejście prezentowała również Komisja w sprawie *Microsoft/Skype*, w której wskazała, że udziały stanowią jedynie wskazówkę co do siły konkurencyjnej przedsiębiorców w kontekście rynku internetowych usług łączności konsumenckiej, ze względu na rozwijający się i dynamiczny charakter sektora, w wyniku czego udziały mogą się szybko zmienić w krótkim okresie²⁴. Może to oznaczać, że wysokie udziały na nowych, szybko rozwijających się rynkach nie świadczą o sile rynkowej przedsiębiorcy²⁵.

W praktyce podczas kryzysu gospodarczego wywołanego epidemią koronawirusa organy ochrony konkurencji mogą być zmuszone do rozważenia konkurencyjnych skutków koncentracji dla kilku scenariuszy, zwłaszcza że kryzys COVID-19 może mieć bezprecedensowe skutki dla niektórych sektorów (np. turystyki, czy transportu). Nawet na rynkach, na których organy ochrony konkurencji mają duże doświadczenie z przeszłości, opieranie się na precedensach lub danych historycznych będzie stanowić wyzwanie. Dlatego organy mogą potrzebować zebrać trudno dostępne informacje na temat ostatnich (czasem trwających) wydarzeń, a także dodatkowe informacje, które mogą pomóc im lepiej zrozumieć zmiany rynkowe spowodowane COVID-19, jak np. zestawienia sprzedażowe, uwzględniające rezygnacje z już zakupionych towarów czy kosztowe, uwzględniające dodatkowe nakłady ponoszone w celu walki z pandemią. Sam proces zbierania danych i informacji w bardziej skomplikowanych sprawach może być przy tym wydłużony (por. pkt II powyżej). Ponadto wpływ pandemii na popyt w wielu sektorach może ograniczyć lub wyeliminować zastosowanie w danej sprawie niektórych teorii szkody, które organy mogłyby w innym przypadku podnosić, np. że konkurenci nie mieliby wystarczających zdolności produkcyjnych, aby wywierać presję konkurencyjną na uczestników koncentracji.

IV. Doktryna upadającej firmy – czy możliwe jest rozluźnienie ram oceny

Kryzys może spowodować zwiększenie liczby transakcji dokonywanych w celu ratowania przedsiębiorców mierzących się z trudnościami finansowymi. Wyłączenie przewidziane dla transakcji dokonywanych w toku postępowania upadłościowego nie dotyczy przy tym opisanej poniżej koncentracji pomiędzy konkurentami. Sposobem na uzyskanie przez konkurentów zgody organu ochrony konkurencji na transakcję obejmującą upadające przedsiębiorstwo, która wzbudzałaby zastrzeżenia na tle konkurencji, jest tzw. doktryna upadającej firmy (*failing firm defence*).

W praktyce organy ochrony konkurencji stosują wysokie standardy oceny możliwości skutecznego powołania się na doktrynę upadającej firmy. Po pierwsze, konieczne jest wykazanie, że upadający przedsiębiorca zostałby w najbliższej przyszłości wyparty z rynku ze względu na

²³ Por. raport A new competition framework for the digital economy, Report by the Commission 'Competition Law 4.0' dostępny pod adresem https://www.bmwi.de/Redaktion/EN/Publikationen/Wirtschaft/a-new-competition-framework-for-the-digital-economy.pdf?__blob=publicationFile&v=3 (19.02.2021).

²⁴ Dec. KE z 7.10.2011 r. w sprawie COMP/M.6281 *Microsoft/Skype*.

²⁵ Dec. KE z 3.10.2014 r. w sprawie COMP/M.7217 *Facebook/Whatsapp*.

trudności finansowe, jeśli nie zostałyby przejęty przez innego przedsiębiorcę. Po drugie, strony muszą wykazać, że nie istnieje żadna inna, mniej problematyczna alternatywa przejścia niż analizowana koncentracja. Trzecim warunkiem jest wykazanie, że gdyby nie doszło do transakcji, to aktywa upadającego przedsiębiorcy nieuchronnie opuściłyby rynek²⁶. Powyższe warunki powinny zostać spełnione łącznie.

Dotychczas ocena spełnienia powyższych przesłanek była bardzo rygorystyczna. Prezes UOKiK odmawiał wydania zgody w oparciu o tę doktrynę, uzasadniając to brakiem spełnienia przesłanki zagrożenia upadłością pasywnego uczestnika koncentracji na dzień wydania decyzji. Tym samym UOKiK nie mógł przyjąć, że w sytuacji braku dokonania transakcji aktywa pasywnego uczestnika nieuchronnie opuściłyby rynek właściwy²⁷. W co najmniej dwóch przypadkach Prezes UOKiK wskazał, że dana transakcja polegała głównie na nabyciu marki produktowej, której z natury rzeczy nie dotyczy problem upadłości, zatem w sprawie nie miała zastosowania doktryna upadającej firmy²⁸.

W czasie kryzysu gospodarczego nasuwa się pytanie, czy możliwe jest łagodniejsze traktowanie koncentracji poprzez rozluźnienie ram oceny doktryny upadającej firmy, w tym poprzez zastosowanie niższego standardu (progu) oceny dla tych trzech kryteriów. Dotychczasowe doświadczenia pokazują, że organy ochrony konkurencji nie są skore do łagodzenia zasad i mogą wymagać pełnej analizy przesłanek doktryny upadającej firmy. Takie podejście prezentowała przykładowo Komisja Europejska w czasie kryzysu finansowego w latach 2008–2009²⁹.

W przypadku transakcji dotyczących upadających firm problematyczny może być też czas trwania postępowania w sprawie koncentracji. Z jednej strony organy ochrony konkurencji muszą szczegółowo przeanalizować przedstawione przez strony dowody, z drugiej zaś – szybkość wydania decyzji jest szczególnie istotna, jeśli z każdym dniem pogarsza się kondycja finansowa przedsiębiorcy. W takich sytuacjach warto zastanowić się nad mechanizmami pozwalającymi na przyspieszenie postępowania, zwłaszcza jeśli prowadzone jest w tzw. II fazie.

W kontekście praktyki decyzyjnej Prezesa UOKiK nasuwa się również pytanie, jakiego rodzaju dowody byłyby wystarczające w celu wykazania zagrożenia upadłością, w sytuacji kiedy postępowanie upadłościowe jeszcze się nie toczy. Szczególnie utrudnione może być przy tym rozróżnienie między firmami, które ucierpią długoterminowo a tymi, które są w stanie odzyskać stabilność finansową po krótkoterminowym szoku.

Praktyka decyzyjna organów ochrony konkurencji w zakresie doktryny upadającej firmy jest ogólnie niewielka, a w toku kryzysu COVID-19 jedyną szeroko komentowaną sprawą, w której została ona wstępnie zaakceptowana jest brytyjska sprawa *Amazon/Deliveroo*. W kwietniu 2020 r. brytyjski organ ochrony konkurencji *Competition and Markets Authority* (CMA) tymczasowo zatwierdził planowane przejęcie przez Amazon niektórych praw i udziałów mniejszościowych w Deliveroo, brytyjskiej firmie dostarczającej żywność zamawianą online. Co ciekawe, transakcję zgłoszono jeszcze przed wybuchem epidemii koronawirusa, a ta wpłynęła na przebieg postępowania,

²⁶ Wytyczne w sprawie oceny horizontalnego połączenia przedsiębiorstw na mocy rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (2004/C 31/03), pkt 90.

²⁷ Dec. Prezesa UOKiK z 13.01.2011 r., DKK-1/2011 *PGE/Energa*; dec. Prezesa UOKiK z 8.10.2009 r., DKK-67/2009 *Cogifer/Koltram*; dec. Prezesa UOKiK z 5.03.2009 r., DKK-10/2009 *Orzeł Biały/Baterpol*.

²⁸ Dec. Prezesa UOKiK z 3.02.2011 r. DKK-12/2011 *Empik/Merlin*; dec. Prezesa UOKiK z 8.10.2009 r., DKK-68/2009 *Rieber Foods/Food Care*.

²⁹ OECD Policy Roundtables. The Failing Firm Defence, 2009.

ponieważ Deliveroo zostało bezpośrednio dotknięte kryzysem. CMA tymczasowo stwierdził, że Deliveroo, które doświadczyło znacznego spadku przychodów w wyniku kryzysu COVID-19, prawdopodobnie opuściłoby rynek, gdyby nie doszło do transakcji, chyba że otrzyma dodatkowe finansowanie dostępne w ramach danej transakcji; nie było innego inwestora, który wzbudzałby mniejsze zastrzeżenia; oraz wyjście Deliveroo z rynku byłoby bardziej szkodliwe dla konkurencji i konsumentów niż zatwierdzenie transakcji. W sierpniu 2020 r. CMA wydał natomiast zgodę na transakcję, nie odwołując się już do doktryny upadającej firmy – organ stwierdził, że inwestycja Amazon nie doprowadzi do ograniczenia konkurencji³⁰.

Mniej wymagającą alternatywą dla pełnej analizy zastosowania doktryny upadającej firmy jest uwzględnienie zmieniającego się otoczenia ekonomicznego przez Prezesa UOKiK w analizie materialnej. Uczestnicy koncentracji mogą argumentować, że ich pozycja konkurencyjna została osłabiona przez kryzys lub że zmiana warunków rynkowych (np. nadwyżka mocy produkcyjnych) zmniejsza prawdopodobieństwo wystąpienia antykonkurencyjnych skutków transakcji.

Podobną argumentację zaakceptowała w przeszłości KE, uznając w kilku sprawach, że wystąpienie antykonkurencyjnych skutków jest mniej prawdopodobne, gdy spodziewane jest osłabienie znaczenia konkurencyjnego uczestników koncentracji z uwagi na zmieniające się warunki rynkowe³¹.

Zdaniem autorów, w swojej praktyce decyzyjnej Prezes UOKiK powinien rozważyć złagodzenie kryteriów oceny zastosowania doktryny upadającej firmy. W szczególności na uwzględnienie zasługuje sytuacja ekonomiczna przedsiębiorcy, nawet jeśli nie spełnia jeszcze przesłanek upadłości wynikających z przepisów prawa upadłościowego i naprawczego.

V. Zmiana warunków nałożonych przez Prezesa UOKiK w kontekście problemów wywołanych pandemią

Zmiany w prowadzeniu działalności gospodarczej w ciągu ostatniego roku nie pozostają też bez wpływu na realizację decyzji warunkowych wydawanych zgodnie z art. 19 ust. 1 uokik. Pandemia i związane z nią obostrzenia w przemieszczaniu i kontaktach utrudniają techniczne procedowanie transakcji, np. przeprowadzanie badań *due diligence* przedmiotów transakcji i negocjacje transakcji, które mają prowadzić do realizacji warunków. Dodatkowo przedsiębiorcy często są zmuszeni przekierować swoje ograniczone zasoby ludzkie do zadań związanych z zapobieganiem lub walką z bezprecedensowymi skutkami pandemii. Na to wszystko nakłada się niepewność związana z kryzysem gospodarczym, która negatywnie wpływa na poszukiwanie potencjalnych inwestorów i podejmowanie przez nich decyzji inwestycyjnych. Na ten ostatni aspekt może wskazywać wyhamowanie globalnego rynku fuzji i przejęć na początku pandemii³². Zagregowane dane dla Polski za 2020 r. nie wskazują jednak na takie wyhamowanie³³. Niemniej wpływ ten może rozkładać się różnie w zależności od branży, ponieważ pandemia negatywnie wpływa na jedne (*hospitality*, rozrywka i gastronomia), a pozytywnie na inne (np. e-commerce, KEP, gamingowa, medyczna).

³⁰ <https://www.gov.uk/cma-cases/amazon-deliveroo-merger-inquiry>.

³¹ Dec. KE z 27.11.2018 r. w sprawie COMP/M.8792 *T-Mobile/Tele2*.

³² Patrz: <https://www.mergermarket.com/info/global-dealmakers-european-ma-market-update-2020>. Pojawiają się jednak sygnały, że w drugiej połowie 2020 r. ten trend się odwrócił, patrz: <https://www.mergermarket.com/info/2020-global-ma-report-financial-league-tables>.

³³ Patrz: <https://www.globallegalpost.com/big-stories/emerging-europe-ma-eyes-rebound-after-strong-end-to-year-12347824/>.

W związku z tak bezprecedensowym utrudnieniem przeprowadzania transakcji, w praktyce mogą się pojawić przeszkody w realizacji warunków nałożonych przez Prezesa UOKiK. Przedsiębiorcy zobowiązani do ich wykonywania mogą potrzebować dostosowania warunków do zmienionej sytuacji rynkowej. Przepisy uokik nie przewidują jednak żadnego środka, który przedsiębiorcy mogliby wykorzystać³⁴. Co więcej, nie mogą oni skorzystać ze środków przewidzianych k.p.a., ponieważ art. 82 ust. 1 uokik wprost stanowi, że „od decyzji Prezesa UOKiK stronie nie przysługują środki prawne wzruszenia decyzji przewidziane w Kodeksie postępowania administracyjnego, dotyczące wznowienia postępowania, uchylenia, zmiany lub stwierdzenia nieważności decyzji”, tzw. nadzwyczajne środki prawne. Brak prawa do skutecznego żądania wszczęcia trybu nadzwyczajnego potwierdza doktryna (Błachucki, 2012; Modzelewska-Wąchal, 2014), orzecznictwo³⁵ i praktyka Prezesa UOKiK³⁶. Jedyny środek wzruszenia przez stronę decyzji Prezesa UOKiK to odwołanie od decyzji do SOKiK (Modzelewska-Wąchal, 2014; Kohutek, 2014), które ma znikome praktyczne znaczenie w odniesieniu do decyzji warunkowych³⁷. Praktyka decyzyjna Prezesa UOKiK nie przewiduje też tzw. klauzul przeglądowych uwzględnianych w decyzjach warunkowych KE³⁸ (z jednym wyjątkiem³⁹), które umożliwiają KE, na wniosek stron i po przedstawieniu uzasadnionych przyczyn, przyznanie przedłużenia terminów lub, w wyjątkowych przypadkach, uchylenie, zmianę lub zastąpienie warunków.

W doktrynie i orzecznictwie podkreśla się jednak, że prawo do skorzystania z nadzwyczajnych środków prawnych przewidzianych w k.p.a., w tym zmiany decyzji ostatecznej, przysługuje Prezesowi UOKiK z urzędu (*ex officio*). Adresatem art. 82 ust. 1 uokik jest bowiem strona postępowania prowadzonego na podstawie uokik, a w odniesieniu do Prezesa UOKiK zastosowanie ma art. 83 uokik odsyłający do k.p.a. w sprawach nieuregulowanych w uokik⁴⁰. W związku z tym, na podstawie art. 83 uokik Prezes UOKiK dysponuje środkiem prawnym do wzruszenia jego decyzji ostatecznej wydanej w postępowaniu w sprawie koncentracji w jednym z trybów nadzwyczajnych z k.p.a., w tym jej zmiany na podstawie art. 155 k.p.a.⁴¹. Potwierdza to zarówno doktryna (Modzelewska-Wąchal, 2014; Błachucki, 2012), jak i orzecznictwo⁴² oraz praktyka Prezesa UOKiK⁴³.

Nadzwyczajne środki prawne przysługują również prokuratorowi, który na podstawie art. 184 § 1 k.p.a. ma „prawo wniesienia sprzeciwu od decyzji ostatecznej, jeżeli przepisy kodeksu lub przepisy szczególne przewidują wznowienie postępowania, stwierdzenie nieważności decyzji albo jej uchylenie lub zmianę”⁴⁴. W takiej sytuacji, zgodnie z art. 186 k.p.a. Prezes UOKiK jest zobowiązany wszcząć postępowanie w trybie nadzwyczajnym w danej sprawie z urzędu. Pogląd ten

³⁴ Tak też Prezes UOKiK w dec. z 16.10.2020 r., DKK-188/2020 w sprawie *Panatheal/Dolnośląska Grupa Apteczna* (dalej: DKK-188/2020).

³⁵ Tak np. SOKiK w wyr. z 17.04.2014 r. XVII AmA 23/13 (dalej: Sprawa XVII AmA 23/13) i w wyr. z 25.06.2001 r., XVII AmA 31/01, niepublikowany, postanowienie NSA z 11.02.2009 r., II GSK 749/08.

³⁶ Tak DKK-188/2020.

³⁷ Ponadto, wobec dec. wydanych przed wybuchem pandemii, zmieniona sytuacja rynkowa ma miejsce już po upływie terminu na takie odwołanie, lub po jego teoretycznym wykorzystaniu.

³⁸ Patrz *Zawiadomienie Komisji w sprawie środków zaradczych dopuszczalnych na mocy rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 i rozporządzenia Komisji (WE) nr 802/2004* (2008/C 267/01) (dalej: Zawiadomienie KE), para. 71–76.

³⁹ Patrz dec. Prezesa UOKiK z 25.02.2019 r., DKK-51/2019. Decyzja ta jednak odwołuje się do ustawowych rozwiązań na podstawie art. 155 k.p.a.

⁴⁰ Z zastrzeżeniem art. 84 uokik.

⁴¹ Wyjątek może stanowić sytuacja, w której tryb nadzwyczajny może być zainicjowany tylko przez jedną ze stron, tj. w przypadkach wymienionych w art. 145 art. § 4, k.p.a. 145a § 1 k.p.a., 145b § 1 k.p.a. Tak np. Modzelewska-Wąchal, 2014.

⁴² Tak np. SOKiK w sprawie XVII AmA 23/13 i postanowienie NSA z 11.02.2009 r., II GSK 749/08.

⁴³ Tak Prezes UOKiK w DKK-188/2020 i DKK-237/2020.

⁴⁴ Podobne uprawnienie przysługuje też Rzecznikowi Praw Obywatelskich na podstawie art. 14 pkt 6 ustawy z 15.07.1987 r. o Rzeczniku Praw Obywatelskich (t.j. Dz. U. 2020, poz. 627).

potwierdza orzecznictwo⁴⁵, doktryna (Błachucki, 2012; Modzelewska-Wąchal, 2014) i praktyka Prezesa UOKiK⁴⁶.

Przedsiębiorca chcący, aby warunek został zmieniony w związku ze zmienioną sytuacją rynkową, musi liczyć na zainteresowanie sprawą ze strony Prezesa UOKiK lub prokuratora. W praktyce ciężko sobie wyobrazić, aby postępowanie było zainicjowane przez organ lub prokuratora, ponieważ mogą oni nie mieć wiedzy o trudnościach konkretnego przedsiębiorcy czy motywacji w tym kierunku. Przedsiębiorca może jednak zwiększyć swoje szanse, wykazując się inicjatywą i składając odpowiedni wniosek. Nie jest to wniosek w sensie proceduralnym i nie będzie potraktowany jak żądanie w trybie art. 61 § 1 k.p.a. (Modzelewska-Wąchal, 2014), a ma on charakter nieformalnej prośby⁴⁷. W związku z tym nie wywołuje on skutków prawnych i nie będzie inicjował właściwego postępowania, ponieważ uznaje się, że wniosek taki jest składany przez podmiot nieuprawniony. Wniosek taki może zwrócić uwagę Prezesa UOKiK na problem i zwiększyć szanse na wszczęcie odpowiedniego postępowania z urzędu.

W związku z art. 82 ust. 1 uokik wniosek-prośba przedsiębiorcy nie jest wiążący dla Prezesa UOKiK, w tym co do zarówno istoty, jak i zakresu. W doktrynie (Modzelewska-Wąchal, 2014; Banasiński i Piątek, 2009) wskazuje się jednak, że Prezes UOKiK jako organ administracji publicznej, działający w interesie publicznym i mając na względzie interes społeczny i słuszny interes obywateli, powinien wszcząć postępowanie w trybie nadzwyczajnym, jeśli strona uprawdopodobni wystąpienie przesłanek ustawowych wzruszenia decyzji. Natomiast w orzecznictwie⁴⁸ podkreśla się, że wszczęcie postępowania w trybie nadzwyczajnym zależy od uznania Prezesa UOKiK i wniesienie prośby przez stronę nie wywołuje konieczności zajęcia przez Prezesa UOKiK stanowiska w formie orzeczenia administracyjnego, w tym decyzji administracyjnej. Podkreślono również, że ustosunkowanie się Prezesa UOKiK do takiej prośby, mimo że jest przejawem woli organu administracyjnego o charakterze władczym, nie jest oparte na przepisach powszechnie obowiązujących i nie rozstrzyga konkretnej sprawy konkretnej oznaczonej strony w postępowaniu unormowanym w przepisach k.p.a. W związku z tym nie może być uznane za decyzję administracyjną⁴⁹ i nie przysługuje od niego odwołanie do SOKiK⁵⁰.

W doktrynie (Modzelewska-Wąchal, 2014; Kwieciński i Witkowska, 2016) podkreśla się jednak, że zastosowanie do takiego wniosku ma art. 61a § 1 k.p.a., mimo że nie ma on charakteru żądania w trybie art. 61 § 1 k.p.a. W związku z tym Prezes UOKiK ma obowiązek wydać postanowienie o odmowie wszczęcia postępowania w trybie nadzwyczajnym i od takiego postanowienia przysługuje wnioskodawcy zażalenie. Taki wniosek nie spotkał się jednak z aprobatą SOKiK⁵¹, który stwierdził, że przedsiębiorcy nie przysługuje środek odwoławczy w zakresie odpowiedzi Prezesa UOKiK na prośbę przedsiębiorcy o podjęcie działania z urzędu w trybie nadzwyczajnym.

Natomiast, jeśli Prezes UOKiK postanowi wszcząć postępowanie w trybie nadzwyczajnym z urzędu zgodnie z art. 61 § 4 k.p.a., musi zawiadomić wszystkie strony pierwotnego postępowania⁵².

⁴⁵ Tak np. wyr. NSA z 26.02.1986 r., II SA 2400/85.

⁴⁶ Np. dec. Prezesa UOKiK z 24.07.2009, DOK 5/2009 wydana w postępowaniu wszczętym po sprzeciwie Prokuratora Generalnego.

⁴⁷ Tak np. SOKiK w sprawie XVII AmA 23/13.

⁴⁸ Ibidem.

⁴⁹ Ibidem.

⁵⁰ Tak np. wyr. SOKiK z 25.06.2001 r., XVII AmA 31/01, niepubl i wyr. SOKiK w sprawie XVII AmA 23/13.

⁵¹ Tak wyr. SOKiK w sprawie XVII AmA 23/13.

⁵² Tak np. Prezes UOKiK w DKK-188/2020 i DKK-237/2020.

W przypadku wydania przez Prezesa UOKiK decyzji w trybie nadzwyczajnym, stronie przysługuje odwołanie w trybie art. 81 ust. 1 uokik⁵³, choć w doktrynie (Kwieciński i Witkowska, 2016) zgłaszano wątpliwości, czy aby na pewno zawsze będzie to odwołanie do SOKiK. Wydaje się jednak, że regulacja uokik w zakresie odwołania od decyzji i postanowień Prezesa UOKiK jest wyczerpująca, w związku z tym nie ma miejsca na zastosowanie trybu sądowno-administracyjnego w omawianym zakresie.

Autorzy poddają w wątpliwość czy uregulowanie art. 82 ust. 1 uokik jest optymalnym rozwiązaniem i czy nie ogranicza zbyt mocno uprawnienia przedsiębiorców, zwłaszcza biorąc pod uwagę wyjątkowy charakter trybów nadzwyczajnych przewidzianych k.p.a., które obejmują m.in. sytuacje, gdy decyzja administracyjna jest obciążona kwalifikowaną wadą prawną.

W swojej dotychczasowej praktyce decyzyjnej Prezes UOKiK nie był zbyt aktywny w zakresie korzystania z trybów nadzwyczajnych wobec decyzji dotyczących kontroli koncentracji. Analizę utrudnia brak publicznie dostępnej praktyki decyzyjnej Prezesa UOKiK w zakresie zmian jego decyzji, co może wynikać z zastosowania art. 82 ust. 1 uokik. W związku z opisanym wyżej ograniczeniem wynikającym z art. 82 ust. 1 uokik i jego konsekwencjami stanowisko Prezesa UOKiK, co do „prośb” stron o wszczęcie trybów nadzwyczajnych, nie ma charakteru orzeczenia administracyjnego i nie jest publikowane przez Prezesa UOKiK. Publikacji podlega tylko ewentualna decyzja w zakresie zmiany decyzji pierwotnej w trybie nadzwyczajnym. Natomiast o fakcie takich prośb i stanowiskach Prezesa UOKiK można dowiedzieć ze źródeł pośrednich, np. decyzji w innych sprawach⁵⁴ lub orzeczeń sądowych⁵⁵.

Według najlepszej wiedzy autorów, dotychczas Prezes UOKiK wydał co najmniej pięć takich decyzji. Dwie z nich dotyczyły zmiany warunku i zostały wydane pod koniec 2020 r.⁵⁶, tj. decyzje Prezesa UOKiK: DKK-188/2020 w sprawie *Panatheal/Dolnośląska Grupa Apteczna* i DKK-237/2020 w sprawie *DOZ/Medix* zmieniające wcześniejsze decyzje warunkowe Prezesa UOKiK⁵⁷. Zmiany dotyczyły terminów wykonania warunku, ale uniwersalny charakter art. 155 k.p.a. nie wyklucza innych zmian warunku, np. co do zakresu przedmiotowego warunku. Decyzje te są o tyle istotne, że zostały wydane w trakcie obecnej pandemii i ich zmiana była uzasadniona zmianą sytuacji rynkowej wywołanej pandemią.

W sprawach *Panatheal/Dolnośląska Grupa Apteczna* i *DOZ/Medix*, Prezes UOKiK, zmieniając decyzję warunkową, wskazał, że działa na podstawie art. 155 k.p.a. i art. 154 § 2 w zw. z art. 83 uokik. Zgodnie z art. 155 k.p.a. decyzja ostateczna, na podstawie której strona nabyła prawo, może być w każdym czasie uchylona lub zmieniona przez organ administracji publicznej, który ją wydał, jeżeli spełnione są łącznie następujące przesłanki:

- 1) strona wyraziła zgodę na zmianę lub uchylenie decyzji;
- 2) przepisy szczególne nie sprzeciwiają się uchyleniu lub zmianie takiej decyzji⁵⁸; i
- 3) za uchyleniem lub zmianą decyzji przemawia interes społeczny lub słuszny interes stron.

⁵³ Tak np. Prezes UOKiK w DKK-188/2020, postanowienie NSA z 11.02.2009 r., II GSK 749/08 i Błachucki, 2012, s. 384.

⁵⁴ Np. dec. Prezesa UOKiK z 28.12.2009 r., DKK-58/2009 (dalej: DKK-58/2009) dotycząca nałożenia kary pieniężnej za niewykonanie w terminie warunku nałożonego decyzją Prezesa UOKiK.

⁵⁵ Np. wyr. SOKiK w sprawie XVII AmA 23/13.

⁵⁶ Pozostałe dwie to decyzje Prezesa UOKiK z 8.12.2005 r., DOK 156/05, z 5.02.2003 r., RLU Nr 4/03, z 28.01.2002 r., DDI Nr 6/2002.

⁵⁷ Odpowiednio decyzja Prezesa UOKiK z 18.11.2019 r., DKK-230/2019 i z 23.12.2019 r., DKK-237/2020.

⁵⁸ W praktyce tylko decyzje ostateczne o charakterze uznaniowym mogą podlegać zmianie w trybie art. 155 k.p.a., czyli dotyczy to decyzji Prezesa UOKiK wydawanych w postępowaniu w sprawie koncentracji (Borkowski i Adamiak, 2021).

Prezes UOKiK podkreślił za orzecznictwem⁵⁹, że tryb z art. 155 k.p.a. ma zastosowanie do decyzji niewadliwych, tj. nieobarczonych wadami z art. 145 i 156 k.p.a. Ponadto podkreśla się, że celem postępowania prowadzonego na podstawie art. 155 k.p.a. nie jest ponowne merytoryczne rozstrzygnięcie sprawy, ale weryfikacja decyzji ostatecznej na podstawie przesłanek art. 155 k.p.a., tj. przesłanek celowościowych, jak interes społeczny lub słuszny interes stron. Podkreśla się również, że postępowanie w trybie art. 155 k.p.a. musi być prowadzone w ramach tego samego stanu faktycznego i prawnego oraz z udziałem tych samych stron, co decyzja, która może podlegać zmianie (tożsamość sprawy administracyjnej)⁶⁰.

Prezes UOKiK w sprawach *Panathea/Dolnośląska Grupa Apteczna* i *DOZ/Medix*, analizując spełnienie poszczególnych z powyższych przesłanek w kontekście kontroli koncentracji, wskazał m.in., że:

- 1) tożsamość sprawy administracyjnej występuje, gdy sprawa dotyczy tych samych podmiotów i tej samej zgody na dokonanie koncentracji;
- 2) pismo złożone przez stronę w sprawie zmiany decyzji, mimo że nie ma charakteru formalnego żądania, należy uznać za jednoznaczne z wyrażeniem zgody na dokonanie stosownej zmiany w zakresie wskazanym przez stronę w jej piśmie⁶¹; uzasadnionym wydaje się przyjęcie, że zmiana decyzji w zakresie odmiennym niż wnioskowany przez stronę wymaga jej odrębnej zgody i to zgody wyraźnej (Borkowski i Adamiak, 2021; Małanowski, 2020).

W zakresie stwierdzenia spełnienia przesłanek interesu społecznego i słusznego interesu stron Prezes UOKiK odwołał się do bogatego orzecznictwa sądów administracyjnych⁶². W sprawie *Panathea/Dolnośląska Grupa Apteczna* Prezes UOKiK wskazał, że przesłanka słusznego interesu strony jest spełniona, jeżeli wydłużenie terminu realizacji warunku ma na celu znalezienie rzetelnego nabywcy dającego rękojmię kontynuacji działalności zbywanego mienia. Pozwala to przedsiębiorcy na wywiązanie się z warunku nałożonego decyzją Prezesa UOKiK. Natomiast w sprawie *DOZ/Medix*, Prezes UOKiK wskazał, że wydłużenie ma na celu ostateczne sfinalizowanie transakcji i wywiązanie się z warunku nałożonego na DOZ.

W zakresie przesłanki interesu społecznego Prezes UOKiK zwrócił uwagę, że każde wydłużenie terminu na realizację warunku przedłuża utrzymanie niekorzystnej sytuacji rynkowej. Niemniej Prezes UOKiK zmierzał ku wykazaniu, że interes ten co najmniej nie jest naruszany. Uznał on, że w przedmiotowych sprawach należało uwzględnić szczególne okoliczności rynkowe związane z pandemią i utrudnieniami w realizacji transakcji, które spowodowała, a których nie można było przewidzieć na etapie przyjmowania warunku przez stronę. Prezes UOKiK podkreślił, że skutki dla całej gospodarki, wywołane nadzwyczajną sytuacją związaną z epidemią COVID-19, wpływają bez wątpienia na spowolnienie procesu związanego z poszukiwaniem odpowiedniego inwestora i ostateczne zakończenie transakcji. Biorąc pod uwagę te okoliczności i fakt, że terminy na wykonanie warunków były przedłużane o „niewiele ponad miesiąc” i „o ok. 2 miesiące”, w ocenie Prezesa UOKiK zmiany decyzji nie naruszały interesu społecznego.

⁵⁹ Tak wyr. NSA z 26.11.2010 r., I OSK 164/10.

⁶⁰ Tak wyr. NSA z 5.01.2007 r., I OSK 586/06.

⁶¹ Tak np. wyr. NSA z 13.12.1996 r., III SA 1214/95, wyr. WSA w Warszawie z 20.09.2016 r., II SA/Wa 495/16.

⁶² Patrz np. wyr. WSA w Warszawie z 20.01.2012 r., VII SA/Wa 994/11, wyr. NSA z 9.05.2005 r. OSK 1746/04, wyr. WSA w Gliwicach z 21.01.2008 r., IV SA/GL 825/07, wyr. WSA w Warszawie z 20.09.2016 r., II SA/Wa 495/16, wyr. WSA w Warszawie z 16.03.2006 r., V SA/Wa 1952/05, wyr. NSA z 3.07.2003 r., II OSK 771/07.

Inna sprawą, z której można wyciągnąć pewne wnioski w zakresie oceny zmiany warunków, jest decyzja DKK–58/2009. Wprawdzie dotyczyła ona nałożenia kary na przedsiębiorcę za niewykonanie warunku w terminie, ale w uzasadnieniu Prezes UOKiK wskazuje na wnioskowanie przez przedsiębiorcę o zmianę decyzji warunkowej. Decyzja ta nie zawiera pełnej analizy powodów, dla których Prezes UOKiK nie zdecydował się na tryb nadzwyczajny z art. 155 k.p.a.⁶³, ale wskazuje na fakty, które mogą mieć wpływ na podejście Prezesa UOKiK do zmiany decyzji warunkowej, tj.: (i) powoływanie się na kryzys gospodarczy może być nieskuteczne, jeśli przed jego wystąpieniem strona nie podejmowała kroków w celu realizacji warunków; (ii) podejście przedsiębiorcy do poszukiwania potencjalnych nabywców i sposób prowadzenia negocjacji; (iii) zgłoszenie się do Prezesa UOKiK z prośbą o zmianę tuż przed upływem terminu na wykonanie warunku może być negatywnie postrzegane, jeśli podstawy do zmiany powstały na długo przed wnioskiem; (iv) okres wydłużenia terminu na wykonanie warunku, o jaki prosi przedsiębiorca.

Podsumowując, na podstawie dotychczasowej praktyki Prezesa UOKiK można stwierdzić, że jest on otwarty na zmianę decyzji warunkowych w trybie art. 155 k.p.a. w kontekście nadzwyczajnej sytuacji związanej z pandemią koronawirusa, zwłaszcza terminu na jego wykonanie. Natomiast szanse przedsiębiorców na pozytywne rozpatrzenie prośby mogą zależeć od:

- 1) szczególnych okoliczności rynkowych związanych z pandemią i utrudnieniami w realizacji transakcji, które spowodowała i czy można było przewidzieć je na etapie przyjmowania warunku przez stronę;
- 2) starań przedsiębiorcy przed pandemią, jak i w jej trakcie, w celu wykonania warunku w terminie;
- 3) grona potencjalnych kontrahentów niezbędnych do wykonania warunku, do których zgłosił się przedsiębiorca i rzetelności prowadzenia negocjacji;
- 4) momentu zgłoszenia się do Prezesa UOKiK z prośbą o wszczęcie postępowania w trybie art. 155 k.p.a.;
- 5) zakresu wydłużenia, o jakie prosi przedsiębiorca.

Ze względu na ograniczoną praktykę decyzyjną Prezesa UOKiK można też kierować się praktyką decyzyjną KE⁶⁴, która dotyczyła zmian terminów, ale przede wszystkim zmian przedmiotowych warunków, w tym ich uchylania. Decyzje KE zawierają też szczegółowe analizy poszczególnych zmian. Można się również posłużyć unijnym *soft law*⁶⁵ wskazującym na następujące kryteria:

- 1) w przypadku zmiany terminu – niemożliwość niedotrzymania terminu wynika z przyczyn niezależnych od stron i można się spodziewać wykonania warunku w krótkim terminie;
- 2) uchylenie zobowiązania, jego zmiany lub zastąpienia może mieć miejsce tylko w wyjątkowych sytuacjach w przypadku warunków związanych ze zbyciem;
- 3) w przypadku warunków niezwiązanych ze zbyciem (behawioralnych) uchylenie zobowiązania, jego zmiany lub zastąpienia mogą mieć miejsce, jeśli (a) strony wykażą trwałą i znaczną zmianę sytuacji na rynku i (b) strony potrafią wykazać, że z doświadczenia zdobytego w trakcie

⁶³ Zostało to dokonane w formie zwykłego pisma Prezesa UOKiK.

⁶⁴ Patrz np. dec. KE: (i) z 6.02.2019 r., M.3280 – *Air France/KLM*; uchylenie części warunku, (ii) z 28.10.2011 r., COMP/M.4180 – *Gaz de France/Suez*; zmiana terminu i uchylenie części warunku, (iii) z 24.09.2019 r., M.4494 – *Evrast/Highveld*; uchylenie części warunku, (iv) z 24.02.2016 r., M.7278 – *GENERAL ELECTRIC/ALSTOM*; zmiany przedmiotowa w warunku, (v) z 22.04.2016 r., M. 7737 – *Honeywell/Elster*; zmiana przedmiotowa w warunku, (vi) z 11.04.2018 r., M.8084 – *Bayer/Monsanto*; zmiana przedmiotowa w warunku; (vii) z 13.12.2018 r., M.8440 – *DUPONT/FMC*; zmiana przedmiotowa warunku, (viii) z 4.09.2018 r., M.8465 – *VIVENDI/TELECOM ITALIA*; całkowite uchylenie warunku, (ix) z 15.05.2020 r., M.8947 – *NIDEC/WHIRLPOOL*; uchylenie części warunku, (x) z 18.05.2020 r., M.8955 – *TAKEDA/SHIRE*; całkowite zniesienie warunku.

⁶⁵ Patrz Zawiadomienie KE, par. 71–76.

stosowania warunku wynika, że jego cel można osiągnąć lepiej, jeżeli warunek ulegnie zmianie; przy tej analizie KE uwzględnia również stanowisko osób trzecich oraz wpływ, jaki zmiana może wywrzeć na ich pozycję na rynku i na ogólną skuteczność warunku; w tym kontekście KE bierze pod uwagę również fakt czy zmiany mają wpływ na prawa nabyte już przez osoby trzecie po zrealizowaniu warunku.

Praktyka decyzyjna KE również nie jest bogata, ale nie każda zmiana warunku kończy się formalną decyzją KE i mają też miejsce zmiany nieformalne⁶⁶. Być może w najbliższej przyszłości w związku z pandemią dorobek Prezesa UOKiK i KE wzbogaci się o kolejne decyzje wyjaśniające przesłanki zmian decyzji warunkowych.

VI. Wyłączenie obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji w ramach postępowania upadłościowego

Jednym ze środków przewidzianych w uokik, które mogą pomagać przedsiębiorcom w czasie perturbacji gospodarczych, jest art. 14 pkt 4 uokik przewidujący wyłączenie spod obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji następującej w toku postępowania upadłościowego. W doktrynie (Skoczny i Podlasin, 2014) podkreśla się, że dotyczy to postępowania upadłościowego, prowadzonego na podstawie ustawy z 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe⁶⁷ oraz na podstawie odpowiednich regulacji pod prawem zagranicznym⁶⁸. W tym drugim przypadku w doktrynie (Kwieciński i Witkowska, 2016; Skoczny i Podlasin, 2014) podkreślono, że takie zagraniczne postępowania upadłościowe powinny być uznawane w polskim porządku prawnym, aby korzystało z omawianego wyłączenia⁶⁹. Literalna wykładnia art. 14 pkt 4 uokik wskazuje, że zakres wyłączenia obejmuje wszystkie formy koncentracji wskazane w art. 13 ust. 2 uokik (Skoczny i Podlasin, 2014)⁷⁰ i wszelkie sposoby koncentracji przewidziane prawem upadłościowym⁷¹. *A contrario* wydaje się, że wyłączenie to nie obejmuje koncentracji w toku postępowań restrukturyzacyjnych⁷², które również mogą dotyczyć przedsiębiorców w trudnej sytuacji finansowej.

Wyjątek ten ma też istotne ograniczenie. Podstawowym jest wyłączenie z jego zastosowania przypadków, gdy przedsiębiorca, zamierzający przejąć kontrolę lub nabywający część mienia, jest konkurentem albo należy do grupy kapitałowej, do której należą konkurenci przedsiębiorcy przejmowanego lub którego część mienia jest nabywana⁷³. *Ratio legis* tego ograniczenia jest fakt, że teoretycznie koncentracje horyzontalne są związane z większym ryzykiem dla konkurencji niż np. koncentracje wertykalne i konglomeratowe. Ogranicza to znacząco praktyczne zastosowanie tej regulacji i wprowadza praktyczne wątpliwości w kontekście samooceny istnienia stosunku

⁶⁶ Zgodnie z para. 76 Zawiadomienia KE, na wniosek KE może przyjąć formalną decyzję w sprawie każdego uchylecia, zmiany lub zastąpienia warunku lub też jedynie przyjąć do wiadomości odpowiednie zmiany wprowadzone do warunku przez strony, poprawiające jego skuteczność i prawnie je wiążące.

⁶⁷ Tj. Dz. U. 2020, poz. 1228 (dalej: prawo upadłościowe).

⁶⁸ Tak np. dec. Prezesa UOKiK z 4.09.2007 r., RKT-36/2007, Skoczny i Podlasin, 2014 i Prezes UOKiK w Wyjaśnieniach w sprawie kryteriów i procedury zgłaszania zamiaru koncentracji Prezesowi UOKiK z 23.01.2015 r. (dalej: Wyjaśnienia UOKiK), pkt 3.5.

⁶⁹ Tj. postępowań upadłościowych wszczętych na podstawie rozporządzenia Rady (WE) nr 1346/2000 z 29 maja 2000 r. w sprawie postępowania upadłościowego (Dz. Urz. WE 2000 L 160/1 ze zm.) ze względu na ich uznawanie przez Rzeczpospolitą Polską z mocy prawa, postępowań upadłościowych wszczętych w państwie niebędącym członkiem UE, które zostały uznane przez Rzeczpospolitą Polską.

⁷⁰ Tak też np. Wyjaśnienia UOKiK, pkt 3.5.

⁷¹ Tj. upadłość z możliwością zawarcia układu i upadłość obejmująca likwidację majątku dłużnika. Tak Wyjaśnienia UOKiK, pkt 3.5. Prawo upadłościowe przewiduje wiele różnych form prowadzących do koncentracji – więcej w tym zakresie patrz Skoczny i Podlasin, 2014.

⁷² Ustawa z 15.05.2015 r. – Prawo restrukturyzacyjne (t.j. Dz. U. 2020, poz. 2814).

⁷³ Literalnie oznacza to, że teoretycznie możliwe jest objęcie wyłączeniem koncentracji między konkurentami, które stanowią połączenie samodzielnych przedsiębiorców lub utworzenie wspólnego przedsiębiorcy (Skoczny i Podlasin, 2014). Jednak takie sytuacje są mało prawdopodobne w praktyce.

konkurencji między stronami transakcji⁷⁴. Prezes UOKiK w swej praktyce stosuje pojęcie „rzeczywistej i potencjalnej konkurencji”. Również definicja konkurenta w art. 4 pkt 11 uokik przewiduje, że konkurent obejmuje też potencjalnych konkurentów. Już samo zidentyfikowanie rzeczywistego konkurenta może nastręczać pewnych trudności, ponieważ jest uzależnione od sposobu wyznaczenia rynków właściwych w zakresie produktowym i geograficznym, co często jest przedmiotem sporów między Prezesem UOKiK a stronami postępowań w sprawach koncentracji. Identyfikacja potencjalnego konkurenta jest tym bardziej trudna ze względu na nieostrość tego terminu zarówno w samej uokik, jak i w doktrynie i orzecznictwie. W związku z tym korzystanie z wyłączenia z art. 14 pkt 4 uokik w praktyce jest bardzo ryzykowne w kontekście konieczności samooceny istnienia stosunku konkurencji, znacząco ogranicza jego zastosowanie i nie spełnia swojej funkcji w postaci szybkiej pomocy przedsiębiorcom w trudnej sytuacji finansowej.

W praktyce w ramach postępowania upadłościowego może dojść do przejęcia kontroli nad przedsiębiorcą innym niż ten objęty postępowaniem upadłościowym, np. poprzez przejęcie akcji lub udziałów wchodzących w skład masy upadłościowej, które dadzą przejmującemu kontrolę nad innym przedsiębiorcą niż ten bezpośrednio objęty postępowaniem. W doktrynie (Wierciński, 2016) podkreśla się, że w takim przypadku przyjmuje się, że omawiane wyłączenie ma zastosowanie w zakresie, w jakim ten „inny” przedsiębiorca nie jest konkurentem przejmującego. Jednak zdaniem Prezesa UOKiK⁷⁵ w takim przypadku wyłączenie nie ma zastosowania, gdyż obejmuje ono tylko przedsiębiorcę, który jest bezpośrednio objęty postępowaniem upadłościowym, a nie innych przedsiębiorców. Zdaniem autorów takie podejście Prezesa UOKiK jest niewłaściwe, ponieważ art. 14 pkt 4 uokik pozwala na szersze objęcie wyłączeniem koncentracji „pośrednich” następujących w toku postępowania upadłościowego i nie wprowadza dodatkowego ograniczenia, że przejmowany przedsiębiorca musi być objęty tym postępowaniem. Wyłączenie to ma na celu usprawnienie postępowania upadłościowego i zwiększenie szans osiągnięcia jego celów, a taka interpretacja Prezesa UOKiK częściowo niweczy ten cel. Taka szersza interpretacja nie stwarza również zagrożenia dla konkurencji, ponieważ jeśli taka „pośrednia” koncentracja dotyczy konkurenta, to wyłączenie to nie ma zastosowania i Prezes UOKiK ma prawo jej oceny.

Z tych względów wiele koncentracji polegających na przejęciu kontroli nad przedsiębiorcami (lub części ich mienia) w co najmniej bardzo złej kondycji finansowej, na granicy wypłacalności (np. objętymi postępowaniem restrukturyzacyjnym) nadal może wymagać zgłoszenia do Prezesa UOKiK i uzyskania jego zgody. Proces przygotowania zgłoszenia i postępowanie może zabrać czas niezbędny na uratowanie takiego przedsiębiorcy (lub jego mienia) lub co najmniej znacząco utrudnić transakcję. Na koniec może nawet skutkować zmniejszeniem konkurencji, jeśli przedsiębiorca, który nie został przejęty, ostatecznie „wypadnie” z rynku.

Podczas trwającej pandemii i spowodowanego nią kryzysu gospodarczego problemy płynnościowe przedsiębiorców są nieuniknione i jest bardzo prawdopodobne, że w wielu przypadkach będą skutkowały upadłościami lub restrukturyzacjami. Jednym z oczywistych sposobów, który pozwala uratować przedsiębiorstwo dotknięte kryzysem jest jego przejęcie przez inny podmiot znajdujący się w lepszej kondycji finansowej. Transakcje fuzji i przejęć pozwalałyby zarówno na

⁷⁴ Uzasadnieniem takiego uregulowania jest fakt, że w wypadku koncentracji horyzontalnych (zachodzących między konkurentami) istnieje największe ryzyko wystąpienia negatywnego wpływu na stan konkurencji na rynku.

⁷⁵ Wyjaśnienia UOKiK, pkt 3.5.

lepszą ochronę ciągłości biznesu, w tym zatrudnienia, jak i dawałyby szansę na odbicie gospodarcze. Aby jednak takie przejęcie było skuteczne, zazwyczaj liczy się szybkość jego dokonania.

Jednym z czynników spowalniających cały proces może okazać się konieczność uzyskania wcześniejszej zgody Prezesa UOKiK (lub innych organów antymonopolowych) na koncentrację. W tym miejscu powstaje pytanie (postulat?), czy w związku z bezprecedensowym kryzysem gospodarczym UOKiK nie powinien dostosować swojego podejścia do panujących warunków gospodarczych i próbować swoim działaniem pomóc przedsiębiorcom ratowanym poprzez przejęcia? Zdaniem autorów taka pomoc mogłaby znaleźć wyraz w znaczącym przyspieszeniu tempa postępowań prowadzonych przez UOKiK, w których na szali są losy przedsiębiorców z problemami finansowymi.

Dotychczas UOKiK nie traktował priorytetowo transakcji dotyczących przedsiębiorców z trudnościami finansowymi. Wydaje się, że w związku z lekkim spadkiem liczby transakcji zgłaszanych do Prezesa UOKiK, UOKiK dysponuje środkami, w tym osobowymi, aby sprostać procedowaniu spraw przejęcia przedsiębiorców w złej kondycji finansowej znacząco szybciej niż standardowo. W praktyce Prezesa UOKiK również zdarzały się decyzje wydawane w szybkim tempie np. 77⁶ lub 87⁷ dni, więc jest to organizacyjnie możliwe. Natomiast w celu zwiększenia pewności prawnej przedsiębiorców wskazane byłoby zakomunikowanie rynkowi przez Prezesa UOKiK otwartości i elastycznego podejścia oraz warunków jego zastosowania w praktyce. Istnieje zatem pole do przyspieszenia wydawania zgód przez Prezesa UOKiK w przypadku, gdy transakcja dotyczy przedsiębiorcy z trudnościami finansowymi.

W dłuższym okresie warto postawić postulat rozszerzenia zastosowania wyłączenia z art. 14 pkt 4 uokik. Przykładowo, bez znaczącej szkody i ryzyka antykonkurencyjnych koncentracji, można by go rozszerzyć na koncentracje objęte postępowaniem restrukturyzacyjnym i pomiędzy potencjalnymi konkurentami.

VII. Zgoda nadzwyczajna i inne wyjątkowe rozwiązania przydatne w czasie kryzysu

Sprawy z zakresu kontroli koncentracji mogą, zwłaszcza w czasie kryzysu, skorzystać z dostępnej, ale w praktyce niewykorzystywanej zbyt często, instytucji zgody nadzwyczajnej. Zgodnie z art. 20 ust. 2 uokik Prezes UOKiK ma możliwość wydania decyzji wyrażającej zgodę na dokonanie koncentracji, w wyniku której konkurencja na rynku zostanie istotnie ograniczona, w szczególności przez powstanie lub umocnienie pozycji dominującej na rynku, w przypadku gdy odstępianie od zakazu koncentracji jest uzasadnione, a w szczególności jeśli przyczyni się ona do rozwoju ekonomicznego lub postępu technicznego lub może ona wywrzeć pozytywny wpływ na gospodarkę narodową.

Doktryna (Stawicki, 2016, s. 565) podkreśla, że katalog przesłanek uzasadniających wydanie zgody nadzwyczajnej jest otwarty i wydawane dotychczas zgody nadzwyczajne odwoływały się do m.in. względów bezpieczeństwa energetycznego, bezpieczeństwa publicznego, obronności państwa, korzyści ekonomicznych transferowanych do konsumentów, pluralizmu środków przekazu, względów ostrożnościowych w sektorze finansów publicznych, umożliwienia wdrożenia nowych

⁷⁶ Np. dec. z 28.08.2019 r., DKK-170/2019.

⁷⁷ Np. dec. z 11.03.2020 r., DKK-70/2020.

technologii. W kontekście pandemii COVID-19 na szczególną uwagę zasługiwałyby względy zdrowia publicznego, ochrony miejsc pracy czy pozytywne efekty ekonomiczne dla budżetu państwa i polskich przedsiębiorców.

Wydanie zgody nadzwyczajnej wymaga analizy wykazującej zarówno, że koncentracja doprowadzi do ograniczenia konkurencji oraz, że odstąpienie od zakazu jest uzasadnione z uwagi na płynące z niej korzyści ogólnogospodarcze lub społeczne. Zgodnie z orzecznictwem korzyści te powinny przy tym przeważać nad negatywnymi skutkami ograniczenia konkurencji⁷⁸.

Konkretne korzyści powinny być tak szczegółowo zdefiniowane, aby umożliwić Prezesowi UOKiK dokonanie oceny czy przeważają one nad negatywnymi skutkami ograniczenia konkurencji. W doktrynie (Skoczny i Kolasiński, 2014, s. 716) podkreśla się jednak, że ciężar dowodu spełnienia ww. przesłanek spoczywa na Prezesie UOKiK. W praktyce orzeczniczej Prezesa UOKiK panuje odmienny pogląd i Prezes UOKiK oczekuje, że to uczestnicy koncentracji dostarczą dowody na poparcie swoich twierdzeń o zasadności wydania zgody nadzwyczajnej⁷⁹. Zdaniem autorów należy przychylić się do pierwszego z ww. poglądów. To Prezes UOKiK dysponuje bowiem pełnym wglądem w materiał dowodowy w sprawie, w tym wewnętrzne analizy ekonomiczne UOKiK i wyniki badania rynkowego, z których wynika ryzyko dla konkurencji i z którego można wywodzić argumenty na temat przeważających korzyści płynących z koncentracji.

Innym przydatnym narzędziem, które nie obowiązuje jednak w polskim systemie kontroli koncentracji, jest możliwość odstąpienia od obowiązku wstrzymania się z realizacją transakcji do czasu wydania zgody przez organ ochrony konkurencji.

Zamysłem obowiązku wstrzymania się z realizacją koncentracji jest zapewnienie, że jej uczestnicy będą nadal działać niezależnie do czasu pozytywnego rozpoznania sprawy. W obliczu kryzysu gospodarczego każdy dzień opóźnienia zamknięcia transakcji może mieć wymierne negatywne skutki. Komisja Europejska w wyjątkowych okolicznościach może w trybie art. 7(3) EUMR⁸⁰ wyrazić zgodę na odstąpienie od obowiązku wstrzymania się z realizacją koncentracji. Takie odstąpienie jest szczególnie użytecznym narzędziem, jeżeli nie ma innej możliwości przyspieszenia procesu analizy sprawy. Jednocześnie wniosek może być rozpatrzony pozytywnie co do zasady, jeśli transakcja *prima facie* nie rodzi problemów na tle konkurencji, a jest to uzasadnione np. poważnymi trudnościami finansowymi przejmowanego przedsiębiorcy (takimi jak trudności z płynnością finansową czy zagrożenie upadłością).

Ciekawym przykładem odstąpienia zatwierdzonego przez Komisję podczas kryzysu finansowego w latach 2008–2009 była sprawa COMP/M.5363 *Santander/Bradford & Bingley*. Komisja rozpoznała formalny wniosek o odstąpienie i wydała na nie zgodę w dosłownie jeden dzień⁸¹.

Zgodę na odstąpienie od obowiązku wstrzymania się z realizacją transakcji KE wydała również względem transakcji dokonywanych w czasie kryzysu COVID-19. W dniu 16 lipca 2020 r. KE wydała dwie zgody na odstąpienie dotyczące tego samego przejmowanego przedsiębiorstwa dotkniętego skutkami kryzysu gospodarczego wywołanego pandemią. Sprawa była o tyle specyficzna, że przejmowane przedsiębiorstwo objęte było we Francji postępowaniem upadłościowym,

⁷⁸ Wyr. SOKiK z 14.05.2012 r., XVII AmA 41/11.

⁷⁹ Dec. Prezesa UOKiK z 8.10.2009 r., DKK-67/2009 *Cogifer/Koltram*; dec. Prezesa UOKiK z 5.03.2009 r., DKK-10/2009 *Orzeł Biały/Baterpol*; dec. Prezesa UOKiK z 8.10.2009 r., DKK-68/2009 *Rieber Foods/Food Care*.

⁸⁰ Rozporządzenie Rady (WE) nr 139/2004 z 20.01.2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz. Urz. WE 2004 L 24/1); dalej: EUMR.

⁸¹ Dec. KE z 28.09.2008 r. w sprawie COMP/M.5363 – *Santander/Bradford & Bingley*.

którego warunki *de facto* uniemożliwiłyby nabywcom udział w procesie sprzedaży, gdyby KE nie udzieliła zgody na odstępstwo od obowiązku zawieszenia zamknięcia⁸².

Na tle powyższego nasuwa się pytanie, czy polska procedura kontroli koncentracji nie powinna dopuszczać podobnych rozwiązań, które byłyby szczególnie pomocne w czasie kryzysu gospodarczego. Choć zdaje się, że kryzys nie spowodował opóźnień w rozpatrywaniu spraw przez Prezesa UOKiK, w przypadku niektórych transakcji każdy dzień ma istotne znaczenie dla powodzenia transakcji. Zdaniem autorów polska procedura powinna przewidywać rozwiązanie na wzór unijnego zwolnienia spod obowiązku wstrzymania dokonania koncentracji do czasu wydania zgody. Jak pokazuje unijna praktyka, narzędzie to nie jest wykorzystywane zbyt często, ale w sprawach, w których zgody na odstępstwa były wydawane, miały one kluczowe znaczenie dla powodzenia koncentracji. Nic nie stoi na przeszkodzie, aby podobne rozwiązanie obowiązywało również w polskiej procedurze.

VIII. Podsumowanie

Powyższa analiza pokazuje, że administracyjne wyzwania organizacji pracy UOKiK w czasie pandemii nie przełożyły się na wydłużony czas trwania postępowań w sprawach koncentracji, przynajmniej w mniej skomplikowanych przypadkach. W zakresie postępowań prowadzonych w tzw. II fazie jest jeszcze za wcześnie, aby wyciągnąć miarodajne wnioski. W praktyce decyzyjnej Prezesa UOKiK w ostatnich miesiącach w większości brakuje uzasadnień decyzji, a zatem analiza przesłanek, na których opierał się organ, wydając decyzje w czasie kryzysu, jest utrudniona. Można jednak spodziewać się, że w toku analizy materialnej zgłaszanych koncentracji Prezes UOKiK mógł napotkać utrudnienia z dostępnością danych czy oceną siły rynkowej przedsiębiorców w zmieniającym się otoczeniu ekonomicznym i doborem najwłaściwszego scenariusza alternatywnego rozwoju rynku.

Jakkolwiek, w kontekście kryzysu gospodarczego, doktryna upadającej firmy automatycznie nasuwa się na myśl, jako możliwa obrona problematycznych koncentracji, to przesłanki skorzystania z tej obrony były dotychczas interpretowane dość rygorystycznie. Mniej wymagającą alternatywą dla pełnej analizy zastosowania doktryny upadającej firmy byłoby natomiast uwzględnienie zmieniającego się otoczenia ekonomicznego przez organy ochrony konkurencji w analizie materialnej. Zmiana warunków rynkowych może bowiem zmniejszać prawdopodobieństwo wystąpienia antykonkurencyjnych skutków transakcji.

Pandemia i wywołany nią kryzys gospodarczy odbija się również na koncentracjach, które formalnie zostały rozpoznane przed wybuchem pandemii. Ma to przede wszystkim znaczenie w kontekście realizacji warunków nałożonych przez Prezesa UOKiK w decyzjach wyrażających warunkowe zgody na przeprowadzenie transakcji. Mimo braku formalnej możliwości wnioskowania przez strony koncentracji o zmianę warunków (czy to w zakresie przedmiotowym, czy czasowym), na pochwałę zasługuje otwartość Prezesa UOKiK na zmianę decyzji warunkowej z urzędu, o ile zachodzą ku temu przesłanki. Niemniej brak formalnej procedury ubiegania się o zmianę decyzji warunkowej, na wzór procedury obowiązującej wobec decyzji KE, utrudnia przedsiębiorcom

⁸² Dec. KE z 16.07.2020 r. w sprawie COMP/M.9887 – *Jingye/Ascova/FRI* i dec. KE z 16.07.2020 r. w sprawie COMP/M.9917 *Liberty/Ascova/Hayange*.

ubieganie się o zmianę i *de facto* pozbawia ich praw obrony swoich racji w przypadku odmowy zmiany decyzji przez Prezesa UOKiK.

Jednym ze środków przewidzianych w uokik, które teoretycznie mają pomagać przedsiębiorcom w czasie problemów gospodarczych, jest wyłączenie spod obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji następującej w toku postępowania upadłościowego. Wąska interpretacja zakresu tego wyłączenia przez Prezesa UOKiK i uznanie, że dotyczy ono tylko transakcji z udziałem przedsiębiorców bezpośrednio objętych postępowaniem upadłościowym jest przy tym niekorzystne i niesłusznie wyłącza z jego zakresu koncentracje dotyczące np. podmiotów zależnych upadającej spółki.

Kolejnym z możliwych proceduralnych rozwiązań dostępnych dla spraw z zakresu kontroli koncentracji, pomocnych zwłaszcza w czasie kryzysu, jest możliwość wydania przez Prezesa UOKiK zgody nadzwyczajnej. Prezes UOKiK wydaje zgodę na dokonanie koncentracji, w wyniku której konkurencja na rynku zostanie istotnie ograniczona, w szczególności przez powstanie lub umocnienie pozycji dominującej na rynku, w przypadku gdy odstąpienie od zakazu koncentracji jest uzasadnione, a w szczególności jeśli przyczyni się ona do rozwoju ekonomicznego lub postępu technicznego lub może ona wywrzeć pozytywny wpływ na gospodarkę narodową. W kontekście kryzysu wywołanego COVID-19 na szczególną uwagę zasługiwałyby względy zdrowia publicznego, ochrony miejsc pracy czy pozytywne efekty ekonomiczne dla budżetu państwa i polskich przedsiębiorców. Niemniej jednak standard oceny korzyści jest wysoki, a ponadto powinny one przewyższać antykonkurencyjne skutki koncentracji. Obecnie (luty 2021) trudno przewidzieć czy Prezes UOKiK zdecyduje się na skorzystanie z tej niewykorzystywanej od lat instytucji.

Bibliografia

- Banasiński, C. i Piontek, E. (red.). (2009). *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: LexisNexis.
- Błachucki, M. (2012). *System postępowania antymonopolowego w sprawach kontroli koncentracji przedsiębiorców*. Warszawa: UOKiK.
- Borkowski, J. i Adamiak, B. (red.). (2021). *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck/Legalis.
- Kohutek, K. (2014). W: K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Kwieciński, T. i Witkowska, A. (2016). W: A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Malanowski, J. (2020). W: R. Hauser, M. Wierzbowski (red.), *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck.
- Modzelewska-Wąchal, E. (2014). W: T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck.
- Skoczny, T. i Aziewicz, D. (2014). W: T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck.

- Skoczny, T. i Kolasiński, M. (2014). W: T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck.
- Skoczny, T. i Podlasiński, W. (2014). W: T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck.
- Stawicki, E. (2016). W: A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Wierciński, A. (2016). W: A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer.

Katarzyna Marita Szreder*

Kontrola w czasach zarazy – wyzwania dla kontroli koncentracji wynikające z pandemii koronawirusa z perspektywy europejskiej

Spis treści

- I. Wprowadzenie
- II. Wyzwania praktyczne dla urzędów ochrony konkurencji
- III. Wpływ pandemii na debaty dotyczące polityki kontroli koncentracji
- IV. Ocena zgłaszanych koncentracji
 1. Ocena koncentracji w czasie niepewności
 2. Obrona upadającego przedsiębiorstwa (*failing firm defence*)
 3. Obowiązek *standstill* (zawieszający charakter zgłoszenia zamiaru koncentracji)
 4. Środki zaradcze
- V. Podsumowanie

Streszczenie

Niniejszy artykuł stanowi przegląd wyzwań, jakie wyniknęły z pandemii koronawirusa dla kontroli koncentracji, z perspektywy europejskiej, dzieląc je na trzy kategorie: (i) wyzwania praktyczne stojące przed Dyrekcją Generalną do Spraw Konkurencji; (ii) kwestie dotyczące ogólnej polityki kontroli koncentracji i powiązane z tym naciski na przeprowadzenie reform, oraz (iii) wyzwania dla oceny koncentracji w poszczególnych sprawach zgłoszonych Komisji. Artykuł przedstawia argumenty świadczące o konieczności zachowania rygorystycznych standardów kontroli koncentracji, przy jednoczesnym twierdzeniu, że narzędzia, którymi dysponuje Komisja Europejska, są wystarczające do sprostania wyzwaniom, jakie może stawiać pandemia koronawirusa przed różnymi aspektami oceny koncentracji i postępowania antymonopolowego.

Słowa kluczowe: kontrola koncentracji; COVID; koronawirus; obrona upadającego przedsiębiorstwa; narodowi czempioni; zawieszenie koncentracji.

JEL: K21

* PhD, LL.M (EUI), LL.M(e), MA, BA (Cantab). Foundation scholar Queens' College, Cambridge. Funkcjonariusz Dyrekcji Generalnej do Spraw Konkurencji w Komisji Europejskiej, dział merger policy and case support; ORCID: 0000-0003-0718-1345. Opinie wyrażone w artykule są prywatnymi opiniami autorki i niekoniecznie odzwierciedlają oficjalną opinię Komisji Europejskiej.

I. Wprowadzenie

Zakłócenia gospodarcze spowodowane pandemią koronawirusa postawiły nowe wyzwania przed organami ds. ochrony konkurencji na całym świecie. Nie bez przyczyny wiele uwagi w tym kontekście poświęca się środkom pomocy państwa i ich unijnej kontroli zgodnie z Ramami Tymczasowymi ustanowionymi przez Komisję Europejską na czas trwania epidemii COVID-19¹. W wyjątkowych okolicznościach spowodowanych epidemią wszelkiego rodzaju przedsiębiorstwa mogą borykać się z brakiem płynności finansowej lub ponosić poważne straty. W konsekwencji od wybuchu epidemii do końca 2020 roku Komisja Europejska wydała rekordową liczbę 377 decyzji odnośnie pomocy publicznej planowanej przez państwa członkowskie². Jednak okres pandemii to okres wzmożonej pracy nie tylko dla pracowników DG COMP³ zajmujących się pomocą publiczną. Wbrew początkowym przypuszczeniom liczba zgłoszeń zamiaru koncentracji przedsiębiorców na poziomie unijnym spadła jedynie w nieznacznym stopniu w stosunku do poprzedniego roku, a niektóre miesiące przyniosły wręcz rekordową liczbę zgłoszeń.

Niniejszy artykuł omawia wyzwania stojące przed kontrolą koncentracji, jakie wyniknęły z pandemii koronawirusa, z perspektywy europejskiej. Wśród podnoszonych kwestii można wyróżnić trzy kategorie problemów: (i) wyzwania praktyczne stojące przed Dyрекcją Generalną do Spraw Konkurencji (omawiane w sekcji II); (ii) sprawy dotyczące ogólnej polityki kontroli koncentracji i powiązane z tym apele o przeprowadzenie reform (omawiane w sekcji III) oraz (iii) wyzwania dla oceny koncentracji w poszczególnych sprawach zgłoszonych Komisji (sekcja IV).

Temat wyzwań praktycznych stojących przed Komisją Europejską (jak również krajowymi organami do spraw konkurencji) może wydawać się bardziej interesujący dla osób praktykujących prawo konkurencji niż dla akademików. Jednak stanowi on nierozzerwalny element rzeczywistości świata kontroli koncentracji i ma duże znaczenie dla możliwości przeprowadzenia dogłębnego dochodzenia, a także z punktu widzenia respektowania praw proceduralnych uczestników koncentracji.

Chociaż ekonomiczne konsekwencje pandemii nie są jeszcze do końca sprecyzowane, obecny kryzys nie wymaga fundamentalnych zmian dla kontroli koncentracji. Istniejące narzędzia, zawarte w rozporządzeniu Rady Nr 139/2004 w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw, pozwalają zachować elastyczność oceny w zależności od sytuacji panującej na rynkach. Jeśli jednak mielibyśmy się czegoś nauczyć z poprzednich kryzysów finansowych, wyzwanie, jakie stoi przed organami do spraw konkurencji, nie polega tylko na przeprowadzeniu patrzącej w przyszłość oceny koncentracji w niepewnych warunkach ekonomicznych, lecz także na nieuleganiu presji ze strony przedsiębiorców lub rządów, aby rozluźnić standardy kontroli. Być może bardziej niż kiedykolwiek wcześniej, zarówno w bliższej, jak i dalszej perspektywie czasowej, odbudowa ekonomiczna wymaga zachowania rygorystycznej kontroli koncentracji w celu ochrony europejskich konsumentów.

¹ Komunikat Komisji Tymczasowe Ramy środków Pomocy Państwa w Celu Wsparcia Gospodarki w Kontekście Trwającej Epidemii COVID-19. Pozyskano z: https://ec.europa.eu/competition/state_aid/what_is_new/TF_consolidated_version_amended_3_april_8_may_29_june_and_13_oct_2020_pl.pdf (31.12.2020).

² W tym 321 decyzji, korzystając z wyznaczonych Ram Tymczasowych. Pozyskano z: https://ec.europa.eu/competition/state_aid/what_is_new/State_aid_decisions_TF_and_107_2b_107_3b_107_3c.pdf. (31.12.2020).

³ Dyrekcja Generalna do Spraw Konkurencji Komisji Europejskiej.

Jeśli zaś chodzi o szerszą potrzebę reformy systemu kontroli koncentracji, sytuacja związana z pandemią COVID-19 nie wykreowała nowych dyskusji, lecz raczej zwiększyła nacisk na potrzebę znalezienia szybkich rozwiązań dla istniejących już debat. Artykuł ogranicza się do oceny wpływu, jaki pandemia miała na te zagadnienia, bez dogłębnej analizy poruszonych zagadnień, które mogłyby być tematem do oddzielnej dyskusji.

II. Wyzwania praktyczne dla urzędów ochrony konkurencji

Kiedy w połowie marca 2020 r. pracownicy Dyrekcji Generalnej do spraw Konkurencji (dalej: DG COMP) zaczęli pracować zdalnie ze swoich domów, nikt nie spodziewał się, że będzie to trwało tak długo. Jeszcze na dwa dni przed zamknięciem biura dla wszystkich, z wyjątkiem pracowników pełniących krytyczne funkcje i na potrzeby niezbędnych spotkań, wydawało się, że *lockdown* potrwa najwyżej kilka tygodni i to na takie utrudnienia należy się przygotować. Czas zweryfikował jednak te założenia.

Już po brukselskich zamachach bombowych w marcu 2016 roku Komisja wzmocniła swoje przygotowanie informatyczne na wypadek konieczności pracy zdalnej pracowników, aby zachować ciągłość pracy Komisji. Takie przygotowanie jest szczególnie ważne z punktu widzenia postępowań w sprawie zamiaru koncentracji, które ograniczone są ścisłymi ramami czasowymi na podjęcie decyzji. Zgodnie z artykułem 10(6) rozporządzenia 139/2004 brak decyzji oznacza automatyczną zgodę na koncentrację. Jednak w swojej trzydziestoletniej praktyce Komisja Europejska jeszcze nigdy nie zaniechała obowiązku wydania decyzji odnośnie do zgłoszenia koncentracji, niezależnie od tego czy zezwalała ona na koncentrację, czy nie. Kryzys wywołany koronawirusem nie zmienił tej sytuacji.

Nikt nie spodziewał się jednak, że gotowość do pracy zdalnej będzie potrzebna nie tylko do krótkotrwałych nagłych wypadków, lecz także do długotrwałej pracy w warunkach „nowej normalności”. Przedłużający się *lockdown* postawił więc przed służbami informatycznymi i przed pracownikami Komisji daleko idące wyzwania związane z pracą zdalną. W pierwszej kolejności dotyczyły one zapewnienia mocy serwerów zdolnej długotrwale obsłużyć ponad 30 000 pracowników Komisji, w warunkach kiedy sieci internetowe w całym kraju były przeciążone ze względu na zamknięcie większości populacji w domach. W ciągu covidowych miesięcy systemy informatyczne i programy dedykowane dla DG Comp uległy znacznym ulepszeniom, aby usprawnić pracę zespołów pracujących nad sprawami dotyczącymi zamiaru koncentracji.

Podobnie jak w innych działach administracji i w sektorze prywatnym, praktycznie wszystkie spotkania zarówno wewnętrzne, jak i zewnętrzne musiały przenieść się do świata wirtualnego. Problem zapewnienia efektywnej i bezpiecznej komunikacji poprzez komunikatory internetowe nie dotyczy jedynie organów do spraw konkurencji. Jednak stanowi szczególne wyzwanie wobec konieczności przeprowadzenia postępowania antymonopolowego, którego badanie rynkowe w dużej mierze polega na informacjach przekazywanych od uczestników rynku. Oczywiście Komisja Europejska ma prawo zwrócić się z wnioskiem o udzielenie informacji (artykuł 11 rozporządzenia 139/2004) w formie pisemnej i ten sposób pozyskiwania informacji był powszechnie używany również przed pandemią. Tak samo wiele rozmów z uczestnikami rynków odbywało się już wcześniej drogą telefoniczną ze względu na odległości jakie dzieliły rozmówców.

Jednak część spotkań musiała zmienić swój charakter, co w pewnej mierze utrudniło proces pozyskiwania informacji.

Tę zmianę w sposobie komunikowania się odczuli również przedsiębiorcy, którzy wyrazili zamiar połączenia swoich przedsiębiorstw. Wiosną 2020 roku Komisja zorganizowała pierwsze w historii wysłuchanie stron w formie wirtualnej, co było wyzwaniem ze względu na konieczność zachowania poufnego charakteru tego wysłuchania oraz zachowania praw stron do obrony (zgodnie z artykułem 18 rozporządzenia 139/2004). Ograniczenia w możliwości swobodnego poruszania się wymusiły także wirtualny charakter spotkań *state of play* ze stronami. Spotkania Komitetu Doradczego państw członkowskich, wymagane w przypadku dogłębnego postępowania tzw. drugiej fazy, również zaczęły odbywać się w całości w formie wirtualnej (już wcześniej państwa członkowskie miały możliwość uczestniczenia w tych spotkaniach w formie elektronicznej, jednak nie wszystkie z tego korzystały).

W związku z trudnościami w poruszaniu się Komisja Europejska zaczęła umożliwiać stronom postępowania składanie zgłoszeń o zamiarze koncentracji w formie elektronicznej, odstępując od wymogu składania dokumentacji w formie papierowej⁴. Ciągłość działania DG COMP nie została przerwana. Jednak ze względu na wyniki w niektórych przypadkach trudności ze zbieraniem informacji od stron zgłaszających i stron trzecich, takich jak ich klienci, konkurenci i dostawcy, jak również inne zakłócenia spowodowane wybuchem epidemii koronawirusa, Komisja zachęcała strony do omawiania terminów składania powiadomień o transakcjach z odpowiednim zespołem zajmującym się sprawą. Jednocześnie DG COMP wykazała gotowość zajęcia się przypadkami, w których przedsiębiorstwa mogą wykazać bardzo ważne powody do niezwłocznego dokonania zgłoszenia połączenia. Trudność w gromadzeniu informacji stanowi utrudnienie nie tylko dla Komisji, lecz także dla stron postępowania, które liczą na szybką ocenę koncentracji i, w odpowiednich przypadkach, rozwianie wątpliwości, jakie może ona rodzić.

Komisja poradziła sobie z wyzwaniami praktycznymi stojącymi przed nią w obliczu pandemii koronawirusa, poprzez wprowadzenie szeregu nowych rozwiązań, zachowując przy tym proceduralne standardy postępowań i nie rozluźniając standardów oceny koncentracji⁵. Wyzwanie to może być jednak dużo trudniejsze dla organów ds. konkurencji państw członkowskich, szczególnie tych mniejszych, które nie mają tak bogatego zaplecza informatycznego.

W kilku wypadkach postępowanie prowadzone przez Komisję zostało zawieszono w wyniku decyzji z art. 11(3), jednak Komisja nie może być obwiniana o opóźnienia, które leżą w gestii stron postępowania. Bez wątpienia, zbieranie dokumentów wewnętrznych przedsiębiorstwa lub innych informacji wymaganych przez Komisję od stron postępowania, mogło być dla nich trudniejsze wtedy, kiedy fizyczny dostęp do dokumentów został ograniczony. Jednak w kilku sprawach wysokiej rangi spowolnienia były raczej związane z faktem, iż strony zmieniły własną ocenę opłacalności transakcji lub zdecydowały się renegocjować jej warunki. Statystyki gromadzone przez DG COMP wykazują jedynie nieznaczny spadek liczby zgłoszeń zamiaru koncentracji w 2020 r. (5,5% w stosunku do poprzedniego roku). Jak podają statystyki zamieszczone na stronie urzędu⁶,

⁴ Jest to rozwiązanie tymczasowe, wprowadzone w odpowiedzi na trudności w poruszaniu się wynikające z pandemii koronawirusa. W dniu 26.03.2021 Komisja otworzyła konsultację publiczną i opublikowała wstępną ocenę skutków, między innymi w odniesieniu do możliwości wprowadzenia takiego rozwiązania na stałe. Pozyskano z: <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12957-Revision-of-certain-procedural-aspects-of-EU-merger-control>.

⁵ Procent interwencji (czyli koncentracji wymagających środków zaradczych, zabronionych, i wycofanych zgłoszeń) utrzymał się na stabilnym poziomie i wynosił 5,1%. Pozyskano z: <https://ec.europa.eu/competition/mergers/statistics.pdf> (4.01.2021).

⁶ <https://ec.europa.eu/competition/mergers/statistics.pdf>.

w 2020 r. do Komisji dostarczonych zostało 361 zgłoszeń zamiaru koncentracji, tj. o 21 mniej niż w roku poprzednim, który to jednak był trzecim najwyższym wynikiem w historii kontroli koncentracji na poziomie europejskim⁷. Liczba zgłoszeń w 2020 r. nie odbiega od średniej z ostatnich 6 lat (363). Jak do tej pory nie można mówić o załamaniu liczby zgłoszeń podobnej do tej w okresie poprzedniego kryzysu finansowego, kiedy to między rokiem 2007 a 2009 liczba zgłoszeń spadła o 36% do poziomu 259 zgłoszeń. Biorąc jednak pod uwagę, że początków poprzedniego kryzysu finansowego można szukać już w 2007 r.⁸, być może jest jeszcze za wcześnie, aby zaobserwować znaczne zmiany w liczbie zgłoszeń. Należy jednak pamiętać, iż obecny kryzys nie został wywołany czynnikami ekonomicznymi i jego rozwój może przybrać inny charakter, w zależności od rozwoju sytuacji epidemiologicznej, restrykcji z tym związanych, jak również programu pomocy przewidzianego przez poszczególne państwa.

Liczba zgłoszeń na poziomie europejskim nie spadła we wczesnych tygodniach izolacji, ponieważ wnioski zgłoszeniowe były przygotowane już wcześniej. Wiele osób spodziewało się spowolnienia aktywności inwestycyjnej w okresie przedłużającej się niepewności, jednak statystyki zgłoszeń sugerują, że pandemia nie wywołała takiego skutku wśród największych przedsiębiorstw działających na skalę europejską. Zgłoszenia nadal napływały do Komisji, bez wyraźnych momentów załamania. Jedyne wahania zaobserwowano w okresie letnim, są one jednak typowe dla tego okresu niezależnie od kryzysu pandemicznego. Do Komisji nie dotarła jednak (jeszcze?) fala zgłoszeń dotyczących przejęć przedsiębiorstw w upadłości lub z poważnymi problemami finansowymi, które mogłyby spowodować podniesienie argumentu obrony upadającego przedsiębiorstwa (*failing firm defence*). To potencjalne wyzwanie dla Komisji omówione jest jednak od strony merytorycznej szczegółowo w sekcji III.

III. Wpływ pandemii na debaty dotyczące polityki kontroli koncentracji

Jak wspomniano na wstępie, pandemia i wywołany przez nią kryzys może mieć wpływ na debaty wokół ogólnej polityki dotyczącej kontroli koncentracji. Wybuch kryzysu szybko stał się argumentem dla przedsiębiorstw za rozluźnieniem standardów oceny i zaaprobowaniem „koncentracji kryzysowych” przez organy do spraw konkurencji⁹. Pandemia może stać się również argumentem przemawiającym za „ochroną” krajowych przedsiębiorstw i promowaniem narodowych czempionów. Pomysł ten nie jest nowy, Organizacja Współpracy Gospodarczej i Rozwoju (OECD) debatowała na ten temat już w 2009 roku¹⁰. Nie jest to również problem dotyczący jedynie Europy, również w Australii w kontekście pandemii pojawiły się głosy przemawiające za tym, aby chronić krajowe przedsiębiorstwa, szczególnie te w pewnych strategicznych sektorach gospodarki przed importem (Sims, 2020).

⁷ Rekordowa liczba zgłoszeń napłynęła do Komisji Europejskiej w 2018 roku (414).

⁸ Jako moment przełomowy dla poprzedniego kryzysu finansowego i symboliczny moment jego rozpoczęcia uznaje się upadłość Lehman Brothers, jednego z największych banków inwestycyjnych na świecie, 15.09.2008 roku. Jednak już rok wcześniej pojawiły się pierwsze sygnały słabnięcia gospodarki, a upadłość dwóch funduszy inwestycyjnych banku Bear Stearns można uznać za preludium kryzysu, którego szczyt nastąpił w latach 2008–2009.

⁹ Zob. np. OECD, Merger control in the time of COVID-19: „The issue of whether current standards of proof and procedures are appropriate to address urgent mergers involving firms in financial distress is again under scrutiny” (PL [tłum. własne]: Kwestia, czy obecne standardy dowodowe i procedury są odpowiednie w przypadku pilnych połączeń przedsiębiorstw znajdujących się w trudnej sytuacji finansowej, ponownie podlega badaniu). Pozyskano z: <https://www.oecd.org/daf/competition/Merger-control-in-the-time-of-COVID-19.pdf> (28.03.2021); Theophile i Faber, 2020.

¹⁰ OECD, *OECD Policy Roundtables: Competition policy, Industrial Policy and National Champions*, DAF/COMP/GF(2009)9.

Jednak wnioski wyciągnięte z poprzednich kryzysów wyraźnie sugerują, że rozluźnienie standardów i pozwolenie na zwiększoną koncentrację rynków w imię ekonomii skali nie prowadzi do niczego dobrego. Kluczową lekcją, jaka wypłynęła z Wielkiego Kryzysu w latach trzydziestych w Stanach Zjednoczonych była obserwacja, że środki, które sprzyjają koordynacji między przedsiębiorstwami mogą mieć negatywny wpływ na tempo odbudowy ekonomicznej zamiast wspierać budowę warunków konkurencji między nimi¹¹. Tworzenie i utrzymywanie warunków zdrowej konkurencji jest niezbędne dla długoterminowego powodzenia ekonomicznego. Gospodarka socjalistyczna może służyć tu jako ilustracja, że brak konkurencji nie prowadzi do zmniejszenia kosztów lub zwiększenia innowacyjności – potwierdza to również bogata literatura ekonomiczna.

W tym kontekście ważnym staje się, aby nie ulec pokusie poszukiwania szybkich rozwiązań na długotrwałe problemy. Kryzysy mogą wywoływać lub przyczyniać się do wartościowej debaty, jednak mogą też być złym czasem na podejmowanie decyzji mających mieć wpływ na niekryzysową rzeczywistość. Na obecnym etapie rzeczywistość ta jest wielce niepewna, a lekcje jakie możemy wyciągnąć w kryzysu pandemicznego mogą być mniej niż oczywiste, między innymi ze względu na fakt, iż obecny kryzys był wywołany wydarzeniem poza ekonomicznym, a nie wadą naszych systemów ekonomicznych.

W odpowiedzi na sytuację pandemiczną głos organów ds. ochrony konkurencji powinien być głośny i wyraźny, aby przeciwstawić się próbom użycia argumentów powołujących się na szeroko pojęty interes publiczny, które pozwalałyby na szkodliwe, antykonkurencyjne koncentracje. Należy pamiętać, że dobrobyt ekonomiczny sztucznie stworzonych czempionów nie musi być zgodny z dobrobytem konsumentów, podobnie jak interesy poszczególnych państw członkowskich niekoniecznie przedkładają interesy europejskich konsumentów nad zyski łączących się przedsiębiorstw. Nie oznacza to jednak, że prawo konkurencji stoi w sprzeczności z polityką przemysłową państw członkowskich. Polityka ochrony konkurencji nie ma nic przeciwko czempionom, którzy wyrastają w procesie uczciwej konkurencji jako przedsiębiorstwa, które są bardziej efektywne, wydajne i innowacyjne niż ich konkurenci. Ocena konkurencyjna, dokonywana w kontekście poszczególnych postępowań, bierze pod uwagę wszystkie te uwarunkowania czy też powody, dla których czempioni mogą być potrzebni. Jednocześnie należy zwrócić uwagę, że cele polityki przemysłowej mogą być realizowane na wiele sposobów, a dobrze przemyślana polityka przemysłowa nie stoi w sprzeczności z konkurencją¹².

Poza dyskusją toczącą się wokół standardów oceny konkurencji i połączoną z tym kwestią narodowych czempionów obecny kryzys być może w unikalny sposób zwrócił uwagę na kwestie związane z digitalizacją. Kryzys pandemiczny głównie ze względu na ograniczenia w możliwościach poruszania się i kontaktu zmienił nasz sposób komunikacji i zwiększył zależność od usług cyfrowych oferowanych przez wielkie korporacje. Potrzeba ochrony konsumentów korzystających z cyfrowych udogodnień jest teraz widoczna być może bardziej niż kiedykolwiek. W zakresie ochrony konkurencji nie doprowadziło to do powstania nowych dyskusji wokół problemu, a raczej wpisało się w priorytety istniejącej już polityki Komisji. Mogło to jednak wpłynąć na zwiększenie nacisku na znalezienie rozwiązań na problemy pojawiające się w tej sferze.

¹¹ Sims, 2020, s. 3.

¹² Zob. również Levy, Little i Mostyn, 2019 na temat ożywienia dyskusji dotyczącej czempionów, jakie nastąpiło po ogłoszeniu dec. Komisji w sprawie M.8677 *Siemens/Alstom* i szerszego kontekstu tej debaty.

Cieszyć może fakt, iż wysiłki Komisji w tym zakresie nie zostały przerwane przez codzienne wyzwania związane z zachowaniem ciągłości pracy i prowadzeniem postępowań w okresie pandemii. W grudniu Komisja opublikowała projekt Aktów o rynkach cyfrowych i usługach cyfrowych, które mają objąć swoim zakresem tzw. strażników dostępu¹³. Choć w swoim założeniu Akty te nie dotyczą bezpośrednio kontroli koncentracji, mają one pozwolić na gromadzenie informacji na temat przejęć prowadzonych przez strażników dostępu, co może ułatwić wykrywanie i analizę szkodliwych koncentracji w tym tzw. *killer acquisitions*. Biorąc pod uwagę wcześniejsze zapowiedzi Komisarz Vestager, co do zamiaru zwiększonego korzystania z możliwości, jakie daje artykuł 22 rozporządzenia 139/2004 (Vestager, 2020)¹⁴ dotyczący odesłań koncentracji do Komisji przez państwa członkowskie, może to być ciekawe rozwiązanie pomagające w skutecznym wykrywaniu szkodliwych koncentracji w sferze cyfrowej.

Wytyczne Komisji dotyczące stosowania mechanizmu odsyłania spraw przewidzianego w art. 22 rozporządzenia w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw zostały opublikowane wcześniej niż pierwotnie zakładano i dotyczą one między innymi przejęć przedsiębiorstw, które są ważnym innowatorami lub prowadzą potencjalnie istotne badania, co może wskazywać, że Komisja zamierza kłaść większy nacisk na ochronę konkurencji w wymiarze wykraczającym poza kwestie cen usług i produktów. Takie szerokie podejście do ochrony konkurencji może mieć kluczowe znaczenie w kontekście odbudowy ekonomicznej po kryzysie. Samo zachęcenie do odsyłania większej liczby spraw i akceptowanie większej liczby takich odesłań – zwłaszcza w przypadkach, gdy transakcja nie osiąga krajowych progów kontroli połączeń – umożliwi rozpoznawanie połączeń, które mogą mieć znaczący wpływ na konkurencję na rynku wewnętrznym, a które mogłyby uniknąć kontroli w przeciwnym wypadku¹⁵.

IV. Ocena zgłaszanych koncentracji

1. Ocena koncentracji w czasie niepewności

Nawet jeżeli okaże się, że koronawirus nie doprowadzi do zwiększonej liczby zgłoszeń koncentracji, obecnie wydaje się, że może on być przyczyną pojawienia się wielu bardzo skomplikowanych spraw wymagających zwiększonego nakładu pracy i uwagi. Chodzi tu nie tylko o możliwość zwiększenia się liczby zgłoszeń dotyczących już skoncentrowanych rynków lub wręcz rynków oligopolistycznych, lecz także zgłoszeń opierających swoją argumentację za zatwierdzeniem koncentracji na załamaniu się rynków i niepewnej przyszłości. Taka argumentacja może powoływać się na obronę upadającego przedsiębiorstwa (*failing firm defence*, omówiona szczegółowo poniżej), ale nie musi. Może ona wnosić jedynie o wzięcie pod uwagę zmienionych warunków konkurencji lub opierać się na twierdzeniu, iż przedsiębiorstwo będące celem przejęcia

¹³ European Commission Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act) COM(2020) 842 final; European Commission Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Single Market For Digital Services (Digital Services Act) and amending Directive 2000/31/EC COM(2020) 825 final.

¹⁴ Dnia 26.03.2021 Komisja Europejska opublikowała Wytyczne Komisji dotyczące stosowania mechanizmu odsyłania spraw przewidzianego w art. 22 rozporządzenia w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw w odniesieniu do określonych kategorii spraw, które objaśnia, jakie kategorie koncentracji mogą być odpowiednimi kandydatami do odesłania do Komisji w przypadku, kiedy państwa członkowskie same nie mają pierwotnej właściwości w odniesieniu do danej transakcji. Pozyskano z: https://ec.europa.eu/competition/consultations/2021_merger_control/guidance_article_22_referrals.pdf (28.03.2021).

¹⁵ Komisja Europejska, Komunikat Prasowy, Połączenia przedsiębiorstw: Komisja ogłasza wyniki oceny i działania następcze w odniesieniu do proceduralnych i jurysdykcyjnych aspektów kontroli połączeń na poziomie UE, 26.03.2021.

będzie w przyszłości mniej konkurencyjne. Można spodziewać się, że kancelarie prawne okażą się kreatywne w tym zakresie.

Ustalenie czy twierdzenia podnoszone przez strony są wiarygodne i odzwierciedlają prawdopodobny rozwój sytuacji na rynku niewątpliwie stanowi wyzwanie dla organów do spraw konkurencji, nie tylko na poziomie europejskim. Strony mogą argumentować bowiem, że dotychczasowa sytuacja na rynku uległa zmianie, a przyszłość będzie wyglądać zupełnie inaczej, niż mogłoby się wydawać w normalnych warunkach ekonomicznych. Brak wiarygodnych zewnętrznych danych utrudnia ocenę koncentracji i jej wpływu na rynek. Należy jednak nadmienić, że konieczność dokonania oceny dotyczącej przyszłości i kierunków rozwoju rynków nie jest czymś nowym dla urzędników DG Comp zajmujących się kontrolą koncentracji. Dynamicznie rozwijające się rynki, szczególnie te, w których innowacyjność stanowi ważny aspekt konkurencji lub wręcz gdzie innowacja prowadzi do kreowania nowych rynków, w tym rynków gdzie efekty sieciowe mogą mieć istotne znaczenie, wymagają oceny konkurencji w niepewnych warunkach dotyczących przyszłości. Prawo konkurencji jest wystarczająco elastyczne, aby wziąć pod uwagę zmienne warunki na rynkach, również te, które mogą wynikać z ekonomicznego kryzysu wywołanego pandemią koronawirusa.

Koronawirus i kryzys ekonomiczny nim wywołany powinny być jednak brane pod uwagę tylko do tego stopnia, w jakim naruszają fundamenty danego rynku. Krótkotrwałe trudności, których doświadczają niektóre przedsiębiorstwa nie muszą odzwierciedlać długotrwałej struktury rynku, na którą koncentracja może mieć negatywny wpływ. Nie wiadomo jeszcze jak daleko idące i jak długotrwałe mogą być skutki obecnego kryzysu, co może skłaniać ku ocenie opartej na mniej długotrwałej perspektywie czasowej, która jest bardziej przewidywalna. Odpowiednie ramy czasowe dla oceny wpływu koncentracji na rynek będą zależały od sektora czy też gałęzi przemysłu. Nie istnieje tu sztywna reguła, która mogłaby być zastosowana dla wszystkich spraw. Przykładowo, cykle ekonomiczne w przemyśle farmaceutycznym czy aeronautycznym są z reguły zdecydowanie dłuższe niż przy produkcji warzyw czy na wielu rynkach detalicznych.

Należy również pamiętać, że kryzys ekonomiczny wywołany koronawirusem nie miał jednako negatywnego wpływu na wszystkie rynki i sektory. Podczas gdy przemysł hotelarski, restauracyjny czy przewóz osób były być może najbardziej dotknięte obecnym kryzysem, inne gałęzie gospodarki, w tym niektóre usługi i platformy internetowe czy też produkcja rowerów zanotowały rekordowe wzrosty sprzedaży.

Z punktu widzenia przyszłej odnowy ekonomicznej, niezbędnym jest więc zachowanie rygorystycznej oceny przywołanej argumentacji i nieuwzględnianie nieopartych dowodami twierdzeń, które nie mają oparcia w rzeczywistości i próbują jedynie wykorzystać sytuację. Należy sobie zadać również pytanie, czy cel przejęcia lub przedsiębiorstwo dokonujące zakupu jest w jakiś szczególny sposób dotknięte przez obecny kryzys, tak że jego udział w rynku może się zmniejszyć względem innych uczestników rynku i czy jego rzekome problemy finansowe nie są wyolbrzymiane na potrzeby przejęcia. Niepewność przy ustalaniu alternatywy wobec scenariusza połączenia przedsiębiorstw (*counterfactual*) może działać zarówno na korzyść, jak i niekorzyść łączących się przedsiębiorstw. Sytuacja konkurencyjna na rynku mogła się zmienić w wyniku nowych regulacji lub postępu technologicznego ze strony rywali. Jednocześnie część przedsiębiorstw mogła opuścić rynek (*market exit*) lub też prawdopodobieństwo wejścia na rynek (*market entry*) mogło się

zmniejszyć w wyniku zastoju na rynku lub niepewności. Wszystkie te czynniki muszą być wzięte pod uwagę przy ocenie koncentracji.

Warto również zwrócić uwagę na wertykalne połączenia między firmami. Jednym z szeroko zaobserwowanych zjawisk wywołanych kryzysem pandemicznym było przerwanie łańcuchów dostaw produktów. Aby przeciwdziałać tej sytuacji, przedsiębiorstwa mogą rozważać integrację pionową. Takie połączenia mogą prowadzić do pewnych usprawnień (*efficiencies*), jednak nie należy zapominać o długoterminowym wpływie wynikającym z takiej koncentracji i możliwości wystąpienia *input foreclosure*, czyli zamknięcia lub utrudnienia dostępu do czynników produkcji. Nie należy więc rozluźniać standardów oceny w takich sytuacjach, gdyż długofalowe negatywne skutki dla konsumentów mogą przewyższać chwilowe zyski dla łączących się przedsiębiorstw.

W ostateczności, w przypadku niepewności co do przyszłych skutków wywołanych koncentracją, należy rozważyć przełożenie połączenia na później, kiedy sytuacja się ustabilizuje i być może wątpliwości związane z transakcją zostaną rozwiane. Nie jest to jednak możliwe gdy przedsiębiorstwu grozi upadłość. Obrona upadającego przedsiębiorstwa nie jest czynnikiem który mógłby złagodzić obawy o stan konkurencji na rynku, jednak takie połączenie może być lepszą alternatywą dla rynku. Jak zostało to wyjaśnione dogłębniej poniżej, należy zachować jednak szczególną uwagę, aby to rozwiązanie nie było nadużywane jako pretekst dla zatwierdzenia koncentracji.

2. Obrona upadającego przedsiębiorstwa (*failing firm defence*)

Pogarszająca się sytuacja finansowa przedsiębiorstwa będącego celem przejęcia (*target undertaking*) może doprowadzić do użycia argumentu obrony upadającego przedsiębiorstwa dla usprawiedliwienia koncentracji, która w przeciwnym wypadku zostałaby określona jako szkodliwa dla konkurencji. Podniesienie tego argumentu jest jednak poniekąd przyznaniem się, że transakcja wywołuje negatywne skutki na rynku i z tego powodu jest on rzadko używany przez strony postępowania. Jeszcze rzadziej argument ten jest akceptowany przez Komisję jako efektywny dla zatwierdzenia koncentracji. W trzydziestoletniej historii kontroli koncentracji na poziomie europejskim zaledwie kilka transakcji zostało zatwierdzonych w oparciu o ten sposób obrony (patrz M.308 *Kali+Salz/MDK/Treuhand*, M.2314 *BASF/Pantochin/Eurodiol*; M.6976 *Aegan/Olympic (II)*).

Zasady, według których Komisja może zadecydować iż połączenie, które w innym przypadku byłoby problematyczne, jest jednak zgodne z zasadami wspólnego rynku, ponieważ jedną z łączących się stron jest upadające przedsiębiorstwo, są dobrze ugruntowane i podobne do zasad stosowanych w innych jurysdykcjach¹⁶. Zgodnie z wytycznymi w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw¹⁷, podstawowym wymogiem jest, aby pogorszenie struktury konkurencji, które następuje po połączeniu nie wynikało z połączenia. Stałoby się tak, jeżeli struktura konkurencji rynku pogorszyłaby się co najmniej w tym samym stopniu, jak w przypadku braku połączenia. Komisja Europejska stosuje trzy kumulatywne kryteria, które muszą zostać spełnione, aby obrona upadającego przedsiębiorstwa została uznana:

¹⁶ OECD, *OECD Policy Roundtables, The Failing Firm Defense*, DAF/COMP(2009)38. Pozyskano z: <http://www.oecd.org/daf/competition/mergers/45810821.pdf>, s. 13 (31.12.2020); zob. też: Levy, Culley, Pepper, Lazda i Dean, 2020, porównujący europejskie i amerykańskie podejście do konceptu *failing firm defence*.

¹⁷ Wytyczne w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw na mocy rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw, 2004/C 31/03.

- 1) przedsiębiorstwo, które podobno ma upaść, zostałoby w najbliższej przyszłości wyparte z rynku ze względu na trudności finansowe, jeśli nie zostałoby przejęte przez inne przedsiębiorstwo;
- 2) nie istnieje żadna inna mniej antykonkurencyjna alternatywa zakupu niż owe połączenie;
- 3) gdyby nie doszło do połączenia aktywa upadającego przedsiębiorstwa nieuchronnie opuściłby rynek¹⁸.

Jest bardzo mało prawdopodobne, aby ta dobrze ugruntowana reguła miała się zmienić w obliczu obecnego kryzysu. Kryteria stosowane przez Komisję Europejską w takich przypadkach mają zapobiec sytuacjom, w których upadłość przedsiębiorstwa stosowana jest jako pretekst. Gdyby Komisja nie wymagała przekonujących dowodów w takich sprawach, taka obrona stałaby się furtką dla szkodliwych dla konkurencji koncentracji. Przedsiębiorstwa mające podlegać przejęciu mają wyraźną motywację finansową, aby sprzedać swoje mienie jednemu z ich głównych konkurentów. Szczególnie rygorystyczna ocena jest niezbędną w przypadku twierdzenia częściowego upadku przedsiębiorstwa. Rygorystyczna ocena ma w takich wypadkach przede wszystkim przeciwdziałać oportunistycznym próbom pozbycia się mniej dochodowych oddziałów przedsiębiorstwa. Z tego powodu ważne jest, aby dokładnie przyjrzeć się czy na pewno nie istnieją mniej antykonkurencyjne alternatywy dla sprzedaży.

Mimo że potrzeba rygorystycznej oceny twierdzeń dotyczących rychłego upadku przedsiębiorstwa zdaje się być oczywista, w obliczu pandemii koronawirusa Komisja może znaleźć się pod naciskiem, aby rozluźnić standardy oceny. Chociaż na poziomie europejskim nie istnieje ryzyko, że rządy przeciwstawiają się rygorystycznej ocenie konkurencyjnej poprzez interwencję w imieniu obrony interesów publicznych (wiele krajowych systemów kontroli koncentracji pozwala na taki wyjątek),¹⁹ nie można wykluczyć nieformalnych nacisków pod pretekstem koronawirusa, aby pokazać, że państwa członkowskie i Unia Europejska nie pozostają bezczynne. Takie działanie mogłoby mieć jednak zgubne skutki dla europejskich konsumentów i perspektywy odnowy ekonomicznej.

Podobnie jak w 2008 roku, OECD rekomenduje szczegółową ocenę takich twierdzeń w kontekście obecnego kryzysu²⁰. W następstwie kryzysu finansowego z 2008 roku Komitet branżowy OECD zajmujący się prawem konkurencji urządził dyskusję na temat obrony upadającego przedsiębiorstwa w kontekście kontroli koncentracji²¹. Z dokumentu wynika nie tylko przeświadczenie, że obrona upadającego przedsiębiorstwa może być podnoszona częściej w obliczu finansowych i ekonomicznych kryzysów, lecz także, co ważniejsze, że standardy dotyczące tej obrony nie powinny być rozluźniane w czasie kryzysu, a co najwyżej może pojawić się miejsce na usprawnienie procedury przeglądu takiego twierdzenia²². Delegaci, którzy brali udział w dyskusji byli zgodni, że nie ma usprawiedliwienia dla takiej zmiany. Istnieją inne narzędzia, takie jak na przykład prawo

¹⁸ Wytczne w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw na mocy rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw, 2004/C 31/03, par. 90.

¹⁹ Co ciekawe, w polskim systemie prawnym koncept *failing firm defence* nie funkcjonuje oddzielnie, lecz może być oceniony właśnie w ramach artykułu dotyczącego obrony interesów publicznych. Zob. art. 20 ustawy z 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz.U. 2021, poz. 275)), wedle polskiego wkładu do dyskusji organizowanej przez OECD: *OECD Policy Roundtables, The Failing Firm Defence*, DAF/COMP(2009)38, s. 139. Pozyskano z: <http://www.oecd.org/daf/competition/mergers/45810821.pdf> (31.12.2020).

²⁰ OECD, *Merger Review in the Time of Covid-19*, 25 May 2020, s. 14. Pozyskano z: <https://www.oecd.org/daf/competition/Merger-control-in-the-time-of-COVID-19.pdf> (31.12.2020); OECD, *OECD competition policy responses to Covid-19*, 27 April 2020, s. 7–8. Pozyskano z: https://read.oecd-ilibrary.org/view/?ref=130_130807-eqxgniyo7u&title=OECD-competition-policy-responses-to-COVID-19 (31.12.2020).

²¹ OECD, *OECD Policy Roundtables, The Failing Firm Defense*, DAF/COMP(2009)38. Pozyskano z: <http://www.oecd.org/daf/competition/mergers/45810821.pdf> (31.12.2020).

²² Ibidem, s. 12.

upadłościowe i pomoc publiczna, które są po to, aby pomóc upadającym przedsiębiorstwom podczas kryzysu²³.

Faktycznie, rozbudowana pomoc publiczna, może mieć wpływ na liczbę zgłoszeń, które polegają na obronie upadającego przedsiębiorstwa. Do dzisiaj Komisja Europejska nie odnotowała zwiększonej liczby takich zgłoszeń, chociaż może być jeszcze za wcześnie na podsumowania. Jeśli natomiast takie zgłoszenia się pojawią, kluczowym jest by ocena była oparta na konkretnej sytuacji danego przedsiębiorstwa na danym rynku, a nie na ogólnym przekonaniu co do stanu ekonomii czy nawet wybranego jej sektora. Należy też odrzucić twierdzenia oparte na przejściowych trudnościach, jakie mogą występować często w kontekście pandemii. Chociaż Komisja Europejska nie wydała w tym zakresie szczegółowych wytycznych na okres pandemii, jak zrobił to brytyjski organ do spraw ochrony konkurencji, CMA,²⁴ można uznać za wysoce prawdopodobne, iż jej podejście nie zmieni się, podobnie jak nie zmieniło się podczas kryzysu finansowego w 2008 roku.

3. Obowiązek *standstill* (zawieszający charakter zgłoszenia zamiaru koncentracji)

Koncentracja o wymiarze wspólnotowym podlegająca obowiązkowi zgłoszenia lub przekazana Komisji zgodnie z art. 4(5) rozporządzenia 139/2004 nie może zostać wprowadzona w życie ani przed jej zgłoszeniem, ani do czasu zatwierdzenia jej przez Komisję jako zgodną z zasadami wspólnego rynku (zgodnie z art. 7(1) rozporządzenia 139/2004). Oznacza to obowiązek zawieszenia koncentracji do czasu otrzymania zgody na jej wprowadzenie w życie (*standstill*).

Na wniosek stron Komisja może jednak udzielić zgody na odstępstwo od obowiązku zawieszenia w uzasadnionych przypadkach (zgodnie z art. 7(3)). Zgoda na odstępstwo może być również obarczona warunkami lub podlegać obowiązkom w celu zapewnienia warunków skutecznej konkurencji. Do tej pory takie odstępstwa pozostawały rzadkością. W okresie od wprowadzenia rozporządzenia 139/2004 Komisja wydała zgodę na odstąpienie od obowiązku *standstill* w 109 przypadkach, podczas gdy w tym samym okresie otrzymała 5612 zgłoszeń i przyjęła 371 przekazanych spraw zgodnie z art. 4(5).

Można by się spodziewać, iż w okresie pandemii koronawirusa i związanych z tym trudności finansowych przedsiębiorstwa mogą być szczególnie zainteresowane możliwością odstąpienia od obowiązku zawieszenia koncentracji, w szczególności kiedy nie mogą spodziewać się szybkiej kontroli zgłoszonej koncentracji. Jest to oczywiste wyzwanie dla Komisji, gdy ocena skutków koncentracji, a co za tym idzie również skutków odstąpienia od obowiązku zawieszenia koncentracji, w odniesieniu do szybko zmieniających się rynków, jest wyjątkowo trudna. Jednak również w okresie poprzedniego kryzysu finansowego, takie wnioski nie nasiliły się w znacznym stopniu. W odpowiednich przypadkach Komisja była jednak gotowa zaakceptować takie wnioski i to w bardzo szybkim tempie. Dobrym przykładem może tu być sprawa M.5363 *Santander/Bradford & Bingley Assets* dotycząca sektora bankowego.

²³ Ibidem, s. 13.

²⁴ Competition and Market Authority, *Guidance: Annex A: Summary of CMA's position on mergers involving 'failing firms'*, 22.04.2020. Pozyskane z: <https://www.gov.uk/government/publications/merger-assessments-during-the-coronavirus-covid-19-pandemic/annex-a-summary-of-cmas-position-on-mergers-involving-failing-firms> (31.12.2020), podkreślając że pandemia koronawirusa nie doprowadziła do jakiegokolwiek relaksacji standardów, wedle których oceniane są koncentracje.

We wniosku złożonym w tej sprawie, Brytyjski bank Abbey National, będący własnością Banco Santander, argumentował, że w wyniku wątpliwości co do stabilności finansowej B&B istniało ryzyko, iż klienci stracą do niego zaufanie i zaczną masowo wybierać swoje depozyty (tj. istniało ryzyko tzw. *run on the bank*), co mogłoby skutkować niewypłacalnością B&B. To z kolei mogłoby mieć poważne negatywne skutki dla stabilności całego sektora finansowego w Wielkiej Brytanii, już nadszarpniętej kryzysem finansowym i upadkiem jednego z banków. W tych naglących okolicznościach, Komisja wydała zgodę na wniosek w ciągu zaledwie jednego dnia (tak się złożyło, że była to niedziela, nie zaś zwykły dzień roboczy).

W swojej decyzji Komisja zaznaczyła, że odstąpienie od obowiązku zawieszenia koncentracji może być dokonane tylko w wyjątkowych sytuacjach, kiedy zawieszenie może wywołać poważną szkodę dla stron postępowania lub dla osób trzecich. Przy tej ocenie Komisja musi wziąć pod uwagę skutki wywołane zatwierdzeniem odstąpienia od reguły na strony postępowania i na strony trzecie, jak również zagrożenie dla konkurencji wywołane transakcją. Biorąc pod uwagę konieczność wykazania, że benefity wynikające z odstąpienia od obowiązku *standstill* będą przewyższać potencjalne negatywne skutki, jakie może ono wywołać, nie wszystkie sprawy mogą być dobrymi kandydatami do złożenia takiego wniosku.

Od wybuchu epidemii koronawirusa, a więc od marca 2020 r., Komisja Europejska wydała zgodę na odstąpienie od obowiązku zawieszenia koncentracji w dwóch przypadkach: w sprawie M. 9887 *Jingye/Ascoval/FRI* i M.9917 *Liberty/Ascoval/Hayange*. Obie decyzje dotyczą zamiaru przejęcia tych samych przedsiębiorstw, które znalazły się w trudnej sytuacji finansowej prowadzącej te przedsiębiorstwa do skraju bankructwa. W drugiej z tych spraw decyzja wyraźnie zaznacza, że COVID-19 przyczynił się do pogorszenia sytuacji Ascoval²⁵. W tym samym okresie Komisja nie wydała żadnych decyzji odmownych w stosunku do wniosków z art. 7(3). Obecnie nie można mówić o zwiększonej liczbie wniosków, a więc wyzwanie dla Komisji z tego tytułu zdaje się być jedynie potencjalne, przynajmniej do tej pory.

Nie można jednak wykluczyć, że przedsiębiorstwa będą miały wyjątkową pokusę, aby złamać ten obowiązek, zamiast podejmować ryzyko otrzymania odmowy na wniosek. Wyzwaniem dla Komisji może więc być raczej potrzeba monitorowania rynku i kontroli czy przedsiębiorstwa przestrzegają obowiązku nałożonego na nie przez rozporządzenie 139/2004. Gdyby tak nie było, Komisja Europejska będzie zmuszona do rozpoczęcia nowych postępowań o naruszenia proceduralne, tzw. *gun jumping*.

4. Środki zaradcze

Pandemia koronawirusa może też mieć wpływ na kwestię środków zaradczych, które mogłyby uratować transakcję przed jej zakazem ze względu na szkodliwy wpływ na konkurencję. Ocena środków zaradczych jest szczególnie trudna w warunkach niepewności na rynkach. W przypadku strukturalnych środków zaradczych i zbywanego przedsiębiorstwa (*divestment business*), trudno jest ocenić jego rentowność w chwili zaoferowania środków zaradczych. Co więcej, zachowanie jego rentowności w okresie przejściowym po wydaniu decyzji, a przed zamknięciem transakcji, może wymagać bardziej proaktywnej postawy ze strony zarządcy odpowiedzialnego za utrzymanie

²⁵ M.9917 *Liberty/Ascoval/Hayange*, par. 23. Liberty nie mogłoby ubiegać się o przejęcie Ascoval i FRIH bez odstąpienia od obowiązku zawieszenia (par. 30).

rozdzielności (*Hold Separate Manager-HSM*) zbywanego przedsiębiorstwa, a także bardziej rygorystycznego monitorowania sytuacji ze strony powiernika monitorującego (*monitoring trustee*). Istnieje bowiem ryzyko, iż wyniki aktywów będą się pogarszały w stopniu, który uniemożliwi skuteczne konkutowanie zbywanego przedsiębiorstwa z łączącym się przedsiębiorstwem, niwelując tym samym skuteczność środków zaradczych.

Jednocześnie wpisanie dodatkowych zabezpieczeń do oferowanych zobowiązań może stać się niezbędne, aby zapewnić rentowność zbywanego majątku. Forma i rodzaj takich dodatkowych zabezpieczeń będą zależne od rodzaju zbywanego przedsiębiorstwa, ale można wyobrazić sobie scenariusz, w którym takie dodatkowe wymagania będą stanowiły barierę dla przedsiębiorców przed zaoferowaniem zobowiązań. Niemniej Komisja musi mieć pewność, że oferowane środki zaradcze są nie tylko proporcjonalne, lecz także efektywne w przeciwdziałaniu negatywnym skutkom transakcji. W skrajnych przypadkach, może to oznaczać odrzucenie środków zaradczych ze względu na niepewność co do ich skuteczności w panujących warunkach ekonomicznych.

Zidentyfikowanie i ocena potencjalnego nabywcy niezbędnego dla realizacji środków zaradczych może być równie dużym wyzwaniem. W trudnych warunkach ekonomicznych, brak odpowiednich nabywców może być problemem zarówno dla Komisji, jak i dla przedsiębiorców.

Szybkie zmiany na rynkach, stanowią trudność tak dla strukturalnych środków zaradczych, jak i dla środków behawioralnych. Do tego generalne ograniczenia tego drugiego rodzaju środków, takie jak problemy w monitorowaniu, zaprojektowaniu czy ograniczone ramy czasowe, pozostają bez zmian. Dlatego trudno się spodziewać, aby środki behawioralne stały się bardziej akceptowalne w obliczu potencjalnych problemów z rentownością strukturalnych środków zaradczych wynikających z pandemii. Należy raczej domniemać, że, jak dotąd, będą one akceptowane przez Komisję raczej jako przejściowe rozwiązanie, wspomagające strukturalne środki zaradcze i nie staną się nagle preferowaną samodzielną formą środków zaradczych.

V. Podsumowanie

Pandemia koronawirusa postawiła szereg wyzwań przed postępowaniami dotyczącymi kontroli koncentracji. Obecnie na poziomie europejskim wyzwania te są jednak bardziej widoczne z praktycznego czy proceduralnego punktu widzenia niż z perspektywy potrzeby zmiany standardów oceny. Na szczęście Komisja Europejska poradziła sobie z tymi wyzwaniami. Przypadające na 2020 rok 30-lecie kontroli koncentracji na poziomie europejskim może być więc powodem do satysfakcji. Nie można jednocześnie wykluczyć pojawienia się nowych skomplikowanych spraw, w których kryzys wywołany pandemią odegra główną rolę przy ich ocenie. Komisja Europejska jest jednak dobrze przygotowana na takie sytuacje, co potwierdza 30 lat praktyki. Narzędzia, jakie ma Komisja do swojej dyspozycji są wystarczająco elastyczne, aby pozwolić na rzetelną ocenę w warunkach niepewności. Niezwykle ważnym jest natomiast, aby Komisja Europejska zachowała rygorystyczny standard kontroli koncentracji – od tego może zależeć zarówno dobrobyt europejskich konsumentów, jak i tempo odbudowy ekonomicznej. Potwierdza to również doświadczenie płynące z poprzednich sytuacji kryzysowych. Nie należy się więc spodziewać,

by praktyka Komisji miała znacząco ulec zmianie pod wpływem pandemii. Niemniej w obliczu szybko zmieniających się warunków na rynku niezwykle ważne pozostaje ich ciągłe monitorowanie. Jest to ważne dla rzetelnej oceny zgłaszanych koncentracji, lecz potrzeba szybkiej reakcji niekoniecznie musi być dobrym doradcą przy ustalaniu ogólnej polityki kontroli koncentracji. W tym zakresie Komisja Europejska i krajowe urzędy do spraw konkurencji mają ważne zadanie do wykonania, dla zachowania warunków konkurencji w Europie w celu ochrony konsumentów i szybkiej odnowy ekonomicznej.

Bibliografia

- Levy, N., Culley, D., Pepper, R., Lazda, A. i Dean, A. (2020). The failing firm defence in the age of Covid-19. *Concurrences*, 4.
- Levy, N., Little, D. i Mostyn, H. (2019). European champions – Why politics should stay out of EU merger control. *Concurrences*, 2.
- Sims, R. (2020). Competition and the pandemic. *Concurrences*, 4.
- Theophile, D. i Faber, A. (2020), Failing firm defence – a tool in crisis? *Concurrences*, 3.
- Vestager, M. (2020). *The future of EU merger control*. Przemówienie wygłoszone na International Bar Association 24th Annual Competition Conference, 11 września 2020. Pozyskano z: https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024/vestager/announcements/future-eu-merger-control_en.

Trzy lata stosowania ustawy o nieuczciwym wykorzystywaniu przewagi kontraktowej: ocena na tle decyzji Prezesa UOKiK oraz w kontekście rozwiązań dyrektywy unijnej

Spis treści

- I. Wprowadzenie
- II. Dobry obyczaj: konkretyzacja pojęcia i zasady jego interpretacji
- III. Przewaga kontraktowa: kryteria oceny oraz problematyczne rozwiązanie dyrektywy
- IV. Jednostronny charakter praktyki: element definicyjny zakazanego zachowania?
- V. Refleksje końcowe: czy pandemia COVID-19 miała wpływ na zaostrzenie wdrażania ustawy przewagowej?

Streszczenie

Niniejsze opracowanie prezentuje oraz poddaje ocenie decyzje Prezesa UOKiK jakie wydane zostały na podstawie ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwemu wykorzystywaniu przewagi kontraktowej w obrocie produktami rolnymi i spożywczymi. Choć ustawa ta obowiązuje już ponad 5 lat to dopiero w latach 2019 i 2020 organ ów relatywnie częściej ingerował w praktyki przedsiębiorców, w trybie jej przepisów, nierzadko nakładając wysokie kary. Artykuł uwzględnia także stosowną dyrektywę unijną, w tym w kontekście implementacji jej do krajowego porządku prawnego.

Słowa kluczowe: przewaga kontraktowa, Prezes UOKiK, nieuczciwe wykorzystywanie przewagi kontraktowej, dobry obyczaj, kara pieniężna.

JEL: K21

I. Wprowadzenie

1.1. Ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwemu wykorzystywaniu przewagi kontraktowej w obrocie produktami rolnymi i spożywczymi¹ obowiązuje już piąty rok, przy czym od wydania przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: Prezes UOKiK) pierwszej decyzji² na podstawie tej ustawy minęły (w dacie ukończenia niniejszego opracowania) około 3 lata. Jak

* Profesor doktor habilitowany; Wydział Prawa, Administracji i Stosunków Międzynarodowych Krakowskiej Akademii im. A. Frycza-Modrzewskiego; adres e-mail: k.kohutek@afm.edu.pl; ORCID: 0000-0003-1249-301X.

¹ Ustawa z 15.12.2016 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwemu wykorzystywaniu przewagi kontraktowej w obrocie produktami rolnymi i spożywczymi (Dz. U. 2020, poz. 1213, t.j. z 8.7.2020 r.); dalej: upk lub ustawa przewagowa.

² Pierwsza taka decyzja (nr RBG-3/2018) wydana została w marcu 2018 roku.

dotychczas organ ów wydał **10 takich decyzji** (a ponadto prowadził liczne postępowania wyjaśniające w sektorze produktów rolno-spożywczych³).

Cztery z decyzji wydanych na gruncie ustawy przewagowej były tzw. decyzjami zobowiązaniowymi (w których uprawdopodobniono stosowanie praktyk nieuczciwie wykorzystujących przewagę kontraktową i nie nałożono kary⁴). W trzech decyzjach kara taka została nałożona (za stosowanie wspomnianych praktyk⁵, czyli była to kara za tzw. naruszenia materialno-prawne). Pozostałe trzy były decyzjami nakładającymi kary za nieudzielenie informacji (żądanych przez Prezesa UOKiK na podstawie art. 14 ust. 1 upk⁶), zatem były to kary za tzw. naruszenia proceduralne.

1.2. W mojej ocenie wspomniane wyżej decyzje stanowią wystarczający „materiał” do oceny oraz przyjęcia pewnych konkluzji w obszarze zasad stosowania przez Prezesa UOKiK rozwiązań zawartych w ustawie przewagowej; do wybranych z nich – moim zdaniem, szczególnie wartych uwagi – odnosić będzie się niniejszy artykuł.

Mimo że w odniesieniu do części ze wspomnianych decyzji wniesione zostały odwołania do sądu, to jak dotychczas (maj 2021 r.) nie został jeszcze wydany żaden wyrok w sprawie tegoż odwołania (tym samym brak jest stanowiska judykatury). Uchwalono wszak stosowną **dyrektywę unijną**⁷, mającą na celu (m.in.) unifikację rozwiązań krajowych dotyczących zwalczania nieuczciwych praktyk rynkowych w sektorze rolno-spożywczym (dyrektywa ta ma zostać implementowana do porządków krajowych do dnia 1 maja 2021 r.). Niniejsze opracowanie będzie zarazem uwzględniać zawarte w tej dyrektywie rozwiązania (zwłaszcza w kontekście unormowań aktualnie obowiązujących w ustawie przewagowej oraz w kontekście ich stosowania/interpretacji przez Prezesa UOKiK).

W dacie oddania tego opracowania do druku został już opublikowany projekt nowej ustawy przewagowej⁸. W związku z tym artykuł ów odnosić będzie się zatem także do rozwiązań zawartych w tym projekcie (dalej: Projekt).

II. Dobry obyczaj: konkretyzacja pojęcia i zasady jego interpretacji

2.1. „Dobry obyczaj” – choć stanowi pojęcie nieostre – odgrywa istotną rolę w obszarze stosowania przepisów ustawy przewagowej. Jest tak nie tylko dlatego, że termin ten stanowi „element definicyjny” nieuczciwego wykorzystywania przewagi kontraktowej, lecz także sam Prezes UOKiK wprost nawiązywał w swych decyzjach do tej klauzuli, nierzadko podejmując się próby jej konkretyzacji.

³ Które to postępowania nie ukończyły się wydaniem decyzji, jakkolwiek Prezes UOKiK korzystał w nich ze swych – przyznaných na gruncie ustawy przewagowej – uprawnień kontrolnych (w tym zwłaszcza pozwalających na zbieranie informacji); zob. też np. Adamczewski, 2017, s. 9–16.

⁴ Były to następujące decyzje Prezesa UOKiK (chronologicznie): dec. z 5.3.2018 r. nr RBG-3/2018 (*Cykorja S.A.*); dec. z 26.4.2019 r. nr RBG-7/2019 (*Südzucker Polska S.A.*); dec. z 20.5.2019 r. nr RBG-9/2019 (*Döhler sp. z o.o.*) oraz dec. z 22.7.2019 r. nr RBG-11/2019 (*Real S.A.*); w dalszej części opracowania dana dec. będzie identyfikowana przez posłużenie się nazwą przedsiębiorcy do jakiego została zaadresowana.

⁵ Były to następujące decyzje Prezesa UOKiK (chronologicznie): dec. z 1.10.2019 r. nr RBG-15/2019 (*T.B. Fruit Polska sp. z o.o. S.K.A.*) – kara: 8 336 319 zł (dalej: decyzja w sprawie *Fruit*); dec. z 2.11.2020 r. nr RBG-11/2020 (*Appol sp. z o.o.*) – kara: 1 672 416 zł (dalej: decyzja w sprawie *Appol*) oraz dec. z 11.12.2020 r. nr RBG-13/2020 (w sprawie *Jeronimo Martins S.A.* – właściciel sklepów „Biedronka”) – kara 723 381 476,56 zł (dalej: decyzja w sprawie *Biedronka*).

⁶ Były to następujące decyzje Prezesa UOKiK (chronologicznie): dec. z 17.6.2020 r. nr RBG-3/2020 (*Rafał Stępień – Dan Pal*); dec. z dnia 26 czerwca 2020 r. nr RBG-4/2020 (*Eurosad sp. z o.o.*) oraz dec. z 23.11.2020 r. nr RLU-3/2020 (*Hortino – Zakład Przetwórstwa Owocowo-Warzywnego Leżajsk, Sp. z o.o.*).

⁷ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/633 z 17.4.2019 r. w sprawie nieuczciwych praktyk handlowych w relacjach między przedsiębiorcami w łańcuchu dostaw produktów rolnych i spożywczych (Dz. Urz. UE z 25.4.2019, L 111/59); dalej: dyrektywa UTP – od angielskiego skrótu używanego w anglojęzycznej wersji tej dyrektywy, tj. *unfair trading practices* (nieuczciwe praktyki handlowe).

⁸ Projekt ustawy z dnia (...) o przeciwdziałaniu nieuczciwemu wykorzystywaniu przewagi kontraktowej w obrocie produktami rolnymi i spożywczymi. Nowa ustawa ma wejść w życie 1 maja 2021 r. i oczywiście ma na celu implementację do polskiego porządku prawnego rozwiązań z dyrektywy UTP.

Zgodnie z art. 7 ust. 2 upk, „wykorzystywanie przewagi kontraktowej jest nieuczciwe, jeżeli jest **sprzeczne z dobrymi obyczajami** i zagraża istotnemu interesowi drugiej strony albo narusza taki interes” [podkreślenie aut., K.K.]; analogicznie brzmiący przepis przewiduje art. 6 Projektu. Ponieważ ustawa zawiera otwarty (przykładowy) katalog zachowań, które stanowią przejaw nieuczciwego wykorzystywania przewagi kontraktowej, pojmowanie klauzuli dobrych obyczajów nabiera istotnego znaczenia praktycznego⁹. Również art. 8 Projektu zawiera przykładową (jakkolwiek znacznie bardziej rozbudowaną) listę takich zachowań (szerzej o tym, zob. pkt 2.6). Wreszcie także prawodawca unijny odnosi się do dobrych obyczajów, jakkolwiek akcentuje wymóg, aby zachowanie to „rażąco odbiegało” (*grossly deviate*) od tych obyczajów – a ściślej (kierując się anglojęzyczną wersją dyrektywy) – od dobrych praktyk handlowych (*good commercial conduct*)¹⁰.

Klauzula „dobrych obyczajów” stosunkowo często jest używana także w innych ustawach (w celu ogólnego zdefiniowania – niepożądanych – zachowań przedsiębiorców¹¹). Dlatego też pojęcie „dobrych obyczajów” nierzadko stanowiło już przedmiot dyskusji („definiowania”) zarówno w doktrynie (zob. np. Wściubiak, 2007, s. 41–46; Stefanicki, 2002 oraz przede wszystkim – tj. już w kontekście klauzuli dobrych obyczajów na gruncie ustawy przewagowej – zob. Manteuffel i Piaskowski, 2017, s. 36–40.), jak i w orzecznictwie¹². Przytoczenie tych wątków wykracza poza ramy niniejszego artykułu. Skupia się on bowiem wyłącznie na podejściu do tej klauzuli, jakie prezentowane jest przez Prezesa UOKiK na potrzeby stosowania ustawy przewagowej (względnie w kontekście stosownych postanowień dyrektywy). Co zarazem warto uwagi już na wstępie, organ ów zdaje się nie przywiązywać większej wagi do generalnego definiowania pojęcia „dobrych obyczajów” (co nie znaczy, że tego nie w ogóle nie czynił; zob. pkt 2.4), a koncentruje się na nadaniu tej klauzuli określonej treści (znaczenia) w każdej sprawie osobno¹³. Z jednej strony takie podejście może budzić pewne obawy, że organ ów dowolnie (lub nazbyt dowolnie) oceniać będzie zachowania przedsiębiorców (jako sprzeczne z dobrymi obyczajami¹⁴); z drugiej jednak – wszelkie ogólne definicje dobrych obyczajów są i tak na tyle generalnymi sformułowaniami, że – w mojej opinii – mają niewielkie znaczenie praktyczne (analityczne).

Kierując się stanowiskiem Prezesa UOKiK, jakie zajęte zostało w (powołanych wyżej) decyzjach, wskazanych zostanie kilka stwierdzeń, które konkretyzują zachowanie naruszające (w ocenie tego organu) dobry obyczaj, a zarazem mają (mogą mieć) pewien uniwersalny walor (tj. mogą odnosić się do oceny zachowań przedsiębiorców w innych sytuacjach w ramach relacji kontraktowych zachodzących w sektorze rolno-spożywczym).

⁹ Pozwala bowiem – w razie stwierdzenia, że dana praktyka jest z takim obyczajem sprzeczna (a zarazem zagraża lub narusza interes drugiej strony) – na uznanie, że zachowanie (nienazwane) w ustawie narusza (przewidziany w art. 6 upk) zakaz stosowania praktyk nieuczciwie wykorzystujących przewagę kontraktową.

¹⁰ Zob. art. 1 zd.1 dyrektywy UTP, zgodnie z którym „w celu zwalczania praktyk, które rażąco odbiegają od dobrych obyczajów w działalności gospodarczej (...) niniejsza dyrektywa ustanawia minimalny wykaz zakazanych nieuczciwych praktyk handlowych”; zob. też motyw 1 preambuły do dyrektywy UTP.

¹¹ Jak np. w art. 3 ustawy z 16.4.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. 2020, poz. 1913, t.j. z 2020.10.30), czy też w art. 4 ust. 1 ustawy z 23.8.2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (Dz. U. 2017, poz. 2070, t.j. z 2017.11.09).

¹² Zob. np. wyr. SA we Wrocławiu z 13.11.1991 r., I ACr 411/91, „Wokanda” 1992/4; wyr. SN z 8.1.2003 r., II CKN 1097/00, Lex nr 78878; wyr. SN z 4.6.2003 r., I CKN 473/01, Lex nr 80257.

¹³ Zdaniem Prezesa UOKiK, „dobry obyczaj powinien być definiowany w **każdym konkretnym przypadku**” (dec. Prezesa UOKiK w sprawie *Cykoria*). Z kolei w decyzji w sprawie *Biedronka*, organ ów stwierdził, że „na **gruncie niniejszej sprawy** dobry obyczaj należy rozumieć jako (...), a w decyzji w sprawie *Appo!* skonstatował że „w **niniejszej sprawie** dobry obyczaj, który Spółka naruszyła, to terminowe regulowanie zobowiązań pieniężnych” [podkreślenia aut., K.K.].

¹⁴ A co za tym idzie – w razie stwierdzenia naruszenia lub zagrożenia interesu drugiej strony (co wszak jest przesłanką znacznie łatwiejszą w wykazaniu) – jako naruszające zakaz z art. 6 upk.

2.2. Po pierwsze, Prezes UOKiK zazwyczaj w ten sposób „konkretyzował” pojęcie „dobrych obyczajów” (o jakim mowa w art. 7 ust. 2 upk), że za zachowanie z nimi sprzeczne uznawał to, które stanowiło przedmiot zarzutu w jego decyzji (nierzadko zawarte w samej już jej sentencji); w tenże sposób Prezes UOKiK w istocie „kreował” nowe (gdyż normatywnie nienazwane) typy praktyk stanowiących naruszenie zakazu z art. 6 upk¹⁵.

Przykładowo, za zachowanie sprzeczne z dobrymi obyczajami Prezes UOKiK uznał, praktykę polegającą na ustalaniu części ceny za produkt (tu: buraki cukrowe) w ten sposób, że dostawcy nie znali dokładnych podstaw i kryteriów jej ustalania ani też nie mieli możliwości jej weryfikacji (decyzja Prezesa UOKiK w sprawie *Südzucker*). W innej sprawie Prezes UOKiK stwierdził, że „dobry obyczaj należy rozumieć jako przestrzeganie zasad uczciwego obrotu, w tym zwłaszcza uprzednie pełne i jednoznaczne ustalenie zasad współpracy oraz wzajemnych rozliczeń i to w taki sposób, aby dostawca był w stanie planować przychody” (decyzja Prezesa UOKiK w sprawie *Biedronka*). Obie wskazane praktyki w istocie odnoszą się do kształtowania (finalnej) ceny produktu (rolno-spożywczego), której ostateczny poziom *de facto* staje się – przy tego rodzaju praktykach – zależny od (zazwyczaj jednostronnych – zob. też pkt IV) zachowań (decyzji) nabywcy (w ten sposób nieuczciwie wykorzystującego swoją przewagę kontraktową). W tym kontekście warte uwagi jest bardziej generalne spostrzeżenie Prezesa UOKiK, zgodnie z którym „dobrym obyczajem jest także równomierny rozkład ryzyka stron wynikającego z zawartej umowy”¹⁶. Brak wiedzy jednej ze stron co do finalnej ceny zbywanego produktu jest pewnym – co najmniej niekomfortowym (biznesowo ryzykownym) – stanem rzeczy, który raczej trudno zaliczać to typowych (standardowych) sytuacji występujących w obrocie handlowym (nie tylko produktami rolno-spożywczymi), o ile wszak nie stanowią one przedmiotu wyraźnego (uprzedniego) uzgodnienia między stronami¹⁷.

2.3. Po drugie, Prezes UOKiK nierzadko utożsamiał dobry obyczaj z zachowaniem, które sam ustawodawca wyraźnie wskazał w ustawie (lub też z zachowaniem do niego podobnym). Chodzi tu zwłaszcza o praktykę, o jakiej mowa w art. 7 ust. 3 pkt „4” upk, tj. polegającej na „nieuzasadnionym wydłużaniu terminów zapłaty za dostarczone produkty rolne lub spożywcze w szczególności z naruszeniem przepisów ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych”. Jak to wskazał Prezes UOKiK, „dobry obyczaj w umowach kontraktacji produktów rolno-spożywczych to zakreślanie terminów płatności dostosowanych do charakteru zobowiązania i uwzględniający specyfikę produkcji rolnej oraz działalności dostawców i nabywców” (decyzja w sprawie *Cykoria*). Ze stwierdzeniem tym koresponduje konstatacja, że „za sprzeczne z dobrymi obyczajami należy uznać, (...) wydłużanie terminu płatności przez nabywcę towaru dysponującego silną pozycją i znaczną przewagą względem swoich dostawców” (decyzja w sprawie *Real*¹⁸). W tej (drugiej) decyzji Prezes UOKiK za sprzeczne z dobrymi obyczajami uznał zarówno ukształtowanie terminu płatności na poziomie „do 6 miesięcy, bez uwzględnienia specyfiki danego

¹⁵ Zgodnie z tym przepisem, zakazane jest nieuczciwe wykorzystywanie przewagi kontraktowej nabywcy względem dostawcy oraz dostawcy względem nabywcy.

¹⁶ Odnośnie do szerszego komentarza dotyczącego pojęcia „równomiernego rozkładu ryzyka” (w umowach kontraktacji) – na gruncie przepisów ustawy przewagowej – zob. np. Laskowski, 2019, s. 130–133.

¹⁷ Istnieją bowiem umowy, w których obciążenie jednej ze stron (w całości lub w przeważającej części) ryzykiem handlowym należy niejako do istoty danego typu umowy, jak np. w przypadku umowy agencji; szerzej na temat ponoszenia (lub braku ponoszenia) przez agenta ryzyka finansowo-handlowego, zob. pkt 12–21 komunikatu Komisji Europejskiej: wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych 2010/C 130/01 (Dz. Urz. UE z 19.5.2010 r.).

¹⁸ Zob. też decyzję w sprawie *Appol*, w której Prezes UOKiK stwierdził, że „w niniejszej sprawie dobry obyczaj, który Spółka naruszyła, to terminowe regulowanie zobowiązań pieniężnych”.

stosunku handlowego, jak również nierealizowanie płatności w ustalonym przez strony terminie”. W istocie termin sześciomiesięczny przekracza (i to znacząco) maksymalne terminy, jakie przewidziane zostały w ustawie o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych¹⁹.

2.4. Po trzecie, Prezes UOKiK podejmował się także próby bardziej generalnego ujęcia (zdefiniowania) klauzuli „dobrych obyczajów”. Jego zdaniem, „sprzeczne z dobrymi obyczajami są m.in. działania wykorzystujące niewiedzę, naruszenie równorzędności stron umowy, działania zmierzające do dezinformacji i wywołania błędnego przekonania dostawcy. Chodzi więc o działania potocznie określane jako nieuczciwe, nierzetelne, odbiegające ‘in minus’ od standardów postępowania”²⁰.

2.5. Po czwarte wreszcie, Prezes UOKiK – dla precyzowania dobrych obyczajów (na potrzeby stosowania ustawy przewagowej) – za uprawnione uznał odwoływanie się do wykładni tego pojęcia przyjmowanej na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czy też do konstrukcji wypracowanych przez organy unijne.

Zdaniem Prezesa UOKiK, „ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwemu wykorzystywaniu przewagi kontraktowej w obrocie produktami rolnymi i spożywczymi jest nową regulacją, jednakże przedmiot ochrony można przyrównać do zakresu zastosowania ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (...) Oba akty koncentrują się na regulowaniu zachowań przedsiębiorców, które mogą w sposób negatywny oddziaływać na ich kontrahentów. W związku z tym **zasadnym jest odwoływanie się do dorobku wypracowanego na gruncie u.z.n.k. w zakresie pojęcia dobrych obyczajów**”²¹ [podkreślenie aut. K.K.].

Z kolei – wskazując na stosowne dokumenty instytucji unijnych²² – Prezes UOKiK uznał, że „stanowią dorobek instytucji europejskich w zakresie definiowania dobrych praktyk oraz dobrych obyczajów w odniesieniu do produkcji rolnej i spożywczej. Wymienione w **nich zachowania zarówno pożądane, jak i zakazane stanowią punkt wyjścia dla rozumienia pojęcia dobrych obyczajów w kontekście stosowania przepisów u.p.n.w.p.k.**”²³ [podkreślenie aut., K.K.]. Odwołanie się do wspomnianych dokumentów wydaje się trafne. Zawierają one obszerniejszy (niż zawarty w art. 7 ust. 3 upk) katalog nieuczciwych praktyk w obrocie produktami rolno-spożywczymi, przez to ukazując zachowania, które stanowią (mogą stanowić) przejaw naruszenia dobrych obyczajów o jakich mowa w art. 7 ust. 2 upk.

2.6. Jak już wspomniano wyżej, również projekt nowej ustawy przewagowej posługuje się terminem dobrych obyczajów jako elementem definicyjnym nieuczciwego wykorzystywania przewagi kontraktowej (art. 6 Projektu). Projekt zawiera zarazem rozbudowany (obejmujący 17 różnych

¹⁹ Ustawa z 8.3.2013 r. o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych (Dz. U. 2019, poz. 118, t.j. z 21.1.2019 r.); zob. zwłaszcza art. 7 ust. 2a i art. 8 ust. 2 tej ustawy (przewidujące 60-dniowy termin zapłaty).

²⁰ Zob. dec. Prezesa UOKiK w sprawie *Biedronka*, w sprawie *Südzucker* oraz w sprawie *Appol*.

²¹ Zob. dec. Prezesa UOKiK w sprawie *Südzucker*.

²² Tj. opracowany przez Komisję (w dniu 31.1.2013 r.) dokument pt. *Zielona księga w sprawie nieuczciwych praktyk handlowych w łańcuchu dostaw produktów spożywczych i niespożywczych między przedsiębiorstwami* oraz – opracowany (w dniu 29.11.2011 r.) przez Forum Wysokiego Szczebla do spraw Poprawy Funkcjonowania Łańcucha Dostaw Żywności – dokument *Stosunki wertykalne w łańcuchu dostaw żywności. Zasady dobrej praktyki*. Odnośnie do fragmentów z ww. książki (wraz ze stosownym komentarzem) zob. Bolecki, 2017, s. 60–75.

²³ Dec. Prezesa UOKiK w sprawie *Appol*; w zasadzie analogiczne stanowisko Prezes UOKiK zajął we wcześniej decyzji (tj. w sprawie *Südzucker*), w której – powołując się na ww. dokumenty (patrz przypis wyżej) – uznał, że „zawarte w nich zasady są pomocne w identyfikacji dobrych obyczajów w rozumieniu ustawy o przewadze kontraktowej”.

praktyk) katalog przykładów zachowań stanowiących przejaw takiego wykorzystywania (art. 8 ust. 1 Projektu). Jednocześnie przewiduje unormowanie, zgodnie z którym „praktyki wymienione w art. 8 ust. 1 nie podlegają ocenie w świetle przesłanek określonych w art. 6”. Takie rozwiązanie nie obowiązuje na gruncie obecnej ustawy przewagowej. Nie ma pewności czy cytowany przepis zostanie „zachowany” także w finalnej treści nowej ustawy (czy też nie nastąpi zmiana jego brzmienia). Jednocześnie zawarte w nim rozwiązanie jest istotne w kontekście przesłanki dobrych obyczajów. W mojej ocenie wynika z niego, że każde z zachowań wyspecyfikowanych w art. 8 ust. 1 Projektu należy uznawać za sprzeczne z dobrymi obyczajami²⁴ (co zarazem wyklucza potrzebę badania tej przesłanki). Jednocześnie nadal przesłanka ta podlegać będzie ewaluacji w każdym przypadku, w którym przedmiotem oceny (w świetle zakazu z art. 5 Projektu²⁵, w zw. z art. 6 Projektu; zob. wyżej, pkt 2.1) będzie zachowanie przedsiębiorcy niewymienione w art. 8 ust. 1 Projektu.

III. Przewaga kontraktowa: kryteria oceny oraz problematyczne rozwiązanie dyrektywy

3.1. Definicja przewagi kontraktowej uległa skróceniu (na mocy nowelizacji ustawy przewagowej z 2018 r.²⁶) poprzez eliminację tzw. przesłanki zamknięcia rynku²⁷. Przesłanka ta – jako obowiązująca w dacie wydawania kilku z pierwszych decyzji (jak zwłaszcza w sprawie *Cykoria, Südzucker, czy Döhler*) – stanowiła przedmiot wykładni Prezesa UOKiK. Niniejsze opracowanie bazuje wszak na aktualnym stanie prawnym stąd celowo przedmiotowa przesłanka (jak i zajęte w odniesieniu do niej stanowisko tego organu) zostaną pominięte.

De lege lata przewagą kontraktową jest **występowanie znacznej dysproporcji w potencjale ekonomicznym** nabywcy względem dostawcy albo dostawcy względem nabywcy (**art. 7 ust. 1 upk**). Definicja ta bazuje zatem tylko na jednym kryterium (jakim jest występowanie wspomnianej dysproporcji). Kryterium to nie jest precyzyjne. Prezes UOKiK przy jego ocenie bazował na **wielkości obrotu przedsiębiorców** (nabywcy i dostawcy) oraz porównania ich ze sobą (ustalenia w jakiej proporcji występują one względem siebie). Z jednej strony Prezes UOKiK nie ustalił (nie przesądził) – zwłaszcza *in genere* – jak duże ma być zróżnicowanie tych obrotów, aby można było przyjąć, że dysproporcja w potencjale ekonomicznym stron jest „znaczna” (w rozumieniu art. 7 ust. 1 upk²⁸). Z drugiej zaś – takie podejście Prezesa UOKiK (tj. odwołanie się do obrotów dostawcy i nabywcy) wydaje się uzasadnione z kilku względów.

Po pierwsze, kryterium obrotów przedsiębiorcy jest obiektywne i jednoznaczne (nie podlega ocenie), gwarantując w ten sposób określony stopień pewności prawnej (przewidywalności) dla zainteresowanych przedsiębiorców.

²⁴ Chyba że w – odniesieniu do praktyk wymienionych w art. 8 ust. 2 pkt 12–17 Projektu – spełniły się przesłanki „legalizujące” (określone w art. 8 ust. 2 oraz ust. 5 Projektu); w takim przypadku – jak to sam Projekt przesądza – dana praktyka nie jest uznawana za nieuczciwe wykorzystywanie przewagi kontraktowej (co implikuje jej zgodność z dobrymi obyczajami).

²⁵ Zgodnie z tym przepisem zakazane jest nieuczciwe wykorzystywanie przewagi kontraktowej nabywcy względem dostawcy oraz dostawcy względem nabywcy (analogiczne brzmienie ma art. 6 upk).

²⁶ Zob. ustawa z 4.10.2018 r. o zmianie ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwemu wykorzystywaniu przewagi kontraktowej w obrocie produktami rolnymi i spożywczymi (Dz. U. 2018, poz. 2203, t.j. z 26.11.2018 r.).

²⁷ Przesłanka ta polegała na braku istnienia dla (ekonomicznie słabszego) dostawcy lub nabywcy „wystarczających i faktycznych możliwości zbycia produktów rolnych lub spożywczych do innych nabywców; szerzej na jej temat zob. np. Piszcz i Namysłowska, 2017; Kohutek, 2017.

²⁸ Czyli np., że obrót nabywcy (zazwyczaj tego „silniejszego” przedsiębiorcy – adresata decyzji Prezesa UOKiK) jest dwu-, trzy- lub może kilku-, kilkunasto-, a może nawet kilkudziesięciokrotnie wyższy od obrotu dostawcy.

Po drugie, także prawodawca unijny – który wprowadził nie posługuje się literalnie terminem dysproporcji ekonomicznej – to jednak wyraźnie odsyła do obrotów (nabywcy i dostawcy) jako kryterium wyznaczającego zakres zastosowania dyrektywy (zob. art. 1 ust. 2 dyrektywy UTP oraz pkt 3.2). Co więcej, dyrektywa wprowadza określone progi tych obrotów (do których zarazem odwoływał się także Prezes – w późniejszych decyzjach²⁹; zob. niżej).

Po trzecie wreszcie, w decyzjach Prezesa UOKiK stwierdzono, że znacząca dysproporcja w potencjalne ekonomicznym zachodzi kiedy **obrót jednej ze stron** (czyli w zazwyczaj nabywcy) jest „kilkadziesiąt razy większy”³⁰ od drugiej strony albo też jest „zdecydowanie” większy³¹ czy wreszcie jest pięciokrotnie lub dwunastokrotnie³² większy od obrotu dostawcy. Owszem ustalenie progu (różnicy), którego (której) wystąpienie determinować będzie „znaczną” dysproporcję jest zawsze poniekąd arbitralne (subiektywne); niemniej jednak trudno by zaprzeczyć, że obrót (nabywcy) o kilkadziesiąt razy (ale pewnie także i kilkunastokrotnie) większy (od obrotu od dostawcy) świadczy o tym, że różnica (dysproporcja) – występująca w potencjale ekonomicznym tych przedsiębiorców – jest znaczna (przynajmniej w oparciu o kryterium obrotu), a tym samym mamy tu do czynienia z przewagą kontraktową (w rozumieniu art. 7 ust. 1 upk).

Wreszcie po czwarte, bardzo podobne rozwiązanie do tego, jakie przyjęto w dyrektywie, zawarte zostało w **projekcie nowej ustawy przewagowej**. Również ów projekt nakazuje opierać się na wielkości obrotu jako kryterium determinującym czy pomiędzy nabywcą a dostawcą (lub odwrotnie) zachodzi znacząca dysproporcja w potencjale ekonomicznym (a zatem występuje przewaga kontraktowa art. 7 ust. 2 i 3 Projektu); w powołanym przepisie przewidziano analogiczne progi obrotu do tych przyjętych w dyrektywie UTP.

3.2. Należy zwrócić uwagę na – w mojej ocenie – problematyczną konstrukcję, jaka została przyjęta w dyrektywie (jak i w Projekcie) – w odniesieniu do ustalenia zakresu jej stosowania (a w ślad za tym stosowania relewantnych krajowych przepisów o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom handlowym w obrocie produktami rolno-spożywczymi – po implementacji dyrektywy). Otóż, jak już wyżej wskazano, dyrektywa bazuje na wielkości obrotów nabywcy i dostawcy jako kryterium jej zastosowania.

Zgodnie z **art. 1 ust. 2 dyrektywy UTP** (zob. też art. 7 ust. 2 Projektu), ma ona zastosowanie „do niektórych nieuczciwych praktyk handlowych, które występują w związku ze sprzedażą produktów rolnych i spożywczych przez:

- a) dostawców, których roczny obrót nie przekracza 2 mln EUR, nabywcom, których roczny obrót wynosi ponad 2 mln EUR;

²⁹ Zob. dec. Prezesa UOKiK w sprawie *Appol* oraz w sprawie *Biedronki*, w których wskazano, że „w ocenie Prezesa UOKiK, w tej sprawie dla ustalenia znacznej dysproporcji w potencjale ekonomicznym, w rozumieniu art. 7 ust. 2 u.p.n.w.p.k., można pomocniczo posłużyć się progami wskazanymi w dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2019/633 z 17.04.2019 r. w sprawie nieuczciwych praktyk handlowych w relacjach między przedsiębiorcami w łańcuchu dostaw produktów rolnych i spożywczych”.

³⁰ Zob. np. dec. Prezesa UOKiK w sprawie *Döhler/Real* („Dostawcy Spółki są podmiotami prowadzącymi działalność gospodarczą o zdecydowanie mniejszej skali niż Döhler/Real. Pozyskane w toku postępowania dane wskazują, że obrót Spółki osiągnął w skali roku jest co najmniej kilkadziesiąt razy większy”).

³¹ Zob. np. dec. Prezesa UOKiK w sprawie *Südzucker* („W pierwszej kolejności należy zaznaczyć, że dostawcy prowadzący działalność w zakresie produkcji rolnej nie dysponują pozycją pozwalającą bezpośrednio oddziaływać na warunki współpracy z Przedsiębiorcą. Ich potencjał ekonomiczny, w porównaniu ze Spółką, jest zdecydowanie mniejszy. Südzucker Polska S.A. osiąga obroty przekraczające miliard złotych i jest członkiem międzynarodowego koncernu Südzucker AG, największego producenta cukru w Europie (...”).

³² Zob. dec. Prezesa UOKiK w sprawie *Fruit*, w której zauważono że „obrót T.B. Fruit był w 2017 r. większy od najwyższego z obrotów dostawców wskazanych powyżej ponad pięciokrotnie – natomiast w 2018 r. – ponad dwunastokrotnie (...”).

- b) dostawców, których roczny obrót wynosi ponad 2 mln EUR lecz nie przekracza 10 mln EUR, nabywcom, których roczny obrót wynosi ponad 10 mln EUR;
- c) dostawców, których roczny obrót wynosi ponad 10 mln, lecz nie przekracza 50 mln EUR, nabywcom, których roczny obrót wynosi ponad 50 mln EUR oraz
- d) dostawcom, których roczny obrót wynosi ponad 50 mln EUR lecz nie przekracza 150 mln EUR, nabywcom, których roczny obrót wynosi ponad 150 mln EUR;
- e) dostawców, których roczny obrót wynosi ponad 150 mln EUR lecz nie przekracza 350 mln EUR, nabywcom, których roczny obrót wynosi ponad 350 mln EUR”.

Co prawda prawodawca unijny (w treści samych przepisów dyrektywy, w tym w art. 1 ust. 2) nie posługuje się (inaczej niż polska ustawa) terminem „przewagi kontraktowej” czy też „znaczej różnicy w potencjalne ekonomicznym (względnie innym terminem podobnym); jednakże prawodawca ów wyraźnie wspomina o występowaniu różnic w zakresie „rozmiaru” (*size*) podmiotów działających na poszczególnych etapach łańcucha dostaw produktów rolnych i spożywczych, akcentując że „różnice w sile przetargowej, które odpowiadają **ekonomicznej zależności** (*differences in bargaining power, which correspond to the economic dependence*) dostawcy od nabywcy, mogą prowadzić do narzucania nieuczciwych praktyk handlowych przez podmioty większe pod względem obrotów podmiotom mniejszym” (podkreślenie aut., K.K.); zob. motyw 9 preambuły do dyrektywy UTP. Powyższe nie pozostawia wątpliwości, że intencją także prawodawcy unijnego jest stosowanie dyrektywy (a ściślej ograniczenie jej stosowania) do przypadków, w których zachodzi określona odczuwalna (wyraźna, znacząca) przewaga ekonomiczna (siła przetargowa) jednej ze stron (w relacji do drugiej strony). Konstrukcja z art. 1 ust. 2 dyrektywy UTP pozwala wszak (zwłaszcza w razie jej literalnej interpretacji) na przyjęcie odmiennych (funkcjonalnie/ak-sjologicznie) nieprawidłowych konkluzji (zob. niżej).

Zasadniczy mankament wspomnianej konstrukcji przejawia się – w mojej ocenie – w **braku ustanowienia określonej minimalnej różnicy w wielkości obrotów między nabywcą a dostawcą** – tj. takiej, która musi wystąpić, aby można było zastosować dyrektywę bądź też – kierując się koncepcjami z krajowej ustawy – aby można było stwierdzić, że dana różnica jest na tyle duża, że uprawnia stwierdzenie występowania znacznej dysproporcji w potencjale ekonomicznym stron. Zarysowany problem dotyczy każdej z wyspecyfikowanych w art. 1 ust. 2 dyrektywy UTP kategorii („przedziałów” obrotów). Obrazując ów problem poprzez odwołanie się do pierwszej z ww. kategorii, można będzie zastosować rozwiązanie z dyrektywy, jeżeli np. obrót dostawcy wynosi znacznie poniżej 2 mln EUR (np. 0,5 mln EUR lub mniej), a obrót nabywcy wynosić będzie nieco ponad 2 mln EUR (lub oczywiście więcej, czyli np. 5–6 mln EUR). Przypadek taki nie budzi merytorycznych zastrzeżeń³³. Dyrektywa ta znajdzie wszak zastosowanie, jeżeli obrót dostawcy będzie niewiele mniejszy niż 2 mln EUR (np. 1,9 mln), a obrót nabywcy będzie niewiele większy niż 2 mln EUR (np. 2,1 mln). W takim wypadku bowiem (formalnie) zachodzi przypadek opisany w art. 1 ust. 2 lit. „a” dyrektywy UTP (art. 7 ust. 2 pkt 1 Projektu), mimo że nie można rozsądnie przyjmować istnienia znacznej (znaczącej/wymierniej) różnicy w sile ekonomicznej stron; wspomniana różnica jest bowiem li tylko matematyczna, nie mogąc przesądzać o istnieniu – *de facto* jakiegokolwiek („realnej”) – różnicy w potencjale ekonomicznym stron, a tym bardziej różnicy znaczącej.

³³ Można – jak sądzę – przyjąć, że zachodzi tu znaczna, a przynajmniej wystarczająco znaczna różnica w obrotach dostawcy i nabywcy (i tym samym w „sile ekonomicznej” tych przedsiębiorców).

Zarysowany wyżej problem dotyczy oczywiście każdej z „kategorii” wyszczególnionych w art. 1 ust. 2 dyrektywy UTP (art. 7 ust. 2 Projektu). Należałoby zatem rekomendować taką implementację rozwiązania zawartego w tym przepisie dyrektywy, który pozbawiony będzie tego mankamentu – być może poprzez wyraźne ustawowe zakreślenie minimalnej różnicy w obrotach stron (np. trzy-, cztero- lub kilkakrotności), aby można było przyjąć istnienie przewagi kontraktowej.

3.3. Prezes UOKiK w kilku swych (najnowszych) decyzjach wyraźnie odwoływał się do dyrektywy, w tym zwłaszcza do rozwiązania z art. 1 ust. 2 UTP (co dotyczy decyzji w sprawie *Biedronki* i *Appol*). O ile w tej pierwszej sprawie nie powinny zachodzić wątpliwości co do istnienia znacznej różnicy w potencjale ekonomicznym stron (nawet przy zastosowaniu konstrukcji z dyrektywy, a ściślej z art. 1 ust. 2 lit. „e” dyrektywy UTP³⁴), o tyle wątpliwości takie można mieć w odniesieniu do tej drugiej. Otóż Prezes UOKiK stwierdził w niej, że „Appol zalicza się do grupy nabywców, których roczny obrót wynosi ponad 10 milionów euro. Przyjęto że znaczna dysproporcja w potencjale ekonomicznym wystąpiła, jeżeli obrót dostawcy w żadnym z badanych lat nie przekroczył kwoty 10 milionów euro”. Dane co do wysokości obrotów dostawców Appol – tak decyzji dotyczącej tegoż przedsiębiorcy (jak i zazwyczaj w innych decyzjach) – nie zostały ujawnione (jako tajemnica przedsiębiorstwa lub tajemnica skarbową). Prezes UOKiK wskazał jedynie, że „64 spośród wybranych 69 dostawców posiada obrót spełniający to kryterium” (tj. jest poniżej 10 mln EUR). Możliwe wszak, że w pewnych przypadkach (a być może relatywnie częstych) obrót danego dostawcy był niewiele niższy niż 10 mln EURO i tym samym obrót nabywcy (Appol) był niewiele (być może tylko o ok. 1,5 razy) większy³⁵. Poddaje to w znaczną wątpliwość zasadność (dopuszczalność) zastosowania mechanizmów z ustawy przewagowej w takich przypadkach (tj. w odniesieniu do takich dostawców).

W poprzednich decyzjach, w których Prezes UOKiK (w celu badania przesłanki przewagi kontraktowej) porównywał obroty stron (jakkolwiek już bez odwoływania się do – jeszcze w danym czasie nieuchwalonej – dyrektywy) wykazywał, że różnica w tych obrotach jest wystarczająco duża (znaczna), aby można było przyjąć istnienie przewagi kontraktowej w rozumieniu art. 7 ust. 1 upk. Obroty nabywcy bywały bowiem kilkudziesięcio- lub kilkunastokrotnie (a raz „tylko” pięciokrotnie) większe od obrotów dostawcy (zob. wyżej pkt 3.1 *in fine*).

3.4. Z powyższego płynie zatem konkluzja, że należy każdorazowo zwracać uwagę nie tyle na same wielkości obrotów stron, ile koncentrować się na odpowiednio wysokiej (znaczącej) różnicy w tych obrotach, wykluczając zasadność stosowania mechanizmów z ustawy przewagowej w tym z dyrektywy (także po jej implementacji) w sytuacjach, w których różnica ta jest faktycznie nieduża, a tym bardziej czysto „matematyczna” (zob. wyżej).

³⁴ Obroty Jeronimo Martins (właściciel Biedronki) – nawet przy założeniu, że obrót któregośkolwiek z jego dostawców zbliżał się do granicy „maksymalnej” (tj. 350 000 000 EUR) były – w 2018 r. – (co najmniej) ponad 33-krotnie większe (obróć tego przedsiębiorcy w tym roku wyniósł: 11 891 567 635,58 EUR) lub były – w 2019 r. – (co najmniej) ponad 37-krotnie większe (obróć tego przedsiębiorcy wyniósł w tym roku: 13 066 743 915,93 EUR).

³⁵ Obroty Appol oscylowały bowiem między ok. 14,9 mln EUR (w 2018 r.) oraz ok. 16,3 mln EUR (w 2019 r.), wynosząc jedynie w 2017 r. nieco więcej (tj. ok. 24,2 mln EUR). Nawet zatem w tym ostatnim przypadku były to obroty bliższe tej „minimalnej” wielkości, o jakiej mowa w art. 1 ust. 2 lit. „c” dyrektywy UTP (a do tej kategorii zaliczał się Appol w związku z osiąganymi obrotami).

IV. Jednostronny charakter praktyki: element definicyjny zakazanego zachowania?

4.1. Na koniec warto zwrócić uwagę na istotny wątek dotyczący samego **definiowania zachowania zakazanego na gruncie ustawy przewagowej** (w kontekście przede wszystkim relewantnych przepisów dyrektywy UTP, ale także wniosków płynących z praktyki decyzyjnej Prezesa UOKiK). Otóż z dyrektywy wynika, że elementem takiego zachowania (warunkiem publicznoprawnej ingerencji w to zachowanie) jest wymóg, aby stanowiło ono przejaw „jednostronnego narzucenia” przez jedną ze stron drugiej („słabszej ekonomicznie”) stronie. Zgodnie z art. 1 ust. 1 dyrektywy UTP „w celu zwalczania praktyk, które rażąco odbiegają od dobrych obyczajów w działalności gospodarczej, stoją w sprzeczności z zasadą dobrej wiary i uczciwego obrotu i **‘są jednostronnie narzucane przez jednego partnera handlowego drugiemu’ (...)**” (*are unilaterally imposed by one trading partner on another*)³⁶ [podkreślenie aut., K.K.]. W związku z tym trafnym wydaje się konkluzja, że w razie wykazania, że określone postanowienie umowne (praktyka) stanowiły przedmiot wzajemnych uzgodnień (w tym negocjacji), wykluczone stałoby się postrzeganie go/jej jako postanowienie (praktyka) nieuczciwe/a (w rozumieniu dyrektywy UTP) i to bez względu na treść tego postanawiania (rodzaj praktyki). Podobna konstrukcja obowiązuje na gruncie polskiego zakazu nadużywania pozycji dominującej w postaci narzucania przez dominanta uciążliwych warunków umownych (zob. art. 9 ust. 2 pkt 6 uokik). Jak to wynika z samej treści tego przepisu – dla jego naruszenia – konieczne jest spełnienie przesłanki „narzucania” (czyli swego rodzaju jednostronnego działania dominanta³⁷). Tymczasem w świetle ustawy przewagowej naruszenie zakazu z art. 6 upk nie jest warunkowane stwierdzeniem takiego jednostronnego działania („narzucenia”) – po stronie przedsiębiorcy posiadającego przewagę kontraktową.

4.2. W związku z powyższym powstaje pytanie, czy – w ramach implementacji dyrektywy – polski ustawodawca zdecyduje się wprowadzić wspomnianą przesłankę do treści ustawy przewagowej (np. do art. 6 upk lub 7 upk). Projekt takiej przesłanki nie wprowadza; jednocześnie *de lege lata* obowiązuje rozwiązanie odmienne (tj. bardziej restrykcyjne – z perspektywy przedsiębiorców³⁸) niż to, jakie przewidziano w art. 1 ust. 1 dyrektywy UTP. Należy jednak pamiętać, że dyrektywa ustanawia **minimalne standardy ochrony** przed nieuczciwymi praktykami handlowymi³⁹. Tym samym formalnie nie ma przeszkód, aby w danym państwie członkowskim obowiązywał reżim bardziej restrykcyjny (z punktu widzenia adresatów wspomnianego zakazu).

³⁶ Zob. też motyw 1 dyrektywy UTP, w którym również jest mowa o tym, że nieuczciwe praktyki handlowe powinny być „jednostronnie narzucane przez jednego partnera handlowego drugiemu”.

³⁷ W orzecznictwie wskazano zarazem, że przesłanka ta nie będzie spełniona także wówczas „gdy kontrahent będący przedsiębiorcą w ogóle nie podejmuje próby negocjacji warunków umowy (...) lub nie odpowiada na propozycje dominanta, który skutkiem tego przedkłada jednostronnie opracowany i niepodlegający już negocjacom projekt umowy”; zob. wyr. Sądu Antymonopolowego z 6.11.2000 r., XVII Ama 3/00, powołany także w wyr. SN z 19.2.2009 r., III SK 31/08, LEX nr 503413.

³⁸ Brak przesłanki jednostronności praktyki oznacza bowiem mniejsza ilość przesłanek, jakie muszą być spełnione aby uzasadnić ingerowanie przez Prezesa UOKiK w zachowania przedsiębiorców (na podstawie przepisów ustawy przewagowej).

³⁹ Zob. art. 1 ust. 1 dyrektywy UTP, zgodnie z którym mowa jest o „niniejsza dyrektywa ustanawia **‘minimalny wykaz’ (minimum rules) zakazanych nieuczciwych** praktyk handlowych w stosunkach między nabywcami a dostawcami w łańcuchu dostaw produktów rolnych i spożywczych”; zob. też motyw 41 preambuły do dyrektywy („Ponieważ cel niniejszej dyrektywy, to jest ustanowienie **minimalnego unijnego standardu ochrony (...)**” (*since the objective of this Directive, namely the laying down of a minimum Union standard of protection (...)*); podkreślenia aut., K.K.

4.3. Warto wspomnieć, że w swej praktyce stosowania zakazu z art. 6 upk Prezes UOKiK (przynajmniej w niektórych decyzjach) także akcentował fakt, że kwestionowane przezeń praktyki (przedsiębiorcy posiadającego przewagę kontraktową) miały charakter jednostronny.

Przykładowo, w sprawie *Biedronki*, Jeronimo Martins (JMP) traktował „jednostronność” działania jako element dysproporcji w potencjale ekonomicznym, podnosząc, że chodzi tu o „sytuację, w której jeden z podmiotów jest w stanie jednostronnie narzucić treść wzajemnych relacji kontraktowych, a jej istnienie zależne jest od wielu czynników”. Stanowisko to nie zostało wszak podzielone przez Prezesa UOKiK, przy czym – co istotne w omawianym kontekście – organ ów nie tyle zignorował argument „jednostronności działania”, ile przyjął, że kwestionowane praktyki (w danej sprawie tzw. rabat wsteczny *rappel extra*) w istocie miały taki charakter – tj. „jednostronnie narzuconego ‘wyrównania’ cen sprzedaży produktów do JMP i jest korzystny wyłącznie dla tego podmiotu”⁴⁰.

W sprawie *Real*, Prezes UOKiK wskazał, że „respektowanie terminów wskazywanych na fakturze jest *de facto* jednostronną decyzją Real, która w każdej chwili może być przez Spółkę zmieniona”; z kolei w decyzji dotyczącej *Südzucker* organ ów zauważył, że „dostawcy w dalszym ciągu nie mieli gwarancji realizowania płatności w dodatkowych terminach, co powodowało stan niepewności (o skróceniu terminu płatności decydował jednostronnie Südzucker)”⁴¹.

V. Refleksje końcowe: czy pandemia COVID-19 miała wpływ na zaostrzenie wdrażania ustawy przewagowej?

5.1. Jak to wyżej wspomniano, od daty wejścia w życie ustawy przewagowej, Prezes UOKiK wydał na jej podstawie 10 decyzji. Wśród nich cztery można zaliczać do stanowiących odzwierciedlenie tzw. negocjacyjnego stosowania⁴² reżimu tej ustawy, w których nie nałożono na przedsiębiorcę kary⁴³, lecz „jedynie” zobowiązanie do podjęcia przezeń stosownych zachowań (usuwających stan – prawdopodobnego⁴⁴ – naruszenia zakazu z art. 6 upk). Co godne uwagi, wszystkie cztery wspomniane decyzje wydane zostały niejako na pierwszym „etapie” wdrażania ustawy przewagowej, tj. jedna z końcem zimy 2018 r. (a trzy z nich wiosną lub latem 2019 r.). Pozostałe decyzje – wydane już w drugiej części (3-letniego okresu stosowania tej ustawy; zob. niżej) – stanowiły już przejaw „spornego” (zob. np. Skoczny, 2016, s. 453) wdrażania jej reguł, ingerując w zachowania rynkowe przedsiębiorców oraz przewidując (zazwyczaj wysoką) karę (za naruszenia zakazu z art. 6 upk) albo też karę (relatywnie niską) za nieudzielenie Prezesowi UOKiK informacji (żądanych w trybie art. 14 upk); zob. pkt 1.1 oraz przypisy nr 4–6.

⁴⁰ Zob. dec. Prezesa UOKiK w sprawie *Biedronka*.

⁴¹ Zob. dec. Prezesa UOKiK: w sprawie *Real* oraz w sprawie *Südzucker*.

⁴² Pojęcie to zostało zaczerpnięte z terminologii prawa antymonopolowej (zob. np. Skoczny, 2016, s. 444 i n.). Negocjacyjne stosowanie tego prawa odnosi się zwłaszcza do przypadków wydania właśnie tzw. decyzji zobowiązaniowych (tj. w oparciu o art. 12 ustawy z 16.2.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tj. Dz.U. 2021, poz. 275); dalej: uokik, którego „odpowiednikiem” na gruncie ustawy przewagowej jest art. 27 upk (zob. dwa poniższe przypisy).

⁴³ Zob. art. 27 ust. 4 upk, który w przypadku wydania tzw. decyzji zobowiązaniowej wyklucza (co do zasady) stosowania art. 33 upk (czyli przepisu stanowiącego podstawę prawną do nakładania kar za naruszenia zakazu nieuczciwego wykorzystywania przewagi kontraktowej).

⁴⁴ Zob. art. 27 ust. 1 upk, zgodnie z którym, jeżeli w toku postępowania w sprawie praktyk nieuczciwie wykorzystujących przewagę kontraktową zostanie uprawdopodobnione (...), że został naruszony zakaz, o którym mowa w art. 6, a strona postępowania zobowiąże się do podjęcia lub zaniechania określonych działań w celu zakończenia naruszenia lub usunięcia jego skutków, Prezes UOKiK może, w drodze decyzji, zobowiązać tę stronę do wykonania tych zobowiązań i określić termin wykonania tych zobowiązań.

5.2. W związku z powyższym może rodzić się pytanie o przyczyny zmiany polityki wdrażania reżimu ustawy przewagowej przez Prezesa UOKiK. Warto zauważyć, że **wszystkie decyzje, w których nałożono kary** (poza jednym wyjątkiem⁴⁵) **wydane zostały w 2020 r.** (w lecie lub na jesień) – zatem **w okresie**, w jakim w Polsce i na świecie **panowała pandemia COVID-19** i w związku z tym obowiązywały (w mniejszym lub większym stopniu) różne obostrzenia w życiu społecznym (w tym w prowadzeniu działalności gospodarczej). Mimo wskazanej „koincydencji czasowej”, wydaje się, że wnioskiem zbyt daleko idącym byłaby konstatacja, że zaostrzenie egzekwowania zakazu nieuczciwego wykorzystywania przewagi kontraktowej należałoby przypisywać przede wszystkim (a tym bardziej wyłącznie) wystąpieniu wspomnianej pandemii (i wynikającymi z niej restrykcjami).

Niemniej jednak – w mojej ocenie – równie nieuprawnione byłoby całkowite odrzucenie odwołania się do pandemii (jako jednej z możliwych przyczyn) zaostrzenia polityki wdrażania reżimu ustawy przewagowej. Ustawa ta w swym założeniu chronić ma przede wszystkim mniejszych („słabszych ekonomicznie”) dostawców produktów rolno-spożywczych⁴⁶. Sektor tych produktów jest także dotknięty skutkami ekonomicznymi pandemii poprzez zredukowanie popytu na te produkty (w szczególności ze strony hoteli lub restauracji, czyli placówek często zamkniętych w czasie pandemii). Może to (m.in.) uzasadniać zwiększenie „aktywności” (a ściślej „intensywności ingerencji”) Prezesa UOKiK w praktyki nieuczciwie wykorzystujące przewagę kontraktową w sektorze rolno-spożywczym.

W kontekście wspomnianego kryzysu społeczno-gospodarczego wywołanego wirusem COVID-19, warto wspomnieć o (obowiązującej na gruncie prawa antymonopolowego) generalnej regule, zgodnie z którą wystąpienie wszelkiego rodzaju kryzysów (czy to w określonym sektorze – np. paliwowym, mięsny – czy to w całej gospodarce) nie usprawiedliwia łagodniejszego wdrażania reguł publicznoprawnej ingerencji w zakazane praktyki przedsiębiorców (np. dopuszczania tzw. karteli kryzysowych), nawet jeśli stosujący te praktyki (a zarazem ukarani przez organ publiczny – tu Prezesa UOKiK) sami „odczuli” skutki kryzysu (co także nie można wykluczyć w kontekście spraw opisanych w niniejszym opracowaniu⁴⁷).

5.3. Oczywiście możliwe, że zaistniały także inne (niż pandemia) przyczyny zaostrzenia administracyjnego wdrażania mechanizmów ustawy przewagowej. Może tu w szczególności chodzić o minięcie swego rodzaju (nieformalnego) „okresu przejściowego”, przez co rozumiem okresu „dostosowania się” przez przedsiębiorców (podlegających pod reżim tej ustawy) do wynikających z niej ograniczeń, które – we wspomnianym okresie – były już wprawdzie egzekwowane przez Prezesa UOKiK, lecz przy zastosowaniu „miękkich środków” ingerencji (bez nakładania kar). Powyższe w żadnym razie nie oznacza konkluzji, że od 2020 r. ustawa przewagowa winna być egzekwowana przede wszystkim (lub tym bardziej wyłącznie) w trybie spornym (wraz z nakładaniem kar).

⁴⁵ Który dotyczy decyzji w sprawie *Fruit* wydanej 1.10.2019 roku.

⁴⁶ Choć – w odróżnieniu od dyrektywy UTP – polska ustawa (zakaz z art. 6 upk) – ma zastosowanie do wykorzystywania przewagi kontraktowej nie tylko w relacji do słabszych ekonomicznie dostawców, lecz także – niejako „w przeciwną stronę”, tj. w relacji do słabszych ekonomicznie nabywców. Żadna z decyzji Prezesa UOKiK (w której stwierdzono lub uprawdopodobniono naruszenie wspomnianego zakazu) **nie dotyczyła nieuczciwego wykorzystywania przewagi kontraktowej przez dostawcę względem nabywcy.**

⁴⁷ Ogólne skutki obostrzeń (zamykanie licznych placówek, inne „lockdowny”) mogą także przejawiać się w zredukowaniu podaży produktów (a co za tym idzie – przychodów) przedsiębiorców ukaranych przez Prezesa UOKiK, czyli zwłaszcza producentów soków lub koncentratów owocowych (chodzi o spółki Fruit oraz Appol).

W każdym razie decyzje Prezesa UOKiK (zwłaszcza w sprawie *Fruit*, *Appol* oraz *Biedronka*) świadczą, że ustawa przewagowa stanowi dodatkowo⁴⁸, a zarazem realny (aktywnie egzekwowany w praktyce) reżim administracyjnoprawny limitujący swobodę handlową (w tym kontraktową) „silnych” ekonomicznie przedsiębiorców (czyli *de facto* nabywców). Kary nałożone na wskazanych przedsiębiorców na mocy tej ustawy – w wielkościach bezwzględnych („matematycznie”) – wcale nie odbiegają od kar wymierzanych na podstawie ustawy antymonopolowej (mimo że na gruncie tej pierwszej ustawy limit kary maksymalnej jest ponad trzy razy niższy, wynosząc 3% obrotu przedsiębiorcy⁴⁹). Warto zarazem zaznaczyć, że w jednej (i to pierwszej) z ww. decyzji (*Fruit*) kara niejako „od razu” wymierzona została w maksymalnej wysokości (3% obrotu), a w drugiej z nich (*Appol*) także w „górną” granicę dopuszczalności (tj. 2,4% obrotu), podczas gdy w sprawie *Biedronki* stanowiła „tylko” 1,3%, choć (z racji na – relatywnie – bardzo wysokie obroty tego przedsiębiorcy) i tak była (kilkadziesiąt lub kilkaset) razy wyższa niż w tych dwóch pierwszych sprawach.

Czy kary te były zasadnie nałożone⁵⁰ – w tym zwłaszcza czy były proporcjonalne – okaże się dopiero po tym, jak decyzje Prezesa UOKiK zostaną zweryfikowane przez sąd ochrony konkurencji i konsumentów (zob. art. 29 upk), względnie sądy wyższych instancji.

Bibliografia

- Adamczewski, P. (2017). 100 dni obowiązywania ustawy o przewadze kontraktowej. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, nr 8(6).
- Bolecki, A. (2017). Nieuczciwe wykorzystywanie przewagi kontraktowej przez sieci handlowe względem dostawców żywności – przykłady praktyk potencjalnie zakazanych. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, nr 8(6).
- Kohutek, K. (2017). *Komentarz do ustawy z dnia 15 grudnia 2016 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwemu wykorzystywaniu przewagi kontraktowej w obrocie produktami rolnymi i spożywczymi*. LEX 2017.
- Laskowski, R. (2019). Ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwemu wykorzystywaniu przewagi kontraktowej: różnorodność czy jednolitość jej celów?, *Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały*, nr 2 (25).
- Manteuffel, K., i Piaskowski, M. (2017). Relacja klauzuli generalnej do przykładowego katalogu nieuczciwych praktyk w ustawie o przeciwdziałaniu nieuczciwemu wykorzystywaniu przewagi kontraktowej w obrocie produktami rolnymi i spożywczymi. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, nr 1(6).
- Piszcz, A., i Namysłowska, M. (2017). *Komentarz do ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwemu wykorzystywaniu przewagi kontraktowej*. Warszawa: C.H. Beck, Legalis.
- Skoczny, T. (2016). Negocjacyjne stosowanie prawa ochrony konkurencji – rzeczywistość, istota, problemy. W: T. Skoczny (red.), *Prawo konkurencji. 25 lat*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Stefanicki, R. (2002). Dobre obyczaje w prawie polskim. *Przegląd Prawa Handlowego*, nr 5.
- Wściubiak, Ł. (2007). Dobre obyczaje w ustawie o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym. *Przegląd Prawa Handlowego*, nr 11.

⁴⁸ Tj. w szczególności obok ograniczeń wynikających z innych ustaw (jak w szczególności ustawy antymonopolowej), także egzekwowanej przez Prezesa UOKiK.

⁴⁹ Zob. art. 33. ust. 1 upk oraz art. 106 ust. 1 uokik (w którym przewidziano próg 10% obrotów przedsiębiorcy).

⁵⁰ Być może także w tych sprawach problem naruszenia zakazu z art. 6 upk mógłby zostać rozwiązany z zastosowaniem decyzji zobowiązaniowej; w sprawie *Biedronki*, ukarany przedsiębiorca złożył propozycje zobowiązań (w oparciu o art. 27 upk), które wszak nie zostały zaaprobowane przez Prezesa UOKiK.

Karolina Redlin*

Ustalanie cen i marż maksymalnych jako nowe narzędzie w ramach przeciwdziałania skutkom rozprzestrzeniania się wirusa SARS-CoV-2¹

Spis treści

- I. Wprowadzenie
- II. Delegacje ustawowe do ustalania cen i marż maksymalnych
 1. Przyznanie ministrowi właściwemu do spraw zdrowia kompetencji do ustalania cen maksymalnych
 2. Kompetencje ministra właściwego do spraw gospodarki do ustalania cen i marż maksymalnych
 3. Kompetencje Prezesa UOKiK w związku z nieprzestrzeganiem przez przedsiębiorców ustalonego poziomu cen i marż maksymalnych
 4. Próba praktycznego wykorzystania przyznanych kompetencji: projekt rozporządzenia wprowadzającego maksymalne ceny i marże
- III. Ocena przyjętych rozwiązań

Streszczenie

W artykule omówiono rozwiązania prawne przyjęte w celu możliwości regulowania przez właściwych ministrów, cen i marż maksymalnych towarów i usług jakie przyjęto w ramach przeciwdziałania skutkom rozprzestrzeniania się wirusa SARS-CoV-2. Artykuł przybliży zakres przedmiotowy towarów i usług, których maksymalne ceny i marże mogą być administracyjnie ustalone oraz konsekwencje nieprzestrzegania ustalonego pułapu cen i marż maksymalnych.

Słowa kluczowe: ceny maksymalne; marże maksymalne; marża hurtowa; marża detaliczna.

JEL: K21, K23, K42

I. Wprowadzenie

Skutki rozprzestrzeniania się wirusa SARS-CoV-2 są odczuwalne na płaszczyźnie ekonomicznej dla wszystkich uczestników obrotu gospodarczego, w tym również istotnie wpływają na relacje pomiędzy konsumentami i przedsiębiorcami, wymuszając na obu

* Radca prawny wpisany na listę radców prawnych prowadzoną przez Okręgową Izbę Radców Prawnych w Warszawie; ORCID: 0000-0002-9028-0741.

¹ W celu wyjaśnienia stosowanej nomenklatury: autorka będzie posługiwać się w artykule określeniem wirus SARS-CoV-2 w odniesieniu do nazwy czynnika chorobotwórczego należącego do koronawirusów oraz nazwą COVID-19 w odniesieniu do nazwy choroby układu oddechowego wywołanej przez koronawirusa SARS-CoV-2, zgodnie z nomenklaturą zatwierdzoną przez Światową Organizację Zdrowia (WHO), [https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/technical-guidance/naming-the-coronavirus-disease-\(covid-2019\)-and-the-virus-that-causes-it](https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/technical-guidance/naming-the-coronavirus-disease-(covid-2019)-and-the-virus-that-causes-it).

stronach konieczność dostosowania się do cały czas dynamicznie zmieniających się realiów rzeczywistości gospodarczej.

Sytuacja epidemiologiczna wywołana pojawieniem się wirusa SARS-CoV-2 wywołała obawy co do nagłego wzrostu cen, ograniczenia dostaw czy też ograniczenia sprzedaży. Już na początku walki ze stanem zagrożenia epidemiologicznego, Prezes UOKiK podjął decyzję o powołaniu specjalnego zespołu, którego zadaniem było monitorowanie wzrostu cen żywności i produktów higienicznych². Monitoring prowadzony przez wyżej wspomniany zespół miał również posłużyć do przygotowania analiz cenowych będących podstawą do ustalania cen maksymalnych. Badaniem objęto ceny z 31 grup produktowych, spośród artykułów zarówno żywnościowych, jak i nieżywnościowych (produkty zbożowe, mięso i wędliny, olej, produkty mleczne, konserwy mięsne i rybne, mrożonki warzywne i owocowe, warzywa i owoce, herbatę, kawę, cukier, soki, wodę mineralną i spirytus, mydło, płyny do dezynfekcji rąk, rękawiczki jednorazowe, środki do dezynfekcji toalet, papier toaletowy, chusteczki jednorazowe, ręczniki papierowe oraz proszki do prania)³.

Zapowiedziany przez Prezesa UOKiK monitoring cen towarów w celu zgromadzenia aktualnych danych o dynamice ich cen to niejedyna inicjatywa, jaką podjęto w celu przeciwdziałania negatywnym skutkom gospodarczym sytuacji wywołanej rozprzestrzenianiem się wirusa SARS-CoV-2. W konsekwencji rosnącej liczby zachorowań na COVID-19 podjęto decyzję o stworzeniu ram prawnych szerszej interwencji państwa w mechanizmy gospodarki wolnorynkowej, której szczegóły przedstawione zostaną w dalszej części artykułu.

II. Delegacje ustawowe do ustalania cen i marż maksymalnych

Zgodnie z art. 538 ustawy z 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. 1964 Nr 16, poz. 93 ze zm.), ceną maksymalną jest określona w zarządzeniu cena za rzeczy danego rodzaju lub gatunku, która wyznacza maksymalną wysokość zapłaty, jaka w danym miejscu i czasie może być dokonana. W odróżnieniu od ceny sztywnej, cena maksymalna nie wynika bezpośrednio z przepisów prawa. W jej wypadku cena jest ustalana przez strony, swoboda kontraktowania zostaje jedynie ograniczona w zakresie wprowadzenia górnego limitu ceny (Gutowski, 2016). W polskim porządku prawnym nie istnieje ogólna podstawa prawna do wprowadzania i ustalania cen maksymalnych, ale ceny maksymalne w odniesieniu do określonych kategorii towarów przewidują przepisy szczególne⁴.

W polskim systemie prawnym nie ma również definicji marży maksymalnej ani samej marży, można natomiast odnaleźć definicje marży handlowej. Pojęcie „marży handlowej” zdefiniowane zostało na gruncie ustawy o cenach z 5 lipca 2001 r. (Dz. U. 2001 Nr 97, poz. 1050 ze zm.), która w art. 3 ust. 1 stanowiła, iż „marżą handlową jest różnica między ceną płaconą przez kupującego a ceną uprzednio zapłaconą przez przedsiębiorcę, wynikającą z kosztów i zysku przedsiębiorcy”.

² Wysokie ceny, działania UOKiK, Komunikat Prezesa UOKiK z 17.03.2020. Pozyskano z: https://www.uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=16322&news_page=9.

³ Odpowiedź Ministra Rozwoju na Interpretację nr 7112 w sprawie zawyżania cen. Pozyskano z: <http://orka2.sejm.gov.pl/INT9.nsf/klucz/ATTBR9GHZ/%24FILE/I07112-01.pdf>.

⁴ Przykładami takich aktów prawnych mogą być: ustawa z 12.05.2011 r. o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych (Dz. U. 2011 Nr 122, poz. 696 ze zm.; dalej: ustawa refundacyjna); ustawa z 16.12.2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym (Dz. U. 2011 Nr 5, poz. 13 ze zm.); ustawa z 6.09.2001 r. o transporcie drogowym (Dz. U. 2001 Nr 125, poz. 1371 ze zm.); ustawa z 18.04.2002 r. o stanie klęski żywiołowej (Dz. U. 2002 Nr 62, poz. 558 ze zm.); ustawa z 21.06.2002 r. o stanie wyjątkowym (Dz. U. 2002 Nr 113, poz. 985 ze zm.) oraz ustawa z 29.08.2002 r. o stanie wojennym oraz o kompetencjach Naczelnego Dowódcy Sił Zbrojnych i zasadach jego podległości konstytucyjnym organom Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. 2002 Nr 156, poz. 1301 ze zm.).

Koszty i zysk przedsiębiorcy, o jakich mowa w definicji marży handlowej użytej w przytoczonej powyżej ustawie, nie zostały jednak w niej doprecyzowane i zdefiniowane. Ustawa określiła jedynie, że marża handlowa może być wyrażona zarówno kwotowo, jak i procentowo. Mimo iż była to nomatywna definicja marży handlowej, powoływana w orzecznictwie antymonopolowym (Markiewicz, 2014), w ustawie z 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów (Dz. U. 2014, poz. 915 ze zm.), która zastąpiła ustawę z 5 lipca 2001 r. o cenach, nie zawarto tożsamej lub zmodyfikowanej definicji marży handlowej⁵.

1. Przyznanie ministrowi właściwemu do spraw zdrowia kompetencji do ustalania cen maksymalnych

Pierwszym z kręgu ministrów, któremu w sytuacji rozprzestrzeniania się wirusa SARS-CoV-2 przyznano kompetencje do ustalania cen maksymalnych był minister właściwy do spraw zdrowia. Już na gruncie art. 8 ustawy z 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (Dz. U. 2020, poz. 374 ze zm.; dalej: ustawa COVID-19), minister właściwy do spraw zdrowia zyskał kompetencję do ustalania – w drodze obwieszczenia i na podstawie informacji przekazywanych przez Głównego Inspektora Farmaceutycznego – cen maksymalnych następujących kategorii produktów, które mogą być wykorzystane w związku z przeciwdziałaniem COVID-19, tj.:

- a) produktów leczniczych i produktów leczniczych weterynaryjnych; o których mowa art. 23a ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 6 września 2001 r. – Prawo farmaceutyczne (Dz. U. 2011 Nr 126, poz. 1381 ze zm.; dalej: prawo farmaceutyczne), tj. wydawanych bez przepisu lekarza oraz wydawanych z przepisu lekarza;
- b) wyrobów medycznych w rozumieniu ustawy z 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych (Dz. U. 2010 Nr 107, poz. 679 ze zm.);
- c) środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego w rozumieniu ustawy z 25 sierpnia 2006 r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia (Dz. U. 2006 Nr 171, poz. 1225 ze zm.).

Powyższy katalog, na mocy art. 15 pkt. 5 ustawy z dnia 31 marca 2020 r. o zmianie niektórych ustaw w zakresie systemu ochrony zdrowia związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19 (Dz. U. 2020, poz. 567 ze zm.) został następnie rozszerzony o:

- d) produkty biobójcze w rozumieniu ustawy z 9 października 2015 r. o produktach biobójczych (Dz. U. 2015, poz. 1926);
- e) surowce farmaceutyczne w rozumieniu ustawy – Prawo farmaceutyczne, „które mogą być wykorzystane w związku z przeciwdziałaniem COVID-19 lub w sytuacji zagrożenia braku dostępności na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej w związku z COVID-19, z wyjątkiem tych produktów, wyrobów lub środków, których cena została ustalona w decyzji administracyjnej wydanej na podstawie przepisów ustawy refundacyjnej”⁶.

⁵ W zakresie przepisów prawa powszechnie obowiązującego, regulujących marże, wskazać należy ponownie na ustawę refundacyjną, które w art. 7 nakłada na przedsiębiorców prowadzących obrót hurtowy i obrót detaliczny leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego, wyrobów medycznych, obowiązek stosowania marży hurtowej i detalicznej o wysokości wskazanej w przywołanym powyżej artykule.

⁶ Art. 8 ustawy COVID-19.

Równocześnie, zmieniając ustawę COVID-19, doprecyzowano także kompetencje ministra właściwego do spraw zdrowia, wskazując, że przyznane mu uprawnienie dotyczy także możliwości ustalania w drodze obwieszczenia, maksymalnych urzędowych cen zbytu (zawierających podatek VAT), urzędowych marż hurtowych oraz urzędowych marż detalicznych (cen wynikowych) w zakresie wskazanych powyżej kategorii produktów⁷.

Karę za stosowanie ceny wyższej niż ustalonej w obwieszczeniu ministra właściwego do spraw zdrowia ustalono w granicach od 5 000 zł do 5 000 000 zł⁸. Kontrolę cen i marż maksymalnych wprowadzonych przez ministra właściwego do spraw zdrowia powierzono według swojej właściwości: Inspekcji Farmaceutycznej, Urzędowi Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych oraz Państwowej Inspekcji Sanitarnej, natomiast decyzję o nałożeniu kary zastrzeżono do kompetencji wojewódzkiego inspektora farmaceutycznego, Głównego Inspektora Farmaceutycznego, Prezesa Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych, państwowego wojewódzkiego inspektora sanitarnego⁹. Decyzje te miały mieć rygor natychmiastowej wykonalności, a kary pieniężne, do których przedsiębiorcy byliby zobowiązani na ich mocy, miały być uiszczane w ciągu 7 dni i nie miałyby do nich zastosowania art. 61 § 3 ustawy z 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz. U. 2019, poz. 2325 ze zm.; dalej: jako ppsa) przewidujący możliwość wydania postanowienia o wstrzymaniu wykonania decyzji.

W ustawie COVID-19 kompetencje ministra właściwego do spraw zdrowia do ustalania cen maksymalnych ściśle ograniczono do sytuacji, gdy ma to służyć przeciwdziałaniu COVID-19, czyli zawężono do tych działań, które są związane ze „zwalczaniem zakażenia, zapobieganiem rozprzestrzenianiu się, profilaktyką oraz zwalczaniem skutków wirusa choroby COVID-19”¹⁰. Mimo że w swej nazwie ustawa COVID-19 odwołuje się również do „innych chorób zakaźnych”, nie jest w tym przypadku możliwe zastosowanie wykładni rozszerzającej i stosowanie przepisów, na mocy których ministrowi do spraw zdrowia przyznano kompetencje do ustalania cen maksymalnych, w przypadkach innych chorób zakaźnych oraz zagrożenia innymi epidemiami.

Ustawa COVID-19 gwarantowała ministrowi właściwemu do spraw zdrowia opisane powyżej kompetencje w zakresie ustalania cen maksymalnych jedynie przez okres 180 dni od dnia wejścia w życie ustawy, w związku z czym minister właściwy do spraw zdrowia utraciłby przyznane mu kompetencje po 4 września 2020 roku¹¹. Przy projektowaniu takiego zakresu czasowego kompetencji ministra właściwego do spraw zdrowia nie brano zapewne pod uwagę, iż jesienno-zimowe zmagania z epidemią wirusa SARS-CoV-2 będą obfitować w jeszcze poważniejsze wyzwania, które mogą wymagać przedsięwzięcia dalszych działań w reakcji na dynamikę cen określonych towarów. W październiku 2020 roku złożono także interpelację poselską wskazującą na konieczność przywrócenia uchylonych przepisów, ale w odpowiedzi na złożoną interpelację Minister Zdrowia wskazał, iż rozwiązania przyjęte w ustawie refundacyjnej w odniesieniu do produktów leczniczych podlegających refundacji są rozwiązaniami wystarczającymi, natomiast w odniesieniu

⁷ Art. 8 ustawy z dnia 31.03.2020 r. o zmianie niektórych ustaw w zakresie systemu ochrony zdrowia związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19.

⁸ Art. 8 ust. 3 ustawy COVID-19.

⁹ Art. 8 ust. 2 ustawy oraz art. 8 ust. 5 ustawy COVID-19.

¹⁰ Art. 2 ust. 2 ustawy COVID-19.

¹¹ Art. 36 ust. 1 ustawy COVID-19.

do produktów leczniczych nie podlegających refundacji, Minister Zdrowia wskazał, iż brak jest sygnałów świadczących o spekulacjach cenowych, w związku z czym, nie ma również potrzeby wprowadzenia dodatkowych rozwiązań prawnych sankcjonujących stosowanie cen wyższych aniżeli administracyjnie ustalone¹².

2. Kompetencje ministra właściwego do spraw gospodarki do ustalania cen i marż maksymalnych

Minister właściwy do spraw zdrowia to nie jedyny z kręgu ministrów, który w tej nadzwyczajnej sytuacji wywołanej rozprzestrzenieniem się wirusa SARS-CoV-2 został wyposażony w kompetencje do ustalania cen maksymalnych. W celu zwiększenia ochrony konsumentów przed nadmiernym wzrostem cen, na mocy ustawy z 31 marca 2020 roku o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. 2020, poz. 568; dalej: ustawa zmieniająca ustawę COVID-19) do ustawy COVID-19 został dodany art. 8a, zgodnie z którym minister właściwy do spraw gospodarki, w porozumieniu z ministrem właściwym do spraw zdrowia oraz ministrem właściwym do spraw rolnictwa i rozwoju wsi, może określić – w drodze rozporządzenia – maksymalne ceny lub marże (zarówno hurtowe, jak i detaliczne) stosowane w sprzedaży towarów lub usług mających znaczenie dla:

- ochrony zdrowia lub bezpieczeństwa ludzi lub
- kosztów utrzymania gospodarstw domowych.

Tak szeroko ujęty katalog towarów i usług, wobec których właściwy minister może ustalić maksymalne ceny i marżę wzbudza wiele wątpliwości. Katalog ten nie został w żaden sposób zawężony przedmiotowo, a użyte w ustawie sformułowanie, iż powyższe może nastąpić jedynie w stosunku do „towarów lub usług mających znaczenie dla ochrony zdrowia lub bezpieczeństwa ludzi lub kosztów utrzymania gospodarstw domowych”, w żaden sposób nie doprecyzowuje kategorii towarów i usług, w stosunku do których ustalenie maksymalnych cen i marż mogłoby nastąpić. Klarowności w tym zakresie nie dostarcza również uzasadnienie projektu ustawy zmieniającej ustawę COVID-19. Należy również zaznaczyć, że stosunkowo otwarty katalog towarów i usług, wobec których może nastąpić określenie maksymalnej stawki jest tym bardziej problematyczny, iż przyjęte rozwiązania nie przewidują i nie zapewniają przedsiębiorcom żadnej możliwości kwestionowania zasadności objęcia oferowanych przez nich towarów i usług cenami i marżami maksymalnymi i zaliczenia ich do katalogu mających wyjątkowe znaczenia dla ochrony zdrowia lub funkcjonowania gospodarstw domowych. W odróżnieniu również od omówionych powyżej kompetencji przyznanych ministrowi właściwemu do spraw zdrowia w zakresie ustalania cen maksymalnych, kompetencje przyznane ministrowi do spraw gospodarki nie przewidują przesłanki jakiegokolwiek związku tych towarów lub usług z przeciwdziałaniem COVID-19.

Wydając rozporządzenie, o którym mowa powyżej, minister właściwy do spraw gospodarki uzyskał możliwość ustalania maksymalnych cen dla różnego poziomu obrotu towarowego przy uwzględnieniu skali sprzedaży, świadczenia usług i uwarunkowań regionalnych. Dodatkowo w ustawie wskazano, że wydając rozporządzenie, minister może wziąć pod uwagę wysokość cen

¹² Interpelacja nr 12808 w sprawie przywrócenia kar za spekulacje na niezbędnych środkach ochrony osobistej czy produktach leczniczych. Pozyskano z: <https://www.sejm.gov.pl/Sejm9.nsf/interpelacja.xsp?typ=INT&nr=12808>.

w okresie poprzedzającym wprowadzenie stanu zagrożenia epidemicznego, a także uzasadnione zmiany kosztów produkcji i zaopatrzenia.

Oceniając przyjętą regulację w zakresie kompetencji przyznaną ministrowi właściwemu do spraw gospodarki, należy docenić, iż w odróżnieniu regulacji kształtujących kompetencje ministra właściwego do spraw zdrowia, w tym przypadku ustawodawca zdecydował się wyszczególnić jakie czynniki minister właściwy do spraw gospodarki powinien uwzględniać, korzystając ze swoich kompetencji zezwalających na ustalenie w drodze rozporządzenia cen i marż maksymalnych. Należy jednak podkreślić, że użycie określenia „może” nie rodzi bezwzględnego obowiązku skorzystania z katalogu wskazanych powyżej kryteriów i zróżnicowań, co w dalszym ciągu określa dużą swobodę decyzyjną dla ministra właściwego do spraw gospodarki. Wątpliwości wzbudza także fakultatywność wzięcia pod uwagę cen w okresie poprzedzającym wprowadzenie stanu zagrożenia epidemicznego, co powinno stanowić obligatoryjny element procesu decyzyjnego, chroniący przed arbitralnością decyzji w tym zakresie.

Ceny i marże ustalane przez ministra właściwego do spraw gospodarki, mają być wyznaczone poprzez:

- a) określenie podstawy obliczenia maksymalnych marż lub
- b) ustalanie maksymalnego pułapu marż dla poszczególnych rodzajów obrotu albo marż naliczanych od ceny hurtowej.

Na mocy ustawy zmieniającej ustawę COVID-19, do samej ustawy COVID-19 dodany został art. 8b, na podstawie którego wprowadzono zakaz stosowania w obrocie na terytorium Polski cen lub marż wyższych niż ceny lub marże maksymalne i to zarówno w przypadku ich ustalenia przez ministra właściwego do spraw zdrowia, na mocy art. 8 ustawy COVID-19, jak i wówczas, gdy decyzję o wykonaniu swoich kompetencji w zakresie ustalania cen i marż maksymalnych podejmie minister właściwy do spraw gospodarki.

Kontrolę przestrzegania ww. zakazu stosowania cen lub marż wyższych niż maksymalne powierzono następującym organom w zakresie ich właściwości: Inspekcji Farmaceutycznej, Inspekcji Jakości Handlowej Artykułów Rolno-Spożywczych; Inspekcji Sanitarnej oraz w zakresie niezastrzeżonym dla żadnego z powyższych organów – Inspekcji Handlowej¹³. Zgodnie z uzasadnieniem projektu ustawy zmieniającej ustawę COVID-19, w celu zapewnienia skuteczności i szybkiego przebiegu kontroli, mają być one prowadzone z wyłączeniem niektórych przepisów ustawy – Prawo przedsiębiorców. Wyłączenia, o których mowa w ustawie dotyczą: możliwości przeprowadzania kontroli bez planowania i dokonania analizy prawdopodobieństwa naruszenia prawa, braku obowiązku zawiadomienia przedsiębiorcy o planowanej kontroli, braku obowiązku oznaczania w upoważnieniu do przeprowadzenia kontroli przedsiębiorcy objętego kontrolą, możliwości przeprowadzania kontroli pod nieobecność przedsiębiorcy lub osoby przez niego upoważnionej, braku ograniczenia co do podejmowania i prowadzenia więcej niż jednej kontroli działalności przedsiębiorcy, braku ograniczenia co do czasu trwania wszystkich kontroli u przedsiębiorcy w jednym roku kalendarzowym, braku ograniczeń co do możliwości przeprowadzenia powtórnej kontroli u danego przedsiębiorcy, braku istnienia dla przedsiębiorcy uprawnienia do złożenia sprzeciwu co do podjęcia i prowadzenia kontroli. Kontrolę u przed-

¹³ Art. 8c ust. 1 i ust. 2 ustawy COVID-19.

siębiorky dotycząca przedstrzegania powyższego zakazu będą mogli przeprowadzić również pracownicy UOKiK¹⁴.

Za naruszenie zakazów ustalania cen lub marż wyższych niż maksymalne przedsiębiorcy grozić będzie kara pieniężna w wysokości od 5 000 do 5 000 000 złotych, nakładana przez odpowiedni organ, tj. Wojewódzkiego Inspektora Jakości Handlowej Artykułów Rolno-Spożywczych lub Wojewódzkiego Inspektora Inspekcji Handlowej¹⁵. Początkowo kompetencje do nakładania kar przyznano również Wojewódzkiemu Inspektorowi Farmaceutycznemu oraz Państwowemu Wojewódzkiemu Inspektorowi Sanitarnemu, ale podmioty te utraciły swoje kompetencje po przyjęciu ustawy z 16 kwietnia 2020 r. o szczególnych instrumentach wsparcia w związku z rozprzestrzenieniem się wirusa SARS-CoV-2 (Dz.U. 2020, poz. 695). Przyjęte rozwiązania w zakresie wymagalności kar odbiegają również od standardowych rozwiązań znanych z prawa konkurencji, nałożone kary mają być bowiem uiszczane w terminie 7 dni od dnia, w którym decyzja o ich nałożeniu stała się ostateczna, co skutkuje koniecznością ich zapłaty przed dokonaniem sądowej kontroli decyzji nakładającej karę¹⁶. Rozwiązania funkcjonujące w prawie konkurencji zakładają natomiast, że kary nakładane przez Prezesa UOKiK muszą być uiszczane dopiero po uprawomocnieniu się decyzji o ich nałożeniu, a więc po poddaniu ich kontroli sądowej bądź bezskutecznym upływie terminu wniesienia odwołania. Przepisy ustawy COVID-19 przewidują także, że jeżeli będzie wymagała tego ochrona bezpieczeństwa lub porządku publicznego, decyzji o nałożeniu kary będzie mógł zostać nałożony rygor natychmiastowej wykonalności, odpowiednio w całości lub części oraz, że w ich wypadku nie znajdzie zastosowania art. 61 § 3 ppsa przewidujący możliwość wydania postanowienia o wstrzymaniu wykonania decyzji¹⁷.

3. Kompetencje Prezesa UOKiK w związku z nieprzestrzeganiem przez przedsiębiorców ustalonego poziomu cen i marż maksymalnych

Ustawa COVID-19 przewiduje również szczególne kompetencje Prezesa UOKiK w zakresie kontroli przestrzegania przez przedsiębiorców ustalonego poziomu cen i marż maksymalnych. Ustawa przewidywała tożsame kompetencje Prezesa UOKiK zarówno co do kontroli stosowania cen maksymalnych ustalonych w obwieszczeniu ministra właściwego do spraw zdrowia, na podstawie art. 8 ustawy, jak i w odniesieniu do kontroli przestrzegania cen i marż maksymalnych ustalonych na mocy rozporządzenia wydanego przez ministra właściwego do spraw gospodarki na podstawie art. 8b ustawy COVID-19. W konsekwencji uchylenia art. 8 ustawy COVID-19, obecnie kompetencje Prezesa UOKiK pozostają aktualne jedynie w stosunku do kontroli przestrzegania przepisów rozporządzenia, jakie władny jest wydać minister właściwy do spraw gospodarki.

Zgodnie z przyjętymi rozwiązaniami, Prezes UOKiK może nałożyć na przedsiębiorców kary finansowe w następujących wysokościach, tj.:

- a) na podstawie art. 15 zzzk ustawy COVID-19 do 10% obrotu przedsiębiorcy uzyskanego w roku obrotowym poprzedzającym rok nałożenia kary, jeżeli przedsiębiorca – choćby nieumyślnie

¹⁴ Art. 8c ust. 3 ustawy COVID-19.

¹⁵ Art. 15zzzj ust. 1 i ust. 3 ustawy COVID-19.

¹⁶ Art. 15zzzj ust. 4 ustawy COVID-19.

¹⁷ Art. 15zzzj ust. 5 i ust. 6 ustawy COVID-19.

– dopuścił się naruszenia ww. zakazu wielokrotnie w przypadku wielu towarów lub usług lub na dużą skalę; do postępowania prowadzonego przez Prezesa UOKiK zastosowanie miały mieć przepisy art. 106 ust. 3–7 ustawy uokik; oraz

- b) na podstawie art. 15 zzzl do 5% obrotu przedsiębiorcy (lecz nie więcej niż 50 000 000 złotych) uzyskanego w roku obrotowym poprzedzającym rok nałożenia kary, jeżeli przedsiębiorca – choćby nieumyślnie – nie udzielił informacji żądanych przez Prezesa UOKiK, udzielił informacji nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd lub uniemożliwia lub utrudnia rozpoczęcie lub przeprowadzenie kontroli; do postępowania prowadzonego przez Prezesa UOKiK zastosowanie miały mieć przepisy art. 106 ust. 3–5 ustawy uokik.

Do postępowania w sprawie nałożenia kary, na podstawie art. 15 zzzk oraz 15 zzzl stosuje się odpowiednio przepisy rozdziału 3 ustawy z 15 grudnia 2016 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwemu wykorzystywaniu przewagi kontraktowej w obrocie produktami rolnymi i spożywczymi (Dz. U. 2017, poz. 67 ze zm.), z wyjątkiem art. 8, art. 26–28 oraz art. 31 tej ustawy. Do kar pieniężnych, o których mowa w art. 15zzzk i art. 15zzzl stosuje się odpowiednio przepisy art. 38 ust. 1–5 i art. 39.

Oceniając zakres kompetencji przyznany Prezesowi UOKiK, należy zauważyć, że przyjęte rozwiązania dopuszczają możliwość dwukrotnego sankcjonowania przedsiębiorcy za ten sam czyn (na mocy decyzji właściwej inspekcji, a następnie na mocy decyzji Prezesa UOKiK). W ustawie COVID-19 nie sprecyzowano również jak należy rozumieć użyte w ustawie „wielokrotne naruszenia” lub „naruszenia na dużą skalę”, co ma kluczowe znaczenie dla stwierdzenia możliwości stosowania niniejszego przepisu. Brak takiego doprecyzowania na poziomie rozwiązań ustawowych powoduje, iż to Prezesowi UOKiK pozostawio możliwość interpretacji tych pojęć, iż możliwość interpretacji oraz szczegółowych przesłanek interwencji zostało pozostawione Prezesowi UOKiK.

4. Próba praktycznego wykorzystania przyznanych kompetencji: projekt rozporządzenia wprowadzającego maksymalne ceny i marże

W związku z pojawieniem się epidemii wirusa SARS-CoV-2, dotychczas tylko jednokrotnie rozważano zastosowanie kompetencji przyznanych ministrowi właściwemu do spraw gospodarki, co miało związek z wprowadzonych 16 kwietnia 2020 r. (wówczas do odwołania) obowiązkiem zakrywania ust i nosa w przestrzeni publicznej, a co za tym idzie z potrzebą „ochrony konsumentów przed nieuczciwymi praktykami rynkowymi, polegającymi na zawyżaniu ceny sprzedaży tych produktów w stosunku do cen sprzed okresu epidemii”.

Na stronie Rządowego Centrum Legislacji 29 kwietnia 2020 r. pojawił się projekt rozporządzenia Ministra Rozwoju, tj. *Rozporządzenia w sprawie maksymalnych marż hurtowych i detalicznych stosowanych w sprzedaży niektórych maseczek* (dalej: Projekt rozporządzenia)¹⁸. Podstawą wydania aktu wykonawczego miały być omówiony powyżej art. 8a ustawy COVID-19. Zgodnie z uzasadnieniem Projektu rozporządzenia, maseczki stosowane do zakrywania ust i nosa są towarem spełniającym przesłanki zawarte w ust. 1 art. 8a ustawy COVID-19, tj. towarem mającym istotne znaczenie dla ochrony życia lub bezpieczeństwa ludzi.

¹⁸ <https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12333203>.

Projekt rozporządzenia nie dotyczył maseczek będących wyrobami medycznymi w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 38 ustawy o wyrobach medycznych, natomiast odnosił się właściwie do wszystkich pozostałych rodzajów maseczek służących do zakrywania ust i nosa, nawet tych niebędących środkami ochrony indywidualnej, gdyż jego zakres przedmiotowy obejmował:

- maseczki ochronne będące środkami ochrony indywidualnej w rozumieniu art. 3 pkt 1 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/425 z dnia 9 marca 2016 r. w sprawie środków ochrony indywidualnej oraz uchylecia dyrektywy Rady 89/686/EWG (Dz. Urz. UE L 81 z 31.03.2016, str. 51);
- maseczki niebędące środkami ochrony indywidualnej służące do osłaniania nosa i ust¹⁹.

Projekt rozporządzenia definiował w § 3 marżę hurtową jako stosunek zysku ze sprzedaży do ceny sprzedaży, przedsiębiorcy prowadzącego sprzedaż hurtową, wyrażony w procentach i stanowił, iż maksymalna marża hurtowa nie może przekraczać 8% ceny zbytu. W zakresie zaś określenia marży detalicznej, Projekt rozporządzenia w § 4 określał marżę detaliczną jako stosunek zysku ze sprzedaży do ceny sprzedaży, przedsiębiorcy prowadzącego sprzedaż detaliczną, wyrażony w procentach i ustanawiał marże detaliczne na poziomie: od 50% dla towaru kupowanego w obrocie hurtowym za cenę do 3 zł, 40% w przypadku maseczek, których cena hurtowa wynosi do 5 zł, aż do 5% w przypadku produktów, których cena ustalona jest na poziomie powyżej 15 złotych. Mimo że art. 8a umożliwia ministrowi właściwemu do spraw gospodarki ustalenie – obok marż hurtowych i detalicznych – także cen maksymalnych, w projekcie nie skorzystano z tej możliwości i ustalono wyłącznie marże maksymalne.

W omawianym Projekcie rozporządzenia przyjęto zatem zupełnie inną definicję maksymalnych marż niż chociażby to, w jaki sposób maksymalne marże ujęto w ustawie refundacyjnej. Projekt rozporządzenia nie odnosił się bowiem do żadnego rodzaju ceny bazowej (dla porównania, w ustawie refundacyjnej za taką cenę bazową uznano urzędowe ceny zbytu), a wyłącznie do „zysku”, nie definiując co to pojęcie na potrzeby stosowania rozporządzenia miałyby oznaczać. Gdyby zatem rozporządzenie zostało przyjęte w projektowanym kształcie, pojawiłaby się uzasadniona wątpliwość, w jaki sposób należy obliczać zysk ze sprzedaży towarów. Za podstawę obliczenia zysku można przyjąć zarówno cenę zakupu danego produktu, do której przedsiębiorca może doliczyć swoją marżę, jak i przyjęcie, iż przy obliczaniu zysku należy uwzględnić także koszty sprzedaży produktu i pozostałe koszty operacyjne związane z działalnością przedsiębiorcy. Problematiczny w kontekście Projektu rozporządzenia był również brak definicji obrotu hurtowego oraz detalicznego (dla porównania, definicja obrotu hurtowego znajduje się w art. 72 ust. 3 prawa farmaceutycznego).

Mimo że obowiązek zakrywania ust i nosa w przestrzeni publicznej obowiązuje nadal, 19 października 2020 r. na stronie Rządowego Centrum Legislacji pojawiła się adnotacja o wycofaniu Projektu rozporządzenia. Powyższe uzasadnione było tym, iż podczas trwających w okresie pomiędzy 28 kwietnia a 4 maja 2020 r. konsultacji społecznych i opiniowania projektu, większość złożonych opinii była przeciwna wprowadzaniu takiego rozwiązania, powołując się na zaobserwowaną samoregulację rynku oraz mając na uwadze możliwość wykonania przez konsumentów osłon na usta i nos we własnym zakresie.

¹⁹ § 1 rozporządzenia w sprawie maksymalnych marż hurtowych i detalicznych stosowanych w sprzedaży niektórych maseczek.

III. Ocena przyjętych rozwiązań

Omawiane w ramach niniejszego artykułu rozwiązania prawne zostały przyjęte w początkowym okresie epidemii wywołanej rozprzestrzenieniem się wirusa SARS-CoV-2. Na tempo prac i kształt przyjętych rozwiązań wpływała wówczas niewątpliwie liczba skarg/sygnałów otrzymywanych od konsumentów i wskazujących na znaczne wzrosty cen niektórych towarów. Niemniej jednak należy mieć na uwadze, że w trakcie epidemii dynamika cen może ulegać zmianie z różnych powodów, m.in. ze względu na zwiększone koszty pozyskania surowców lub transportu.

Również polski system prawny zbudowany na podstawie obecnie obowiązującej Konstytucji z 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. 1997 Nr 78, poz. 483 ze zm.) nie mierzył się jeszcze z wyzwaniem podobnym do epidemii wirusa SARS-CoV-2. Należy podkreślić, że omówione rozwiązania miały umożliwiać zarządzanie gospodarką w okresie zagrożenia epidemiologicznego bez wprowadzania stanów nadzwyczajnych, opisanych w rozdziale XI Konstytucji, niemniej jednak powinny uwzględniać ograniczenia przewidziane w artykule 31 Konstytucji, w którym wyrażona jest zarówno ogólna zasada wolności (ust. 1 i 2), jak i przesłanki ustanawiania ograniczeń praw i wolności (ust. 3 stanowi, iż „ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw”). Abstrahując zatem w tym miejscu szerzej od podnoszonych licznie głosów, iż pojawianie się w Polsce epidemii COVID-19 było niewątpliwie okolicznością uzasadniającą wprowadzenie stanu klęski żywiołowej, w związku ze ziszczeniem się przesłanek przewidzianych w art. 232 Konstytucji – tj. wystąpienie katastrofy naturalnej lub awarii technicznej, noszących znamiona klęski żywiołowej, oraz zaistnienie konieczności zapobiegnięcia skutkom tego typu zjawisk lub usunięcia tych skutków (Florczak-Wątor, 2020), należy podkreślić, iż w okresie innego niż nadzwyczajny funkcjonowania państwa obowiązuje zakaz naruszania istoty praw i wolności, który wyklucza również wprowadzenia ograniczeń praw i wolności z pominięciem wymogów opisanych w art. 31 ust. 3 Konstytucji (formy ustawowej, poszanowania zasady proporcjonalności, nienaruszenie konstytucyjnej zasady praw i wolności).

Wymóg formy ustawowej stanowi kryterium formalne w kontekście dopuszczalności ograniczeń. Ustawy są bowiem stanowione w procedurze, która z założenia ma być transparentna dla społeczeństwa i umożliwiać szczegółowe opisanie celów ustawodawcy, ocenę jego racjonalności oraz weryfikację tego czy wprowadzone nim ograniczenia nie wykraczają poza to, co jest konieczne do osiągnięcia założeń legislacyjnych. Tymczasem dla opisanych rozwiązań, ograniczających swobodę praw i wolności, nie przewidziano formy ustawowej, przyznając kompetencje do ustalania cen i marż maksymalnych właściwym ministrom w drodze wydawanych rozporządzeń. Niewątpliwie, zastrzeżenie formy ustawy dla omawianych regulacji chroniłoby system prawny przed wprowadzeniem delegitymizujących państwo ograniczeń praw i wolności. Dyskusyjne jest również czy ograniczenia w zakresie ustalania cen i marż maksymalnych, nawet jeśli wprowadzone na mocy ustawy, są rozwiązaniami koniecznymi dla „bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób”. Rozwiązanie przyjęte przez ustawodawcę w zakresie możliwości administracyjnego ustalania

cen i marż maksymalnych leków i innych produktów służących bezpośrednio do zwalczania COVID-19 można zapewne by usprawiedliwić ochroną zdrowia, ale odejście od mechanizmów rynkowych w szerszym zakresie i przyznawanie możliwości ustalania cen i marż maksymalnych nieokreślonego przedmiotowo katalogowi towarów nie znajduje uzasadnienia w katalogu przywołanym w art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Omówione rozwiązania budzą również wątpliwości w zakresie przewidzianych sankcji oraz ich dolegliwości, a zatem w kontekście zasady proporcjonalności. Kary pieniężne w wysokości od 5 000 do 5 000 000 złotych są karami znacznie surowszymi aniżeli te, jakie są przewidziane chociażby za naruszenie obostrzeń wynikających ze stanów nadzwyczajnych: stanu klęski żywiołowej czy stanu wyjątkowego. Zgodnie z art. 27 ustawy o stanie klęski żywiołowej oraz zgodnie z art. 23 ustawy o stanie wyjątkowym w zakresie sankcji za nieprzestrzeganie nałożonych ograniczeń następuje odesłanie do przepisów o postępowaniu w sprawach o wykroczenia w postępowaniu przyśpieszonym, z zagrożeniem karą aresztu lub grzywny. Maksymalna wysokość grzywny przewidziana w kodeksie wykroczeń wynosi natomiast 5 000 zł²⁰. Również ustawa refundacyjna przewiduje mniej restrykcyjne kary za naruszenie obowiązku przestrzegania ustalonych cen i marż. W art. 50 ustawy refundacyjnej przewidziano finansowe sankcje karne, które wymierza się w wysokości wartości sprzedanych z naruszeniem przepisów ustawy m.in. leków powiększonej o wartość do 5% obrotu produktami, w stosunku do których wydana została decyzja administracyjna o objęciu refundacją, osiągniętego w poprzednim roku kalendarzowym. Ustawa refundacyjna w art. 53 ust. 3 wskazuje również na okoliczności, jakie powinny być brane pod uwagę przy ustalaniu wysokości kary pieniężnej, takie jak okres, stopień oraz okoliczność naruszenia przepisów ustawy, a także uprzednie naruszenie przepisów ustawy. Katalog okoliczności nie jest zamknięty, co umożliwia organowi wzięcie pod uwagę, w zależności od okoliczności konkretnej sprawy, także innych czynników, tj. umyślności, ciężaru i zasięgu naruszenia, pozycji rynkowej czy korzyści uzyskanych w związku z jego wystąpieniem (Adamski, Urban i Warmińska, 2014). Wątpliwości budzi zatem fakt, czemu w przypadku rozwiązań uprawniających właściwych ministrów do ustalania cen i marż maksymalnych nie zdecydowano się na wprowadzanie chociażby katalogu okoliczności, jakie winny być brane pod uwagę przy ustalaniu wymiaru kary.

Pod wątpliwość należy również poddać wyłączenie stosowania art. 61 § 3 ppsa przewidującego możliwość wydania postanowienia o wstrzymaniu wykonania decyzji. Przepis ten gwarantuje skarżącemu możliwość złożenia wniosku o wydanie postanowienia o wstrzymanie wykonania decyzji w całości lub w części, jeżeli zachodzi niebezpieczeństwo wyrządzenia znacznej szkody lub spowodowania trudnych do odwrócenia skutków. Podkreślić należy, iż przewidziana w art. 61 § 3 ppsa ochrona tymczasowa nie służy zabezpieczeniu strony przed jakimikolwiek skutkami wykonania zaskarżonej decyzji, lecz jedynie przed skutkami bezpośrednio związanymi z jej wykonaniem, których ponadto nie można byłoby naprawić w razie ewentualnego uwzględnienia skargi (Dauter, Kabat i Niezgódka-Medek, 2019). Nakładanie kar finansowych opiewających na kwotę do 5 000 000 złotych może skutkować zakończeniem działalności gospodarczej, utratą przez stronę skarżącą źródła utrzymania dla niej samej i dla jej rodziny, a zatem konsekwencjami, których nie będzie można następczo wyeliminować, w związku z czym tym mniej uzasadnione wydaje się pozbawienie skarżących możliwości składania wniosku o wstrzymanie wykonania decyzji, zwłaszcza że decyzja

²⁰ Art. 1 ustawy z 20.05.1971 r. – Kodeks wykroczeń (Dz. U. 1971 Nr 12, poz. 114 ze zm.).

może zostać wydana na skutek kontroli przedsiębiorcy z pominięciem gwarancyjnych przepisów prawa przedsiębiorców, które wskazano powyżej. Nie do zaakceptowania jest również nadawanie nakładanym karom rygoru natychmiastowej wykonalności z powodów innych niż wątpliwości co do możliwości ich egzekwowania i z powołaniem się na ochronę bezpieczeństwa lub porządku publicznego (art. 15zzzzj ust. 5 ustawy COVID-19). Ochrona bezpieczeństwa lub porządku publicznego nie są okolicznościami uzasadniającymi natychmiastowe ściągnięcie kary, a wskazany w przepisie ustawy COVID-19 katalog okoliczności jest znacznie uboższy aniżeli chociażby ten wskazany w art. 108 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. 1960 Nr 30, poz. 168 ze zm), gdzie wskazano, że rygor natychmiastowej wykonalności może być nadany „gdy jest to niezbędne ze względu na ochronę zdrowia lub życia ludzkiego albo dla zabezpieczenia gospodarstwa narodowego przed ciężkimi stratami bądź też ze względu na inny interes społeczny lub wyjątkowo ważny interes strony.

Na marginesie niniejszych rozważań należy wskazać, iż na wprowadzenie ram prawnych do ustalania maksymalnych cen i marż nie zdecydowały się inne państwa naszego regionu: podobnych rozwiązań nie przyjęto w Republice Czeskiej, Republice Słowacji. Na Węgrzech zdecydowano się jedynie, począwszy od 1 września 2020 r., na wprowadzenie maksymalnej ceny za przeprowadzenie testu na obecność wirusa SARS-CoV-2, którego to cena nie może przekroczyć 19,500 HUF²¹.

Dokonując zatem finalnej oceny regulacji będących przedmiotem niniejszego artykułu, należy dobitnie podkreślić, iż nie jest w jego ramach kwesjonowana potrzeba wprowadzenia określonych rozwiązań mających na celu zapobieganie rozprzestrzeniania się epidemii COVID-19. Konieczność taka nie budzi najmniejszych wątpliwości, jednakże panująca sytuacja epidemiologiczna nie zwalnia organów władzy publicznej z działania na podstawie i w granicach prawa, a zatem z poszanowaniem ograniczeń przewidzianych w art. 31 ust. 3 Konstytucji, zwłaszcza gdy z punktu widzenia prawa państwo funkcjonuje w sposób niezakłócony i poza stanem nadzwyczajnym.

Bibliografia

- Adamski, J., Urban, K. i Warmińska, E. (2014). *Refundacja leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer, Lex.
- Dauter, B., Kabat, A. i Niezgodka-Medek, M. (2019). *Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer, Lex.
- Florczyk-Wątor, M. (2020). Niekonstytucyjność ograniczeń praw i wolności jednostki wprowadzonych w związku z epidemią Covid-19 jako przesłanka odpowiedzialności odszkodowawczej państwa. *Państwo i Prawo*, 12.
- Gutowski, M. (red.). (2016). *Kodeks cywilny. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck.
- Markiewicz, J. (2014). Znaczenie i rola pojęcia „marży handlowej” na tle art. 15 ust. 1 pkt 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. *Przegląd Prawniczy Ekonomiczny i Społeczny*, 3.

²¹ Oficjalna strona węgierskiego rządu: <https://2015-2019.kormany.hu/en/the-prime-minister/news/we-are-better-prepared-than-we-were-in-the-spring>.

Licencja przymusowa – panaceum na epidemię?

Spis treści

- I. Wprowadzenie
- II. Geneza instytucji licencji przymusowej
- III. Przesłanki udzielenia licencji przymusowej
 1. Stan zagrożenia bezpieczeństwa państwa
 - 1.1. Licencja przymusowa a przywilej państwowy
 2. Nadużywanie patentu
 3. Zależność praw
- IV. Charakterystyka licencji przymusowej
 1. Niewyłączność
 2. Odpłatność
 3. Szczegółowo określony zakres i czas trwania licencji
- V. Postępowanie w przedmiocie udzielenia licencji przymusowej
- VI. Podsumowanie

Streszczenie

Pandemia spowodowana przez wirus SARS-CoV-2 spowodowała problemy z dostępnością wielu produktów leczniczych. Celem artykułu jest analiza instytucji licencji przymusowej pod kątem jej przydatności do zwalczania nagłego stanu zagrożenia państwa spowodowanego sytuacją epidemiczną. Omówione zostały przesłanki udzielenia licencji przymusowej ze szczególnym naciskiem na te, które mogą być wykorzystane w przypadku zagrożenia zdrowia i życia ludzi oraz charakterystyczne cechy licencji przymusowej. Kolejna część pracy poświęcona została analizie proceduralnych aspektów postępowania w przedmiocie udzielenia licencji. Przedstawiono postulaty *de lege ferenda*, które pozwolą na szybsze udzielenie licencji przymusowej, a w konsekwencji sprawną reakcję na potrzeby wynikające z nagłego zagrożenia przy jednoczesnym zachowaniu wyjątkowego charakteru tej instytucji, zastrzeżonego do stosowania w wyjątkowych przypadkach.

Słowa kluczowe: licencja przymusowa; patent; nadużycie patentu; prawo własności przemysłowej.

JEL: K23

* Doktor nauk prawnych, radca prawny, farmaceuta; adres e-mail: kancelaria@wiszniewska.eu; ORCID: 0000-0003-2970-8005.

I. Wprowadzenie

Wywołana przez wirus SARS-CoV-2 epidemia wpłynęła na wszystkie sfery życia, w tym w naturalny sposób na przemysł farmaceutyczny. Z jednej strony stanowi ona bodziec do szybszego rozwoju szeroko pojętej medycyny, czego przejawem są opracowane w wyjątkowo krótkim czasie szczepionki przeciw COVID-19. Z drugiej zaś – epidemia w bezlitosny sposób obnaża wszelkie niedoskonałości i zaniedbania w systemach opieki zdrowotnej.

W kontekście licznych doniesień medialnych o niewystarczającej podaży produktów leczniczych, zwłaszcza tych potencjalnie przydatnych w leczeniu objawów COVID-19 (np. remdesiviru), jak również o zbyt małych i niewystarczająco terminowych dostawach szczepionek przeciw tej chorobie, coraz częściej wspomina się w Polsce o licencji przymusowej jako środku zaradczym na niezaspokojony popyt na leki.

Nie jest to pomysł zupełnie nowy. Już na początku pandemii, w marcu 2020 r., niektóre kraje (Niemcy¹, Francja², Kanada³) zmieniły przepisy tak, by ułatwić możliwość udzielania licencji przymusowych. Także w marcu 2020 r. Izrael, po raz pierwszy od wprowadzenia w 1967 r. prawa patentowego, udzielił niekomercyjnej licencji przymusowej, aby umożliwić rządowi import generycznej wersji leku *Kaletra*, który według niektórych doniesień może być skuteczny w leczeniu COVID-19 (Wu i Khazin, 2020, s. 19–20)⁴.

Warto więc zastanowić się, w jakich przypadkach w polskim systemie prawnym licencja przymusowa może być udzielona i czy rzeczywiście można w niej upatrywać rozwiązania problemów związanych z dostępnością produktów leczniczych objętych ochroną patentową, w tym szczepionek przeciw COVID-19 lub leków na tę chorobę, jeśli takie zostaną w przyszłości opracowane.

II. Geneza instytucji licencji przymusowej

Choć dotąd nieco zapomniana i niedoceniana przez teoretyków prawa, a nigdy nadmiernie nie wykorzystywana przez praktyków⁵, licencja przymusowa cieszy się w polskim systemie prawnym dość długą historią. Przepisy regulujące tę instytucję znajdowały się już w ustawie z 5 lutego 1924 r. o ochronie wynalazków, wzorów i znaków towarowych⁶, a następnie, w bardzo zbliżonej formie, powtarzane były w kolejnych aktach regulujących prawo własności przemysłowej, aż po ustawę z 30 czerwca 2000 r. – Prawo własności przemysłowej⁷ (dalej: pwp).

Obecność licencji przymusowej w polskim systemie prawnym zdeterminowana jest w pewnym zakresie dopuszczeniem możliwości wprowadzenia tej instytucji w umowach międzynarodowych, których stroną jest Rzeczpospolita Polska. Najważniejsze znaczenie mają tu: Akt sztokholmski zmieniający Konwencję związkowa paryską o ochronie własności przemysłowej z 20 marca

¹ Zwłaszcza zmiany wprowadzone ustawą z 27.03.2020 r. o ochronie ludności w stanie ogólnokrajowego zagrożenia epidemicznego (*Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite*). Pozyskano z: http://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBI&jumpTo=bgbl120s0587.pdf.

² Wprowadzony w marcu 2020 r. art. L.3131–15 w kodeksie zdrowia publicznego (*Code de la santé publique*), aktualnie w brzmieniu z 9.07.2020 r. Pozyskano z: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000042103698/.

³ Sekcja 19.3 w prawie patentowym (*Patent Act*) dodana ustawą o przeciwdziałaniu COVID-19 (*An Act respecting certain measures in response to COVID-19*) w marcu 2020 r. Pozyskano z: <https://www.parl.ca/DocumentViewer/en/43-1/bill/C-13/royal-assent>.

⁴ Należy zaznaczyć, że w latach 1970–1995 Izrael udzielił ogółem 7 licencji przymusowych na produkty lecznicze, ale na innej podstawie prawnej.

⁵ Na podstawie ustawy z 30.06.2000 r. – Prawo własności przemysłowej nie została przez UPRP wydana żadna licencja przymusowa, na bazie wcześniej obowiązujących przepisów ostatnią decyzję tego rodzaju wydano w latach 90. XX wieku.

⁶ Dz. U. 1924 Nr 31, poz. 306.

⁷ T.j. Dz. U.2020, poz. 286 ze zm. Szerzej na temat genezy licencji przymusowej zob. Miszczak, 2018, s. 106–108.

1883 r. sporządzony w Sztokholmie 14 lipca 1967 r.⁸ oraz Porozumienie w sprawie handlowych aspektów praw własności intelektualnej⁹ (dalej: TRIPS). Porozumienie TRIPS jest szczególnie ważne w kontekście dalszych rozważań, ponieważ szczegółowo określa warunki, które muszą być spełnione, aby ingerować w monopol patentowy uprawnionego. Ze względu na spójność polskich regulacji z porozumieniem TRIPS pomocniczo wykorzystuje się je przy interpretacji polskiego prawa patentowego.

III. Przesłanki udzielenia licencji przymusowej

Zgodnie z normą zawartą w art. 63 ust. 1 pwp przez uzyskanie patentu uprawniony nabywa ograniczone w czasie prawo wyłącznego korzystania z wynalazku w sposób zarobkowy lub zawodowy na całym obszarze Rzeczypospolitej Polskiej. W konsekwencji, zgodnie z art. 66 ust. 1 pwp, uprawniony z patentu może zakazać osobie trzeciej, niemającej jego zgody, korzystania z wynalazku w sposób zarobkowy lub zawodowy polegający na wytwarzaniu, używaniu, oferowaniu, wprowadzaniu do obrotu, przechowywaniu lub składowaniu produktów będących przedmiotem wynalazku, eksportowaniu lub importowaniu ich do tych celów lub stosowaniu sposobu będącego przedmiotem wynalazku, jak też używaniu, oferowaniu, wprowadzaniu do obrotu, przechowywaniu lub składowaniu produktów otrzymanych bezpośrednio takim sposobem, eksportowaniu lub importowaniu ich do tych celów.

Uprawniony może korzystać z patentu samodzielnie, może również udzielić osobie trzeciej uprawnienia do korzystania z patentu w drodze licencji (art. 66 ust. 2 pwp). W takiej sytuacji licencjodawca i licencjodawca zgodnie z zasadą swobody umów określają warunki współpracy i podpisują stosowną umowę.

Jeśli jednak strony nie mogą porozumieć się co do warunków licencji, a mimo to – z obiektywnie ważnych przyczyn – konieczne jest przyznanie podmiotowi trzeciemu prawa do korzystania z opatentowanego wynalazku (czyli w istocie ingerencji w zakres monopolu patentowego uprawnionego) z pomocą może przyjść instytucja licencji przymusowej. W zamyśle ma ona być narzędziem korygującym w szczególnych przypadkach, kiedy uprawniony nie chce samodzielnie korzystać z wynalazku lub nie jest zainteresowany udzieleniem licencji osobie trzeciej, a wynalazek jest niezbędny np. do ratowania życia lub zdrowia ludzi czy – w kontekście ostatnich wydarzeń – do ograniczania epidemii.

Należy podkreślić, że licencja przymusowa – inaczej niż licencja umowna – powstaje na mocy decyzji administracyjnej wydanej przez Urząd Patentowy Rzeczypospolitej Polskiej. Decyzja ta – jako szczególna i przymusowa forma upoważnienia – zastępuje umowę między licencjodawcą a licencjodawcą (Kostański i Salamonowicz, 2020a, Nb. 1). Postępowanie w przedmiocie wydania decyzji o udzieleniu licencji przymusowej zostanie omówione w dalszej części artykułu.

Polski ustawodawca wskazał w art. 82 ust. 1 pwp zamknięty katalog przesłanek uzasadniających ubieganie się o udzielenie licencji przymusowej. Są to: zapobieżenie lub usunięcie stanu zagrożenia bezpieczeństwa państwa, nadużywanie patentu w rozumieniu art. 68 pwp oraz uniemożliwienie wykonywania patentu zależnego.

⁸ Dz. U. 1975 Nr 9, poz. 51.

⁹ Dz. U. 1996 Nr 32, poz. 143.

Wszystkie wskazane powyżej przesłanki odwołują się do interesu publicznego i przedkładają go nad prywatny interes uprawnionego z patentu. W kontekście zwalczania epidemii szczególnie przydatne mogą być przesłanka pierwsza i druga, dlatego przesłanka zależności praw została jedynie zasygnalizowana, a zupełnie pominięto zagadnienia szczególne związane z licencjami przymusowymi w technologii półprzewodników.

Należy podkreślić, iż wszystkie wskazane w art. 82 ust. 1 pwp przesłanki są niezależne od siebie i na podstawie każdej z nich można wydać decyzję o udzieleniu licencji przymusowej. Nie jest jednak wykluczone, że konkretny stan faktyczny może wyczerpywać znamiona więcej niż jednej przesłanki.

1. Stan zagrożenia bezpieczeństwa państwa

Zgodnie z art. 82 ust. 1 pkt 1 pwp licencja przymusowa może zostać udzielona, jeśli korzystanie z objętego ochroną patentową wynalazku jest konieczne dla zapobieżenia lub usunięcia stanu zagrożenia państwa. Ustawodawca zawarł w przepisie otwarty katalog dziedzin, w których może dojść do owego zagrożenia. Są to w szczególności obronność, ochrona zdrowia i życia ludzkiego oraz ochrona środowiska naturalnego. Zgodzić należy się ze stanowiskiem, że aktualne zagrożenie epidemiczne byłoby wystarczającym powodem udzielenia licencji przymusowej na podstawie omawianej przesłanki zagrożenia bezpieczeństwa państwa, o ile oczywiście istniałby odpowiedni środek, a jego podaż nie byłaby wystarczająca do pokrycia zapotrzebowania niezbędnego do usunięcia zagrożenia (Bator, 2020, s. 12). Obecnie można to odnieść na przykład do braku dostępności szczepionek przeciw COVID-19 w ilości pozwalającej na zaszczepienie wszystkich osób dorosłych w Polsce, co niewątpliwie mogłoby ograniczyć dalszy rozwój epidemii.

Należy zgodzić się z tezą, iż ochrona życia i zdrowia ludzkiego jest samodzielną przesłanką udzielenia licencji przymusowej, bez konieczności wystąpienia konsekwencji w postaci stanu zagrożenia bezpieczeństwa państwa (Więckowski, 2020, rozdz. 4, pkt 2.2.1). Przyjęcie odmiennej interpretacji (tak np. Targosz, 2015, s. 416) uniemożliwiłoby udzielenie licencji przymusowej niejako zapobiegawczo, np. na początku epidemii, kiedy stan zagrożenia państwa jeszcze nie nastąpił, ale można go z dużym prawdopodobieństwem przewidywać. Uwzględniając czasochłonność procesu udzielania licencji przymusowej, takie restrykcyjne podejście znacznie utrudniłoby elastyczne reagowanie w przypadku zagrożenia, a niektóre skutki wystąpienia stanu zagrożenia bezpieczeństwa państwa mogłyby być nieodwracalne.

Jako przykład dziedziny, która nie została wprost wskazana w art. 82 ust. 1 pkt 1 pwp, a która również mogłaby zagrozić stabilności państwa, wskazuje się bezpieczeństwo energetyczne (Kostański i Salamonowicz, 2020a, Nb. 4). Chociaż katalog zagrożeń jest otwarty, należy zgodzić się z poglądem, że całościowo przesłankę tę należy interpretować restrykcyjnie ze względu na wyjątkowy charakter samej licencji przymusowej (Niewęglowski, 2015a, pkt 6).

Przepisy nie zawężają kręgu podmiotów, które mogą starać się o licencję przymusową na podstawie przesłanki stanu zagrożenia bezpieczeństwa państwa. Podzielić należy stanowisko A. Niewęglowskiego, że z wnioskiem o udzielenie licencji mógłby w takiej sytuacji wystąpić Skarb Państwa reprezentowany przez właściwego ministra, ale także np. spółka Skarbu Państwa czy nawet podmiot niezwiązany z władzami państwowymi (Niewęglowski, 2015a, pkt 7).

Należy jednak pamiętać, że jeśli licencję przymusową uzyskałby Skarb Państwa, mógłby ją wykorzystywać tylko za pomocą swoich jednostek organizacyjnych. Przepisy nie pozwalają bowiem na udzielenie przez licencjodawcę przymusowego sublicencji. Licencja przymusowa nie może również zostać zbyta – można ją co najwyżej przenieść łącznie z przedsiębiorstwem lub jego częścią, w której licencja jest wykonywana (art. 85 pwp).

W sytuacji epidemii, gdy Skarb Państwa nie dysponuje infrastrukturą umożliwiającą np. wytwarzanie produktów leczniczych (w tym szczepionek) czy wyrobów medycznych, celowe wydaje się zatem raczej wnioskowanie o licencję przez podmiot posiadający odpowiednie zaplecze techniczne. Alternatywne rozwiązanie proponuje Z. Więckowski, który *de lege ferenda* postuluje, aby w takim przypadku licencja przymusowa udzielana była na rzecz właściwego ministra, a następnie w drodze decyzji administracyjnej wskazany byłby konkretny podmiot eksploatujący wynalazek (Więckowski, 2020, rozdz. 4 pkt 2.2.1). Wydaje się jednak, że takie wielostopniowe postępowanie mogłoby dodatkowo opóźnić efektywne wykorzystanie licencji przymusowej.

W literaturze prezentowany jest także pogląd, jakoby podstawową słabością licencji przymusowej i powodem braku jej przydatności dla przeciwdziałania zagrożeniom bezpieczeństwa państwa był brak przepisów nakładających na uprawnionego z patentu obowiązek udzielania wszelkich informacji, w tym know-how, licencjodawcy przymusowemu (Więckowski, 2020, rozdz. 4 pkt. 3). Zgodzić należy się, że byłoby to istotne ułatwienie dla licencjodawcy, jednak teza, że opis przedstawiony w zgłoszeniu patentowym w przypadku produktów leczniczych w wielu przypadkach nie byłby wystarczający do ich wyprodukowania wydaje się zbyt daleko idąca.

W kontekście produktów leczniczych (w tym szczepionek) należy bardziej zasygnalizować uregulowane w ustawie – Prawo farmaceutyczne¹⁰ kwestie związane z wyłącznością danych rejestracyjnych. Zgodnie z tą regulacją – niezależną od pwp – producentowi leku referencyjnego przysługuje wyłączność danych wykorzystywanych do uzyskania dopuszczenia leku do obrotu przez 8 lat od daty dopuszczenia do obrotu leku referencyjnego. Innymi słowy, podmiot, który – abstrahując od innych ograniczeń, np. ochrony patentowej – chciałby wprowadzić na rynek produkt generyczny przed upływem 8 lat od daty dopuszczenia do obrotu leku referencyjnego będzie w procesie rejestracji produktu leczniczego zobowiązany do przedstawienia wyników odpowiednich, długotrwałych i kosztownych badań klinicznych lub nieklinicznych na zasadach określonych w prawie farmaceutycznym. W przypadku udzielenia licencji przymusowej, np. na szczepionkę przeciw COVID-19 w celu ograniczenia epidemii, konieczność przeprowadzenia badań klinicznych dla produktu wytworzonego na podstawie licencji znacząco opóźniłaby możliwość jej zastosowania. Tym samym możliwość praktycznego skorzystania z produktu wytworzonego przez licencjodawcę przymusowego byłaby iluzoryczna.

Wydaje się, że ochrona danych rejestracyjnych nie powinna zatem stanowić wyłącznej podstawy odmowy dopuszczenia do obrotu generycznego produktu leczniczego wyprodukowanego na podstawie licencji przymusowej. Tym bardziej że opłata licencyjna mogłaby uwzględniać także dostęp do danych rejestracyjnych (por. Więckowski, 2020, rozdz. I, pkt 2.8). Dla uniknięcia podobnych wątpliwości, *de lege ferenda* celowe byłoby jednoznaczne wyłączenie możliwości powoływania się przez uprawnionego na wyłączność danych w przypadku skutecznego udzielenia licencji przymusowej na produkt leczniczy.

¹⁰ Art. 15 ustawy z dnia 6.09.2001 r. – Prawo farmaceutyczne (t.j. Dz. U. 2020, poz. 944).

1.1. Licencja przymusowa a przywilej państwowy

Analizując możliwość udzielenia licencji przymusowej na podstawie przesłanki stanu zagrożenia bezpieczeństwa państwa nie sposób nie dostrzec zbieżności pomiędzy tą instytucją a przywilejem państwowym, czyli dozwolonym użytkowaniem patentu dla celów państwowych przewidzianym w art. 69 ust. 1 pkt 2 pwp (korzystanie z wynalazku dla celów państwowych w niezbędnym wymiarze, bez prawa wyłączności, jeżeli jest to konieczne do zapobieżenia lub usunięcia stanu zagrożenia ważnych interesów państwa, w szczególności w zakresie bezpieczeństwa i porządku publicznego). Poza nieco odmiennym ujęciem okoliczności uzasadniających udzielenie prawa do korzystania z obu instytucji, różnią się one także organem wydającym decyzję (Urząd Patentowy/ właściwy wojewoda albo minister) oraz procedurą udzielania.

Są one niezależne – jednak zgodzić należy się z poglądem A. Niewęglowskiego, że podmiot, który został uprawniony do korzystania z wynalazku w ramach dozwolonego użytku państwowego nie może jednocześnie ubiegać się o udzielenie licencji przymusowej na ten sam wynalazek, w tym samym celu (Niewęglowski, 2015a, pkt 8). Wydaje się z resztą, że takie powielanie uprawnień nie byłoby celowe i nie miałyby praktycznego uzasadnienia. Niezależność obu instytucji powoduje jednak, że odmowa udzielenia licencji przymusowej nie wyklucza możliwości wydania decyzji o dozwolonym użytku i odwrotnie (du Vall, 2008, s. 295).

2. Nadużywanie patentu

Drugą przesłanką uzasadniającą udzielenie licencji przymusowej jest „nadużycie patentu”. Pojęcie to, niezależnie od potocznego rozumienia, należy interpretować wyłącznie zgodnie z art. 68 pwp. Zgodnie z tą regulacją jako nadużycie rozumiane jest w szczególności uniemożliwienie korzystania z wynalazku przez osobę trzecią (po upływie 3 lat od daty udzielenia patentu), jeżeli korzystanie to jest konieczne do zaspokojenia potrzeb rynku krajowego, a zwłaszcza, gdy wymaga tego interes publiczny a wyrób jest dostępny społeczeństwu w niedostatecznej ilości lub jakości albo po nadmiernie wysokich cenach.

Przykład ten, choć typowy, nie wyczerpuje katalogu możliwych naruszeń związanych z nadużywaniem patentu. Enumeratywne wymienienie takich przypadków zdaje się jednak być zarówno niemożliwe, jak i niecelowe. Ustawodawca zakazuje generalnie każdej formy nadużywania prawa. Ze względu na wyjątkowy charakter licencji przymusowej powinna być rozważana wyłącznie sankcja za nadużycie patentu w odniesieniu do obiektywnych potrzeb danej społeczności, np. w dziedzinie ochrony zdrowia. Potrzeby rynku krajowego w tym zakresie mogą być rozumiane szeroko i dotyczyć zarówno całego społeczeństwa, jak i jego poszczególnych grup, a nawet jednostek, o ile ich zaspokojenie generalnie leży w interesie publicznym (Żakowska-Henzler, 2017, Nb. 27). Typowym przykładem mogą być produkty lecznicze czy też wyroby medyczne (nawet przeznaczone do leczenia chorób sierocych), zapewnienie ich dostępności jest bowiem potrzebą społecznie ważną.

Warunkiem stwierdzenia nadużycia patentu jest potwierdzona odmowa udzielenia licencji podmiotowi, który o nią wystąpił do uprawnionego z patentu albo narzucenie warunków obiektywnie nieakceptowalnych dla licencjodawcy. W literaturze przedmiotu wydaje się panować zgodny pogląd, że jeśli trudności w uzgodnieniu umowy licencyjnej dotyczą wyłącznie warunków współpracy

(uprawniony co do zasady godzi się na zawarcie umowy), wówczas to Urząd Patentowy powinien ocenić czy oferowane licencjobiorcy warunki są istotnie wygórowane (Kostański i Salamonowicz, 2020a, Nb. 11).

Wbrew negatywnym konotacjom pojęcia „nadużycia” trafne jest stanowisko, że nie musi ono wiązać się ze złą wolą uprawnionego. Czasem nadużycie może nastąpić z przyczyn obiektywnych, np. z powodu nagłego, trudnego do przewidzenia wzrostu popytu na produkt chroniony patentem, czy braku środków na konieczne inwestycje (Bator, 2020, s. 12; Kostański i Salamonowicz, 2020, Nb. 12; Niewęglowski, 2015, pkt 9; du Vall, 2008, s. 291). Wiele tego typu przykładów można było zaobserwować w ostatnich miesiącach. Opracowanie szczepionek przeciw COVID-19 okazało się szybsze niż zabezpieczenie infrastruktury pozwalającej wyprodukować taką ilość produktu, która zaspokoiłaby podaż.

Pozornie obiektywna przesłanka braku dostępności wyrobu objętego patentem w dostatecznej ilości lub jakości – i w konsekwencji możliwość udzielenia na tej podstawie licencji przymusowej – jest oczywista wyłącznie w przypadku, kiedy dany produkt nie ma na danym rynku zamienników.

Na częściową aprobatę zasługuje prezentowany zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie pogląd, że jeśli niedobór istotnego z publicznego punktu widzenia produktu objętego ochroną patentową może być zaspokojony przez substytuty, wówczas nie może być mowy o nadużyciu patentu (Miszczak, 2018, s. 112). Stanowisko to jest co do zasady słuszne z zastrzeżeniem wyjątków, zwłaszcza w zakresie farmacji. Wobec braku definicji substytutów na gruncie prawa własności przemysłowej postuluje się odwołanie do sposobu ich rozumienia przyjętego w prawie antymonopolowym (du Vall, 2008, s. 290). Prawdą jest, że wiele produktów leczniczych posiada zamienniki, czyli tzw. leki generyczne, które mogą być w większości przypadków traktowane jako substytuty. Jednakże wprowadzenie do obrotu leku generycznego możliwe jest dopiero w momencie wygaśnięcia ochrony patentowej leku referencyjnego. Natomiast produkty lecznicze przeznaczone do leczenia tej samej choroby niekoniecznie będą mogły być uznane za substytuty, ponieważ mogą różnić się populacją docelową, przeciwwskazaniami do stosowania itp. Tym samym w dziedzinie farmacji nadużycie patentu potencjalnie mogłoby wystąpić częściej niż w innych dziedzinach. Bardziej prawidłowe wydaje się zatem stanowisko, że choć z reguły istnienie substytutów wyklucza zasadność zarzutu nadużycia patentu, należy uwzględnić także możliwość zaistnienia wyjątków od takiej sytuacji (Żakowska-Henzler, 2017, Nb. 23). Wiele zależy bowiem od tego, w jaki sposób określone zostaną substytuty.

O ile przesłanka braku dostępności wyrobu objętego patentem w dostatecznej ilości ma charakter względnie obiektywny, o tyle jeszcze więcej problemów przysparza przesłanka nadmiernie wysokich cen wyrobu. Pojęcie to również nie zostało zdefiniowane w prawie własności przemysłowej, a w literaturze słusznie przestrzega się przed bezrefleksyjnym zapożyczeniem rozumienia podobnego terminu „ceny nadmiernie wygórowanej” wypracowanego na gruncie prawa konkurencji (Niewęglowski, 2015, pkt 12; Żakowska-Henzler, 2017, Nb. 24). Cena nadmiernie wygórowana nie zawsze będzie ceną nadmiernie wysoką, zwłaszcza jeśli uwzględni się np. wyjątkowo wysokie koszty, jakie uprawniony musiał ponieść, aby wytworzyć wynalazek i wprowadzić go na rynek (częsty przypadek w przemyśle farmaceutycznym).

Choć w doktrynie istnieje w tym zakresie spór, na aprobatę zasługuje teza, iż art. 68 pwp stanowi *lex specialis* względem art. 5 k.c., wobec czego ta norma prawa cywilnego nie może być

podstawą do udzielenia licencji przymusowej (du Vall, 2008, s. 290; Kostański i Salamonowicz, 2020, Nb. 3). Przekonują argumenty o całościowym charakterze art. 68 pwp – określono przesłanki negatywnej kwalifikacji zachowania uprawnionego; termin, w którym nadużycie niezależnie od jego oceny jest dozwolone; unormowano szczególny tryb postępowania i określono wprost stosunek regulacji do prawa antymonopolowego (du Vall, 2008, s. 290).

Materialnoprawnym warunkiem uzyskania licencji przymusowej na podstawie nadużycia patentu jest wykazanie przez ubiegającego się o licencję czynionych uprzednio w dobrej wierze starań o uzyskanie licencji umownej (art. 82 ust. 4 pwp). Wyjątkiem jest przypadek, kiedy Urząd Patentowy po stwierdzeniu z urzędu nadużycia patentu ogłosił o możliwości ubiegania się o licencję przymusową. Wnioski złożone w ciągu 12 miesięcy od ogłoszenia zwolnione są z wymogu wykazania starań.

W literaturze zgodnie przyjmuje się, że wymóg starań w dobrej wierze należy interpretować, uwzględniając art. 31 lit. b TRIPS. W konsekwencji starania te powinny dotyczyć uzyskania zwykłej licencji na rozsądnych (tj. uczciwych i przyjętych w praktyce obrotu) warunkach handlowych i nie zakończyć się zawarciem umowy w rozsądnym terminie, tj. uwzględniającym czas negocjacji oraz czas do namysłu dla uprawnionego z uwzględnieniem stopnia skomplikowania i wartości transakcji (Niewęglowski, 2015a, pkt 20–21; Kostański i Salamonowicz, 2020a, Nb. 23). Ciężar wykazania uprzedniego podjęcia w dobrej wierze starań o udzielenie licencji umownej spoczywa na wnioskującym o udzielenie licencji przymusowej. Może on wykorzystywać w tym celu wszystkie środki dowodowe w szczególności korespondencję między stronami, bilingi telefoniczne, zeznania świadków (Więckowski, 2020, rozdz. 4 pkt 2.3).

W tym miejscu warto podkreślić, że przepisy art. 68 ust. 1 i 2 pwp nie naruszają przepisów o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym. W konsekwencji postępowanie w przedmiocie udzielenia licencji przymusowej może toczyć się niezależnie od ewentualnego postępowania antymonopolowego. W postępowaniu antymonopolowym mogą zapaść rozstrzygnięcia wpływające pośrednio na korzystanie przez uprawnionego z patentu (np. nakaz zmiany cen), a stwierdzenie przez Prezesa UOKiK praktyki ograniczającej konkurencję, może w konkretnym przypadku stanowić istotny element stanu faktycznego uzasadniającego udzielenie licencji przymusowej przez Urząd Patentowy (du Vall 2009, s. 293). Jednakże sam Prezes UOKiK nie ma kompetencji do udzielenia licencji przymusowej, podobnie jak Urząd Patentowy nie jest władny stwierdzić, iż przez nadużycie patentu doszło do nadużycia pozycji dominującej w rozumieniu prawa antymonopolowego.

W prawie europejskim dopuszczona jest wprawdzie w wyjątkowych przypadkach możliwość nałożenia przez organ ochrony konkurencji na przedsiębiorcę dominującego obowiązku udzielenia licencji¹¹, nie jest to jednak licencja przymusowa w rozumieniu prawa własności przemysłowej. Organ ochrony konkurencji ogranicza się do nakazania zawarcia umowy licencyjnej, jednak jej ostateczne warunki zależą od stron, tak by ich współpraca ułożyła się w sposób niedyskryminujący.

¹¹ Art. 7 rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003 z 16.12.2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu (Dz. U. UE L 1 z 2003 r., s.1).

3. Zależność praw

Trzecia podstawa udzielenia licencji przymusowej (art. 82 ust. 1 pkt 3 pwp) dotyczy zezwolenia na korzystanie z chronionego patentem wynalazku osoby trzeciej, jeśli zostanie wykazane, że uprawniony z patentu wcześniejszego, nie godząc się na zawarcie umowy licencyjnej, uniemożliwia zaspokojenie potrzeb rynku krajowego przez stosowanie wynalazku chronionego patentem zależnym, a korzystanie z patentu zależnego wkraczałoby w zakres patentu wcześniejszego. Dla wyrównania sytuacji gospodarczej uprawniony z patentu wcześniejszego może równolegle żądać udzielenia mu licencji wzajemnej na wynalazek objęty patentem zależnym.

Przyznanie licencji przymusowej w tym przypadku uzależnione jest zatem od wystąpienia czterech okoliczności: istnienia zależności patentów, odmowy zawarcia umowy licencyjnej przez uprawnionego z patentu wcześniejszego, braku możliwości zaspokojenia potrzeb rynku krajowego przez brak możliwości korzystania z patentu zależnego oraz wprowadzenie istotnego postępu technicznego, który ma istotne znaczenie gospodarcze – jeśli wynalazki objęte patentem wcześniejszym i zależnym są porównywalne, tzn. dotyczą tego samego przedmiotu (Kostański i Salamonowicz, 2020a, Nb. 13–14).

IV. Charakterystyka licencji przymusowej

1. Niewyłączność

Licencja przymusowa, choć w znaczący sposób ingeruje w swobodę rozporządzania patentem przez uprawnionego, nie uniemożliwia korzystania przez niego z wynalazku. Zgodnie z art. 83 pwp ma ona charakter niewyłączny, zatem uprawniony może nadal wykorzystywać objęty patentem wynalazek w sposób zawodowy i zarobkowy, a także udzielać dalszych licencji umownych. Należy zdecydowanie zaaprobować takie rozwiązanie. Przyjęcie wyłącznego charakteru licencji przymusowej równałoby się w praktyce wyłączeniu z patentu (Kostański i Salamonowicz, 2020b, Nb. 2).

2. Odpłatność

Licencja przymusowa w każdym przypadku jest odpłatna. Wysokość opłaty licencyjnej oraz sposób i terminy jej zapłaty określa w decyzji Urząd Patentowy, uwzględniając wartość rynkową licencji (art. 84 ust. 2 pwp).

W literaturze proponuje się dwa sposoby ustalania wysokości opłaty: metodę obliczania z uwzględnieniem kosztów niezbędnych do opracowania wynalazku albo metodę ustalania opłaty według korzyści uzyskanych przez licencjobiorcę w okresie produkcyjnego stosowania wynalazku (Gawlik, 1974). Propozycje te, choć poczynione na gruncie poprzednio obowiązujących przepisów, nadal mogą być wysoce przydatne. Wedle innej propozycji, otrzymując opłatę licencyjną, uprawniony powinien uzyskać kwotę zbliżoną do tej, jaką mógłby uzyskać, udzielając licencji umownej na warunkach rynkowych (Więckowski, 2020, rozdz. 4 pkt 2.6). Uwzględniając wyjątkowy charakter licencji przymusowej, która odbiera w określonym zakresie uprawnionemu prawo do decydowania o wynalazku, z pozoru bardziej adekwatna, a nawet sprawiedliwa wydaje się propozycja opłaty ustalonej na podstawie średnich wartości rynkowych identycznych lub podobnych opłat

licencyjnych. W większości przypadków będzie ona wyższa niż kwota szacowana na podstawie kosztów niezbędnych do opracowania wynalazku i generalnie nie budzi wątpliwości w przypadku licencji udzielanej ze względu na stan zagrożenia bezpieczeństwa państwa. Trudno jednak uzasadnić wyższą opłatę licencyjną w przypadku nadużycia patentu czy zależności praw. Szczególnie jaskrawy jest przypadek nadużycia patentu poprzez oferowanie produktu po nadmiernie wysokich cenach (z poczynionym wcześniej zastrzeżeniem dla specyfiki rynku farmaceutycznego). Można wyobrazić sobie sytuację, w której uprawniony celowo odmawiałyby zawarcia umowy licencyjnej, wiedząc, że nawet jeśli zostanie udzielona licencja przymusowa, jej warunki nie będą gorsze niż średnia rynkowa. Aby temu zapobiec, można byłoby rozważyć ustalenie opłaty licencyjnej w oparciu o koszty niezbędne do opracowania wynalazku jako swoistego elementu represyjnego.

Niezależnie od przedstawionych powyżej wątpliwości związanych ze sposobem obliczania opłaty licencyjnej na zdecydowaną aprobatę zasługuje postulat, aby sposób i terminy zapłaty należności licencyjnej określone były w decyzji Urzędu Patentowego możliwie dokładnie, ponieważ może to znacząco zmniejszyć ryzyko późniejszego sporu między licencjobiorcą i licencjodawcą (Niewęglowski, 2015b, pkt 8).

3. Szczegółowo określony zakres i czas trwania licencji

Licencja przymusowa, jako środek wyjątkowy, powinna być ograniczona zakresem i czasem obowiązywania do celu, dla którego została ustanowiona. Na potrzeby niniejszej analizy pominięto wyjątki dotyczące technologii półprzewodnikowej oraz licencji przymusowych wydawanych na podstawie rozporządzenia nr 816/2006¹², które wydają się nie mieć potencjalnie większej przydatności w zwalczaniu epidemii w krajach rozwiniętych.

W literaturze słusznie podnosi się, że warunki licencji przymusowej powinny być adekwatne dla potrzeby uzasadniającej jej udzielenie, a zatem spełniać wymogi przydatności, konieczności i proporcjonalności (Kostański i Salamonowicz, 2020b, Nb. 3). W obecnym stanie prawnym ustawodawca nie przewidział w przypadku licencji przymusowej domniemania pełnej licencji. Zakres takiej licencji powinien zatem jednoznacznie wynikać z treści decyzji.

Licencja przymusowa nie powinna zostać udzielona, jeśli realizacja określonego celu możliwa jest innymi metodami, bez ograniczania patentu. Każde wkroczenie w monopol patentowy powinno być uzasadnione interesem publicznym i poprzedzone analizą skutków ograniczenia patentu i potencjalnych korzyści dla interesu publicznego. Nie ma w tym wypadku znaczenia, w oparciu o którą z przesłanek udzielana jest licencja przymusowa. Także w przypadku zapobiegania zagrożeniu państwa licencja nie powinna zostać udzielona, jeśli dostępne są inne metody neutralizacji danego zagrożenia.

Ograniczenia licencji przymusowej mogą mieć różnorodny charakter. W szczególności mogą zawężyć prawo licencjobiorcy do korzystania tylko z niektórych form wynalazku, na określonym terenie lub przez określony czas (Niewęglowski, 2015b, pkt 3). Ponieważ licencja przymusowa z samej swojej istoty jest rodzajem odpowiedzi na szczególne i zazwyczaj przejściowe potrzeby interesu publicznego, słusznym jest, aby ograniczyć jej obowiązywanie na najkrótszy czas

¹² Rozporządzenie (WE) nr 816/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady z 17.05.2006 r. w sprawie udzielania licencji przymusowych na patenty dotyczące wytwarzania produktów farmaceutycznych przeznaczonych na wywóz do krajów, w których występują problemy związane ze zdrowiem publicznym (Dz. U UE L z.2006 r. Nr 157, poz. 1).

niezbędny do zaspokojenia owych potrzeb. Ze względu na fakt, że w chwili udzielania licencji przymusowej bardzo utrudnione może być precyzyjne określenie takiego terminu na aprobatę zasługującej propozycja A. Niewęglowski, aby Urząd Patentowy udzielał licencji na czas trwania ochrony patentowej, a następnie doprecyzował warunki jej wykonywania tak, aby umożliwiły późniejsze skrócenie czasu licencji, a nawet uchylenie decyzji o jej udzieleniu zgodnie z warunkami określonymi w art. 86 pwp, jeśli ustały przyczyny uzasadniające jej udzielenie (Niewęglowski, 2015b, pkt 4). Przesłanki zmiany czasu obowiązywania licencji powinny być określone na etapie wydawania decyzji maksymalnie precyzyjnie, z uwzględnieniem interesów licencjobiorcy przymusowego. Podmiot taki zazwyczaj musi ponieść określone nakłady, aby móc w praktyce wykorzystywać licencję, zasadne jest zatem umożliwienie mu racjonalnego planowania wydatków i zysków.

Wśród innych warunków, które powinny być określone w decyzji o udzieleniu licencji przymusowej wymienia się m.in. zobowiązanie licencjobiorcy do stosowania wynalazku oraz – jeśli stosowne – zamieszczania informacji, że wyrób został wyprodukowany według opatentowanego wynalazku (Niewęglowski, 2015b, pkt 5). Jakkolwiek drugi z postulatów może mieć istotnie znaczenie prestiżowo-reklamowe dla uprawnionego z patentu, wydaje się, że zobowiązanie do stosowania wynalazku nie będzie miało większego uzasadnienia praktycznego. Wziąwszy pod uwagę wyjątkowy charakter licencji przymusowej oraz jej niewyłączność trudno wyobrazić sobie sytuację, w której podmiot występuje o wydanie licencji przymusowej bez zamiaru rzeczywistego z niej korzystania.

V. Postępowanie w przedmiocie udzielenia licencji przymusowej

Postępowanie w sprawie udzielenia licencji przymusowej prowadzone jest przez Urząd Patentowy w kontrydiktoryjnym trybie spornym zgodnie z art. 255 ust. 1 pkt 6 i 6¹ pwp. Postępowanie wszczynane jest na wniosek, a Urząd związany jest podstawą prawną wskazaną przez wnioskodawcę i rozstrzyga w granicach wniosku (art. 255 ust. 4 pwp). Co do zasady Urząd Patentowy orzeka na rozprawie, jednak dopuszczalne jest orzeczenie na posiedzeniu niejawnym (Kostański i Salamonowicz, 2020a, Nb. 30). Ze względu na siedzibę Urzędu Patentowego decyzja o udzieleniu licencji przymusowej podlega zaskarżeniu do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie.

Do spraw prowadzonych przez Urząd Patentowy w trybie spornym nie stosuje się przepisów k.p.a. o terminach załatwiania spraw (art. 255 ust. 3 pwp). Urząd Patentowy obowiązany jest dążyć do rozstrzygnięcia sprawy (w tym dotyczącej udzielenia licencji przymusowej) w terminie 6 miesięcy od dnia złożenia wniosku, termin ten ma jednak charakter wyłącznie instrukcyjny i ustawodawca nie przewidział żadnych sankcji za jego naruszenie (Niewęglowski, 2015c, pkt 3).

Specyfika postępowania spornego, jako zmodyfikowanego postępowania administracyjnego (oczekiwanie na rozprawę, doręczenia, potencjalne ryzyko odroczenia rozprawy wskutek działań uprawnionego z patentu), determinuje jego długotrwałość i nie zapewnia odpowiednio szybkiej reakcji, zwłaszcza gdy udzielenie licencji przymusowej ma być odpowiedzią na dynamicznie zmieniającą się sytuację epidemiczną (Bator, 2020, s. 13). Z tego powodu trafnie postuluje się *de lege ferenda* – zwłaszcza w przypadku postępowań prowadzonych na podstawie art. 82 ust. 1 pkt 1 pwp – rozpoznawanie wniosku na posiedzeniu niejawnym (Bator, 2020, s. 13).

Alternatywną propozycją jest przeniesienie orzekania o udzieleniu licencji przymusowej do kognicji sądów powszechnych. Z jednej strony – na podstawie ostatniej nowelizacji k.p.c.¹³ – rozszerzono zakres orzekania sądów cywilnych w sprawach własności intelektualnej. Z drugiej jednak – wątpliwe jest czy samo przeniesienie rozpoznania spraw do i tak przeciążonych sądów powszechnych rozwiąże problem. Nie należy także zapominać, że w wielu przypadkach w sprawach dotyczących własności przemysłowej niezbędne są wiadomości szczególne, więc w postępowaniu sądowym i tak konieczne byłoby prawdopodobnie powołanie biegłych, co również wydłuży postępowanie.

W kontekście lepszego dopasowania postępowania w sprawie licencji przymusowej do nagłych sytuacji (np. epidemii) *de lege ferenda* warto zwrócić uwagę na postulat A. Miszczak dotyczący wprowadzenia do polskiego prawa własności przemysłowej dodatkowej regulacji analogicznej do zawartej w niemieckim *Patentgesetz*¹⁴ (Miszczak, 2018, s. 121). Rozpoznawaniem spraw z zakresu licencji przymusowej w Niemczech zajmuje się sąd patentowy, a o jej udzieleniu w postaci nakazu tymczasowego można orzec już na etapie postępowania przygotowawczego, jeżeli wnioskodawca wykaże, że spełnione są przesłanki jej udzielenia, o których mowa w § 24 *Patentgesetz* oraz w interesie publicznym istnieje pilna potrzeba natychmiastowego udzielenia licencji przymusowej. Sąd patentowy rozstrzyga w tym przedmiocie na rozprawie ustnej, a wydanie nakazu może być uzależnione od zapewnienia przez wnioskodawcę zabezpieczenia ze względu na niekorzystne skutki zagrażające wnoszącemu sprzeciw. Wraz z cofnięciem lub odrzuceniem powództwa o wydanie licencji przymusowej efekt wstępnego nakazu wygasa, natomiast jeżeli postanowienie nakazu tymczasowego okaże się od początku nieuzasadnione, wnioskodawca jest zobowiązany do zrekompensowania pozwanemu szkody, którą poniósł w wyniku wykonania nakazu tymczasowego.

Autorka trafnie zauważa, że niemiecka regulacja daje szansę na szybkie i efektywne postępowanie w przypadku zagrożenia bezpieczeństwa państwa (Miszczak, 2018, s. 121). Dodatkowo należy także zwrócić uwagę, że zdaje się ona zachowywać równowagę pomiędzy szybkością postępowania a zabezpieczeniem interesów pozwanego (uprawnionego z patentu). Należałoby się jednak zastanowić, czy wprowadzając podobną regulację do polskiego prawa własności przemysłowej, nie pozostawić jednak licencji przymusowej w kognicji Urzędu Patentowego, którego eksperci i orzecznicy posiadają niezaprzeczalne doświadczenie w zakresie spraw związanych z patentami.

VI. Podsumowanie

Licencja przymusowa jest szczególnym instrumentem ograniczającym uprawnienia przysługujące z tytułu otrzymania patentu. Wystąpienie realnej sytuacji, w której masowo zagrożone jest ludzkie życie weryfikuje podejście do licencji przymusowej, która to instytucja analizowana była dotąd głównie w teorii. W dobie konkretnego zagrożenia – choćby epidemii z jaką mierzymy się obecnie – nie powinno budzić wątpliwości, że przy braku współpracy uprawnionego z patentu lub gdy uprawniony obiektywnie nie jest w stanie zaspokoić popytu na określony rodzaj produktów

¹³ Ustawa z 13.02.2020 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. 2020, poz. 288), przepisy wprowadzające dział IVg „Postępowanie w sprawach własności intelektualnej” weszły w życie 1.07.2020 roku.

¹⁴ Ustawa z 5.05.1936 r. w brzmieniu opublikowanym 16.12.1980 r. (*Bundesgesetzblatt* 1981 I, s. 1) ze zm.

(np. ze względu na brak wystarczająco wydajnej infrastruktury) może być to przesłanką do udzielenia licencji przymusowej. Wobec powszechnego zagrożenia większość podmiotów gospodarczych skłonnych jest do współpracy, jednak licencja przymusowa pozostaje swoistym wentylem bezpieczeństwa.

Raz jeszcze podkreślić należy, że licencja przymusowa jako narzędzie ingerujące w monopol patentowy, a także rodzaj sankcji powinna być stosowana rozważnie i wyłącznie w przypadku, kiedy uprawniony z patentu nie chce lub nie może udzielić licencji. Choć wykorzystanie patentu wydaje się stosunkowo proste – w opisie patentowym zgłaszający musi dostatecznie precyzyjnie określić istotę wynalazku – nie należy zapominać, że do wytworzenia, np. produktu leczniczego, może być niezbędna specjalistyczna infrastruktura albo substraty niezbędne do jego produkcji mogą być ograniczone. Tym samym licencja przymusowa nie może być postrzegana jako pozbawione wad remedium na brak dostępu do produktów objętych ochroną patentową w przypadku zagrożenia. Z pewnością nie powinna również stać się trwałym narzędziem w polityce lekowej państwa jako sposób na ominięcie monopolu patentowych.

Należy również wskazać na dodatkowe ograniczenie możliwości skorzystania z licencji przymusowej. Zwłaszcza początkowo, w doniesieniach prasowych i wystąpieniach polityków licencje przymusowe pojawiały się nie tyle w celu wytwarzania objętych ochroną patentową produktów leczniczych we własnym zakresie przez państwa udzielające takiej licencji, ile w celu umożliwienia importu leków generycznych z krajów, w których ochrona patentowa już wygasła. W szczególności trzeba jednak pamiętać, że niedozwolony jest przywóz do UE produktów wytworzonych w krajach trzecich na podstawie licencji przymusowej na mocy rozporządzenia 816/2006.

W kontekście zwalczania zagrożenia epidemicznego lub innego zagrożenia dla życia i zdrowia ludzi szczególnie przydatna wydaje się licencja przymusowa wydawana na podstawie przesłanki zapobieżenia zagrożeniu państwa ze względu na brak konieczności uprzedniego ubiegania się w dobrej wierze o uzyskanie licencji umownej od uprawnionego, co znacznie skraca czas postępowania. Warto jednak podkreślić, że procedura przewidziana w obecnym stanie prawnym nie gwarantuje wystarczająco szybkiej odpowiedzi na potrzeby wynikające z nagłego zagrożenia. Dla swojej skuteczności decyzja o udzieleniu licencji przymusowej musiałaby w tym wypadku zapaść bardzo szybko. *De lege ferenda* należy zatem postulować zmiany prowadzące do skrócenia postępowania w sprawie udzielenia licencji przymusowej, przy jednoczesnym zachowaniu wyjątkowego charakteru tej instytucji, zastrzeżonego do stosowania w wyjątkowych przypadkach.

Bibliografia

- Bator, K. (2020). Licencje przymusowe a zwalczanie epidemii przy ich pomocy. *Kwartalnik Urzędu Patentowego RP*, 44(1), 11–13. Pozyskano z https://uprp.gov.pl/sites/default/files/2020-05/1_2020%20KWARTALNIK_0.pdf (23.12.2020).
- Gawlik, B. (1974). Licencje przymusowe w prawie wynalazczym, *Studia Cywilistyczne*, XXIII.
- Kostański, P., i Salamonowicz, M. (2020). Komentarz do art. 68. W: J. Sieńczyło-Chlabicz (red.), *Prawo własności przemysłowej. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck, Legalis (28.12.2020).

- Kostański, P. i Salamonowicz, M. (2020a). Komentarz do art. 82. W: J. Sieńczyło-Chlabicz (red.), *Prawo własności przemysłowej. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck, Legalis (28.12.2020).
- Kostański, P. i Salamonowicz, M. (2020b). Komentarz do art. 84. W: J. Sieńczyło-Chlabicz (red.), *Prawo własności przemysłowej. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck, Legalis (28.12.2020).
- Miszczak, A. (2018). Przesłanki udzielenie licencji przymusowej w polskim prawie własności przemysłowej. *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego*, 4, 106–122.
- Niewęglowski, A. (2015). Komentarz do art. 68. W: T. Demendecki (red.), *Prawo własności przemysłowej. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer, Lex (28.12.2020).
- Niewęglowski, A. (2015a). Komentarz do art. 82. W: T. Demendecki (red.), *Prawo własności przemysłowej. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer, Lex (28.12.2020).
- Niewęglowski, A. (2015b). Komentarz do art. 84. W: T. Demendecki (red.), *Prawo własności przemysłowej. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer, Lex (28.12.2020).
- Niewęglowski, A. (2015c). Komentarz do art. 255. W: T. Demendecki (red.), *Prawo własności przemysłowej. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer, Lex (28.12.2020).
- Targosz, T. (2015). W: E. Nowińska, K. Szczepanowska-Kozłowska, (red.), *Prawo własności przemysłowej, System Prawa Handlowego* (t. 3). Warszawa: C.H. Beck.
- du Vall, M. (2008). *Prawo patentowe*. Warszawa: Oficyna a Wolters Kluwer business.
- Więckowski, Z. (2020). *Licencje przymusowe w systemie ochrony patentowej produktów leczniczych*. Warszawa: Wolters Kluwer, Lex (28.12.2020).
- Wu, X. i Khazin, B. (2020). *Patent-Related Actions Taken In WTO Members In Response To The Covid-19 Pandemic*. Pozyskano z: https://www.wto.org/english/res_e/reser_e/ersd202012_e.pdf (21.02.2021).
- Żakowska-Henzler, H. (2017). Nadużycie patentu. W: R. Skubisz (red.), *System Prawa Prywatnego. Prawo własności przemysłowej* (t. XIV a). Warszawa: C.H. Beck, Legalis (28.12.2020).

Pomoc publiczna w dobie pandemii COVID-19

Spis treści

- I. Unijne zasady udzielania pomocy publicznej związanej z COVID-19
- II. Podstawowe informacje na temat wdrażanych programów pomocowych
- III. Praktyczne problemy związane z wdrażaniem unijnych zasad pomocowych w Polsce
 1. Pojęcie „przedsiębiorca”
 2. Status MŚP
 3. Zasady kumulacji pomocy
 4. Określanie limitu pomocy w formie ograniczonych kwot
 5. Zwrot pomocy w przypadku przekroczenia limitu
- IV. Wnioski końcowe

Streszczenie

W artykule opisano kształtowanie się unijnych zasad pomocy publicznej w dobie pandemii COVID-19, w tym w szczególności określonych w Komunikacie Komisji – Tymczasowe ramy środków pomocy państwa w celu wsparcia gospodarki w kontekście trwającej epidemii COVID-19. Przedstawiono również podstawowe informacje na temat programów pomocowych opracowanych na podstawie tego dokumentu. Ponadto, omówiono najczęściej występujące w Polsce problemy związane z praktyczną implementacją tych zasad.

Słowa kluczowe: pomoc publiczna; COVID-19; Tymczasowe ramy; pojęcie „przedsiębiorca”.

JEL: H84, K29

I. Unijne zasady udzielania pomocy publicznej związanej z COVID-19

Odpowiednie uregulowanie problematyki pomocy publicznej służy nie tylko zapobieganiu zakłóceniom wolnej konkurencji na rynku wewnętrznym, choć jest to bez wątpienia jego podstawowa funkcja, lecz także może się przyczynić do realizacji innych, równie ważnych z europejskiego punktu widzenia celów, w tym m.in. do niwelowania negatywnych skutków kryzysów gospodarczych. W związku z ogromną skalą zapotrzebowania na wsparcie publiczne, jakie pojawiło się

* Absolwentka administracji i prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego; naczelniczka Wydziału Pomocy Horyzontalnej w Departamencie Monitorowania Pomocy Publicznej Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów; wykładowczyni Studiów Podyplomowych Pomocy Publicznej w Szkole Głównej Handlowej w Warszawie; ORCID: 0000-0002-9643-6129. Poglądy wyrażone w artykule są poglądami osobistymi autorki i nie wyrażają oficjalnego stanowiska instytucji, w której jest zatrudniona.

w wyniku zaburzeń gospodarczych spowodowanych wybuchem epidemii COVID-19 w Europie na początku 2020 r., dość szybko uświadomiono sobie, że udzielanie pomocy publicznej będzie w tej sytuacji niezbędne, niemniej jednak zwykle zasady postępowania w tym zakresie mogą nie być wystarczające.

Jedną z pierwszych aktywności KE było wydanie komunikatu pn. „Skoordynowana reakcja gospodarcza na epidemię COVID-19”¹, w którym w odniesieniu do pomocy publicznej podkreślono, że ze względu na ograniczoną wielkość budżetu UE większość środków na walkę z kryzysem będzie musiała pochodzić z budżetów państw członkowskich. KE wskazała jednocześnie następujące działania, jakie zgodnie z zasadami dotyczącymi pomocy publicznej mogą podejmować państwa członkowskie w celu wsparcia „swoich” przedsiębiorstw:

- wdrażanie środków generalnych, niestanowiących pomocy publicznej, tj. mających zastosowanie do wszystkich przedsiębiorstw, np. subsydiów płacowych i zawieszenia płatności podatku dochodowego od osób prawnych i podatku od wartości dodanej lub składek na ubezpieczenia społeczne;
- udzielanie wsparcia bezpośrednio konsumentom, np. w przypadku niezwracanych przez organizatorów kosztów biletów odwołanych wydarzeń, co również nie stanowi pomocy publicznej;
- notyfikację środków pomocowych na podstawie art. 107 ust. 3 lit. c) TFUE, co umożliwi państwu członkowskim, pod warunkiem zatwierdzenia przez KE, pokrywanie pilnego zapotrzebowania na płynność oraz wspieranie przedsiębiorstw zagrożonych upadłością w związku z epidemią COVID-19;
- notyfikację środków pomocowych na podstawie art. 107 ust. 2 lit. b) TFUE, co umożliwi państwu członkowskim, pod warunkiem zatwierdzenia przez KE, rekompensowanie przedsiębiorstwom szkód poniesionych w wyniku wyjątkowych okoliczności, takich jak epidemia COVID-19 oraz
- wdrażanie środków pomocowych – bez konieczności uzyskania zgody KE – w oparciu o przepisy rozporządzenia w sprawie pomocy *de minimis*² i ogólnego rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych³.

Ponadto KE wyraziła swoją gotowość do przyjęcia odpowiednich ram prawnych dla uznania za zgodną z rynkiem wewnętrznym pomocy mającej na celu zaradzenie poważnym zaburzeniom w gospodarce na podstawie art. 107 ust. 3 lit. b) TFUE, gdyby okazało się to konieczne, a także – co niebawem w praktyce okazało się niezwykle pomocne – zapewniła, że przyjęte zostały wszelkie niezbędne ułatwienia proceduralne, umożliwiające szybkie zatwierdzanie notyfikowanych środków.

W kontekście powyższego należy zauważyć, że art. 107 ust. 2 lit. b) TFUE uznaje za zgodną z rynkiem wewnętrznym – z mocy prawa – pomoc udzielaną w celu naprawienia szkód spowodowanych klęskami żywiołowymi i innymi nadzwyczajnymi zdarzeniami. Pomimo literalnego brzmienia tego przepisu, wyłączenie to jest automatyczne jednak tylko wtedy, gdy KE uzna, że dany przypadek pomocy spełnia jego kryteria. Zamiar udzielenia wsparcia musi zatem zostać wcześniej notyfikowany KE i dopiero uzyskanie jej pozytywnej decyzji umożliwia wprowadzenie

¹ Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady Europejskiej, Europejskiego Banku Centralnego, Europejskiego Banku Inwestycyjnego i Eurogrupy z 13.03.2020 r. – Skoordynowana reakcja gospodarcza na epidemię COVID-19 (EUR-Lex - 52020DC0112).

² Rozporządzenie Komisji (UE) nr 1407/2013 z 18.12.2013 r. w sprawie stosowania art. 107 i 108 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do pomocy *de minimis* (Dz. Urz. UE 2013 L 352/1 ze zm.).

³ Rozporządzenie Komisji (UE) nr 651/2014 z 17.06.2014 r. uznające niektóre kategorie pomocy za zgodne z rynkiem wewnętrznym w zastosowaniu art. 107 i 108 Traktatu (Dz. Urz. UE 2014 L 187/1 ze zm.).

danego środka pomocowego w życie (UOKiK, 2009, s. 25). Aby móc uznać pomoc za zgodną z rynkiem wewnętrznym na podstawie art. 107 ust. 2 lit. b) TFUE, musi ona spełniać trzy kryteria: wyjątkowość (zdarzenie musi być nieprzewidywalne lub trudne do przewidzenia, wykraczać poza granice normalności oraz mieć duży lub znaczący wpływ), przyczynowość (musi istnieć bezpośredni związek między zdarzeniem a powstałą szkodą) oraz proporcjonalność (kwota pomocy może pokryć 100% szkody, ale nie może przekraczać całkowitych kosztów tej szkody)⁴. O spełnieniu pierwszego warunku zapewniła sama KE, wskazując, że wybuch epidemii COVID-19 jest takim wyjątkowym zdarzeniem. Choć w teorii państwa członkowskie powinny chętnie zgłaszać pomoc kryzysową na tej podstawie, gdyż dyskrecjonalność KE jest tu ograniczona, w praktyce jednak spełnienie pozostałych dwóch warunków jej dopuszczalności jest dość trudne (Nicolaidis, 2020a). Ponadto, same środki wyrównawcze nie byłyby w stanie rozwiązać większości problemów gospodarczych związanych z COVID-19. Dlatego muszą być one połączone z systemami wsparcia publicznego, które łagodzą szczególne słabości i zwiększają odporność wielu sektorów gospodarki poprzez zapewnienie płynności finansowej, która wykracza poza rekompensatę za szkody, zwiększając jednocześnie zaufanie do ogólnej stabilności makroekonomicznej (Ferri, 2020, s. 8).

Z kolei art. 107 ust. 3 lit. c) TFUE stanowi podstawę do uznania za zgodną z rynkiem wewnętrznym pomocy przeznaczonej na ułatwianie rozwoju niektórych działań gospodarczych lub niektórych regionów gospodarczych, o ile nie zmienia warunków wymiany handlowej w zakresie sprzecznym ze wspólnym interesem. Projekt takiej pomocy wymaga notyfikacji KE, która ma pewną dyskrecjonalność w ocenie jej dopuszczalności. Nie wnikając jednak w szczegóły, odnosząc się do możliwości notyfikacji środków pomocowych na jego podstawie, KE miała na myśli opracowanie programów pomocowych lub pomocy indywidualnej zgodnych z zasadami określonymi w wytycznych dotyczących ratowania i restrukturyzacji przedsiębiorstw⁵.

Notyfikacje pomocy publicznej na podstawie ww. przepisów TFUE nie należą do najprostszych, a możliwe do objęcia ich zakresem przypadki nie odpowiadały w pełni zgłaszanemu zapotrzebowaniu na wsparcie publiczne, przeznaczenia pomocy wyłączanej blokowo nie były do końca adekwatne, a limity pomocy *de minimis* zbyt niskie⁶. Konieczne okazało się zatem przyjęcie ram prawnych dopuszczalności pomocy na podstawie art. 107 ust. 3 lit. b) TFUE, które z jednej strony dalej chroniłyby konkurencję, z drugiej natomiast – wywołując możliwie jak najmniej zakłóceń na jednolitym rynku europejskim, umożliwiłyby selektywne przeznaczania środków publicznych także na inne działania zapobiegające lub zwalczające negatywne skutki gospodarczo-społeczne wywołane pandemią COVID-19.

W konsekwencji bardzo szybko, bo już 20 marca 2020 r., KE opublikowała komunikat pn. „Tymczasowe ramy środków pomocy państwa w celu wsparcia gospodarki w kontekście trwającej epidemii COVID-19” (dalej: Tymczasowe ramy lub TR)⁷. Nie należy przy tym zapominać, że TR nie są twardym instrumentem prawnym i dlatego nie ustanawiają przepisów bezpośrednio

⁴ Zob. Nicolaidis, 2020 i wskazane tam decyzje KE oraz orzeczenia sądów unijnych.

⁵ Komunikat Komisji – Wytyczne dotyczące pomocy państwa na ratowanie i restrukturyzację przedsiębiorstw niefinansowych znajdujących się w trudnej sytuacji (Dz. Urz. UE C 249/1 z 31.07.2014 r.). Zob. Załącznik nr 3 do komunikatu pn. Skoordynowana reakcja gospodarcza na epidemię COVID-19.

⁶ Pomoc *de minimis* udzielona w ciągu danego roku i dwóch poprzednich lat podatkowych nie może przekraczać: 200 tys. EUR na przedsiębiorcę, 100 tys. EUR na przedsiębiorcę działającego w sektorze transportu drogowego towarów, 30 tys. EUR na przedsiębiorcę działającego w sektorze rybołówstwa i akwakultury oraz 20 tys. EUR/25 tys. EUR na producenta rolnego.

⁷ Komunikat Komisji – Tymczasowe ramy środków pomocy państwa w celu wsparcia gospodarki w kontekście trwającej epidemii COVID-19 (Dz. Urz. UE z 2020 C 91 I/01).

obowiązujących. Są one instrumentem miękkiego prawa – KE wyjaśnia jedynie warunki, które pozwalają jej zatwierdzić pomoc publiczną związaną z COVID-19 (Buendia i Dovalo, 2020, s. 4). Bez takiego dokumentu trudniej jednak byłoby przewidzieć czy dany przypadek planowanej pomocy zostanie przez KE uznany za dopuszczalny, czy też nie.

Pierwsza wersja Tymczasowych ram zawierała warunki, pod jakimi KE może uznać za zgodne z rynkiem wewnętrznym (na podstawie art. 107 ust. 3 lit. b) TFUE) programy przewidujące udzielenie ograniczonych kwot pomocy w formie dotacji bezpośrednich, zaliczek zwrotnych lub korzyści podatkowych (sekcja 3.1 TR), gwarancji kredytowych (sekcja 3.2 TR), subsydiowanych stóp oprocentowania pożyczek (sekcja 3.3 TR) oraz gwarancji i pożyczek udzielanych za pośrednictwem instytucji kredytowych lub innych instytucji finansowych (sekcja 3.4 TR). Przyjęcie słusznego założenia, że notyfikacji podlegają tylko programy pomocowe, natomiast niedopuszczalne jest zgłaszanie pomocy indywidualnej, wynikało z potrzeby jak najsprawniejszego procedowania zgłoszonych spraw, a więc i ograniczenia ich potencjalnej ilości i stopnia skomplikowania. Ponadto, KE określiła przesłanki umożliwiające objęcie ryzyka zbywalnego krótkoterminowym ubezpieczeniem kredytów eksportowych wspieranym przez państwa członkowskie (sekcja 3.5). Przewidziano, że Tymczasowe ramy będą obowiązywać do końca 2020 roku.

Szczególnie atrakcyjna okazała się pierwsza z ww. form pomocy – przypominająca w swej konstrukcji pomoc *de minimis* – której warunki dopuszczalności sprowadzały się zasadniczo do nieprzekroczenia limitu 800 tys. EUR na przedsiębiorstwo (120 tys. EUR/100 tys. EUR na przedsiębiorstwo działające – odpowiednio – w sektorze rybołówstwa i akwakultury lub produkcji podstawowej produktów rolnych), nieznajdujące się w trudnej sytuacji finansowej już 31 grudnia 2019 roku. Wprowadzenie tego drugiego warunku wynikało z prostego założenia, że pomoc ta ma służyć niwelowaniu problemów wywołanych pandemią COVID-19, a nie trudności finansowych spowodowanych innymi czynnikami.

Warto dodatkowo zauważyć, że tak szybkie wydanie Tymczasowych ram przez KE było możliwe dzięki doświadczeniu, jakie zdobyła ona podczas poprzedniego kryzysu finansowego. Tymczasowe ramy zawierały rozwiązania podobne do tych, jakie określał wydany w 2009 r. komunikat dotyczący pomocy publicznej ułatwiającej dostęp do finansowania w dobie kryzysu finansowego i gospodarczego⁸. Zasadnicza różnica polegała na przyjęciu większych limitów kwotowych.

Rozwiązania przyjęte w pierwszej wersji Tymczasowych ram szybko jednak okazały się niewystarczające. Niebawem, bo już 3 kwietnia 2020 r., opublikowana została pierwsza zmiana TR⁹. Dokument ten rozszerzył zakres przedmiotowy Tymczasowych ram aż o pięć nowych środków pomocowych, zdaje się jak najbardziej uzasadnionych w dobie pandemii COVID-19: pomoc na badania i rozwój związane z pandemią COVID-19 (sekcja 3.6 TR); pomoc inwestycyjną przeznaczoną na infrastrukturę służącą do testowania i przygotowania produktu do masowej produkcji (sekcja 3.7 TR); pomoc inwestycyjną na produkcję wyrobów służących zwalczaniu epidemii COVID-19 (sekcja 3.8 TR); pomoc w formie odroczenia płatności podatku lub składek na ubezpieczenia społeczne (sekcja 3.9 TR) oraz pomoc w formie subsydiowania wynagrodzeń

⁸ Komunikat Komisji – Tymczasowe wspólnotowe ramy prawne w zakresie pomocy państwa ułatwiające dostęp do finansowania w dobie kryzysu finansowego i gospodarczego (Dz. Urz. UE 2009 C 16/01).

⁹ Komunikat Komisji – Zmiany w tymczasowych ramach środków pomocy państwa w celu wsparcia gospodarki w kontekście trwającej epidemii COVID-19 (Dz. Urz. UE 2020 C 112 I/01).

pracowników w celu uniknięcia zwolnień podczas epidemii COVID-19 (sekcja 3.10 TR). Drobny zmianom i doprecyzowaniom uległy również warunki udzielania pomocy z sekcji 3.1–3.5 TR, m.in.:

- rozszerzono zakres form, w jakich może być udzielana pomoc z sekcji 3.1 o korzystne warunki płatności, zaliczki zwrotne, gwarancje, pożyczki i kapitał własny;
- doprecyzowano, że kwota pomocy z sekcji 3.1 udzielona przedsiębiorcy prowadzącemu poza zwykłą działalnością gospodarczą, również działalność w sektorze rybołówstwa i akwakultury lub produkcji podstawowej produktów rolnych łącznie nie może przekroczyć 800 tys. EUR;
- zmodyfikowano nieznacznie warunki udzielania gwarancji oraz dopłat do pożyczek, o których mowa w sekcji 3.2–3.5 TR;
- uznano wszystkie rodzaje ryzyka handlowego i politycznego związanego z wywozem do krajów wymienionych w załączniku do komunikatu w sprawie krótkoterminowego ubezpieczenia kredytów eksportowych za tymczasowo niezbywalne do dnia 31 grudnia 2020 roku.

Co ciekawe, jako jedyne w całym dokumencie, środki pomocowe z sekcji 3.6–3.8 TR oceniane są na podstawie art. 107 ust. 3 lit. c) TFUE. Tym samym KE opowiedziała się za tym, aby państwa członkowskie mogły (i powinny) wykorzystywać wydatki publiczne do osiągnięcia wspólnego europejskiego celu, jakim jest walka z samym wirusem i jego zagrożeniem dla zdrowia publicznego. Wykorzystała zatem swoje uprawnienia w dziedzinie kontroli pomocy publicznej w połączeniu i synergia z innymi kompetencjami, stymulując (jeśli nie aktywnie wspierając) bardziej skoordynowaną reakcję na szczeblu państw członkowskich (Ferri, 2020, s. 18).

Warto dodatkowo odnotować, że w przeciwieństwie do przeznaczeń pomocy wyłączonych blokowo czy określonych w ramowych zasadach dotyczących pomocy publicznej na działalność badawczą, rozwojową i innowacyjną¹⁰, umożliwiającą udzielanie pomocy publicznej na podobne cele, tj. pomocy na projekty badawczo-rozwojowe czy pomocy na infrastruktury badawcze – charakteryzują się one w szczególności wyższą intensywnością poszczególnych rodzajów pomocy i znacznie bardziej złagodzonymi warunkami dotyczącymi efektu zachęty.

Miesiąc później – 8 maja 2020 r. – opublikowana została druga zmiana TR¹¹, która wprowadziła nowe środki pomocowe służące dokapitalizowaniu (sekcja 3.11 TR). KE określiła w nim dość rygorystyczne warunki, pod jakimi za zgodną z rynkiem wewnętrznym może być uznane wsparcie publiczne w formie instrumentów kapitałowych lub hybrydowych instrumentów kapitałowych. Pewne *novum* stanowił fakt, że jako jedyna wśród wszystkich rodzajów pomocy przewidzianych w Tymczasowych ramach, może ona być w pewnych sytuacjach notyfikowana również jako pomoc indywidualna (tj. taka, gdzie ocenie nie będą podlegały całościowe założenia programu, ale konkretna pomoc planowana do udzielenia konkretnemu przedsiębiorcy).

29 czerwca 2020 r. opublikowano trzecie zmiany TR¹², które rozszerzyły zakres stosowania Tymczasowych ram poprzez umożliwienie udzielania pomocy mikroprzedsiębiorstwom i małym przedsiębiorstwom, które w dniu 31 grudnia 2019 r. już znajdowały się w trudnej sytuacji ekonomicznej, pod warunkiem że nie są one objęte zbiorowym postępowaniem upadłościowym na

¹⁰ Komunikat Komisji – Zasady ramowe dotyczące pomocy państwa na działalność badawczą, rozwojową i innowacyjną (Dz. Urz. UE 2014 C 198/1).

¹¹ Komunikat Komisji – Zmiany w tymczasowych ramach środków pomocy państwa w celu wsparcia gospodarki w kontekście trwającej epidemii COVID-19 (Dz. Urz. UE 2020 C 164/03).

¹² Komunikat Komisji – Trzecie zmiany w tymczasowych ramach środków pomocy państwa w celu wsparcia gospodarki w kontekście trwającej epidemii COVID-19 (Dz. Urz. UE 2020 C 2018/03).

podstawie prawa krajowego oraz nie otrzymały pomocy na ratowanie¹³ (lub już spłaciły pożyczkę lub zakończyły umowę gwarancyjną) ani pomocy na restrukturyzację (lub nie podlegają już planowi restrukturyzacji). Dodano również warunek, zgodnie z którym pomoc nie może być uwarunkowana przeniesieniem działalności produkcyjnej lub innej działalności beneficjenta z innego kraju na terenie Europejskiego Obszaru Gospodarczego (EOG) na terytorium państwa członkowskiego przyznającego pomoc oraz rozszerzono zakres podmiotowy pomocy z sekcji 3.10 TR na osoby samozatrudnione. Ponadto, w zakresie sekcji 3.11, warunki mające zastosowanie do przedsiębiorstw, które są w całości lub części własnością państwa, dotyczące pozyskania kapitału od akcjonariuszy publicznych i prywatnych, dostosowano do warunków mających zastosowanie do przedsiębiorstw prywatnych, przy zachowaniu tych samych zabezpieczeń w celu zachowania efektywnej konkurencji.

13 października 2020 r. opublikowano czwarte zmiany TR¹⁴. Przede wszystkim – w związku z tzw. drugą falą pandemii i wprowadzaniem kolejnych restrykcji gospodarczych i społecznych – zdecydowano się na wydłużenie obowiązywania Tymczasowych ram do 30 czerwca 2021 r., a zakresie pomocy w formie dokapitalizowania do 30 września 2021 roku. Ponadto, wprowadzono nowy środek – pomoc w formie wsparcia na poczet niepokrytych kosztów stałych (sekcja 3.12), umożliwiającą udział państwa w niepokrytych kosztach stałych przedsiębiorstw, które nie są pokrywane z osiągniętych dochodów na skutek zawieszenia lub ograniczenia ich działalności w związku z COVID-19. Pewnym zmianom i doprecyzowaniom uległy również warunki udzielania pomocy z innych sekcji TR, m.in.:

- doprecyzowano, że przy określaniu czy odpowiedni pułap pomocy z sekcji 3.1–3.3 TR został przekroczony nie bierze się pod uwagę pomocy przyznanej na podstawie programów zatwierdzonych w oparciu o tę sekcję i zwróconej przed dniem 30 czerwca 2021 roku;
- uszczegółowiono warunki udzielania dokapitalizowania określone w sekcji 3.11 TR;
- zmieniono załącznik do komunikatu w sprawie krótkoterminowego ubezpieczenia kredytów eksportowych.

Pojawienie się nowych odmian wirusa COVID-19, problemy z dostawami szczepionek oraz brak perspektyw na szybkie uporanie się z negatywnymi skutkami społeczno-gospodarczymi pandemii spowodowały, że 1 lutego 2021 r. opublikowano ostatnią jak do tej pory, piątą zmianę TR¹⁵. Poza doprecyzowaniem i drobnymi zmianami niektórych warunków dopuszczalności pomocy, zdecydowano się przede wszystkim już teraz na przedłużenie okresu obowiązywania Tymczasowych ram do końca 2021 roku oraz podwyższenie ponad dwukrotnie dopuszczalnych progów pomocy w formie ograniczonych kwot (z 800 tys. EUR/120 tys. EUR/100 tys. EUR na odpowiednio 1,8 mln EUR/270 tys. EUR/225 tys. EUR) oraz ponad trzykrotnie limitu pomocy w formie wsparcia na poczet niepokrytych kosztów stałych (z 3 mln EUR na 10 mln EUR). Aby zachęcić państwa członkowskie do wybierania w pierwszej kolejności pomocy w formach zwrotnych, w odniesieniu

¹³ Chodzi tu o pomoc publiczną przyznaną zgodnie z warunkami określonymi w wytycznych dotyczących ratowania i restrukturyzacji przedsiębiorstw, a nie – jak mylnie jest to czasem rozumiane – inną pomoc kryzysową przyznaną zgodnie z Tymczasowymi ramami.

¹⁴ Komunikat Komisji – Czwarta zmiana „Tymczasowych ram środków pomocy państwa w celu wsparcia gospodarki w kontekście trwającej epidemii COVID-19” oraz zmiana załącznika do komunikatu Komisji do państw członkowskich w sprawie zastosowania art. 107 i 108 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do krótkoterminowego ubezpieczenia kredytów eksportowych (Dz. Urz. UE 2020 C 340 I/1).

¹⁵ Komunikat Komisji – Piąta zmiana tymczasowych ram środków pomocy państwa w celu wsparcia gospodarki w kontekście trwającej epidemii COVID-19 oraz zmiana załącznika do komunikatu Komisji do państw członkowskich w sprawie zastosowania art. 107 i 108 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do krótkoterminowego ubezpieczenia kredytów eksportowych (Dz. Urz. UE 2021 C 34/6).

do pomocy z sekcji 3.1 TR wskazano również na możliwość przekształcania ich w inne, bezzwrotne formy, pod warunkiem, że zgłoszenie takiego zamiaru KE nastąpi najpóźniej do 31 grudnia 2021 r., a samo przekształcenie – 31 grudnia 2022 roku.

Niejako przy okazji, wykorzystując piątą zmianę Tymczasowych ram oraz doświadczenie zdobyte przez KE podczas pandemii COVID-19, w dokumencie tym zamieszczono szersze wyjaśnienia na temat warunków oceny zgodności z rynkiem wewnętrznym pomocy notyfikowanej na podstawie art. 107 ust. 2 lit. b) TFUE. Podkreślono, że pomoc taka musi rekompensować szkody spowodowane bezpośrednio przez pandemię COVID-19, a więc zasadniczo ograniczenia powodujące całkowite lub częściowe, formalne lub faktyczne, zawieszenie prowadzenia działalności gospodarczej, a także, że pomoc może rekompensować jedynie szkody bezpośrednio spowodowane przez te ograniczenia do poziomu zysków, które beneficjent mógłby w wiarygodny sposób wygenerować w przypadku ich braku. Stwierdzenia te nie stanowią same w sobie większego *novum*, cenne natomiast wydają się wskazane tam przykłady, które pozwalają lepiej zrozumieć istotę pomocy określonej w art. 107 ust. 2 lit. b) TFUE (np. wyjaśniono, że do obliczania wysokości tej pomocy nie mogą być brane pod uwagę szkody wynikające z samej tylko większej niechęci klientów do gromadzenia się w miejscach publicznych czy środkach transportu zbiorowego).

Pomoc opracowana na podstawie Tymczasowych ram nadal oczywiście podlega notyfikacji KE, ale dzięki określeniu jednolitych zasad, pod jakimi może ona zostać uznana za zgodną z rynkiem wewnętrznym, w tym dopuszczeniu do notyfikacji wyłącznie programów pomocowych, a już nie pomocy indywidualnej (z małym wyjątkiem dotyczącym sekcji 3.11), proces ten może przebiegać znacznie sprawniej i w nieporównywalnie krótszym czasie – pierwsze pozytywne decyzje w tym zakresie KE podejmowała już w kilka dni od zgłoszenia, a i obecnie proces ten trwa co najwyżej kilka tygodni. Nie bez znaczenia jest tu również zaangażowanie organów poszczególnych państw członkowskich, które w bardzo krótkim czasie – i przy dynamicznie zmieniającej się treści Tymczasowych ram – musiały szybko opracować i notyfikować szereg programów pomocowych, a nawet zrzekły się przysługujących im praw językowych¹⁶ – postępowania notyfikacyjne toczą się głównie w języku angielskim i w tym też języku wydawane są decyzje.

Wraz z kolejnymi zmianami Tymczasowych ram, stały się one dokumentem zawierającym szerokie i kompleksowe spectrum środków, umożliwiających wspieranie przedsiębiorstw w dobie pandemii COVID-19, a także walkę z samym wirusem. To, czy narzędzie to przyczyni się do zapobieżenia lub przynajmniej zmniejszenia negatywnych skutków gospodarczych i społecznych wywołanych pandemią, zależeć będzie jednak w głównej mierze od tego, jak będzie wykorzystywane przez poszczególne państwa członkowskie.

II. Podstawowe informacje na temat wdrażanych programów pomocowych

W okresie marzec–grudzień 2020 r. KE wydała niebagatelną liczbę 399 decyzji, zatwierdzających zgłoszone przez państwa członkowskie programy pomocowe i pomoc indywidualną, mające na celu wsparcie przedsiębiorców w związku z trwającą pandemią COVID-19, w tym 24 decyzje

¹⁶ Dokumenty kierowane do państwa członkowskiego są sporządzane w języku tego państwa, zgodnie z art. 342 TFUE w związku z art. 3 rozporządzenia nr 1 w sprawie określenia systemu językowego Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej (Dz. Urz. WE 1958 17/358).

dotyczące polskich środków pomocowych (nie wliczając w to – przynajmniej w odniesieniu do Polski – decyzji zatwierdzających wydłużenie lub inne zmiany istniejących programów).

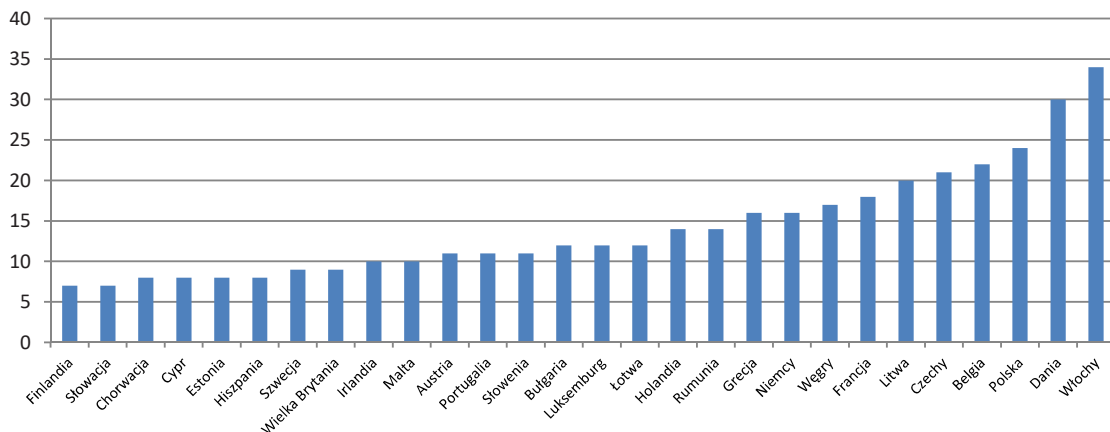
Tabela 1. Ilość decyzji wydanych przez KE na konkretnej podstawie prawnej

Podstawa prawna	107(2)b		107(3)b		107(3)c		TR		Razem	
Ilość decyzji UE / PL	43	2	18	0	3	0	335	22	399	24

Źródło: opracowanie własne na podstawie danych zawartych na stronach internetowych KE¹⁷ i UOKiK¹⁸.

Najwięcej decyzji zostało wydanych dla Włoch – 34, Dani – 30 i Polski – 24, najmniej dla Finlandii i Słowacji – po 7 oraz Cypru, Chorwacji, Estonii i Hiszpanii – po 8. Poza wnioskiem, że rok 2020 był w zakresie pomocy publicznej bardzo pracowity zarówno dla KE, jak i organów poszczególnych państw członkowskich opracowujących projekty pomocy kryzysowej, wyciąganie daleko idących innych wniosków tylko na podstawie liczby wydanych decyzji nie jest zasadne. W zależności bowiem od przyjętych strategii lub po prostu potrzeb chwili notyfikowane były do KE programy o zróżnicowanych wielkościach ich szacowanych budżetów oraz zawierające jeden lub wiele środków pomocowych. Przykładowo, 24 decyzje polskie opiewają na szacowaną łączną kwotę pomocy ok. 61,33 mld EUR¹⁹, natomiast tylko jedna z decyzji niemieckich dotyczyła programu pomocowego z szacowanym budżetem ok. 500 mld EUR²⁰. Ponadto należy pamiętać, że poza wsparciem stanowiącym pomoc publiczną notyfikowaną KE, państwa członkowskie mogły w celu niwelowania negatywnych skutków pandemii COVID-19 udzielać również wsparcia o charakterze generalnym, pomocy publicznej wyłączanej blokowo lub pomocy *de minimis* (a więc pomocy nie podlegającej notyfikacji), a także – hipotetycznie – nie notyfikować niektórych środków, które choć powinny, nie były zakwalifikowane jako pomoc publiczna.

Wykres 1. Liczba decyzji wydanych dla poszczególnych państw członkowskich



Źródło: opracowanie własne na podstawie danych zawartych na stronie internetowej KE.

¹⁷ To i następne powołania się na stronę internetową KE oznacza stronę znajdującą się pod adresem: https://ec.europa.eu/competition/state_aid/what_is_new/covid_19.html (6.01.2020).

¹⁸ To i następne powołania się na stronę internetową UOKiK oznacza stronę znajdującą się pod adresem: https://www.uokik.gov.pl/covid19_a_pomoc_publiczna.php (6.01.2020).

¹⁹ Zgodnie z informacjami zawartymi w komunikatach prasowych KE, zbiorczo zamieszczonych na stronie internetowej KE.

²⁰ SA. 56814 (2020/N) – Germany – COVID-19 measures of the Wirtschaftsstabilisierungsfonds (JOCE:C:2020:310). Szerszej analizie udzielonej i za budżetowej pomocy publicznej COVID-19 dokonuje Ambroziak, 2021.

Polskie programy pomocowe związane z COVID-19 zawierają aż 50 instrumentów pomocowych, zatwierdzonych na podstawie właściwie wszystkich sekcji Tymczasowych ram oraz bezpośrednio na art. 107 ust. 2 lit. b) TFUE.

Tabela 2. Ilość polskich środków pomocowych zatwierdzonych przez KE na danej podstawie prawnej

Podstawa prawna	3.1	3.2	3.3	3.4	3.5	3.6	3.7	3.8	3.9	3.10	3.11	3.12	107(2)b	107(3)b	Razem
Ilość środków	27	6	5	-	-	1	1	1	2	3	1	1	2	-	50 ^a

^a W tym 4 środki pomocowe notyfikowane KE przez Ministerstwo Rolnictwa i Rozwoju Wsi oraz 46 przez UOKiK. Zgodnie z ustawą z 30.04.2004 r. o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej (t.j. Dz. U. 2020, poz. 708 ze zm.) kompetencje w zakresie monitorowania pomocy publicznej zostały rozdzielone pomiędzy ministra właściwego ds. rolnictwa, który jest odpowiedzialny za sprawy z zakresu pomocy w rolnictwie i rybołówstwie oraz Prezesa UOKiK – odpowiedzialnego za sprawy z zakresu pozostałej pomocy.

Źródło: opracowanie własne na podstawie danych zawartych na stron internetowych KE i UOKiK.

Najwięcej środków pomocowych (27 z 50, a więc ponad połowa) zostało przyjętych na podstawie sekcji 3.1 TR. Wśród nich znalazły się m.in. pożyczki umarzalne – a w praktyce bezzwrotne dotacje – na pokrycie kosztów prowadzenia działalności gospodarczej dla mikroprzedsiębiorców, dopłaty do oprocentowania kredytów udzielanych przez banki, zwolnienia z obowiązku uiszczenia należności z tytułu nieopłaconych składek ZUS, dodatkowe świadczenia postojowe, pomoc dla posiadaczy niesprzedanych chryzantem będących producentami rolnymi czy subwencje zwrotne dla MŚP udzielane przez Polski Fundusz Rozwoju (PFR). Duża popularność tej formy pomocy wynika przede wszystkim z niewielkiej liczby warunków jej dopuszczalności, atrakcyjnego limitu jej maksymalnej wielkości i względnej łatwości uzyskania w odniesieniu do niej pozytywnej decyzji KE. Ponadto, w dobie przedłużających się restrykcji ograniczających lub wręcz całkowicie zakazujących prowadzenia działalności gospodarczej, szczególnie pożądane przez przedsiębiorców było uzyskanie szybkiego i bezzwrotnego zastrzyku finansowego. Paradoksalnie jednak, lakoniczność warunków udzielania tej pomocy powodowała – i czasem nadal powoduje – pewne problemy interpretacyjne na etapie jej wdrażania (najczęściej występujące problemy związane z tą pomocą zostaną opisane w rozdziale III tego artykułu).

Łącznie 11 (odpowiednio 6 i 5) programów pomocowych opracowano na podstawie sekcji 3.2 i 3.3 TR. Przewidują one m.in. udzielanie pomocy publicznej w formie gwarancji kredytowych Banku Gospodarstwa Krajowego, gwarancji udzielanych przez pośredników finansowych ze środków funduszy unijnych oraz gwarancji factoringu, a także pożyczek płynnościowych z PFR czy preferencyjnych pożyczek dla touroperatorów. Wydają się one jednak nie cieszyć aż tak dużą popularnością, jak udzielane głównie w formach bezzwrotnych dotacji środki przyjęte na podstawie sekcji 3.1 TR.

Pomoc na działalność badawczo-rozwojową związaną z wystąpieniem pandemii COVID-19, pomoc inwestycyjna na infrastrukturę służącą do testowania i przygotowania do masowej produkcji oraz pomoc inwestycyjna na produkcję produktów służących zwalczaniu pandemii COVID-19 (pomoc z sekcji 3.6–3.8 TR) mogą być udzielane, na podstawie 1 programu pomocowego, w ramach programów operacyjnych na lata 2014–2020 (zarówno krajowych, jak i regionalnych).

Zgodnie z sekcją 3.9 TR możliwe jest udzielanie w Polsce pomocy w formie przedłużenia terminu płatności rat podatku od nieruchomości oraz kwalifikowanie jako pomocy kryzysowej odroczeń i rozłożeń na raty udzielanych na podstawie art. 67a Ordynacji podatkowej²¹. Warto wyjaśnić, że pomoc w formie tych ulg podatkowych mogła i nadal może być przyznawana, obecnie umożliwiono jedynie udzielanie jej jako pomocy kryzysowej, pod warunkiem zgodności z warunkami określonymi w zatwierdzającej ten program decyzji KE²².

Jako pomoc z sekcji 3.10 TR powiatowe urzędy pracy udzielają trzech rodzajów środków pomocowych: dofinansowania części kosztów wynagrodzeń pracowników i składek na ubezpieczenia społeczne dla MŚP oraz organizacji pozarządowych i organizacji pożytku publicznego, a także dofinansowania części kosztów prowadzenia działalności gospodarczej dla przedsiębiorców będących osobami fizycznymi niezatrudniającymi pracowników. Niewątpliwą zaletą tych środków pomocowych jest brak konieczności weryfikowania statusu czy sytuacji finansowej ubiegających się o nie przedsiębiorstw.

Zgodnie z warunkami określonymi w sekcji 3.11 TR PFR może dokapitalizować duże przedsiębiorstwa i niektóre większe MŚP, m.in. poprzez nabywanie akcji zwykłych i uprzywilejowanych w przedsiębiorstwach publicznych i prywatnych.

Pod koniec roku 2021 Polska uzyskała również zgodę KE na wdrażanie przez PFR programu rządowego pn. Tarcza finansowa dla MŚP 2.0, w zakresie którego dla małych i średnich przedsiębiorstw udzielane mają być subwencje na dofinansowanie niepokrytych kosztów stałych tych przedsiębiorstw, zgodnie z warunkami określonymi w sekcji 3.12 TR (drugi komponent tego programu przewiduje udzielanie subwencji warunkowo zwrotnych dla mikroprzedsiębiorców zgodnie z sekcją 3.1 TR).

Oprócz środków pomocowych opracowanych na podstawie Tymczasowych ram, bezpośrednio na podstawie art. 107 ust. 2 lit. b) TFUE zatwierdzone zostały dwa programy pomocowe. Jeden program przewidywał pomoc dla polskich lotnisk – rekompensowane były szkody powstałe bezpośrednio w wyniku ograniczeń w ruchu lotniczym w związku z pandemią COVID-19; szkodę obliczano poprzez porównanie wyniku operacyjnego (EBIT) danego operatora portu lotniczego w okresie objętym rekompensatą, tj. od 15 marca 2020 r. do 30 czerwca 2020 r., z wynikiem operacyjnym (EBIT), jakiego można by oczekiwać, gdyby nie wprowadzono ograniczeń (punktem odniesienia dla tego scenariusza alternatywnego był wynik operacyjny w tych samych miesiącach poprzedniego roku, tj. od 15 marca 2019 r. do 30 czerwca 2019 r.). Drugi natomiast program zakładał umorzenie pożyczek preferencyjnych udzielanych przez PFR dużym przedsiębiorcom. Ich liczba zdaje się udowadniać, że sama pomoc na rekompensowanie szkód nie jest w dobie pandemii COVID-19 wystarczająca, a z całą pewnością niechętnie wybierana przez polskie władze opracowujące kolejne programy środków pomocy kryzysowej.

²¹ Ustawa z 29.08.1997 r. – Ordynacja podatkowa (t.j. Dz. U. 2017, poz. 72 ze zm.).

²² SA.57172 (2020/N) – Poland – COVID-19: Anti-crisis measure - tax deferrals (JOCE:C:2020:421).

III. Praktyczne problemy związane z wdrażaniem unijnych zasad pomocowych

1. Pojęcie „przedsiębiorca”

Szybkość przyjęcia i wdrażania środków pomocy kryzysowej, szczególnie w pierwszych miesiącach funkcjonowania nowych zasad pomocowych, nie zawsze szła w parze z jasnością i pewnością wprowadzanych rozwiązań. Jedną z kwestii, która od początku wzbudzała najwięcej kontrowersji była definicja przedsiębiorstwa. Problem ujawnił się na gruncie pomocy w formie ograniczonych kwot, dla której w pkt. 22 lit. a) Tymczasowych ram wprowadzono warunek, że łączna kwota pomocy z sekcji 3.1 nie może przekraczać 800 tys. EUR²³ na przedsiębiorstwo. Choć unijna definicja przedsiębiorstwa zdaje się być od dawna ugruntowana (nie można jednak powiedzieć, że jednoznaczna), nie do końca było jasne, jak należy ją rozumieć w kontekście tego przepisu, którego założeniem miało być szybkie i proste udzielanie pomocy dotkniętym nagłym kryzysem przedsiębiorcom. Możliwością było kilka, a za każdą z nich stały mniej lub bardziej zasadne argumenty.

Z ugruntowanej praktyki orzeczniczej TSUE wynika, że do celów unijnych reguł konkurencji przedsiębiorstwem jest każda jednostka wykonująca działalność gospodarczą niezależnie od jej formy prawnej i sposobu finansowania²⁴ oraz, że wszystkie podmioty, które są kontrolowane (prawnie lub *de facto*) przez ten sam podmiot, należy traktować jako jedno przedsiębiorstwo²⁵. Zasadniczo zatem za przedsiębiorstwo uważa się grupę podmiotów powiązanych. Na gruncie przepisów krajowych odzwierciedla tę zasadę konstrukcja Formularza informacji przedstawianych przy ubieganiu się o pomoc inną niż pomoc w rolnictwie lub rybołówstwie, pomoc *de minimis* lub pomoc *de minimis* w rolnictwie lub rybołówstwie²⁶. W pkt 9 tego formularza należy wskazać powiązania beneficjenta z innymi przedsiębiorcami (także te, występujące za pośrednictwem osób fizycznych i grup osób fizycznych działających wspólnie), a następnie tak zakreśloną grupę wziąć się pod uwagę m.in. w przypadku badania czy na przedsiębiorstwie ciąży obowiązek zwrotu pomocy (część C) lub do ustalenia, czy nie zostanie przekroczony próg notyfikacyjny (część E pkt 6). Choć nie jest to podane wprost, wskazane w formularzu rodzaje powiązań odpowiadają tym, jakie określono w art. 3 ust. 3 załącznika 1 do rozporządzenia w sprawie wyłączeń blokowych. Brak jakiegokolwiek doprecyzowania w pkt. 22 lit. a) TR, o jakie przedsiębiorstwo chodzi, od początku wskazywał zatem na tradycyjne rozumienie tego pojęcia, a więc grupę podmiotów powiązanych.

Konstrukcja pomocy z sekcji 3.1 TR, wymagająca sumowania wszelkiej tego typu pomocy do określonej kwoty, przypomina założenia pomocy *de minimis*. W art. 2 ust. 2 rozporządzenia w sprawie pomocy *de minimis* – właśnie w kontekście obliczania przysługującego przedsiębiorcy limitu tej pomocy – wprowadzono definicję „jednego przedsiębiorstwa”, rozumianego jako grupa podmiotów powiązanych, ale z wykluczeniem związków zachodzących pomiędzy przedsiębiorstwami za pośrednictwem osób fizycznych lub grup osób fizycznych działających wspólnie.

²³ Piątą zmianą TR podniesiono ten limit do 1,8 mln EUR. Zwiększenie limitu w odniesieniu do programów pomocowych zatwierdzonych już decyzją KE nie jest jednak automatyczne – zmiana w tym zakresie wymaga notyfikacji KE. Por. wyjaśnienia UOKiK pn. Informacja ws. zmiany limitu pomocy kryzysowej (1.02.2021 r.). Pozyskano z: <https://www.uokik.gov.pl/download.php?id=19490> (1.02.2020).

²⁴ Por. m.in. wyr. TS z 12.09.2000 r. w sprawach połączonych od C-180/98 do C-184/98 *Pavlov i in. vs. KE* (ECLI:EU:C:2000:428), pkt 74.

²⁵ Por. m.in. wyr. TS z dnia 16 grudnia 2010 r. w sprawie C-480/09 P *AceaElectrabel Produzione SpA vs. KE* (ECLI:EU:C:2010:787), pkt 47–55.

²⁶ Załącznik do rozporządzenia Rady Ministrów z 29.12.2010 r. w sprawie zakresu informacji przedstawianych przez podmiot ubiegający się o pomoc inną niż pomoc *de minimis* lub pomoc *de minimis* w rolnictwie lub rybołówstwie (Dz. U. Nr 53, poz. 312 ze zm.).

Pojawiały się zatem wątpliwości czy także w odniesieniu do pomocy w formie ograniczonych kwot nie należałoby stosować analogicznych zasad definiowania przedsiębiorstwa.

Pewne podobieństwo obu środków nie daje jednak podstaw do przyjęcia powyższego rozumowania. Po pierwsze, pomoc z sekcji 3.1 TR stanowi pomoc publiczną, a nie pomoc *de minimis*. Ponadto w pkt 4 preambuły do rozporządzenia w sprawie pomocy *de minimis*, KE wyraźnie zaznaczyła, że ww. koncepcja „jednego przedsiębiorstwa” została wprowadzona jako rozwiązanie wyjątkowe. Jako takie nie może być natomiast stosowane rozszerzająco, tym bardziej że, jak już wcześniej zaznaczono, TR nie stanowią twardego prawa. Co więcej, Tymczasowe ramy nie posługują się w pkt 22 lit. a) pojęciem „jedno przedsiębiorstwo”, ale „przedsiębiorstwo”.

W końcu, nie tylko znaczna część przedsiębiorców, lecz także podmiotów udzielających pomocy nie zdawała sobie w ogóle sprawy z opisywanego problemu, przyjmując, że limit ten przysługuje danemu beneficjentowi (a więc zasadniczo pojedynczemu podmiotowi ubiegającemu się o dany rodzaj pomocy). Mając na uwadze problemy, jakie sprawia niejednokrotnie ustalenie występujących między przedsiębiorcami powiązań, a także założenie, że pomoc kryzysowa ma być wdrażana szybko, przyjęcie takiego podejścia – z czysto praktycznego punktu widzenia – wydawało się zatem do pewnego stopnia uzasadnione.

Spory w zakresie rozumienia pojęcia przedsiębiorstwa uciął zasadniczo UOKiK, który na swojej stronie internetowej zamieścił wyjaśnienia, zgodnie z którymi badając przysługujący beneficjentowi limit pomocy z sekcji 3.1, należy wziąć pod uwagę wszelką wcześniejszą pomoc z sekcji 3.1 otrzymaną przez beneficjenta oraz podmioty z nimi powiązane w rozumieniu art. 3 ust. 3 załącznik 1 do rozporządzenia w sprawie wyłączeń blokowych. Od tego czasu jasne stało się (a przynajmniej powinno), że przy określaniu zakresu przedsiębiorstwa należy uwzględniać powiązania zarówno formalne, jak i występujące pomiędzy przedsiębiorstwami za pośrednictwem osób fizycznych lub grup osób fizycznych działających wspólnie, nie uwzględnia się natomiast relacji partnerstwa²⁷. Nie zmienia to jednak faktu, że wielu przedsiębiorców zdążyło już do tego czasu nieświadomie przekroczyć dopuszczalny limit pomocy, a to poskutkowało nałożeniem na nich obowiązku jej zwrotu.

To, jak należy rozumieć przedsiębiorstwo w kontekście ustalania limitu pomocy z sekcji 3.1 nie budzi już zasadniczo wątpliwości, choć nie oznacza to, że nie sprawia żadnych problemów. Warto na koniec wskazać, że to samo podejście należy stosować przy określaniu limitu, jaki został określony dla nowej pomocy z sekcji 3.12 TR (zagadnienie to nie budzi jednak póki co kontrowersji, gdyż w Polsce opracowano na tej podstawie tylko jeden środek pomocowy – subwencje dla małych i średnich przedsiębiorstw udzielane przez PFR w ramach tzw. Tarczy finansowej MŚP 2.0). Świadomość tego może uchronić przedsiębiorców przed koniecznością zwrotu pomocy, w odniesieniu do którego – jak zostanie przedstawione później – również pojawiają się pewne kontrowersje.

2. Status MŚP

Tymczasowe ramy nie uzależniają możliwości udzielenia pomocy od posiadania przez przedsiębiorcę konkretnego statusu – zarówno MŚP w rozumieniu załącznika 1 do rozporządzenia w sprawie wyłączeń blokowych, jak i duże przedsiębiorstwa mogą być beneficjentami poszczególnych

²⁷ Wyjaśnienia pn. Pojęcie przedsiębiorstwa w kontekście limitu pomocy z sekcji 3.1 Komunikatu Komisji (15.05.2020 r.). Pozyskano z: <https://www.uokik.gov.pl/download.php?id=19284> (1.02.2020).

rodzajów pomocy. Rozróżnienie na MŚP i duże przedsiębiorstwa pojawia się natomiast w TR w ramach sekcji 3.2, 3.3, 3.4, 3.11 oraz 3.12 w kontekście szczegółowych warunków udzielania tych środków. Oznacza to, że np. z gwarancji kredytowych skorzystać zasadniczo mogą zarówno MŚP w rozumieniu załącznika 1 do rozporządzenia w sprawie wyłączeń blokowych, jak i duże przedsiębiorstwa. W zależności od statusu przedsiębiorstwa nieco inaczej są jednak określone szczegółowe warunki udzielania gwarancji (por. pkt 25(a) i pkt 25(d)(iii) TR).

Ponadto, Tymczasowe ramy wprowadzają ograniczenie, zgodnie z którym pomocy nie można udzielać przedsiębiorstwom, które już 31 grudnia 2019 r. znajdowały się w trudnej sytuacji ekonomicznej. Wyjątek od tej zasady dotyczy mikro- i małych przedsiębiorstw znajdujących się już wówczas w trudnej sytuacji – mogą one uzyskać pomoc kryzysową, pod warunkiem, że nie są objęte zbiorowym postępowaniem upadłościowym na podstawie prawa krajowego oraz że nie otrzymały pomocy na ratowanie (która nie została spłacona) ani pomocy na restrukturyzację (i nadal podlegają planowi restrukturyzacji), a także pomocy z sekcji 3.9 i 3.10, gdzie nie bada się w ogóle sytuacji finansowej przedsiębiorstw.

W opisanych powyżej sytuacjach status MŚP powinien być zatem ustalany zgodnie z przepisami załącznika 1 do rozporządzenia w sprawie wyłączeń blokowych.

Jak już wcześniej wskazano, w przypadku sekcji 3.1 TR niezbędne jest ustalenie grupy przedsiębiorstw powiązanych na podstawie art. 3 ust. 3 załącznika 1 do rozporządzenia w sprawie wyłączeń blokowych (zakresowo węższej od koncepcji statusu MŚP), w celu monitorowania nieprzekroczenia odpowiedniego dopuszczalnego limitu.

Dla pomocy z sekcji 3.9 i 3.10 status przedsiębiorstwa, ale również pojęcie „przedsiębiorstwa” są natomiast całkowicie irrelewantne. Ograniczeń w tym zakresie nie wprowadzają przepisy krajowe, nie trzeba określać zakresu oraz statusu przedsiębiorstwa podczas udzielania tej pomocy kryzysowej. Jeśli ustawodawca wymaga jednak posiadania odpowiedniego statusu, wówczas należy stosować w tym zakresie konkretne przepisy, do których się odwołuje (np. jeśli odwołuje się do statusu przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 7 ust. 1 pkt 1–3 prawa przedsiębiorców²⁸, to nie stosuje się w tym zakresie przepisów załącznika 1 do rozporządzenia w sprawie wyłączeń blokowych – polskie przepisy nie nakazują uwzględniania przy określaniu statusu przedsiębiorstwa relacji powiązania lub partnerstwa z innymi przedsiębiorcami, a więc status krajowy nie jest identyczny jak status unijny).

Niezależnie od powyższego, status przedsiębiorstwa w rozumieniu załącznika 1 do rozporządzenia w sprawie wyłączeń blokowych wskazywany jest każdorazowo w sprawozdaniu przekazywanym za pośrednictwem aplikacji SHRIMP²⁹. Jeżeli status przedsiębiorstwa z punktu widzenia przepisów o pomocy publicznej jest irrelevantny, informacja ta i tak musi zostać przekazana, choć wyłącznie w celach statystycznych.

W końcu, przepisy krajowe wskazują kto może być beneficjentem danej pomocy kryzysowej, bardzo często przez odwołanie do przepisów prawa przedsiębiorców. Niewpisywanie się w odpowiednią definicję przedsiębiorcy, wskazaną w tych przepisach, wyklucza możliwość udzielenia pomocy kryzysowej.

²⁸ Ustawa z 6.03.2018 r. – Prawo przedsiębiorców (Dz. U. 2019, poz. 1292 ze zm.).

²⁹ System Harmonogramowania, Raportowania i Monitorowania Pomocy – aplikacja, której administratorem jest UOKiK, służąca do monitorowania pomocy publicznej obejmującego gromadzenie, przetwarzanie i przekazywanie informacji o udzielanej pomocy publicznej, w szczególności o jej rodzajach, formach i wielkości.

Jak wynika z powyższego, ubiegając się o pomoc kryzysową konieczne jest zatem postępowanie się w różnych celach kilkoma odmiennymi koncepcjami przedsiębiorstwa i jego statusu, co niewątpliwie nie wpływa ani na szybkość, ani na pewność przyznawanej pomocy. Zwłaszcza że zagadnienia te są niejednokrotnie trudne do zrozumienia nawet dla podmiotów udzielających pomocy, a co dopiero dla przedsiębiorców ubiegających się o dane wsparcie. Biorąc pod uwagę skomplikowanie zasad pomocowych w tym zakresie, a także małą szansę na dokonanie w najbliższym czasie jakichkolwiek ich zmian na poziomie unijnym (państwa członkowskie niejednokrotnie sygnalizowały KE szereg problemów pojawiających się na etapie ich stosowania w praktyce), ważne jest, aby organy krajowe opracowujące programy dodatkowo nie komplikowały tych zasad.

3. Zasady kumulacji pomocy

Zasady kumulacji – a więc zasadniczo reguły, pod jakimi ten sam podmiot może otrzymać różne rodzaje pomocy publicznej lub pomocy *de minimis* – bywają skomplikowane nawet dla podmiotów, które zawodowo zajmują się pomocą publiczną. Nie dziwi zatem fakt, że także ta problematyka wywołała początkowo sporo zamieszania.

Biorąc pod uwagę pewne podobieństwo konstrukcji obu środków, nie dla wszystkich zrozumiałym było, że pomoc w formie ograniczonych kwot jest czymś odrębnym od pomocy *de minimis*. Do tej pory można zresztą usłyszeć w środkach masowego przekazu informacje o zwiększonym limicie pomocy *de minimis* w związku z pandemią COVID-19. Tymczasem do limitu 800 tys. EUR określonego dla pomocy w formie ograniczonych kwot nie wlicza się wartości otrzymanej pomocy *de minimis*, a do limitu pomocy *de minimis* nie wlicza się wartości tej drugiej. Oznacza to, że przedsiębiorca może otrzymać 800 tys. EUR pomocy z sekcji 3.1 oraz 200 tys. EUR pomocy *de minimis*, czyli łącznie 1 mln EUR. Warto również zwrócić uwagę, że do limitu pomocy *de minimis* wlicza się pomoc otrzymaną w okresie 3 lat (roku bieżącym oraz 2 poprzednich latach podatkowych), tymczasem limit pomocy w formie ograniczonych kwot odnosi się do każdej tego typu pomocy, niezależnie od okresu, w jakim została ona udzielona.

Analogiczna zasada obowiązuje w przypadku pomocy, określonej w sekcji 3.12 TR, gdzie łączna kwota pomocy udzielonej zgodnie z tą i tylko tą sekcją, nie może przekraczać 3 mln EUR³⁰ na przedsiębiorstwo. Dodatkowo natomiast wprowadzono warunek, że pomoc ta nie może być kumulowana z żadną inną pomocą w odniesieniu do tych samych kosztów kwalifikowanych, a więc subwencje z PFR przeznaczone na pokrycie 70% niepokrytych kosztów stałych nie będą mogły być w zakresie pozostałych 30% uzupełniane innymi środkami pomocowymi.

Nie do końca oczywiste są również zasady kumulacji polskich środków pomocowych przyjętych na podstawie sekcji 3.10 Tymczasowych ram. Zgodnie z pkt 43 lit. d) i e) TR, miesięczne subsydium do wynagrodzenia nie przekracza 80% miesięcznego wynagrodzenia brutto (w tym składek na ubezpieczenie społeczne płaconych przez pracodawcę) personelu będącego beneficjentem pomocy. Państwa członkowskie mogą również zgłosić, w szczególności w interesie pracowników zajmujących nisko opłacane stanowiska, alternatywne metody obliczania intensywności pomocy, takie jak zastosowanie krajowej średniej płacy lub płacy minimalnej, pod warunkiem zachowania proporcjonalności pomocy. Co więcej, subsydiowanie wynagrodzeń może być łączone z innymi

³⁰ Piątą zmianą TR zwiększono ten limit do 10 mln EUR. Jak już wcześniej wskazano, podniesienie limitu w odniesieniu do obowiązujących programów pomocowych wymaga jednak notyfikacji KE.

ogólnie dostępnymi lub selektywnymi środkami wspierania zatrudnienia, pod warunkiem, że łączne wsparcie nie prowadzi do nadmiernej rekompensaty kosztów wynagrodzeń przedmiotowych pracowników.

W odniesieniu do pomocy zgłoszonej na podstawie sekcji 3.10 TR, określonej w art. 15zzb, art. 15zcc i art. 15zze ustawy kryzysowej³¹, KE zatwierdziła w decyzji³² właśnie taki alternatywny sposób określania intensywności pomocy, bazujący na kryterium minimalnego krajowego wynagrodzenia oraz wielkości spadku obrotów. Ponadto, jak wynika z pkt 58 decyzji KE, władze polskie potwierdziły, że beneficjenci ww. pomocy nie mogą otrzymać innego wsparcia ze środków publicznych w odniesieniu do tych samych kosztów kwalifikowanych.

Należy zatem przyjąć, że polskie subsydia płacowe nie mogą być łączone w odniesieniu do tych samych kosztów kwalifikowanych z żadną inną pomocą ani środkami o charakterze generalnym. Jeśli beneficjent otrzymał dofinansowanie kosztów, o których mowa w ww. przepisach, nie może już otrzymać innego wsparcia na te same koszty kwalifikowane. Przez te same koszty kwalifikowane należy natomiast rozumieć koszty wynagrodzenia oraz składek na ubezpieczenia społeczne konkretnego pracownika lub konkretne koszty prowadzenia działalności gospodarczej poniesione w tym samym okresie. Przykładowo zatem, jeżeli przedsiębiorca wykorzystał subwencję z PFR w ramach tzw. tarczy finansowej dla MŚP na pokrycie kosztów wynagrodzenia oraz składek na ubezpieczenia społeczne konkretnego pracownika w danym miesiącu, to nie powinien ubiegać się o pomoc z art. 15zzb ustawy kryzysowej na tego samego pracownika w tym samym miesiącu.

4. Określanie limitu pomocy w formie ograniczonych kwot

Pewne zamieszanie wywołała czwarta zmiana TR, którą doprecyzowano w odniesieniu do limitu pomocy w formie ograniczonych kwot, że przy określaniu czy odpowiedni pułap został przekroczony nie bierze się pod uwagę pomocy przyznanej na podstawie programów zatwierdzonych w oparciu o niniejszą sekcję i zwróconej przed dniem 30 czerwca 2021 roku.

Dotychczas uznawano – biorąc za podstawę fragment pkt. 22 lit. a) i pkt. 23 lit a) TR, dotyczący „łącznej wartości nominalnej” – że przy określaniu czy odpowiedni limit nie został przekroczony, bierze się pod uwagę zawsze nominalną wartość pomocy, a więc przed przeliczeniem jej na ekwiwalent dotacji brutto, tj. kwotę pomocy, jaką otrzymałby przedsiębiorca, gdyby otrzymał pomoc w formie dotacji, niepomniejszoną o podatek dochodowy. Przykładowo zatem przedsiębiorca, który otrzymał subwencję częściowo zwrotną z PFR, nawet po jej zwrocie musiał uwzględniać pierwotną wartość udzielonej mu subwencji przy ustalaniu wielkości przysługującej mu jeszcze pomocy z sekcji 3.1 TR. Jak wskazuje natomiast KE w pkt 9 czwartej zmiany TR, „do celów sekcji 3.1, 3.2 i 3.3 tymczasowych ram należy uwzględniać rzeczywistą korzyść w danej chwili i korzyść ta musi zawsze pozostawać w granicach łącznych limitów określonych w tymczasowych ramach. Oznacza to na przykład, że jeżeli przedsiębiorstwu przyznano zaliczkę zwrotną w wysokości 800 000 EUR na podstawie sekcji 3.1 i jeżeli taka zaliczka zwrotna zostanie spłacona przed upływem okresu obowiązywania tymczasowych ram, to dane przedsiębiorstwo będzie kwalifikować

³¹ Ustawa z 2.03.2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (t.j. Dz. U. 2020, poz. 1842 ze zm.).

³² SA.56922 (2020/N) – Polish anti-crisis measures – direct grants, repayable advances, tax and payments advantages, tax deferrals and wage subsidies schemes related to COVID-19 (JOCE:C:2020:198).

się ponownie do ograniczonych kwot pomocy na podstawie sekcji 3.1, o ile spełnione będą określone w niej warunki”.

Drugie podejście wydaje się właściwsze, biorąc pod uwagę zasadnie odczuwane przez przedsiębiorców poczucie niesprawiedliwości w związku ze zrównywaniem ze sobą ostatecznych wartości otrzymanych przez nich – często bardzo różnych – form pomocy, np. dotacji i pożyczek. Nie jest jednak do końca jasne jak traktować tę nową informację – czy należy uznać, że jest to zmiana dotychczasowych zasad, czy jedynie doprecyzowanie tego, co obowiązywało od samego początku? Biorąc pod uwagę, że KE nie zdecydowała się na zmianę treści pkt. 22 lit. a) i pkt. 23 lit. a) TR, a jedynie dodanie objaśnień w przypisach oraz wstępnej części czwartej zmiany TR (natomiast już nie w skonsolidowanej wersji Tymczasowych ram) oraz nie wskazywała na możliwość notyfikowania takiej zmiany w odniesieniu do już zatwierdzonych programów, wydaje się, że nie traktowała tego albo przynajmniej nie chciała, aby traktowane to było jako zmiana dotychczasowej zasady, a jedynie doprecyzowanie czegoś, co wcześniej budziło wątpliwości interpretacyjne.

Choć jest to podejście niewątpliwie zasadne, to biorąc pod uwagę ogromną liczbę przypadków pomocy publicznej udzielonej na tej podstawie oraz obowiązujący system sprawozdawczości, a także fakt, że kwoty tej pomocy wykazuje się w wartościach nominalnych – wdrożenie go w życie może być w Polsce problematyczne. Weryfikacja nieprzekroczenia odpowiedniego limitu dokonywana jest zasadniczo w oparciu o dane z bazy SUDOP³³, gdyż nie zdecydowano się na przyjęcie – analogicznie jak w przypadku pomocy *de minimis* – zaświadczeń o udzielonej pomocy kryzysowej. Korekta tych danych, dokonana po rozliczeniu zwrotnych form pomocy, spowoduje, że wprawdzie w bazie SUDOP będzie widoczna zwiększona kwota pozostałego limitu, ale jednocześnie zniknie kwota udzielonej pomocy wymagana na potrzeby sprawozdawczości. Problemem nie wydaje się zatem odpowiedź na pytanie czy „zwalniać” limit po rozliczeniu zwrotnej pomocy z sekcji 3.1 TR, ale w jaki sposób w praktyce efektywnie fakt ten monitorować.

5. Zwrot pomocy w przypadku przekroczenia limitu

Nie do końca jest również jasna kwestia zwrotu pomocy, której udzielenie spowodowało przekroczenie limitu określonego dla pomocy z sekcji 3.1 TR. Tymczasowe ramy nie regulują tego zagadnienia, w związku z czym pojawiają się wątpliwości czy zwrotowi powinna podlegać cała kwota pomocy, czy jedynie nadwyżka ponad określony próg.

Można znaleźć argumenty przemawiające za każdym z tych dwóch rozwiązań. Z jednej strony, zasadą jest, że aby pomoc publiczna mogła zostać przyznana, muszą zostać spełnione wszystkie warunki jej dopuszczalności. Jednym z warunków udzielenia pomocy w formie ograniczonych kwot jest, by łączna kwota przyznanych w tej formie środków pomocowych nie przekroczyła odpowiedniego progu. Przyznanie zatem pomocy w wysokości go przekraczającej powoduje, że w całości jest ona niezgodna z warunkami jej dopuszczalności.

Należy zauważyć, że na gruncie przepisów pomocowych takie właśnie rozwiązanie obowiązuje w odniesieniu do pomocy *de minimis*, której konstrukcja jest bardzo zbliżona do pomocy w formie ograniczonych kwot. Jeśli przyznanie pomocy miało by prowadzić do przekroczenia dopuszczalnego

³³ System Udostępniania Danych o Pomocy Publicznej – ogólnodostępna wyszukiwarka informacji o udzielonej w Polsce pomocy publicznej i pomocy *de minimis* sprawozdanej przez podmioty udzielające tej pomocy za pośrednictwem aplikacji SHRIMP, dostępna pod adresem internetowym: <https://sudop.uokik.gov.pl/home>.

limitu pomocy *de minimis*, możliwe jest jedynie pomniejszenie jej wartości jeszcze przed udzieleniem pomocy (czy to przez samego przedsiębiorcę na etapie wnioskowania o tę pomoc, czy przez organ udzielający pomocy, jeśli pozwalają mu na to przepisy krajowe). W przeciwnym razie cała pomoc, której przyznanie spowodowało przekroczenie limitu, podlega zwrotowi, a nie jedynie ta jej część, która przekracza dopuszczalny próg (por. Zenc, w: Ambroziak i in., 2020, s. 140).

Można jednak argumentować, że pomoc określona w Tymczasowych ramach ma charakter nadzwyczajny, związany z koniecznością szybkiego niwelowania negatywnych skutków gospodarczych wywołanych pandemią COVID-19, a więc warunki jej udzielania nie powinny być nadmiernie restrykcyjne i krzywdzące dla przedsiębiorców borykających się z trudnościami i działającymi w dobrej wierze. Nabiera to szczególnego znaczenia w kontekście braku jasności co do zasad udzielania pomocy, niemożliwości sprawdzania informacji na temat wartości otrzymanej pomocy z sekcji 3.1 w bazie SUDOP w początkowym stadium kryzysu, a także opisane wcześniej zamieszanie wywołane niepewnością w zakresie definiowania pojęcia „przedsiębiorstwa”. Trzeba bowiem pamiętać, że przedsiębiorcy nie mieli początkowo świadomości, że limit liczony jest na grupę i nie monitorowali wielkości pomocy otrzymanej przez podmioty z nimi powiązane, co prowadziło czasem do nieświadomego przekroczenia tego limitu.

Choć oba stanowiska wydają się możliwe do wybronięcia, bezpieczniejsze wydaje się przyjęcie pierwszego podejścia, szczególnie że zasady udzielania pomocy w formie ograniczonych kwot są już powszechnie znane zarówno przedsiębiorcom ubiegającym się o tę pomoc, jak i podmiotom jej udzielającym. Trudno zatem powoływać się obecnie na uzasadnioną nieznaną zasad.

IV. Wnioski końcowe

Mając na uwadze wciąż wahające się statystyki w zakresie liczby zakażeń, problemy z dostawami szczepionek oraz małe szanse na szybkie uporanie się z negatywnymi skutkami społeczno-gospodarczymi pandemii COVID-19, wydłużenie obowiązywania Tymczasowych ram aż do końca 2021 roku oraz zwiększenie dopuszczalnych limitów niektórych rodzajów pomocy kryzysowej wydaje się zasadne. Należy bowiem pamiętać, że dokument ten został przyjęty w marcu 2020 r., kiedy mało kto zdawał sobie tak naprawdę sprawę, że pandemia potrwa tak długo. Dopuszczalne limity pomocy były szacowane w odniesieniu do znacznie krótszego okresu, stąd dla wielu europejskich przedsiębiorstw okazują się teraz niewystarczające.

Warto zwrócić jednak uwagę, że to co korzystne na poziomie UE jako całości, może nie być już tak dobre dla poszczególnych państw członkowskich. W przypadku Polski zwiększenie dopuszczalnych limitów pomocy kryzysowej zdaje się być bowiem korzystne jedynie w odniesieniu do niewielkiej grupy największych podmiotów – mikro i małe przedsiębiorstwa w praktyce rzadko wykorzystują nawet znacznie niższy i obejmujący dłuższy okres limit pomocy *de minimis*. Natomiast zwiększanie tych limitów może przełożyć się na wzrost przewagi konkurencyjnej zagranicznych przedsiębiorstw, które mogą być nieporównywalnie szcudrzej dotowane przez bogatsze państwa członkowskie, na których terytorium prowadzą one swoją działalność.

Co również istotne, Tymczasowe ramy umożliwiają podejmowanie działań mających na celu walkę z samą pandemią (pomoc z sekcji 3.6–3.8) oraz zapewnienie płynności finansowej przedsiębiorstwom borykającym się z trudnościami nią wywołanymi. Warto jednak już teraz zacząć

myśleć o postpandemicznej przyszłości i zastanowić się nad rozwiązaniami ułatwiającymi wyjście z obecnego kryzysu i ponowne pobudzenie gospodarki. W tym kontekście można rozważyć utrzymanie założeń pomocy w formie ograniczonych kwot, choćby przez określony czas, także po wygaśnięciu Tymczasowych ram. Na tej podstawie państwa członkowskie mogłyby w stosunkowo szybki i prosty sposób udzielać pomocy w zidentyfikowanych przez siebie obszarach kluczowych. Jako że pomoc ta podlega notyfikacji KE, zminimalizowane jest natomiast ryzyko, że byłaby ona wykorzystywana w sposób zupełnie dowolny.

Należy również zauważyć, że Tymczasowe ramy obowiązują już prawie rok i większość opisanych wątpliwości interpretacyjnych została już w tym czasie rozwiana. W znacznej mierze nie wynikały one z błędów KE przy opracowywaniu TR, ale braku pełnego zrozumienia zasad pomocowych przez dawców i biorców pomocy publicznej w Polsce, a także konieczności szybkiego działania w często zmieniającym się i niepewnym otoczeniu prawnym. W związku ze skalą zgłaszanych problemów należałoby się jednak zastanowić czy pewne zasady pomocowe nie wymagałyby uproszczenia. W szczególności dotyczy to badania relacji powiązania i partnerstwa między przedsiębiorcami, które nie tylko samo w sobie jest skomplikowane i nie do końca jasne, lecz także w inny sposób wykorzystywane na potrzeby oceny różnych warunków dopuszczalności pomocy (można wskazać choćby na inny zakres przedsiębiorstwa stosowany na potrzeby udzielania pomocy *de minimis* i pomocy publicznej w formie ograniczonych kwot).

Niezależnie jednak od ewentualnych przyszłych zmian i opisanych wątpliwości interpretacyjnych, państwa członkowskie dysponują już teraz całkiem dobrym narzędziem umożliwiającym wspieranie wybranych grup przedsiębiorstw w związku z pandemią COVID-19. To, jak zostanie ono wykorzystane i czy okaże się skuteczne zależy jednak w głównej mierze od poszczególnych państw członkowskich – ich umiejętności odpowiednio wczesnego i przemyślanego prognozowania, planowania i wdrażania odpowiednich działań, przedkładania interesów gospodarczo-społecznych nad interesy polityczne oraz w znacznej mierze – niestety – ich możliwości budżetowych.

Bibliografia

- Ambroziak, A.A. (2021). Financial Measures Adopted in Poland in the Light of COVID-19 State Aid EU Framework. W: M. Suska, J. Menkes (red.), *Poland's Response to COVID-19: Government Actions and International Context*. Routledge (na prawach rękopisu).
- Buendia, J.L. i Dovalo, A. (2020). State Aid Versus COVID-19. The Commission Adopts a Temporary Framework. *European State Aid Law Quarterly*, 19(1).
- Ferri, D. (2020). The Role of EU State Aid Law as a „Risk Management Tool” in the COVID-19 Crisis. *European Journal of Risk Regulation*. Cambridge University Press. Pozyskano z: <https://www.cambridge.org/core/journals/european-journal-of-risk-regulation/article/role-of-eu-state-aid-law-as-a-risk-management-tool-in-the-covid19-crisis/81F783030C7ECDB6394EFFFDA84CA93B>. <http://doi.org/10.1017/err.2020.71>.
- Nicolaidis, P. (2020). State Aid to Combat Covid-19. *Luiss School of European Political Economy, Policy Brief*, 13. Pozyskano z: <https://sep.luiss.it/sites/sep.luiss.it/files/State%20Aid%20to%20Combat%20Covid-19.pdf> (11.01.2021).

Nicolaides, P. (2020a). Application of Article 107(2)(b) TFUE to Covid-19 Measures: State Aid to Make Good the Damage Caused by an Exceptional Occurrence. *Journal of European Competition Law & Practise*, 11(5–6). <http://doi.org/10.1093/jeclap/lpaa026>.

UOKiK. (2009). *Pomoc publiczna*. Warszawa: Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Zenc, R. (2020). Pomoc de minimis. W: A.A. Ambroziak, K. Pamuła-Wróbel, R. Zenc (red.), *Pomoc publiczna dla przedsiębiorców. Wybrane zagadnienia, Perspektywa podmiotu udzielającego pomocy i jej beneficjenta w Polsce*. Warszawa: Wolter Kluwers.

Soft law jako instrumentarium zabezpieczające ochronę uczciwej konkurencji na rynku kapitałowym – zagadnienia wybrane

Spis treści

- I. Wstęp
- II. Ustawowa reglamentacja ochrony uczciwej konkurencji na rynku kapitałowym
- III. Regulaminy jako *soft law* chroniące uczciwą konkurencję na rynku kapitałowym
 1. Regulamin Giełdy Papierów Wartościowych
 2. Regulamin Krajowego Depozytu Papierów Wartościowych
- IV. Kodeksy etyki zawodowej i zasady jako *soft law* chroniące uczciwą konkurencję na rynku kapitałowym
 1. Kodeks Dobrej Praktyki Domów Maklerskich
 2. Zasady Etyki Zawodowej Maklerów i Doradców
- V. Podsumowanie

Streszczenie

Celem niniejszego artykułu jest ukazanie realnego wpływu rozwiązań regulacyjnych o charakterze *soft law*, wykorzystywanych dla zabezpieczenia uczciwej konkurencji w obrocie realizowanym na rynku kapitałowym, jak również zaprezentowanie oddziaływania reglamentacji *soft law* w relacji: organy nadzoru nad rynkiem kapitałowym – instytucjonalni uczestnicy rynku kapitałowego – klienci instytucjonalnych uczestników rynku kapitałowego.

Słowa kluczowe: *soft law*; uczciwa konkurencja; rynek kapitałowy; instytucjonalny uczestnik rynku kapitałowego; klient instytucjonalnego uczestnika rynku kapitałowego; organy nadzoru nad rynkiem kapitałowym.

JEL: K21

I. Wstęp

Pojęcie „ochrony uczciwej konkurencji na rynku kapitałowym” należy generalnie zdefiniować jako zapewnienie wszystkim zainteresowanym podmiotom równego dostępu do mechanizmów generujących jak najwyższy zysk ekonomiczny. Stąd też, poprawnie działający rynek kapitałowy

* Absolwent Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego; doktorant na Wydziale Prawa, Administracji i Stosunków Międzynarodowych Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego; ORCID: 0000-0001-6033-6057.

gwarantuje realizację jego zasadniczych funkcji w postaci: informacji rynkowej, alokacji kapitału, transformacji kapitału (Chojecka, 2013). Zabezpieczenie obrotu rynkowego, oprócz unijnych źródeł prawa rynku kapitałowego, stanowi również tzw. prawo miękkie tworzone bądź to na zasadzie upoważnienia normatywnego, bądź też samoregulacji – przez instytucjonalnych uczestników tego rynku¹ (Skuczyński, 2008; Spyra, 2016; Chłopecki i Dyl, 2019). Rozwiązania *soft law* nie są prawem wiążącym², odgrywają jednak zasadniczą rolę dla bezpieczeństwa obrotu rynkowego z uwagi na wzrost znaczenia regulacyjnego aktów pozaprawnych w obrocie gospodarczym (Biernat, 2012; Chłopecki, 2013; Jabłońska-Bonca, 2015; Kuźniak 2017; Spryszak, 2017; Iwaniec, 2020)³. Analogicznie do regulacji pochodzących ze źródeł prawa unijnego, także prawo wewnętrzne⁴ wskazuje na normatywne upoważnienie umożliwiające zarówno organom nadzoru, jak i instytucjonalnym uczestnikom tworzenie rozwiązań o charakterze *soft law* regulujących rynek kapitałowy w obszarach niepoddanych reglamentacji ustawowej (Skuczyński, 2008). W niniejszym artykule zostaną omówione przykłady rozwiązań „prawa miękkiego”, które powołano do życia na mocy upoważnienia ustawowego oraz ustanowionego bez normatywnej podstawy. Przedmiotem przeprowadzonej analizy będą zatem regulaminy: Giełdy Papierów Wartościowych i Krajowego Depozytu Papierów Wartościowych, jak również: Kodeks Dobrej Praktyki Domów Maklerskich oraz Zasady Etyki Zawodowej Maklerów i Doradców. Stanowią one bowiem przykład najbardziej rozpoznawalnych rozwiązań *soft law* na rynku kapitałowym, w tym istotnie zabezpieczają jego funkcje w postaci: przepływu informacji rynkowej, alokacji kapitału, transformacji kapitału. Charakter ustrojowy tych regulacji wpisuje się ponadto również w definicję prezentowaną przez autora artykułu, określającą *soft law* jako zbiór mechanizmów wpływających pozaustawowo na określony obszar życia publicznego, pozostających w synergii z obowiązującym porządkiem prawnym, które powstały na mocy normatywnych upoważnień prawa pozytywnego bądź też – które wprost pochodzą od środowisk skupiających branżowe podmioty profesjonalne. Wspomnieć należy, iż odrębną kategorię regulacji „prawa miękkiego” tworzą funkcjonujące w obszarze rynku kapitałowego rozwiązania pochodzące od organów nadzoru nad tym rynkiem. Zaliczają się do nich: stanowiska, uchwały, wytyczne i komunikaty stanowione przez krajowy organ nadzoru. Do zbioru tzw. nadzorczego *soft law* przynależą także rekomendacje pochodzące od tego organu, które choć zasadniczo kształtują szeroko rozumiany rynek finansowy, to w pewnym zakresie obejmują także skutecznym normowaniem dokładnie wskazany obszar rynku kapitałowego⁵

¹ Instytucjonalni uczestnicy rynku kapitałowego to m.in.: Giełda Papierów Wartościowych S.A., Krajowy Depozyt Papierów Wartościowych S.A., domy maklerskie, banki, doradcy inwestycyjni, animatorzy rynku, fundusze inwestycyjne, fundusze emerytalne, towarzystwa ubezpieczeniowe.

² Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej, art. 288 (Dz. Urz. UE nr C 326 z 26.10.2012r.); dalej: TFUE.

Wyr. TS z dn. 21.09.2006 r. w sprawie C-167/04 P *JCB Service/Komisja*, EU:C:2006:594, pkt 207). Na podstawie tego wyr. organy administracji publicznej są zobligowane do stosowania wytycznych jako praktycznych reguł postępowania, jeśli ich stosowanie nie będzie uchybiać zasadzie równego traktowania. Wyr. TS z 28.06.2005 r. w sprawach połączonych C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P do C-208/02 P oraz C-213/02 P *Dansk Rørindustri i inni/Komisja*, EU:C:2005:408, pkt 223). W wyr. wskazano, iż wytyczne na skutek realnego przenikania do sfery normatywnego oddziaływania, kształtującego zasady postępowania ich beneficjentów wpisują się w katalog prawa stosowanego.

Wyr. TS z 13.12.1989 r. w sprawie 322/88 *Salvatore Grimaldi*, Zb. Orz. 1989, s. I-4407. W wyr. uznano, że także zalecenia pozostające poza regulacjami normatywnymi stanowią podstawę dla rozstrzygnięć sądów państw członkowskich.

³ Ostatni z Autorów wskazuje na kategorie niewiążących aktów prawa unijnego, tj.: interpretacyjne i wyjaśniające, sterujące, przygotowawcze i informacyjne. Omawiane w niniejszym artykule; Regulaminy, Kodeksy, jak i Zasady wypełniają przede wszystkim funkcję sterującą oraz przygotowawczą, jednak wydawane na ich podstawie rozstrzygnięcia reglamentujące rynek kapitałowy wskazują również na funkcje: informacyjną i wyjaśniającą.

⁴ Rozdział II artykułu.

⁵ Komisja Nadzoru Finansowego; dalej: KNF:

Rekomendacja A Komisji Nadzoru Finansowego z 2010 r. (zaktualizowana: dn. 23.07.2020r). Dotyczy zarządzania ryzykiem towarzyszącym zawieraniu przez banki transakcji na rynku instrumentów pochodnych. Odgrywa istotną rolę w kształtowaniu obrotu w tym obszarze rynku kapitałowego, w którym banki występują jako uczestnicy instytucjonalni tego rynku, bezpośrednio zabezpieczając poziom ochrony uczciwej konkurencji poprzez wyznaczenie standardów gwarantujących bezpieczeństwo inwestycyjne. https://www.knf.gov.pl/dla_rynkul/regulacje_i_praktyka/rekomendacje_i_wytyczne/rekomendacje_dla_bankow?articleId=8522&p_id=18.

(Rutkowska-Tomaszewska i Zawadzka, 2008; Davies, 2010; Fedorowicz, 2013). Doniosłą rolę w omawianej problematyce odgrywają także akty „prawa miękkiego” o charakterze nadzorczym, pochodzące od europejskich organów nadzoru⁶ (Fedorowicz i Michór, 2011; Menkes, 2013, s. 30–151; Fedorowicz, 2017).

II. Ustawowa reglamentacja ochrony uczciwej konkurencji na rynku kapitałowym

Generalnie stosowany podział źródeł prawa Unii Europejskiej na źródła pierwotne, czyli traktatowe oraz pochodne, tj. potraktatowe, dotyczy także źródeł prawa rynku kapitałowego. O ile jednak prawo traktatów (TFUE) jest rozwiązaniem wspólnym dla całego obszaru UE, o tyle prawo pochodne, stanowione na potrzeby rynku kapitałowego charakteryzuje się specyfiką normatywną mającą na celu zabezpieczenie szeroko rozumianego unijnego obrotu kapitałowego i finansowego (Nieborak, 2008; Nieborak, 2016; Fedorowicz, 2016). Do zbioru prawa pochodnego, regulującego obrót na rynku kapitałowym, należy zaliczyć powoływane do życia przez organy Unii Europejskiej: dyrektywy, rozporządzenia i decyzje⁷. Zarówno pierwotne, jak i pochodne źródła prawa Unii Europejskiej oddziałują na systemy normatywne poszczególnych państw członkowskich wspólnoty, stając się następczo rozwiązaniami implementowanymi do ich wewnętrznych porządków prawnych⁸ (Kurcz, 2004; Mik, 2005; Koszowski, 2012; Morawski, 2014; Giaro, 2016; Rowiński, 2016; Helios i Jedlecka, 2018; Leszczyński, 2019). Stąd też, do krajowego obszaru normatywnego⁹ zostały wprowadzone trzy zasadnicze ustawy generalnie regulujące rynek

Stanowisko Urzędu KNF z dn. 14. 02.2020 r. „W sprawie wybranych aspektów świadczenia przez firmy inwestycyjne oraz banki, o których mowa w art. 70 ust. 2 Ustawy usług doradztwa inwestycyjnego”. Informuje o pakiecie przepisów wprowadzanych przez dyrektywę MIFID II, oraz o podwyższeniu standardów świadczenia usług maklerskich, w szczególności usług doradztwa inwestycyjnego. Wszelkie wymogi i odniesienia wskazane w treści stanowiska odnoszące się do firm inwestycyjnych mają odpowiednie zastosowanie także do banków.

Stanowisko KNF z dn. 10.04.2012r. Dookreśla zasady zbycia akcji emitenta, praw pochodnych dotyczących akcji oraz innych instrumentów finansowych powiązanych z tymi papierami wartościowymi przez osoby pełniące ściśle określone funkcje w strukturze organizacyjnej emitenta, w celu zagwarantowania jednej z fundamentalnych zasad rynku kapitałowego tj. transparentności i przepływu informacji.

https://www.knf.gov.pl/wyniki_wyszukiwania?searchText=rekomendacje+dla+rynku+kapita%C5%82owego&publicationId=18&sortType=accuracy.

Uchwała KNF nr 248/2012 z 11.09. 2012 r., „W sprawie przekazania do publicznej wiadomości informacji o wszczęciu postępowania administracyjnego wobec spółki Rovese SA”, Zabezpiecza min. kontrolę polityki informacyjnej emitentów.

Uchwała KNF nr 207/2012 z 17.07.2012 r., „W sprawie określenia zasad wyboru firmy inwestycyjnej, do której KNF nakazuje przeniesienie instrumentów finansowych i środków pieniężnych oraz dokumentów związanych z prowadzeniem rachunków papierów wartościowych, rachunków zbiorczych i rachunków pieniężnych”. Wspomaga regulacyjnie min. rozwiązania z § 104 Regulaminu Krajowego Depozytu Papierów Wartościowych: <https://dziennikurzedowy.knf.gov.pl/actbymonths>.

Wytyczne „dotyczące zarządzania obszarami technologii informacyjnej i bezpieczeństwa środowiska teleinformatycznego w powszechnych towarzystwach emerytalnych” z 2014 roku. Wskazują towarzystwom oczekiwania nadzorcze, dotyczące ostrożnego i stabilnego zarządzania obszarami technologii informacyjnej oraz bezpieczeństwa środowiska teleinformatycznego. W szczególności wskazują na ryzyka związane z tymi obszarami.

Wytyczne „dotyczące świadczenia usług maklerskich na rynku OTC instrumentów pochodnych” z 2016 roku. Określają podstawowe czynniki ryzyka oraz przekazują do publicznej wiadomości wyniki badań wśród krajowych firm inwestycyjnych, oferujących klientom możliwość inwestowania w instrumenty pochodne na rynku OTC, w ramach internetowych platform transakcyjnych.

Komunikat KNF z 29.11.2017r., „W sprawie ograniczeń inwestycyjnych obowiązujących fundusze inwestycyjne” Informuje, że: „(...) chociaż regulacje [komunikatu] nie stanowią przepisów prawa powszechnie obowiązującego, to są one wiążące dla, odpowiednio, funduszu inwestycyjnego oraz towarzystwa, a brak ich respektowania może skutkować nałożeniem na towarzystwo sankcji administracyjnej”, s. 2; <https://dziennikurzedowy.knf.gov.pl/actbymonths>.

⁶ Europejski Urząd Nadzoru Giełd i Papierów Wartościowych (ESMA): <https://www.esma.europa.eu/document/europejski-urz%C4%85d-nadzoru-gie%C5%82d-i-papier%C3%B3w-warto%C5%9Bciowych>.

ESMA nadzoruje szeroki zakres działań finansowych realizowanych na unijnych rynkach papierów wartościowych oraz sprawuje nadzór m.in. nad: agencjami ratingowymi, repozytoriami transakcji, firmami zarządzającymi funduszami inwestycyjnymi. Ponadto, nadzoruje usługi doradztwa inwestycyjnego oraz sposób ich świadczenia, vide: badanie odpowiedzialności: <https://www.esma.europa.eu/press-news/esma-news/esma-publishes-final-guidelines-mifid-ii-suitability-requirements>; zarządzanie produktowe: <https://www.esma.europa.eu/press-news/esma-news/esma-publishes-final-report-product-governance-guidelines-safeguard-investors>; wymogi w zakresie wiedzy i doświadczenia osób wykonujących czynności doradztwa inwestycyjnego: https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma71-1154262120-153_guidelines_for_the_assessment_of_knowledge_and_competence_corrigendum.pdf.

⁷ Przykład: Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/65/UE z 15.05.2014 r. (tj. MIFID II) w sprawie rynków instrumentów finansowych oraz zmieniająca dyrektywę 2002/92/WE i dyrektywę 2011/61/UE. Zabezpiecza m.in. zasadę alokacji kapitału na rynku poprzez zakreślenie katalogu obowiązków informacyjnych dla firm inwestycyjnych (art. 24) oraz wprowadza zasady wykluczające konflikt interesów tych firm z ich klientami (art. 23 ust. 2).

⁸ Wyr. TK z 11.05.2005 r., K 18/04, LEX 155502, ustala zakres integralności źródeł prawa unijnego z krajowym porządkiem prawnym.

⁹ Katalog zamknięty źródeł prawa krajowego określa przepis art. 87 Konstytucji RP.

kapitałowy, uzupełnione w zakresie normowania poszczególnych jego segmentacji¹⁰ kolejnymi aktami w randze ustaw (Chłopecki, 2006; Thiel, 2010; Banaszak, 2012; Garlicki, 2012; Spyra, 2016a; Wierzbowski i Wajda, 2019; Chłopecki i Dyl, 2019). Zabezpieczenie ochrony uczciwej konkurencji na rynku kapitałowym jest związane bezpośrednio z pochodzącymi ze źródeł prawa unijnego oraz krajowego zasadami, w oparciu o które funkcjonują jego uczestnicy (Jurkowska-Zeidler, 2008). Wyróżnić należy zasady wskazane wprost przez prawo traktatów¹¹ (w postaci m.in.: swobody przepływu kapitału, swobody przepływu osób), jak również te wynikające z regulacji źródeł prawa dla rynku kapitałowego (m.in.: minimalizacji kosztów i przeszkód transakcyjnych, swobody dostępu do rynku oraz swobody dostępu do informacji rynkowej i transparentności) (Chojecka, 2013). W nauce prawa i w praktyce obrotu pojęcie „informacji rynkowej” identyfikuje także pojęcia „tajemnicy zawodowej” oraz „informacji poufnej”, podlegające szczególnej ochronie realizowanej z wykorzystaniem instrumentów administracyjnoprawnych, środków prawnokarnych i cywilnoprawnych¹² (Błachnio-Parzych, 2011; Płońska, 2012; Oplustil i Hotel, 2015; Bartłomiej, 2015; Kardas, 2017). Dlatego też, naruszanie zasad ochraniających rynek kapitałowy jest tożsame z naruszaniem norm prawa, na zasadzie których konkretne zasady funkcjonują w obrocie, a należyte zabezpieczenie normatywne ich przestrzegania wzmacnia również ochronę uczciwej konkurencji na tym rynku, co z kolei zapewnia uczciwą alokację kapitału.

III. Regulaminy jako *soft law* chroniące uczciwą konkurencję na rynku kapitałowym

1. Regulamin Giełdy Papierów Wartościowych

Do rozwiązań oddziałujących w sposób istotny na funkcjonowanie rynku kapitałowego należy zaliczyć Regulamin Giełdy Papierów Wartościowych¹³ określający m.in. kwestie związane z przepływem i ochroną informacji giełdowej, będącej istotnym substratem ochrony uczciwej konkurencji na omawianym rynku. W związku z tym, podmiot organizujący i rozliczający Giełdę Papierów Wartościowych dookreślił tryb koniecznych działań dla przeprowadzanej oferty publicznej, uznając jej jawność za najważniejszy aspekt realizowanych transakcji rynkowych. Podobnie, w celu ochrony uczestników gry rynkowej – inwestorów, RGPW przewiduje konieczność podawania do publicznej wiadomości wszelkich informacji o zawieszeniu obrotu lub wykluczeniu konkretnych instrumentów finansowych z obrotu giełdowego, a także o wstrzymaniu dopuszczenia do obrotu giełdowego bądź też o rozpoczęciu kolejnych notowań. Do zbioru zabezpieczanych przez RGPW informacji giełdowych, wpływających na ochronę uczciwej konkurencji na rynku kapitałowym, należy również zaliczyć informacje ogłaszane w Szczegółowych Zasadach Obrotu Giełdowego¹⁴ (dalej: Zasady). Zasady jako dokument wewnętrzny GPW ustalają m.in. katalog warunków obrotu instrumentami pochodnymi oraz typizują informacje opisywane w dokumentach zatwierdzanych

¹⁰ Segmentacja – podział rynku kapitałowego na mniejsze obszary np.: rynek giełdowy, poza giełdowy, alternatywny system obrotu i inne.

¹¹ Art. 63 TFUE.

¹² Wyr. NSA z 21.11.2018 r. (II GSK 3641/160), wzmacnia standardy ochrony informacji poufnej w relacji dom maklerski – klient. <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/4BA424D848>. Stanowisko UKNF w sprawie obowiązków informacyjnych z dn. 26.02.2013 r. uzupełnia ustawową definicję informacji poufnej; https://www.knf.gov.pl/wyniki_wyszukiwania?searchText=rekomendacje+dla+rynku+kapita%C5%82owego&publicationId=18&sortType=accuracy.

¹³ Regulamin Giełdy Papierów Wartościowych w brzmieniu przyjętym Uchwałą nr 1/1110/2006 Rady Giełdy, z 4.01.2006 r. z późn. zm.; dalej: RGPW. Wprowadzony został na zasadzie art. 28 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi.

¹⁴ § 51 RGPW oraz § 121 Zarząd Giełdy określa terminy, dni i harmonogram notowań instrumentów finansowych w Szczegółowych Zasadach Obrotu Giełdowego. Por. także wyr. SA w Warszawie VI Wydział Cywilny z 14.02.2013 r. (VI ACa 1099/12), LEX nr 1299018.

przez właściwy organ nadzoru. Na mocy Zasad ochroną zostały objęte także informacje dotyczące wniosku złożonego przez emitenta w przedmiocie dopuszczenia instrumentów finansowych do obrotu giełdowego, w zakresie określonym przez Zarząd Giełdy, jak również informacje zawarte w dokumencie zatwierdzonym przez właściwy organ nadzoru¹⁵. Obowiązek informacyjny wynikający z RGPW obejmuje ponadto emitentów tych instrumentów finansowych, które zostały dopuszczone do obrotu giełdowego, a dotyczy przekazywania informacji bieżących i okresowych zgodnych – co do rodzaju, zakresu, formy, częstotliwości oraz terminów ich przekazywania – z przepisami właściwego rozporządzenia o obowiązkach informacyjnych¹⁶ (Thiel, 2010). Szczególną formą informacji rynkowej, wpływającej na zakres ochrony uczciwej konkurencji na rynku kapitałowym są także raporty okresowe sporządzane na mocy postanowień RGPW przez emitenta wprowadzającego do obrotu na rynku równoległym dłużne instrumenty finansowe. O obligatoryjnym przekazywaniu informacji rynkowej w formie raportów, RGPW stanowi również w przypadku, gdy określona zasada szczegółowa ładu korporacyjnego, ustalonego uprzednio na mocy uchwały Rady Giełdy nie jest stosowana w sposób trwały lub jest naruszona incydentalnie. W takiej sytuacji zainteresowany emitent, publikując raport, zamieszcza w jego treści informacje o tym jaka zasada nie jest stosowana lub nie została zastosowana bądź też jakie były okoliczności i przyczyny niezastosowania danej zasady¹⁷. RGPW wskazuje również, iż generalnie określony w nim obowiązek dotyczący zabezpieczenia tajemnicy prawnie chronionej został rozszerzony na obszar obejmujący tajemnicę informacji związanej z transakcjami giełdowymi¹⁸ (Spyra, 2016b). Przykład wykorzystywania jawności informacji giełdowej do realizacji ochrony uczciwej konkurencji na rynku kapitałowym stanowi katalog zakreślonych w omawianym RGPW siedmiu płaszczyzn przedmiotowych, których dotyczą informacje przekazywane do zewnętrznego obrotu giełdowego. Mianowicie, podmiot organizujący oraz rozliczający obrót giełdowy upowszechnia niezwłocznie informacje dotyczące transakcji i obrotów na rynku giełdowym, w zakresie pięciu najlepszych ofert kupna – sprzedaży z uwzględnieniem liczby zleceń przy określonym poziomie cenowym. Ponadto, upowszechnieniu podlega wielkość obrotów w ujęciu ilościowym i cenowym, w tym czas otwarcia transakcji, jeśli te są zawierane poza sesją giełdową. Do katalogu informacji upowszechnianych zaliczają się także m.in.: kursy jednolite, kursy otwarcia i zamknięcia sesji, kurs minimalny i maksymalny, wielkość obrotów w ujęciu wartościowym i ilościowym dla instrumentów finansowych notowanych w systemie notowań ciągłych oraz wielkość obrotów w ujęciu wartościowym i ilościowym dla instrumentów finansowych notowanych w systemie notowań jednolitych¹⁹. Do zbioru rozwiązań zabezpieczających uczciwą konkurencję na rynku kapitałowym w obszarze obrotu realizowanego na GPW zaliczają się także inne rozwiązania systemowe określone treścią RGPW. Przykład stanowi obowiązkowa ewidencja transakcji giełdowych²⁰, która obejmuje nie tylko

¹⁵ Zatwierdzanie dokumentu zawierającego informacje chronione następuje w procesie dopuszczenia przez Zarząd Giełdy do obrotu na GPW prawa do nowych akcji spółki – której akcje nie były dotychczas notowane na Giełdzie lub dopuszczenia akcji nowej spółki powstałej w wyniku połączenia spółek – których akcje były dotychczas notowane na Giełdzie.

¹⁶ § 28 ust. 2 RGPW zawiera odesłanie do norm prawa stanowionego. Reglamentacja następuje zarówno na mocy RGPW, jak i źródeł prawa rynku kapitałowego. Przykład stanowią wskazane poniżej uchwały Zarządu GPW.

¹⁷ § 28 b i § 29 RGPW.

¹⁸ § 64 RGPW.

¹⁹ § 171 RGPW.

²⁰ § 164 RGPW.

zabezpieczenie kart umów, stanowiących dowody zawarcia umów giełdowych, przekazywanych w formie elektronicznej, – lecz także podstawę formalno-materialną dla zgłaszania przez strony transakcji giełdowej sprzeciwu w przedmiocie zgodności tych kart z przyjętymi przez GPW zleceniami. Skuteczność zaprezentowanego rozwiązania polega zatem na prawie każdej ze stron transakcji do dysponowania pełną informacją giełdową, a dodatkowo umożliwia wystąpienie ze sprzeciwem wzmacniającym interes prawny konkretnego podmiotu w prowadzonym obrocie giełdowym. Tym samym, przyjęte w RGPW rozwiązanie zabezpieczające ewidencję transakcji giełdowych umożliwia stronie zgłaszającej doprowadzenie od stanu niezgodnego ze stanem rzeczywistej ilości transakcji – do stanu zgodnego z realnie przeprowadzonymi transakcjami. Kolejnym przykładem ochrony uczciwej konkurencji na rynku kapitałowym, obserwowalnym przez pryzmat obrotu giełdowego, jest regulaminowy zakaz obejmujący animatorów rynku – stanowiący o braku możliwości składania przez nich zleceń prowadzących do zawierania transakcji giełdowych, w których występowałyby zarówno jako sprzedający i kupujący jednocześnie²¹. Zastosowane rozwiązanie, wykluczające możliwość przeprowadzania czynności prawnych „z samym sobą” świadczy o należyłym stopniu zabezpieczenia obrotu giełdowego w obszarze ochrony uczciwej konkurencji na rynku. Wyeliminowana została bowiem uprzywilejowana pozycja czyli tzw. nieuprawnione pierwszeństwo profesjonalnego uczestnika rynku, występującego jednocześnie wobec pozostałych inwestorów giełdowych w roli inicjatora obrotu oraz inicjatora w obszarze zleceń transakcji giełdowych. Przywołany zakaz gwarantuje równy dostęp do dóbr rynkowych poprzez zapewnienie wszystkim inwestorom identycznych warunków dla nabycia instrumentów finansowych poddanych obrotowi giełdowemu. Zabezpieczeniem uczciwej konkurencji w obszarze GPW są i te rozwiązania regulaminowe, które przekładają się na prawo do złożenia odwołania przez emitenta instrumentów finansowych od rozstrzygnięcia uchwały Zarządu Giełdy²² w przedmiocie odmowy dopuszczenia określonej kategorii instrumentów finansowych do obrotu giełdowego. RGPW, poza prawem złożenia środka zaskarżenia, ustanawia również schemat drogi rozpoznania dla zgłoszonego odwołania, m.in. wskazując procedurę, terminy zawite oraz ustanawiając organ odwoławczy, tj. Radę Giełdy, która nie jest organem administracji publicznej. Emitent korzystający z zabezpieczenia jego praw w oparciu o przywołany tryb odwoławczy ochrania swoją pozycję w obrocie rynkowym GPW, realizując tym samym ochronę konkurencyjności posiadanego produktu rynkowego. RGPW wskazuje ponadto na warunkowanie rozpoczęcia przez Członka Giełdy obrotu instrumentami pochodnymi, który w tym celu jest zobowiązany do udokumentowania możliwości prawidłowego rozliczania zawieranych przez siebie transakcji, przy jednoczesnym zagwarantowaniu ochrony uczciwej konkurencji wobec innych uczestników tego obrotu²³. Podobnie, przeprowadzanie kontroli obejmujących transakcje pakietowe zawierane poza systemem notowań

²¹ § 83 RGPW. Por. także Wystąpienie Pokontrolne NIK z dnia 28.08.2014 r., numer i tytuł kontroli P/14/012 omówione poniżej.

²² § 23 RGPW.

²³ § 52 oraz § 92 w zw. z § 102, jak i § 106, § 119 RGPW. Przywołane regulacje wskazują na: obligatoryjne wykorzystanie w obrocie giełdowym pośrednictwa profesjonalnych uczestników rynku kapitałowego, tj. domów maklerskich i maklerów; rygor naprawienia szkody wynikłej z tytułu zawinionego niewykonania lub nienależytego wykonania przyjętego zlecenia; anulowanie transakcji giełdowych tylko w oparciu o szczegółowe warunki i tryb określone w Szczegółowych Zasadach Obrotu Giełdowego; uprawnienie Zarządu GPW do zmiany terminu sesji, unieważnienie sesji giełdowej lub też kursów poszczególnych instrumentów finansowych tylko i wyłącznie w wyjątkowych przypadkach – pod rygorem niezwłocznego poinformowania o tej okoliczności KNF oraz KDPW oraz członków GPW. Wyr. SA w Warszawie VI Wydział Cywilny z 14.02.2013 r. (VI ACa 1099/12) LEX nr 1299018: sąd wskazał na podstawę określenia przez Zarząd GPW kursu odniesienia dla prawa poboru, którą stanowiły regulacje § 4 w zw. z § 190 ust. 2 RGPW oraz zbadał zastosowanie § 132 ust. 7 RGPW. Sąd odniósł się także do szczegółowych zasad określenia kursu odniesienia uregulowanych w Oddziale III, Rozdziale VII Szczegółowych Zasad Obrotu Giełdowego, w tym do § 51 ust. 4 i 9 Zasad.

ciągłych oraz poza kursem jednolitym, jak również obejmujących transakcje na znaczne pakiety akcji – stanowi o zaawansowanym systemie kontrolnym, wykorzystującym regulaminowe normy o charakterze *soft law*. Wskazane rozwiązania mają na celu zapewnienie równego dostępu do rzetelnej informacji rynkowej oraz identycznego dostępu inwestorów do produktu obrotu giełdowego (Jajuga, 2002; Thiel, 2010). Do omawianych rozwiązań zabezpieczających należy także zaliczyć zawieranie transakcji pakietowych w dniach, w których odbywają się sesje giełdowe oraz określanie w Zasadach dokładnego trybu postępowania przy realizacji oraz ogłaszaniu wezwania²⁴. Na realne oddziaływanie RGPW w obszarze zabezpieczenia uczciwej konkurencji na rynku kapitałowym wskazuje Wystąpienie Pokontrolne Najwyższej Izby Kontroli z 2014 r., w którym NIK oceniła pozytywnie działalność GPW w przedmiocie zapewnienia uczciwego obrotu giełdowego²⁵. NIK, co należy podkreślić, przeprowadziła analizę formalnej i merytorycznej poprawności działań GPW przez pryzmat właściwego wypełniania konkretnych postanowień RGPW²⁶, w tym należytego stosowania regulacji „prawa miękkiego” do weryfikacji informacji prezentowanych we wnioskach o dopuszczenie do obrotu instrumentów finansowych oraz we wnioskach o dopuszczenie podmiotów do działania na GPW. W obszarze przeprowadzonej przez NIK kontroli zbadano również czy GPW realizowała bieżący nadzór nad działalnością animatorów rynku w zakresie przestrzegania przez nich regulaminowego zakazu zawierania transakcji, w których animatorzy występowałiby po stronie zarówno sprzedającego, jak i kupującego jednocześnie. Ponadto, ustalono przestrzeganie „warunków animowania” określonych w umowach zawartych pomiędzy GPW a Członkami GPW²⁷. Do regulacji RGPW realnie zabezpieczających uczciwą konkurencję na rynku kapitałowym, które NIK uwzględniła w Wystąpieniu Pokontrolnym z 2014 r., należy zaliczyć również rozwiązania obejmujące kontrolę i stały nadzór nad zleceniami maklerskimi. Pozytywnie też oceniono wypełnianie przez GPW wytycznych, dotyczących zabezpieczenia obrotu giełdowego przed manipulacjami ustalającymi nierzetelne kursy instrumentów finansowych, w tym nadzór nad zawartymi transakcjami giełdowymi²⁸. Omawiany RGPW zawiera i takie rozwiązania, w oparciu o które GPW posiada kompetencje do zawieszenia obrotu oraz wykluczenia z obrotu giełdowego instrumentów finansowych, jak również zawieszenia i wykluczenia Członków GPW w związku z zaistnieniem naruszenia konkretnego postanowienia Regulaminu²⁹. O skuteczności RGPW w tej mierze zaświadcza przede wszystkim statystyki zawieszonych obrotu instrumentami finansowymi czy statystyki wykluczonych i warunkowo wykluczonych z obrotu instrumentów finansowych, m.in. na głównym rynku GPW³⁰. Ponadto, wytyczne określone w RGPW wspomagają proces

²⁴ § 154 i § 160 RGPW.

²⁵ NIK Departament Budżetu i Finansów, Wystąpienie Pokontrolne z dnia 28.08.2014 r., numer i tytuł kontroli P/14/012. Pn. „Nadzór nad publicznym obrotem instrumentami finansowymi”, pkt III.2 „Zapewnienie uczciwego obrotu giełdowego”, pkt III.2.1. „Monitorowanie i egzekwowanie wywiązywania się przez emitentów instrumentów finansowych z obowiązków informacyjnych” s. 4. www.nik.gov.pl › kontrole › wyniki-kontroli-nik › pob.

²⁶ Wystąpienie NIK pkt III.2.3. „Weryfikacja wdrożenia przez emitentów procedury ochrony tajemnicy informacji związanych z transakcjami giełdowymi. Kontrole Członków GPW” str. 6. NIK sprawdził poprawność realizacji obowiązków przez GPW wynikających z § 64 RGPW, tj. kontroli posiadania dokumentów określających procedury ochrony tajemnicy informacji związanych z transakcjami giełdowymi.

²⁷ Wystąpienie NIK pkt III.2.3. „Weryfikacja wdrożenia przez emitentów procedury ochrony tajemnicy informacji związanych z transakcjami giełdowymi” str. 8, § 83 RGPW.

²⁸ Wystąpienie NIK pkt III. 2.4. „Kontrola zleceń maklerskich lub zawartych transakcji giełdowych pod kątem próby manipulacji kursami instrumentów finansowych. Anulowanie transakcji giełdowych” str. 8, § 104 ust. 5 RGPW.

²⁹ Wystąpienie NIK pkt. III.2.5 „Zawieszenie obrotu i wykluczanie z obrotu giełdowego instrumentów finansowych oraz zawieszanie i wykluczanie Członków GPW” str. 9, § 61 ust. 3 RGPW.

³⁰ 1) Wystąpienie NIK: pkt. III.2.5 „Zawieszanie obrotu i wykluczanie z obrotu giełdowego instrumentów finansowych oraz zawieszanie i wykluczanie Członków GPW” str. 9: 228 przypadków zawieszenia obrotu instrumentami finansowymi, w tym 75 przypadków dotyczyło głównego rynku GPW, 100 – rynku NewConnect, 53 – rynku Catalyst, 220 uchwał dotyczących wykluczenia instrumentów finansowych z obrotu, w tym: 142 przypadki dotyczyły

kontrolny i nadzorczy nad rynkiem kapitałowym, statuując uprawnienia Zarządu GPW do wykluczenia z obrotu na głównym rynku GPW każdego podmiotu, który nie wykona nałożonej na niego kary regulaminowej lub w inny sposób naruszy regulaminowe zasady obrotu giełdowego. Skuteczność przyjętych rozwiązań o charakterze „prawa miękkiego” przejawia się w licznych uchwałach podejmowanych przez Zarząd GPW w oparciu o RGPW, w sprawach dotyczących m.in.: dopuszczenia do obrotu na głównym rynku GPW, wykluczenia z działania lub uchylenia prawa do działania na tym rynku, wycofania z obrotu oraz unieważnienia zleceń maklerskich³¹.

2. Regulamin Krajowego Depozytu Papierów Wartościowych

Do regulacji o charakterze „prawa miękkiego” zabezpieczających uczciwą konkurencję na rynku kapitałowym należy zaliczyć także Regulamin Krajowego Depozytu Papierów Wartościowych³², który wprowadza w życie generalne zasady dotyczące przepływu rzetelnej informacji rynkowej oraz gwarantuje profesjonalizm działań uczestników tego rynku w aspekcie organizacji i rozliczania obrotu. Rozwiązania regulaminowe zobowiązują bowiem Zarząd KDPW do niezwłocznego przekazywania treści wszystkich podjętych uchwał dotyczących funkcjonowania systemu depozytowego, w tym również do publikacji Szczegółowych Zasad Działania Krajowego Depozytu³³ (Chłopecki i Dyl, 2019). RKDPW przewiduje także obowiązkowy przepływ informacji skierowanej od uczestnika obrotu do KDPW w zakresie wskazywania wszelkich zmian danych zawartych w dokumentach, które zostały przez uczestnika załączone wraz z wnioskiem o zawarcie umowy uczestnictwa, w tym o wszelkich zdarzeniach, które mogą wpływać negatywnie na wykonywanie przez uczestnika zobowiązań wynikających z uczestnictwa w systemie depozytowym³⁴. Ponadto, zbiór informacji kierowanych przez uczestników do KDPW nie może pomijać okoliczności zawie-

głównego rynku GPW, 42 – rynku NewConnect, 36 – rynku Catalyst. Dodatkowo zarząd Giełdy podjął 17 uchwał o warunkowym wykluczeniu instrumentów z rynku NewConnect. Publikacja dla głównego rynku GPW <http://www.gpw.pl>. Pozostałe rynki: <http://www.newconnect.pl>, <http://www.gpwcatalyst.pl>. pkt III.2.6. „Kary regulaminowe nakładane na emitentów instrumentów finansowych i Członków Giełdy” str. 9:

311 przypadków zastosowania regulaminowych środków dyscyplinujących w odniesieniu do emitentów alternatywnego systemu obrotu (ASO) na rynkach NewConnect i Catalyst, 279 nałożonych kar na rynku NewConnect, 32 nałożone kary na rynku Catalyst. Ponadto, w 193 przypadkach GPW zawieszala obrót danym instrumentem lub wykluczała konkretny instrument z obrotu w ASO. W 65 przypadkach GPW upominała emitentów, a w jednym przypadku zobowiązano emitenta do podpisania umowy z autoryzowanym doradcą. W 3 przypadkach, na skutek nie wykonania przez spółki orzeczonych kar – zostały one wykluczone z obrotu w ASO.

2) Aktem uzupełniającym RGPW jest Regulamin Alternatywnego Systemu Obrotu (RASO) przyjętym Uchwałą Nr 147/2007 Zarządu Giełdy z dnia 1 marca 2007 r. (ostania zmiana: Uchwała Zarządu GPW Nr: 736/2019 z dnia 24 lipca 2019 r.). Na zasadzie RASO organy GPW mogą nakładać kary pieniężne, kary upomnienia, obowiązki zabezpieczające uczciwy obrót – oraz wykluczyć z obrotu w ASO każdy podmiot, który nie wykonał nałożonej na niego kary regulaminowej.

Przykładowe uchwały Zarządu GPW: (1) Uchwała nr 576/2019, kara pieniężna na podstawie § 17 ust. 1 i § 17c ust. 1 pkt. 2) RASO, w związku z § 6 ust. 11 Załącznika Nr 3 do RASO za niedochowanie wymogów co do trybu i warunków publikacji raportu rocznego; (2) Uchwała nr 615/2019, kara pieniężna i obowiązek zawarcia umowy z Doradcą, na podstawie § 17 ust. 1, § 17c ust. 1 pkt. 2) i § 17b ust. 1 RASO oraz w związku z § 6 ust. 9 Autoryzowanym. 11 Załącznika Nr 3 do RASO; (3) Uchwała nr 1061/2019, kara pieniężna na podstawie § 17 ust. 3 oraz § 17c ust. 1 pkt. 2) RASO za naruszenie zasad dotyczących informacji bieżących i okresowych co do ich rzetelności. (4) Uchwała nr 201/2020, upomnienie na podstawie § 17 ust. 1 i § 17c ust. 1 pkt. 1) RASO, w związku z § 6 ust. 9 Załącznika Nr 3 do RASO, za naruszenie zasad publikowania raportu kwartalnego oraz za niedochowanie wymogów trybu i warunków publikacji raportu kwartalnego.

Publikowane na: www.newconnect.pl oraz www.gpw.catalyst.pl.

³¹ Uchwały Zarządu GPW dla głównego rynku GPW: (1) Uchwała nr 1069/2020 wykluczająca z działania na giełdzie, na podstawie §78 ust. 1 pkt 4) w zw. z § 60 ust. 2 pkt 1) RGPW, w związku z odpadnięciem przesłanki pozwalającej na uznanie spółki za firmę inwestycyjną. (2) Uchwała nr 1068/2020 z 31.12.2020 r., wykluczająca z działania na giełdzie, na podstawie § 78 ust. 1 pkt 4) w zw. z § 60 ust. 2 pkt 1) RGPW, w związku z odpadnięciem przesłanki pozwalającej na uznanie spółki za firmę inwestycyjną. (3) Uchwała nr 1065/2020 z 31.12.2020 r., uchylająca prawo spółki do działania na giełdzie, na podstawie § 75 ust. 1 RGPW; (4) Uchwała nr 995/2020 z 17.12.2020 r., w sprawie unieważnienia zleceń maklerskich na rynku giełdowym oraz w alternatywnym systemie obrotu, na podstawie § 110 ust. 11 RGPW oraz § 25 ust. 10 Załącznika Nr 2 do RASO; (5) Uchwała nr 909/2020 z dnia 25.11.2020 r., w sprawie wycofania z obrotu na głównym rynku GPW akcji spółki, na podstawie § 110 ust. 11 RGPW. <https://www.gpw.pl/uchwaly-zarzadu-gpw#10>.

³² Regulamin Krajowego Depozytu Papierów Wartościowych zwany dalej RKDPW – tj. obowiązujący w brzmieniu przyjętym uchwałami Rady Nadzorczej KDPW nr 42/679/17 z 26.09.2017 r., ostatnie zm. uchwały: 14/831/20 z 20.02.2020 r., nr 52/869/20 oraz nr 54/871/20 z dnia 26 czerwca 2020 r.). Wprowadzony na zasadzie art. 50 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi. <https://www.kdpw.pl/pl/Regulacje/Strony/SZDz-zmiany.aspx>.

³³ § 2 ust. 1. RKDPW. W systemie aktów wewnętrznych KDPW funkcjonują także „Szczegółowe Zasady Działania Krajowego Depozytu Papierów Wartościowych” powołane do życia uchwałą Zarządu KDPW, czyli na mocy aktu organu spółki prawa handlowego, ostatnia zmiana: Uchwała Zarządu KDPW nr 1089/2020 z 26.10.2020 r. <https://www.kdpw.pl/pl/Regulacje/Strony/SZDz-zmiany.aspx>.

³⁴ § 20 RKDPW.

ranych przez nich umów dotyczących prowadzenia dla innych podmiotów kont depozytowych oraz umów obejmujących bezwarunkowe upoważnienie do składania dyspozycji skutkujących dokonywaniem zapisów na takich kontach. Wśród informacji, jakie KDPW otrzymuje od uczestników, są też dane o systemach kont podmiotowych, które w ramach poszczególnych rodzajów działalności tych uczestników mają pełnić funkcje kont domyślnych³⁵. Podobnie uczestnicy o ustalonym w KDPW statusie „typ uczestnictwa emitent” zostali zobowiązani postanowieniami RKDPW do przekazywania KDPW kompletnych informacji dotyczących wyemitowanych przez tych uczestników obligacji, listów zastawnych lub certyfikatów inwestycyjnych, których rejestracja nastąpiła na zasadzie zawartej w obrocie rynkowym umowy³⁶ (Spyra, 2016c). Rozwiązania regulaminowe przewidują również prawo do kontroli uczestnika przeprowadzanej na okoliczność spełniania warunków uczestnictwa zakreślonych zarówno ustawą, jak i samym Regulaminem³⁷. Wzmocnienie ochrony uczciwej konkurencji w obszarze funkcjonowania KDPW następuje także poprzez nałożenie wymogu publicznego informowania o kondycji finansowej uczestników rynku zagrożonych likwidacją, jak również poprzez ustalenie w treści RKDPW zestawu dalszych działań zabezpieczających. Stąd też, KDPW – w sytuacji otrzymania informacji o podjęciu środków prawnych, zmierzających do likwidacji uczestnika lub jego reorganizacji czy też restrukturyzacji zobowiązań – wstrzymuje natychmiast możliwość wprowadzania do systemu depozytowego tych zleceń rozrachunku, które wskazują uczestnika niewypłacalnego jako stronę rozrachunku. Z systemu depozytowego zostają wówczas usunięte zlecenia rozrachunku wskazujące uczestnika niewypłacalnego jako stronę rozrachunku, pod warunkiem, że zlecenia takie: wprowadzono po podjęciu wobec uczestnika wymienionych powyżej środków prawnych; nie podlegają one realizacji w dniu ich podjęcia lub nie stały się nieodwołalne w momencie otrzymania przez KDPW informacji o ich podjęciu. W omawianej sytuacji KDPW dokonuje przeniesienia papierów wartościowych należących do klientów uczestnika niewypłacalnego z kont ewidencyjnych prowadzonych dla tego uczestnika na konta ewidencyjne prowadzone dla innego uczestnika wskazanego przez KNF. W razie braku wskazania przeniesienie zostaje zrealizowane na konta ewidencyjne, prowadzone dla uczestnika wyrażającego na to zgodę³⁸. Opisane powyżej działania zabezpieczające stanowią o przyjęciu rozwiązań mieszanych, tj. ze sfer regulacji *soft law* i prawa pozytywnego. Łączna reglamentacja realnie wzmacnia należytą ochronę klienta wobec niewypłacalnego uczestnika, tym bardziej że zlecenia takiego uczestnika mogą zostać dodatkowo usunięte z systemu depozytowego w konsekwencji kontroli przeprowadzonej przez KDPW z udziałem organu nadzoru. Kolejnym instrumentem ochrony uczciwej konkurencji na rynku obrotu depozytowego jest wprowadzenie przez RKDPW obowiązku dostarczania na rzecz KDPW wszystkich informacji, określających transakcje sprzedaży zawarte przez uczestników bez zlecenia klienta lub też niezgodnie z treścią prawidłowo złożonego zlecenia klienta. W tym przypadku zabezpieczenie interesu prawnego klienta polega na wyeliminowaniu zagrożenia niezgodności, jaka wystąpiłaby pomiędzy stanami na kontach ewidencyjnych prowadzonych dla danego klienta w KDPW a stanami rachunków

³⁵ § 36 RKDPW.

³⁶ § 48 RKDPW.

³⁷ § 39 RKDPW.

³⁸ § 104 RKDPW, por. Uchwała KNF 207/2012 z dn. 17.07.2012 r. przywołana powyżej.

papierów wartościowych oraz rachunków zbiorczych odpowiadających tym kontom³⁹. Do regulaminowych rozwiązań ocenianych przez pryzmat skutecznego przepływu informacji rynkowej oraz zabezpieczających ochronę uczciwej konkurencji w systemie depozytowym należy także zaliczyć obowiązek umożliwienia stronom zawieranych umów pożyczek ich wzajemną identyfikację⁴⁰. Wskazany wymóg urealnienia ustalenie przez strony stosunku zobowiązaniowego pozycji rynkowej i wiarygodności inwestora jako uczestnika gry rynkowej (Thiel, 2010; Spyra, 2016d). Niezależnie od zabezpieczenia przepływu informacji rynkowej – RKDPW ochrania uczciwą konkurencję w obszarze KDPW również poprzez rozwiązania gwarantujące profesjonalne działania tych uczestników, którzy zostali dopuszczeni do obrotu ze względu na ich poziom kwalifikacji branżowych. Profesjonalny uczestnik to podmiot prowadzący w obrocie systemu depozytowego m.in.: biuro maklerskie; rejestr osób, które nabyły określone papiery wartościowe w obrocie pierwotnym lub w ramach pierwszej oferty publicznej⁴¹ (Bączyk, Koziński, Michalski, Pyziół, Szumański i Weiss, 2000). Do katalogu podmiotów działających profesjonalnie w obszarze KDPW zaliczają się również: banki⁴², izby rozrachunkowe, uczestnicy prowadzący działalność depozytariuszy oraz sponsorzy emisji. Szczególnym przykładem świadczącym o oddziaływaniu instrumentarium *soft law* omawianego RKDPW na ochronę uczciwej konkurencji w obszarze KDPW, jest rozwiązanie mające na celu operację zablokowania papierów wartościowych na rzecz innego uczestnika⁴³. Skuteczność takiego zabezpieczenia wynika z zapewnienia uprawnionym uczestnikom rynku depozytowego tych wartości finansowych, które odpowiadają zablokowanym instrumentom finansowym. RKDPW wskazuje także na możliwość zawieszenia przez KDPW (na czas oznaczony) przyjmowania dokumentów deklaracji⁴⁴ od konkretnego uczestnika. Rozwiązanie to znajdzie zastosowanie, gdy uczestnik stwarza zagrożenie dla bezpieczeństwa obrotu lub prawidłowego funkcjonowania systemu depozytowego. W przypadku zaistnienia wskazanego zagrożenia KDPW posiada ponadto kompetencje do usunięcia dokumentów deklaracji przekazanych przez takiego uczestnika z systemu pożyczek negocjowanych oraz skierowania informacji do innych uczestników systemu o wprowadzonych działaniach ochronnych. Zabezpieczeniem uczciwej konkurencji w obszarze KDPW jest także nałożony na uczestników regulaminowy obowiązek codziennej kontroli rozrachunków obrotu depozytowego i sprawdzania prawidłowości stanu kont ewidencyjnych. Uczestnicy, w zależności od formy uczestnictwa w rynku depozytowym, zostali bowiem zobowiązani na mocy RKDPW do codziennego weryfikowania rzetelności ewidencji obsługiwanych papierów wartościowych bądź izb rozrachunkowych – w zestawieniu ze stanami kont prowadzonych dla nich w KDPW⁴⁵. Dopełnienie kontroli poprawności rozrachunków obrotu depozytowego stanowi ponadto nałożony przez RKDPW na KDPW obowiązek obejmujący sprawdzanie zgodności stanów na koncie emisyjnym ze stanami na kontach ewidencyjnych prowadzonych przez

³⁹ § 54 RKDPW. Ponadto, regulacje § 53 w zw. z § 2 RKDPW posłużyły jako podstawa dla wydanego wyr. NSA z 8.05.2014 r. (II GSK 147/13) ONSA i WSA 2016/2/27. NSA uznał, że to RKDPW określa m.in. sposób funkcjonowania systemu rozrachunkowego i rozliczeniowego. Zdaniem Sądu § 2 ust. 1 RKDPW wskazuje, że Zarząd KDPW jest uprawniony do podejmowania uchwał w sprawach szczegółowych, które dotyczą funkcjonowania systemu depozytowego, a w oparciu § 53 ust. 1 RKDPW – terminy rozrachunku transakcji zawartych na rynku regulowanym albo w alternatywnym systemie obrotu KDPW ustala w porozumieniu odpowiednio: ze spółką prowadzącą dany rynek regulowany bądź z podmiotem, który organizuje konkretny, alternatywny system obrotu.

⁴⁰ § 118 RKDPW.

⁴¹ § 24 RKDPW. Uczestnicy profesjonalni wskazani w RKDPW to uczestnicy instytucjonalni rynku kapitałowego.

⁴² § 18 RKDPW.

⁴³ § 37 RKDPW.

⁴⁴ § 129 ust. 1 w zw. z § 121 ust. 1 i ust. 3 RKDPW.

⁴⁵ § 49 i § 53 RKDPW.

KDPW – w odniesieniu do tych papierów wartościowych, w stosunku do których KDPW jest depozytem macierzystym emitenta. Zastosowanie wskazanych powyżej regulacji eliminuje podawanie niezgodnych ze stanem rzeczywistym wartości instrumentów finansowych, jakie zgromadzono na poszczególnych kontach depozytowych. Tym samym zostaje wykluczone po stronie uczestników KDPW ryzyko błędu w ocenie pozycji rynkowej i możliwości finansowych poszczególnych graczy systemu depozytowego⁴⁶ (Jajuga, 2002). Dla skutecznego egzekwowania omówionych powyżej rozwiązań regulaminowych wprowadzono odpowiednie środki dyscyplinujące⁴⁷, których katalog obejmuje: upomnienie, opłatę, opłatę specjalną, jak również zawieszenie uczestnictwa w KDPW⁴⁸. Co istotne, zawieszenie uczestnictwa nie umarza zobowiązań uczestnika wynikających z jego działalności prowadzonej do dnia nałożenia tej sankcji. Celem zabezpieczenia rozliczeń transakcyjnych zawieszono uczestnika jest bowiem utrzymanie pozycji finansowej jego klientów w obrocie depozytowym bez uszczerbku dla ich aktywów zaangażowanych w grze rynkowej⁴⁹ (Spyra, 2016e). Sprawowana kontrola poprawności rozrachunków została dodatkowo wzmocniona⁵⁰ przez nałożenie na KDPW obowiązku zawiadomienia o realizowanym zawieszeniu m.in.: Komisji Nadzoru Finansowego, Narodowego Banku Polskiego oraz innych uczestników systemu depozytowego. O realnej skuteczności stosowania „prawa miękkiego” w postaci RKDPW zaświadcza także Wystąpienie Pokontrolne Najwyższej Izby Kontroli z 2014 roku⁵¹. Najwyższa Izba Kontroli dokonała oceny funkcjonowania KDPW również przez pryzmat przestrzegania i poprawności stosowania RKDPW⁵². Pozytywnie oceniono działania nadzorcze i kontrolne KDPW, które obejmowały zarówno ewidencję papierów wartościowych uczestników systemu depozytowego, jak i prowadzenie obowiązkowego systemu rekompensat⁵³ zabezpieczającego interesy inwestorów. Ponadto NIK ustaliła, uznając za istotne wykorzystanie regulacji „prawa miękkiego” w zabezpieczeniu obrotu depozytowego, iż KDPW należycie stosował zasady nadzorcze dla prowadzenia depozytu papierów wartościowych określone w RKDPW⁵⁴. Przedstawiona w omawianym Wystąpieniu Pokontrolnym statystyka działań KDPW wskazuje na szeroko zakrojony

⁴⁶ § 59 RKDPW. Rozwiązania KDPW przyjęte w celu zabezpieczenia obrotu depozytowego i zapewnienia uczciwej konkurencji: (1) „Komunikaty o rejestracji” KDPW: <http://www.kdpw.pl/pl/Regulacje/Strony/Komunikaty-o-rejestracji.aspx>; (2) „Repozytoria transakcji” KDPW: <http://www.kdpw.pl/pl/Repozytorium%20transakcji%20wersa%20EMIR/aplikacja/Strony/default.aspx>, oraz <http://www.kdpw.pl/pl/Regulacje/Strony/Komunikaty-o-rejestracji.aspx>; (3) „Monitoring limitów w trakcie sesji giełdowej” KDPW: http://www.kdpwccp.pl/pl/Uslugi/Monitoring_sesji/Strony/default.aspx; (4) „Transakcje z zastosowaniem mechanizmów obniżających ryzyko niewywiązania się stron z zawartych transakcji” KDPW: http://www.kdpwccp.pl/pl/Strony/Home_ccp.aspx; (5) „Dyscyplina rozrachunków” KDPW: <http://www.kdpwccp.pl/pl/Uslugi/Dyscyplina-rozrachunku/Strony/default.aspx>; (6) „Transparentność” KDPW: <http://www.kdpwccp.pl/pl/Uczestnicy/Transparentnosc/Strony/default.aspx>; (7) „Komunikat blokady kont uczestników” KDPW: http://www.kdpwccp.pl/pl/Uczestnicy/Strony/Komunikaty_kdpw_stream.aspx „Zestawienie zobowiązań / należności w ramach systemu rozliczeń instrumentów pochodnych oraz systemu zarządzania ryzykiem” KDPW: http://www.kdpwccp.pl/pl/Uczestnicy/Strony/Komunikaty_kdpw_stream.aspx. KDPW udostępniła informacje dotyczące wielkości zobowiązań z tytułu papierów wartościowych oraz informacje umożliwiające ustalenie zakresu i terminowości wykonywania przez emitentów tych zobowiązań: <https://rze.info/>.

⁴⁷ § 175 RKDPW. Dane z „Raportu Roczno KDPW za 2019r” Rozdział 8.1, s. 40, pn. „Nadzór wykonywany w siedzibach uczestników KDPW”. Przeprowadzono 45 kontroli w 2019 r., przedstawiono: 10 zaleceń i 6 uwag z zakresu poprawności ewidencji papierów wartościowych, a także 8 zaleceń z zakresu bezpieczeństwa jej prowadzenia oraz przechowywania danych, dotyczących ewidencji na rachunkach papierów wartościowych lub rachunkach zbiorczych.

Zalecenia przedstawiono w sytuacji nieprzestrzegania przez uczestników systemu depozytowego regulacji *soft law* ustanowionych przez KDPW: <http://www.kdpw.pl/pl/KDPW/publikacje/Strony/RaportyRoczne.aspx>

⁴⁸ Sankcje w postaci opłat specjalnych, nałożonych na zasadzie § 103 ust. 1 w zw. z § 102 ust. 1 pkt. 3 RKDPW vide: Wystąpienie NIK z 2014r., omówione poniżej.

⁴⁹ § 182 RKDPW w zw. z § 137 RKDPW.

⁵⁰ § 60 w zw. z § 23 RDPW.

⁵¹ NIK Departament Budżetu i Finansów, Wystąpienie Pokontrolne z 28.08.2014 r. KBF-4101-007-01/2014, P/14/012, pn.: „Nadzór nad publicznym obrotem instrumentami finansowymi”, pkt. III.1 „Bezpieczeństwo ewidencji instrumentów finansowych oraz zabezpieczenie interesów inwestorów” s. 3: <https://www.nik.gov.pl/kontrolne/wyniki-kontroli-nik>.

⁵² Wystąpienie NIK, s. 2.

⁵³ W celu uzupełnienia postanowień RKDPW, Rada Nadzorcza KDPW przyjęła też „Regulamin Funkcjonowania Systemu Rekompensat”, będący składową zbioru „prawa miękkiego” KDPW. Vide: Wystąpienie NIK, s. 2.

⁵⁴ Prawidłowe zastosowanie § 34 i § 37 RKDPW, Wystąpienie NIK s. 3.

nadzór, gwarantujący nie tylko zabezpieczenie poprawnego obrotu depozytowego, lecz także chroniący uczciwą konkurencję na rynku depozytowym⁵⁵, a realna skuteczność stosowania postanowień RKDPW przełożyła się również na wykorzystanie wskazanych w nim sankcji⁵⁶.

IV. Kodeksy etyki zawodowej i zasady jako *soft law* chroniące uczciwą konkurencję na rynku kapitałowym

1. Kodeks Dobrej Praktyki Domów Maklerskich

Prezentowana regulacja o charakterze *soft law* została oparta na pozaustawowych normach etycznych i moralnych, a jej zadaniem jest określenie zasad należytego postępowania oraz zabezpieczenie obszarów niepoddanych normatywnie prawu pozytywnemu⁵⁷ (Klimczak, 1997; Kot, 1999; Kolwas, 2008; Wolska, 2013; Jakubowska i Grabowska-Powaga, 2015; Czechowska i Zatoń, 2016; CFA Society Poland, 2019; Dembiński, 2017). Omawiany Kodeks wskazuje również na merytoryczną podstawę jego powołania do życia, czyli na obrót realizowany na rynku kapitałowym z czynnym udziałem instytucjonalnych uczestników tego rynku, do których zaliczają się m.in. domy maklerskie kształtujące poziom alokacji środków oraz wpływające na jakość przeprowadzanych transakcji rynkowych. Stąd też, w treści Kodeksu zamieszczono regulacje istotne dla ochrony uczciwej konkurencji na rynku kapitałowym, ustalające przejrzyste zasady obrotu oraz zwiększające bezpieczeństwo innych uczestników rynku, w tym wskazujące na obowiązek zabezpieczania informacji poufnych oraz na eliminowanie manipulacyjnych zachowań rynkowych⁵⁸. Powyższe generalnie zakreślone założenia ochrony rynku kapitałowego uzupełniono szczegółowymi rozwiązaniami wprost wpisującymi się w zakres instrumentarium *soft law* ochrony uczciwej konkurencji na tym rynku, które można podzielić na dwie zasadnicze kategorie. Pierwsza z nich obejmuje ochronę uczciwej konkurencji realizowaną z wykorzystaniem rozwiązań regulaminowych, zabezpieczających przepływ informacji w relacji dom maklerski – klient⁵⁹. Dlatego też, na zasadzie postanowień omawianego Kodeksu domy maklerskie zostały zobowiązane do wdrożenia takich wewnętrznych regulacji, które mają zapewnić ochronę tajemnicy zawodowej, w tym tajemnicy zleceń oraz wykluczyć wykorzystywanie przez pracowników domów maklerskich informacji o zleceniach, stanach kont i obrotach na rachunkach klientów, jak również innych danych klientów – w celach

⁵⁵ Wystąpienie NIK, s. 5. Wykorzystanie przez KDPW trybu z § 38 RKDPW w celu zgłaszania uchybień w działalności uczestników systemu depozytowego do KNF: 27 zawiadomień o 79 uchybieniach i nieprawidłowościach, w tym 10 zawiadomień o 33 uchybieniach i nieprawidłowościach w 2012 r., 11 zawiadomień o 32 uchybieniach i nieprawidłowościach w 2013 r. i sześć zawiadomień o 14 uchybieniach i nieprawidłowościach do 30 czerwca 2014 r.

⁵⁶ Wystąpienie NIK, s. 6, ustalenia: „Zgodnie z § 103 ust. 1 Regulaminu w każdym miesiącu naliczane były i pobierane od uczestników bezpośrednich KDPW opłaty specjalne, o których mowa w § 102 ust. 1 pkt. 3 Regulaminu, w tym:

– opłaty za spowodowanie zawieszenia rozrachunku transakcji zawartej w obrocie zorganizowanym lub rozrachunku posttransakcyjnego dokonywanego w związku z taką transakcją, z powodu braku pokrycia na koncie ewidencyjnym lub na rachunku pieniężnym uczestnika – opłaty za każde ponowne skierowanie do rozrachunku transakcji, której rozrachunek nie mógł zostać dokonany w całości lub w części z powodu braku pokrycia na koncie ewidencyjnym lub na rachunku pieniężnym uczestnika, lub za każde ponowne skierowanie do realizacji operacji, która nie mogła zostać zrealizowana z powodu braku pokrycia na koncie ewidencyjnym,

– opłaty za uruchomienie procedury zamknięcia pożyczki w przypadku, o którym mowa w § 73 ust. 3–5 Regulaminu KDPW”.

Ponadto, na podstawie § 108 ust. 1 RKDPW, Uchwałą Nr 533/14 Zarządu KDPW z 6.06.2014 r., zawieszono na czas określony uczestnictwo spółki (domu maklerskiego) w systemie depozytowym. <https://www.nik.gov.pl/kontrolne/wyniki-kontroli-nik>.

⁵⁷ <http://www.orientportfelu.pl/akademia/rozdzial-2.html>.

⁵⁸ Kodeks Dobrej Praktyki Domów Maklerskich – Preambuła oraz § 1 i § 5 (dalej: Kodeks).

⁵⁹ Wyr. NSA z 21.11.2018 r. (GSK 3641/16) dot. podniesienia standardów ochrony informacji poufnej w relacji dom maklerski – klient. Wyr. WSA w Warszawie z 11.02.2016 r. (VI SA/Wa 1334/15): sąd zawiesił prawo wykonywania zawodu maklera papierów wartościowych, m.in. w zw. z naruszeniem regulaminów wewnętrznych domu maklerskiego, stanowiących system ochrony przepływu informacji poufnej. W wyr. NSA z 18.12.2008 r. (II GSK 526/08:LEX nr 522422), sąd uzależnił skuteczność zarzutu naruszenia zasad uczciwego obrotu (opisanych w ustawie o obrocie instrumentami finansowymi) od istnienia normy etycznego postępowania, utrwalonej w obrocie rynkowym wśród uczestników rynku.

niezgodnych z dyspozycjami klienta⁶⁰ (Spyra, 2016b). Ponadto, w świetle omawianego Kodeksu, dom maklerski nie może podejmować żadnych czynności, tj. zarówno faktycznych, jak i prawnych na rzecz podmiotów trzecich, jeżeli działanie takie prowadziłoby do naruszenia tajemnicy informacji zawodowych lub poufnych⁶¹, w tym także nie może korzystać z informacji o stanach, obrotach i zleceniach klientów przy podejmowaniu decyzji na rachunek domu maklerskiego. Regulaminowy zakaz dotyczy też podejmowania decyzji inwestycyjnych na rachunek klienta w oparciu o informacje związane z inwestycjami własnymi domu maklerskiego. Niezależnie od powyższego, dom maklerski został zobowiązany do informowania klienta o istniejących i potencjalnych czynnikach ryzyka wynikających z właściwości poszczególnych, proponowanych klientowi instrumentów finansowych, jak również został zobowiązany nie przedstawiać w produktach informacyjnych pogłosek, w tym innych danych informacyjnych w sposób stroniczy⁶² (por. Rutkowska-Tomaszewska, 2014). Do drugiej z wyróżnionych powyżej kategorii instrumentarium *soft law* ochraniającego uczciwą konkurencję na rynku kapitałowym należy zaliczyć rozwiązania zabezpieczające należyty i profesjonalny poziom usług świadczonych w relacji dom maklerski – klient⁶³. Przywołane regulacje wskazują m.in. na: zakaz wykorzystywania uprzywilejowanej pozycji domu maklerskiego, unikanie powstawania konfliktów interesów, wykonywanie powierzonych czynności z należyłą starannością w dobrej wierze i w interesie klientów, zakaz różnicowania klientów, nakaz rozpoznania potrzeb rynkowych klientów (Chłopecki, Domański, Jurga i Michalik, 1999). Omawiany Kodeks, w celu zabezpieczenia wskazanych w nim zasad i norm funkcjonowania przewiduje za określone naruszenia obrotu rynkowego system sankcji w postaci: upomnienia, nagany, kary pieniężnej, zawieszenia członkostwa oraz usunięcia z izby. Nałożone kary mogą zostać również podane do publicznej wiadomości, włącznie ze wskazaniem treści uchwały (Chłopecki i Dyl, 2019).

2. Zasady Etyki Zawodowej Maklerów i Doradców

Zbiorem regulacji o charakterze *soft law*, istotnie wpływającym na zapewnienie ochrony uczciwej konkurencji na rynku kapitałowym są także Zasady Etyki Zawodowej Maklerów i Doradców. Określają one ramy etyczne, jak również wytyczają standardy dla działań rynkowych wskazanych w nich grup zawodowych, które rozliczają obrót rynkowy z udziałem klientów, tj.: maklera papierów wartościowych, maklera giełd towarowych oraz doradcy inwestycyjnego (Kowalkowski, 2016; Rutkowska-Tomaszewska, 2014; Dziawgo, 2013; Grun, Kohrs, 2009). Podobnie jak w przypadku regulacji omówionego powyżej Kodeksu Dobrej Praktyki Domów Maklerskich, w przypadku Zasad został położony nacisk na stworzenie rozwiązań ochraniających pozycję klienta jako gracza rynku kapitałowego⁶⁴. Stąd też omawiane Zasady definiują samo pojęcie „klienta” oraz wskazują na katalog działań mających na celu jego ochronę⁶⁵. Przede wszystkim klient, zgodnie z postanowieniami Zasad, musi uzyskać rzetelne, kompletne i oddzielone od opinii informacje konieczne

⁶⁰ § 5 ust. 1 i ust. 2 pkt. 2) Kodeksu.

⁶¹ § 5 ust. 3 w zw. z § 6 ust. 2 i § 17 ust. 2 pkt 1) Kodeksu.

⁶² § 10 i § 15 ust. 2 Kodeksu.

⁶³ Wyr. SA w Poznaniu z 27.01.2011 r. (I ACa 989/10) LEX nr 898675. Sąd wyraził w nim pogląd, iż priorytetem dla usług świadczonych w relacji dom maklerski – klient jest szeroko rozumiany interes klienta.

⁶⁴ W wyr. WSA w Warszawie z dnia 8.06.2010 r. (VI SA/Wa 64/10) LEX nr 675920, sąd położył nacisk na obligatoryjne uwzględnianie szerokiego spektrum regulacji „prawa miękkiego” oraz klauzul generalnych – w celu przeprowadzanej, systemowej wykładni zasad uczciwego obrotu rynkowego, jak również uznał, że interes prawny klienta winien być chroniony jako dobro publiczne, a nie tylko dobro indywidualne.

⁶⁵ § 10–§ 15 i § 22 Zasad.

dla podjęcia decyzji inwestycyjnej, a w szczególności musi on uzyskać te informacje, które dotyczą ryzyka inwestycyjnego oraz sposobu realizacji zamierzonych do przeprowadzenia transakcji. Ochrona pozycji rynkowej klienta przejawia się ponadto w zobligowaniu maklerów i doradców do zachowania przez nich tajemnicy zawodowej oraz nieujawniania informacji poufnych⁶⁶ w obrocie instrumentami finansowymi. Analizowane Zasady nakładają też na maklerów i doradców zakaz świadczenia przez te podmioty usług, których realizacja wiązałaby się ze sprzecznym z prawem wykorzystaniem informacji poufnej czy też tajemnicy zawodowej, a także nie zezwalają na wykorzystanie tychże informacji dla ich celów osobistych⁶⁷. Omawiane Zasady dodatkowo stanowią, iż maklerzy oraz doradcy finansowi są zobowiązani wykluczać takie sytuacje, w których wielość wykonywanych zleceń – przyjętych od różnych klientów – prowadziłyby do nieuprawnionego, wyższego pozycjonowania niektórych z klientów, z uwagi na rodzaj i wartość zlecenia danego klienta. Na mocy analizowanych Zasad zostały nałożone na profesjonalistów obrotu kolejne obowiązki mające na celu zabezpieczenie pozycji rynkowej klienta, w tym gwarantujące klientowi uczciwą konkurencję na rynku kapitałowym. Do zbioru takich obowiązków zaliczają się m.in. ujawniane obligatoryjnie klientowi: ryzyko gry rynkowej, adekwatność podejmowanych decyzji do sytuacji finansowej klienta, staranność oraz sumienność w działaniach realizowanych na rzecz klienta – w tym unikanie nieuzasadnionych decyzji inwestycyjnych sprzecznych z aktualną wiedzą podmiotów profesjonalnych oraz sprzecznych z rekomendacjami organu nadzoru czy też z wypowiedziami publicznymi.

V. Podsumowanie

Omówione w niniejszym artykule rozwiązania regulacyjne o charakterze *soft law* w sposób znaczący oraz realny wpływają na zabezpieczenie ochrony uczciwej konkurencji na rynku kapitałowym (Nieborak, 2017; Kolwas, 2008). Zalecenia, nakazy, wytyczne i reguły wynikające z przedstawionego instrumentarium „prawa miękkiego” inicjują zarówno działania rynkowe uczestników, jak również działania organu nadzoru nad rynkiem kapitałowym (Olszak, 2011; Nieborak, 2007). Wobec powyższego należy przyjąć, iż obszar regulacji *soft law* na wskazanym rynku stanowi nie tylko istotne uzupełnienie źródeł prawa w zakresie ochrony uczciwej konkurencji⁶⁸, lecz także wspiera poprzez ustaloną praktykę tworzenie rozwiązań normatywnych, wzmacniających tę ochronę na skutek coraz częściej obserwowanego przekształcania się regulacji „prawa miękkiego” w normy prawa pozytywnego⁶⁹ (Ofiarski, 2016; Wajda, 2014; Biernat, 2012).

⁶⁶ Stanowisko Urzędu KNF „W sprawie wybranych aspektów świadczenia przez firmy inwestycyjne oraz banki, o których mowa w art. 70 ust. 2 Ustawy usług doradztwa inwestycyjnego” z 14. 02.2020 r. wskazuje na podwyższenie standardów świadczenia usług maklerskich, w szczególności usługi doradztwa inwestycyjnego.

W wyr. WSA w Warszawie z 7.11.2014 r. (VI SA/Wa 446/14) LEX nr 2203595, sąd podtrzymał jako zasadną decyzję KNF o skreśleniu z listy maklerów, wydaną min. w oparciu o regulacje *soft law*, tj. § 14 ust. 1 i § 16 „Regulaminu ochrony przepływu informacji poufnych oraz stanowiących tajemnicę zawodową” w domu maklerskim. Wyr. zapadł w oparciu o analogiczne rozwiązania do zawartych w Zasadach Etyki Zawodowej Maklerów i Doradców. Wyrok WSA z dnia 11.02.2016 r. (VI SA/Wa 1334/15). Sąd prawo wykonywania zawodu maklera papierów wartościowych w związku z naruszeniem regulacji ustawowych oraz naruszeniem regulaminów wewnętrznych domu maklerskiego, stanowiących system ochrony przepływu informacji poufnej: <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/4BA424D848>.

⁶⁷ § 24 Zasad.

⁶⁸ Z. Ofiarski wskazuje, że pomimo pozostawania „prawa miękkiego” poza katalogiem źródeł prawa, powstające i funkcjonujące w obrocie gospodarczym regulacje o charakterze *soft law* wpływają w istotnym stopniu zarówno na ewolucję regulacji prawa powszechnie obowiązującego, jak i na zachowania uczestników rynku.

Zgodnie ze stanowiskiem P. Wajda rynek finansowy winien zostać zabezpieczony regulacjami ochraniającymi prowadzony obrót transakcyjny. Natomiast konieczność powoływania do życia kolejnych, adekwatnych dla potrzeb rynku regulacji dotyczy nie tylko tworzenia aktów prawa pozytywnego, lecz także powoływania do życia przez podmioty funkcjonujące na rynku rozwiązań o charakterze *soft law*, co jest zjawiskiem obserwowalnym i wspomagającym organizację rynku.

⁶⁹ § 28 ust. 2 RGPW zawiera odesłanie do norm prawa stanowionego. Wskazuje na normowanie rynku kapitałowego w omawianym obszarze zarówno przez *soft law* jak i przez akty normatywne, w tym przez przywołane w artykule uchwały Zarządu GPW, nakładające sankcje za naruszenie obowiązków informacyjnych.

Bibliografia

- Banaszak, B. (2012). *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*. Wyd. 2. Warszawa: C.H. Beck.
- Bączyk, M., Koziński, M.H., Michalski, M., Pyziół, W., Szumański, A. i Weiss, I. (2000). *Papiery Wartościowe*. Kraków: Zakamycze.
- Biernat, T. (2012). Soft law a proces tworzenia prawa w Unii Europejskiej. Wpływ soft law na konstrukcję i treść uzasadnień aktów normatywnych. *Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały*, nr 2 (11): 27–38.
- Błachnio-Parzych, A. (2011). *Kryminalizacja manipulacji instrumentami finansowymi*. Opublikowano: LEX 2011.
- CFA Society Poland. (2019). Regulacje i kwestie etyczne rynku finansowego. Warszawa: Orlen, CFA Society Poland. Pozyskano z: <http://www.orlenwportfelu.pl/akademia/rozdzial-2.html>.
- Chłopecki, A. (2006). W: A. Szumański (red.), *System prawa prywatnego*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck, Instytut Nauk Prawnych PAN.
- Chłopecki, A. (2013). Zakres, sposób i skutki stosowania „miękkiego prawa”. *Wiadomości Ubezpieczeniowe*, 3.
- Chłopecki, A. i Dyl, M. (2019). *Prawo Rynku Kapitałowego*. Warszawa: C.H. Beck.
- Chłopecki, A. Domański, G. Jurga, R. i Michalik, M. (1999). *Prawo o publicznym obrocie papierami wartościowymi. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck.
- Chojcka, I. (2013). *Naruszenia Zasad Uczciwego Obrotu Giełdowego*, Warszawa: Wydawnictwo C.H.Beck.
- Czechowska, I.D. i Zatoń, W. (2016). Struktura i zawartość kodeksów etyki instytucji bankowych. *Prakseologia*, 1(158).
- Davies, H. (2010). *Globalny nadzór i regulacja sektora finansowego*. Warszawa: WN PWN.
- Dembiński, P.H. (2017). *Etyka i odpowiedzialność w świecie finansów*. Warszawa: Studio EMKA.
- Dziawgo, D. (2013). *Etyka a dystrybucja produktów finansowych*, Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu, nr 311, s. 63–73
- Fedorowicz, M. (2013). *Nadzór nad rynkiem finansowym Unii Europejskiej*. Warszawa: Difin.
- Fedorowicz, M. (2016). Rola i zadania teorii prawa rynku finansowego UE. *Bezpieczny Bank*, 1(62).
- Fedorowicz, M. (2017). O normatywnym pojęciu stabilności finansowej na rynku finansowym Unii Europejskiej w nowej architekturze nadzorczej. *Studia Europejskie*, 4.
- Fedorowicz, M. i Michór, A. (2011). O charakterze prawnym decyzji nowych europejskich organów nadzoru nad rynkiem finansowym UE. *Europejski Przegląd Sądowy*, 11.
- Garlicki, L. (2012). W: K. Hauser, A. Wróbel, Z. Niewiadomski (red.), *Konstytucyjne podstawy funkcjonowania administracji publicznej. Systemy prawa administracyjnego*. (t. II). Warszawa: C.H. Beck.
- Giario, T. (red.). (2016). *Źródła prawa. Teoria i praktyka*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Grun, A. i Kohrs, T. (2009). *Jak etycznie inwestować*. Kraków: Wydawnictwo Salwator.

Stanowisko UKNF w sprawie obowiązków informacyjnych z dn. 26.02.2013 r. uzupełnia ustawową definicję informacji poufnej.

Przyjęta przez GPW „Procedura”. Choć dokument ten nie stanowi regulacji *soft law* to wskazuje RGPW jako składową zbioru aktów prawnych, na zasadzie których emitent jest zobowiązany działać w obrocie giełdowym, jak również zalicza wprost RGPW do „prawa Unii” (vide: pkt. 1.2 lit. f „Procedury”, str. 4): https://www.gpw.pl/procedura_mifid_2.

Komunikat KNF z dn. 29.11.2017 r. <https://dziennikurzedowy.knf.gov.pl/actbymonths>, przywołany powyżej.

Wystąpienie Pokontrolne NIK Departament Gospodarki, Skarbu Państwa i Prywatyzacji P/17/021, z dn. 02.10.2017 r. wskazuje na warunkowanie przyznania pozytywnej oceny pokontrolnej przez NIK od przestrzegania przez KDPW regulacji wewnętrznych, s. 3. <https://www.nik.gov.pl/kontrola/wyniki-kontroli-nik>. Poniżej przykładowo wskazane orzecznictwo, które wykorzystuje regulacje *soft law* z obszaru rynku kapitałowego oraz wywiera wpływ na przekształcanie się regulacji „prawa miękkiego” w normy prawa pozytywnego:

Wyr. NSA z 5.02.2010 r. (I OSK 1026/09) LEX nr 591205, wskazuje, że akty *soft law* mogą stanowić podstawę dla interpretacji innych aktów prawnych.

Wyr. NSA z 21.11.2018 r. (II GSK 3641/16).

W wyr. WSA w Poznaniu z 29.03.2007 r. (III SA/Po 933/06), sąd uznał *soft law* jako regulacje o doniosłym, praktycznym znaczeniu.

W wyr. WSA w Warszawie z 18.11.2011 r. (VII SA/Wa 1335/11) LEX nr 1597996, sąd uznał, że *soft law* nie jest wiążące, jednakże w krajach UE stanowi wsparcie dla dokonywanej wykładni prawa.

W wyr. WSA w Warszawie z 10.12.2012 r. (III SA/Wa 1211/12), LEX nr 1306184, sąd dla określania prawa spółki do zaliczenia wydatków jako kosztów uzyskania przychodu poniesionych przez spółkę w celu dopuszczenia akcji do obrotu – ocenił charakter tych wydatków na zasadzie RGPW oraz RKDPW.

Wyr. WSA w Warszawie z 11.02.2016 r. (VI SA/Wa 1334/15).

Wyr. SA w Warszawie VI Wydział Cywilny z 14.02.2013 r. (VI ACa 1099/12): LEX nr 1299018.

- Helios, J. i Jedlecka, W. (2018). *Wykładnia prawa unii Europejskiej ze stanowiska teorii prawa*. Wrocław: E-Wydawnictwo. Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa. Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego.
- Iwaniec, M. (2020). *Soft law – współczesny instrument regulacji życia gospodarczego*. *iKAR*, 5(9).
- Jabłońska-Bonca, J. (2015). Problemy ze spójnością prawa i regulacjami pozaprawnymi a siła sprawcza państwa – zarys tematu. *Krytyka Prawa*, 7(1).
- Jajuga, K. (2002). *Podstawy inwestowania na rynku papierów wartościowych*. Warszawa: Giełda Papierów Wartościowych w Warszawie S.A.
- Jakubowska, A. Grabowska-Powaga, A. (2015). *Wpływ Zaufania na Podejmowanie Decyzji Podmiotów Gospodarujących na Rynku*, Zeszyty Naukowe Politechniki Śląskiej, Seria: Organizacja i Zarządzanie z. 86, nr kol. 1946
- Jurkowska-Zeidler, A. (2008). *Bezpieczeństwo rynku finansowego w świetle prawa Unii Europejskiej*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Kardas, P. (2017). Ochrona informacji poufnej na gruncie ustawy o obrocie instrumentami finansowymi (analiza karnistyczna na tle regulacji rozporządzenia MAR). W: A. Walaszek-Pyziół (red.), *Informacje gospodarcze. Studium prawne*. Warszawa: C.H. Beck.
- Klimczak, B. (1997). *Etyczne otoczenie rynku kapitałowego*. Wrocław: AE.
- Kolwas, A. (2008). Obowiązki kodeksów Corporate Governance spółek publicznych – uwagi na tle prawnoporównawczym. *Prawo Spółek*, 7–8.
- Koszowski, M.M. (2012). Dwa modele wykładni prounijnej. *Studia Iuridica Lublinensia*, 18.
- Kot, W. (1999). Studia z etyki i socjologii gospodarczej. *Zeszyty Naukowe, AE, Poznań*, 270.
- Kowalkowski, A. (2016). *Rola doradcy w sprzedaży produktu finansowego*, Uniwersytet Rzeszowski Katedra Mikroekonomii, kwartalnik „Nierówności Społeczne A Wzrost Gospodarczy”, Social Inequalities and Economic Growth zeszyt 45 (1/2016), DOI: 10.15584/nsawg.2016.1.48.
- Kurcz, B. (2004). *Dyrektywy Wspólnoty Europejskiej i ich implementacja do prawa krajowego*. Kraków: Zakamycze.
- Kuźniak, B. (2017). *Ius Cogens Soft Law. Dwa bieguny prawa międzynarodowego publicznego*. Kraków: Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego.
- Leszczyński, L. (2019). *Wykładnia prawa Unii Europejskiej*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Martysz, C. (2015). *Manipulacje instrumentami finansowymi i insider trading*, Monografia, Opublikowano: LEX 2015.
- Menkes, D. (2013). Reforma systemów nadzoru finansowego UE i USA ze szczególnym uwzględnieniem kryzysu z lat 2007–2008. *International Journal of Management and Economics*, 37.
- Mik, C. (2005). Wykładnia zgodna prawa krajowego z prawem Unii Europejskiej. W: S. Wronkowska (red.), *Polska kultura prawna a proces integracji europejskiej*. Kraków: Zakamycze.
- Morawski, L. (2014). *Zasady wykładni prawa*. Toruń: „Dom Organizatora”.
- Nieborak, T. (2007). Samoregulacja a rola państwa w sferze regulacji rynku finansowego. W: B. Polzakiewicz, J. Boehlke (red.), *Własność i kontrola w teorii i praktyce (Ekonomia i Prawo, t. 3)*. Toruń: Wydawnictwo Uniwersytetu Mikołaja Kopernika.
- Nieborak, T. (2008). *Aspekty Prawne funkcjonowania rynku finansowego Unii Europejskiej*. Warszawa: Difin.
- Nieborak, T. (2016). *Creation and enforcement of financial market law in the light of the economisation of law*. Poznań: Wydawnictwo Naukowe UAM.
- Nieborak, T. (2017). Soft lex, sed lex? O nowych formach regulacji rynku finansowego Unii Europejskiej. *Przegląd Zachodni*, 2(363).

- Ofiarski, Z. (2016). *Prawo rynku finansowego Doktryna, instytucje, praktyka*. Redakcja naukowa: A. Jurkowska-Zeidler, M. Olszak, Wydawca: Wolters Kluwer, Kod: 0205687.
- Olszak, M. (2011). *Bankowe normy ostrożnościowe*, Białystok: Wydawnictwo Temida 2.
- Oplustil, K. Hotel, M. (2015). Zasady postępowania z informacjami poufnymi na rynku kapitałowym w przypadku transakcji M&A, *Transformacje Prawa Prywatnego*, 3.
- Rowiński, W. (2016). Nakaz dokonywania wykładni pronunijnej jako dyrektywa wykładni systemowej. *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, 1.
- Rutkowska-Tomaszewska, E. (2014). Obowiązki informacyjne firm inwestycyjnych świadczących usługi w ramach działalności maklerskiej wobec klientów detalicznych. W: E. Rutkowska-Tomaszewska (red.), *Regulacje MiFID – skutki prawne dla funkcjonowania rynku finansowego*. Wrocław: E-Wydawnictwo. Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa. Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego.
- Rutkowska-Tomaszewska, E. i Zawadzka, P. (2008). Zadania Komisji Nadzoru Finansowego a sytuacja prawna inwestora na rynku kapitałowym. *Prawo Bankowe*, 5.
- Skuczyński, P. (2008). Soft law w perspektywie teorii prawa. W: O. Bogucki, S. Czepita (red.), *System prawny a porządek prawny*. Szczecin: Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego.
- Spryszak, K. (2017). Rola standardów o charakterze soft law w zakresie kreowania zobowiązań w państwach członkowskich organizacji międzynarodowych. *Humanities and Social Sciences*, 4.
- Spyra, M. (2016). Samoregulacja instytucji rynku kapitałowego. W: M. Stec (red.), *Prawo instrumentów finansowych* (t. 4). Warszawa: C.H. Beck.
- Spyra, M. (2016a). Rynek kapitałowy, rynek finansowy, rynek pieniężny. W: M. Stec (red.), *Prawo instrumentów finansowych* (t. 4). Warszawa: C.H. Beck.
- Spyra, M. (2016b). Ochrona uczciwych mechanizmów wymiany. W: M. Stec (red.), *Prawo instrumentów finansowych* (t. 4). Warszawa: C.H. Beck.
- Spyra, M. (2016c). Ochrona efektywności rynku. Ład informacyjny. W: M. Stec (red.), *Prawo instrumentów finansowych* (t. 4). Warszawa: C.H. Beck.
- Spyra, M. (2016d). Mechanizmy ochrony uczciwego charakteru wymiany. W: M. Stec (red.), *Prawo instrumentów finansowych* (t. 4). Warszawa: C.H. Beck.
- Spyra, M. (2016e). Minimalizacja ryzyka kontrahenta. W: M. Stec (red.), *Prawo instrumentów finansowych* (t. 4). Warszawa: C.H. Beck.
- Thiel, S. (2010). *Rynek kapitałowy i terminowy*. Wyd. II. Warszawa: Komisja Nadzoru Finansowego.
- Wajda, P. (2014). *Przyjęte praktyki rynkowe – status prawny*, Monitor Prawa Bankowego Nr 07-08 (44-45).
- Wierzbowski, M. i Wajda, P. (2019). W: M. Wierzbowski, L. Sobolewski, P. Wajda (red.), *Prawo rynku kapitałowego. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck.

Michał Konrad Derdak*

Między rewolucją a autopromocją. Główne tendencje w odpowiedzi organów ochrony konkurencji na pandemię i kryzys koronawirusa

Spis treści

- I. Wstęp
- II. Stanowiska organizacji i wybranych organów zajmujących się ochroną konkurencji
 1. Stanowisko Europejskiej Sieci Konkurencji (ECN)
 2. Wspólne stanowisko organów amerykańskich (DOJ i FTC)
 3. Stanowisko Grupy Sterującej Międzynarodowej Sieci Konkurencji (ICN)
 4. Komunikat KE o tymczasowych ramach współpracy między przedsiębiorstwami
 5. Inne stanowiska
- III. Główne tendencje w stanowiskach i działaniach organów ochrony konkurencji
 1. Podkreślenie obowiązku przestrzegania prawa konkurencji
 2. Punktowe wyłączenia stosowania prawa konkurencji
 3. Blankietowe zaakceptowanie współpracy między przedsiębiorcami
 4. Zmiany procedur lub sposobu działania organów ochrony konkurencji
 5. Działania na pograniczu regulowania cen
- IV. Podsumowanie

Streszczenie

Krajowe i ponadnarodowe organy ochrony konkurencji, działające indywidualnie lub w ramach sieci międzynarodowych, powszechnie i szybko zareagowały na wybuch pandemii COVID-19 oraz spowodowany nią kryzys. Wydaje się możliwe rozpoznanie pewnych tendencji globalnych w działaniach tych organów. Celem niniejszego artykułu jest zidentyfikowanie najważniejszych takich tendencji, a następnie próba oceny czy były one adekwatne, proporcjonalne oraz oparte na dowodach. Przeprowadzona analiza ma na celu odpowiedź na pytanie, czy działania organów ochrony konkurencji mają raczej charakter autopromocji, czy jednak przynoszą istotne, rewolucyjne zmiany w praktyce stosowania prawa konkurencji.

Słowa kluczowe: prawo konkurencji; COVID-19; kartele kryzysowe; współpraca między przedsiębiorcami.

JEL: K21

* Radca prawny, współpracownik kancelarii Baker & McKenzie Krzyżowski i Wspólnicy sp. k., uczestnik Prawniczych Seminariów Doktorskich w INP PAN; adres e-mail: michal.derdak@bakermckenzie.com; ORCID: 0000-0002-3335-9824. Opinie wyrażone w tym artykule są poglądami autora.

I. Wstęp

Krajowe i ponadnarodowe organy ochrony konkurencji, działające indywidualnie lub w ramach sieci międzynarodowych, zareagowały zaskakująco szybko na wybuch pandemii COVID-19 oraz spowodowany nią kryzys. W celu umiejscowienia tych wydarzeń na osi czasu warto przypomnieć, że w Europie oraz Ameryce Północnej przyspieszenie wzrostu zakażeń nastąpiło w pierwszym tygodniu marca 2020 roku, Światowa Organizacja Zdrowia uznała rozwój zachorowań na COVID-19 za pandemię 11 marca 2020 r., kraje europejskie wprowadzały zaś pierwszy *lockdown* w okresie 11–24 marca 2020 roku. Tymczasem pierwsze oficjalne stanowisko międzynarodowej sieci organów ochrony konkurencji (Europejskiej Sieci Konkurencji, ECN) zostało opublikowane już 23 marca 2020 r.¹ (przy czym we wcześniejszych tygodniach pojawiały się już pojedyncze komunikaty krajowych organów ochrony konkurencji przypominające o obowiązku przestrzegania prawa antymonopolowego lub informujące o postępowaniach dotyczących przypadków jego naruszeń).

Stanowisko ECN rozpoczęło sekwencję podobnych komunikatów innych organizacji i organów ochrony konkurencji i – jak się wydaje – w pewnym stopniu nadało im ton. Chodzi tu w szczególności o wzbudzający kontrowersje (szerzej zostanie to wyjaśnione w dalszej części) fragment mówiący o tym, że zaistniała nadzwyczajna sytuacja może wymagać współpracy przedsiębiorców w celu zapewnienia dostaw i sprawiedliwej dystrybucji brakujących produktów wśród wszystkich konsumentów, ECN nie będzie zaś aktywnie interweniować przeciwko środkom wprowadzonym w tym celu. Już następnego dnia właściwe organy amerykańskie, czyli Wydział Antymonopolowy Departamentu Sprawiedliwości (DOJ) oraz Biuro Konkurencji Federalnej Komisji Handlu (FTC) opublikowały „Wspólne stanowisko antymonopolowe dotyczące COVID-19”², którego zasadniczą część stanowiło wskazanie, że „istnieje wiele sposobów, na które firmy, w tym konkurenci, mogą zaangażować się w prokonkurencyjną współpracę, która nie narusza prawa konkurencji”³.

Kolejne dwa kluczowe dokumenty zostały opublikowane 8 kwietnia 2020 roku. Tego dnia wydała swoje stanowisko Grupa Sterująca Międzynarodowej Sieci Konkurencji (ICN). Dokument pt. „Konkurencja w czasie pandemii COVID-19 oraz po jej zakończeniu”⁴ w znacznej mierze potwierdził wcześniejsze stanowisko ECN. Ponadto w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej opublikowano komunikat Komisji Europejskiej „Tymczasowe ramy na potrzeby oceny kwestii antymonopolowych dotyczących współpracy między przedsiębiorstwami w odpowiedzi na pilne sytuacje wynikające z obecnej pandemii COVID-19”⁵, w którym KE skupiła się na bardziej szczegółowym określeniu dopuszczalnego zakresu i zasad współpracy przedsiębiorców, w tym konkurentów, w obecnej sytuacji.

Już w marcu 2020 roku można było przewidywać, że pandemia oraz spowodowany nią kryzys z bardzo wysokim prawdopodobieństwem istotnie wpłyną na globalną gospodarkę, w tym na konkurencję na rynkach właściwych (co zresztą w późniejszym czasie znalazło potwierdzenie

¹ *Antitrust: Joint statement by the European Competition Network (ECN) on application of competition law during the Corona crisis*. Pozyskano z: https://ec.europa.eu/competition/ecn/202003_joint-statement_ecn_corona-crisis.pdf.

² *Joint antitrust statement regarding COVID-19*. Pozyskano z: <https://www.justice.gov/atr/joint-antitrust-statement-regarding-covid-19>.

³ [...] there are many ways firms, including competitors, can engage in procompetitive collaboration that does not violate the antitrust laws.

⁴ *ICN Steering Group Statement: Competition during and after the COVID-19 Pandemic*. Pozyskano z: <https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2020/04/SG-Covid19Statement-April2020.pdf>.

⁵ Dz.U. C 116 I/02 z 8.4.2020, s. 7.

w danych ekonomicznych). Zatem szybkie i sprawne zidentyfikowanie ryzyka konkurencyjnego oraz zaproponowanie odpowiedzi na to ryzyko przez odpowiednie organizacje i właściwe organy bez wątplenia należy pochwalić. Jednakże, szybkość reakcji jest tylko jednym z aspektów, które należy wziąć pod uwagę, oceniając działania władz antymonopolowych. Co najmniej równie ważne jest bowiem, aby działania te – zarówno legislacyjne, jak i administracyjne – były adekwatne, proporcjonalne oraz oparte na dowodach⁶. Próba analizy odpowiedzi organów ochrony konkurencji na pandemię i kryzys koronawirusa pod tym względem jest podstawowym celem niniejszego artykułu.

W tym kontekście warto odnotować, że większość zauważalnych trendów w ocenianych działaniach organów ochrony konkurencji występuje w bardzo wielu jurysdykcjach na całym świecie, co może potwierdzać daleko posunięte umiędzynarodowienie tej gałęzi prawa. Oczywiście, niektóre organy prezentują wyraźne odrębne stanowiska w wymiarze deklaratywnym lub praktycznym, z kolei inne przejawiają widocznie mniejsze zaawansowanie w poziomie refleksji i analizy antymonopolowej. Niemniej jednak generalna spójność omawianych działań pozwala na próbę podjęcia analizy w wymiarze co do zasady globalnym.

Przy tak zarysowanym zagadnieniu oraz zakresie artykułu niezbędne jest poczynienie na wstępie kilku istotnych zastrzeżeń.

Po pierwsze, metoda zmierzająca do analizy trendów działań organizacji i organów ochrony konkurencji w wymiarze globalnym wiąże się z istotnym problemem dostępu do oryginalnych i pełnych źródeł. Wszystkie akty prawne, akty administracyjne oraz inne dokumenty przytaczane lub komentowane *in concreto* przeanalizowano w oryginale lub w wiarygodnym prywatnym tłumaczeniu. Jednakże, niektóre bardziej ogólne działania lub okoliczności autor zmuszony był odtworzyć i ocenić na podstawie materiałów prasowych oraz opracowań osób trzecich – w szczególności renomowanych prawniczych baz danych lub kancelarii prawnych.

Po drugie, przedstawiono stan prawny na połowę grudnia 2020 roku. O ile organy ochrony konkurencji przejawiały szczególną aktywność w omawianym zakresie w okresie od marca do czerwca, a wiele wcześniej wprowadzonych instrumentów wygasło lub zostało odwołanych jesienią 2020 r., o tyle nie można wykluczyć, że w okresie od połowy grudnia do daty publikacji artykułu dojdzie do istotnego rozwoju sytuacji w zakresie objętym jego treścią. Doświadczenie ostatniego roku pokazuje, że dynamika działań władzy może być znaczna.

Po trzecie, w artykule poddano analizie działania organów ochrony konkurencji z pozycji tego, co w świetle polskich i unijnych doświadczeń można nazwać „klasycznym antytrudem”, a więc zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję oraz zakazu nadużywania pozycji dominującej (względnie zakazu monopolizacji rynku). Jednocześnie autor ma świadomość, że przedmiot regulacji antytrustowych *sensu largo* oraz zakres uprawnień organów ochrony konkurencji może się różnić od tego standardu⁷, w szczególności w krajach nienależących do UE. W związku z tym ocena niektórych działań organów ochrony konkurencji (np. w związku ze stosowaniem rażąco wysokich cen przez przedsiębiorców niemających pozycji dominującej) może

⁶ Oczywiście nie można było oczekiwać działania opartego na dowodach odnoszących się do trwającego wstrząsu. Wydaje się, że skala wpływu pandemii na gospodarkę zarówno dotychczasowego, jak i przyszłego, wciąż jest trudna do oszacowania. Niemniej jednak można oczekiwać posługiwania się wiedzą i doświadczeniami wynikającymi z historycznych kryzysów ekonomicznych o skali regionalnej lub globalnej.

⁷ Skądinąd, zagraniczny prawnik mógłby podobnie oceniać działania Prezesa UOKiK dotyczące przeciwdziałania nadużywaniu przewagi kontraktowej lub zwalczania zatorów płatniczych.

być negatywna ze względów dogmatycznych. Należy też podkreślić, że głównym przedmiotem analizy są działania organów ochrony konkurencji, jednak w celu przedstawienia odpowiedniej perspektywy odniesiono się również do działań prawodawców (czy to organów władzy ustawodawczej czy władzy wykonawczej działających na zasadzie upoważnienia ustawowego lub szczególnych prerogatyw).

II. Stanowiska organizacji i wybranych organów zajmujących się ochroną konkurencji

1. Stanowisko Europejskiej Sieci Konkurencji (ECN)

W piśmiennictwie wskazano, że stanowisko ECN zawiera cztery elementy będące podstawą podejścia tej organizacji obowiązującego od marca 2020 roku, które następnie nie uległy zmianie ani rozszerzeniu, a jedynie były powtarzane i komentowane (Šmejkal, 2020, s. 2–3). Po pierwsze, stanowisko ECN opiera się na spostrzeżeniu, że zaistniała w wyniku pandemii wyjątkowa sytuacja może wymagać współpracy przedsiębiorców⁸, w szczególności w zakresie produkcji oraz dostarczania produktów deficytowych. W stanowisku nie wskazano wprost, że ta możliwość dotyczy również współpracy konkurentów, lecz także tego nie wyłączone. Po drugie, omawiane stanowisko zawiera deklarację, że organy ochrony konkurencji nie będą aktywnie interweniować w sprawach koniecznych i tymczasowych środków stosowanych przez przedsiębiorców w celu zapobieżenia niedoborom podaży. ECN uzasadnia to wprost stwierdzeniem, że „nie jest prawdopodobne, aby takie rozwiązania były problematyczne, ponieważ albo nie będą stanowiły ograniczenia konkurencji w rozumieniu Artykułu 101 TFUE/53 EOG, albo będą przynosić korzyści, które najprawdopodobniej przeważą nad ewentualnymi ograniczeniami”⁹. Po trzecie, wspomniane organy nie będą tolerowały wykorzystywania obecnej sytuacji przez przedsiębiorstwa zawierające porozumienia kartelowe lub nadużywające pozycji dominującej. W tym kontekście wskazano wprost, że istotne produkty, takie jak maseczki ochronne lub żel dezynfekujący muszą pozostać dostępne po konkurencyjnych cenach. Po czwarte, obowiązujące zasady prawa konkurencji pozwalają na adaptację do sytuacji wyjątkowych, a organy ochrony konkurencji dysponują mechanizmami wzięcia pod uwagę wyjątkowych okoliczności rynkowych i ekonomicznych.

W mojej ocenie, w celu pełnej analizy stanowiska ECN należy dodatkowo podkreślić dwa jego mniej eksponowane elementy. Po pierwsze, podkreślono, że przedsiębiorca mający wątpliwości co do zgodności z prawem planowanych przez niego środków w związku z kryzysem może się zwrócić o nieformalne wskazówki (wyjaśnienia) do KE, Urzędu Nadzoru EFTA lub właściwego krajowego organu ochrony konkurencji. Po drugie, przypomniano, że zgodnie z obowiązującymi zasadami prawa konkurencji producenci mogą określać maksymalne ceny odsprzedaży swoich towarów.

⁸ Stanowisko ECN posługuje się określeniem „spółki kapitałowej” (*companies*), w odróżnieniu od standardowo używanego w kontekście prawa konkurencji pojęcia „przedsiębiorstwa” (*undertaking*). W mojej ocenie jest to wyłącznie wynik uproszczenia języka na potrzeby dokumentu niebędącego aktem prawnym ani nawet *soft law*. Nie ma bowiem uzasadnienia dla wyłączenia z optyki stanowiska ECN zachowania spółek osobowych lub przedsiębiorców działających w jakiegokolwiek innej formie. Mając na względzie powyższe oraz pozostając w konwencji polskiego języka prawnego i prawniczego posługuję się pojęciem przedsiębiorcy.

⁹ [...] *such measures are unlikely to be problematic, since they would either not amount to a restriction of competition under Article 101 TFEU/53 EEA or generate efficiencies that would most likely outweigh any such restriction.*

2. Wspólne stanowisko organów amerykańskich (DOJ i FTC)

We wspólnym stanowisku Departamentu Sprawiedliwości (United States Department of Justice, DOJ) i Federalnej Komisji Handlu (Federal Trade Commission, FTC) można wyróżnić trzy główne elementy. Po pierwsze, podobnie jak ECN, organy amerykańskie uznały konieczność – w warunkach pandemii – współpracy przedsiębiorców, przy jednoczesnym podkreśleniu, że oceny takiej współpracy w zasadzie można dokonać w oparciu o już obowiązujące przepisy i dotychczas stosowane wytyczne. Po drugie, w omawianym dokumencie, podobnie jak w stanowisku ECN, podkreślono obowiązek przestrzegania prawa i zapowiedziano stanowczą egzekucję poważnych naruszeń. Po trzecie, dokument przewiduje modyfikację procedury weryfikacji przez DOJ planowanych działań przedsiębiorców, o ile są one związane z COVID-19.

DOJ i FTC podkreśliły, że zaistniała sytuacja będzie wymagała kooperacji „na bezprecedensową skalę” między zarówno władzami różnych szczebli, jak i przedsiębiorcami, ale jednocześnie wskazały, że „jest wiele sposobów, na które firmy, w tym konkurenci, mogą zaangażować się w prokonkurencyjną współpracę, która nie narusza prawa antytrustowego”¹⁰. Przytoczone w dokumencie przykłady takiej współpracy oparte na obowiązujących przepisach i wytycznych stosowanych od przeszło 20 lat to: (i) współpraca w zakresie badań i rozwoju zwiększająca efektywność; (ii) wymiana technicznego know-how; (iii) wspólne wypracowanie fakultatywnych standardów działania w zarządzaniu pacjentami, które może wiązać się z przekazywaniem pewnych informacji; (iv) porozumienia zakupowe między dostawcami usług zdrowotnych, których celem jest np. zwiększenie efektywności procesu zakupowego lub zmniejszenie kosztów transakcyjnych; (v) wspólny lobbying wobec władz federalnych.

Szczególnymi rodzajami współpracy, które mogą być konieczne wyjątkowo w warunkach pandemii COVID-19 są z kolei współpraca zakładów opieki zdrowotnej w dostarczaniu środków ochrony indywidualnej, zaopatrzenia medycznego lub opieki zdrowotnej, a także wspólna produkcja, dystrybucja lub świadczenie usług przez przedsiębiorców w celu zapewnienia dostaw deficytowych produktów związanych z przeciwdziałaniem COVID-19. Takie działania muszą być ograniczone czasowo, a ich nadrzędnym celem musi być „zapewnienie Amerykanom towarów lub usług, które bez tych działań mogłyby nie być dostępne”¹¹.

Jeśli chodzi o podkreślenie obowiązku przestrzegania prawa konkurencji, to DOJ i FTC zadeklarowały, że będą pociągały do odpowiedzialności cywilnej lub karnej firmy i osoby wykorzystujące pandemię do „niszczenia konkurencji lub żerowania na wrażliwych Amerykanach”¹². Jako przykłady niedopuszczalnego zachowania wskazano porozumienia prowadzące do podwyżki cen, obniżki wynagrodzeń, zmniejszenia podaży lub pogorszenia jakości, zmony przetargowe, podział rynków, a także wykorzystywanie przez monopolistów ich pozycji rynkowej do działań wykluczających.

Wspólne stanowisko zawiera również szkic zmian proceduralnych dotyczących (funkcjonujących już wcześniej) możliwości indywidualnego konsultowania przez przedsiębiorców zgodności z prawem konkurencji planowanych działań rynkowych. Efektem takich konsultacji może być oświadczenie organu o zamiarze egzekwowania prawa konkurencji (*antitrust enforcement intentions*) w związku z ujawnionymi przez przedsiębiorcę planami. Taka procedura trwa standardowo kilka

¹⁰ [...] there are many ways firms, including competitors, can engage in procompetitive collaboration that does not violate the antitrust laws.

¹¹ [...] provide Americans with products or services that might not be available otherwise.

¹² [...] subvert competition or prey on vulnerable Americans.

miesiący. DOJ i FTC zadeklarowały zarazem, że podejmą starania, aby odpowiadać na pytania przedsiębiorców jak najszybciej, a na te związane ze zdrowiem i bezpieczeństwem publicznym w terminie siedmiu dni od otrzymania niezbędnych informacji. Gdyby ze względu na szczególną pilność sprawy nawet ten skrócony termin odpowiedzi był niesatysfakcjonujący dla przedsiębiorcy, to DOJ i FTC odsyłają do wspomnianych już wyżej stosowanych od wielu lat wytycznych jako instrumentu pomocnego w dokonaniu samooceny planowanych działań przez samego przedsiębiorcę. Wydane w tych okolicznościach oświadczenie będzie odnosiło skutek przez rok.

3. Stanowisko Grupy Sterującej Międzynarodowej Sieci Konkurencji (ICN)

Stanowisko Grupy Sterującej Międzynarodowej Sieci Konkurencji (International Competition Network, ICN) w znacznej mierze jest zbieżne ze stanowiskiem ECN. Przede wszystkim ICN rozpoznaje możliwą potrzebę współpracy w obecnej sytuacji między (co tym razem wskazano wprost) konkurentami. Jednocześnie wskazuje, że współpraca ta będzie dopuszczalna w zakresie, w jakim pozwala na to właściwe prawo, a zatem potwierdza, że obowiązujące zasady prawa konkurencji pozwalają na adaptację do sytuacji wyjątkowych. Organy ochrony konkurencji będą jednak reagować na próby wykorzystywania kryzysu poprzez zawieranie porozumień naruszających konkurencję lub dokonywanie antykonkurencyjnych koncentracji. ICN również przykłada najwyższą wagę do tego, aby towary i usługi, w szczególności te istotne dla zdrowia publicznego, „pozostały dostępne po konkurencyjnych cenach”. Wpisuje się tym samym w trend podkreślania obowiązku przestrzegania prawa konkurencji, wskazując wprost, że „zapewnienie konkurencji długoterminowo jest krytyczne dla dobra konsumentów, funkcjonowania rynków i naszych gospodarek”¹³. Z kolei w kontekście zapewnienia przedsiębiorcom wsparcia, ICN podkreśla, że bezpośrednia i otwarta komunikacja ze strony organów ochrony konkurencji ma krytyczne znaczenie w czasie kryzysu, a wszelkie zmiany proceduralne oraz nowe wytyczne powinny być jasne, przejrzyste i publikowane odpowiednio szybko.

4. Komunikat KE o tymczasowych ramach współpracy między przedsiębiorstwami

Komunikat KE o tymczasowych ramach współpracy między przedsiębiorstwami (dalej: Komunikat) jest najbardziej obszernym i szczegółowym z omawianych w artykule dokumentów, a jego zasadniczą część stanowi opis głównych kryteriów oceny kwestii antymonopolowych w projektach współpracy między przedsiębiorstwami mających usunąć niedobory podstawowych produktów i usług w czasie pandemii COVID-19. Uzasadnieniem ekonomicznym dla wydania Komunikatu jest związany z pandemią gwałtowny wzrost popytu na niektóre produkty i usługi, w szczególności związane z sektorem zdrowia¹⁴. Nadrzędnym celem dozwolonej w świetle Komunikatu współpracy przedsiębiorstw jest zlikwidowanie lub przynajmniej złagodzenie skutków kryzysu z korzyścią dla obywateli oraz usunięcie niedoborów tych podstawowych produktów i usług¹⁵. W ocenie KE skutki kryzysu mogą obejmować konieczność znaczącego i szybkiego zwiększenia produkcji towarów brakujących kosztem zmniejszenia produkcji innych towarów (przy czym maksymalną wydajność produkcji można byłoby osiągnąć w przypadku produkcji tylko jednego rodzaju leku

¹³ *Maintaining competition in the long term is critical to benefit consumers, the functioning of markets, and our economies.*

¹⁴ Pkt 2) Komunikatu.

¹⁵ Pkt 3)–4) Komunikatu.

w jednym zakładzie) oraz konieczność realokacji zapasów, co według KE będzie wymagało od przedsiębiorstw przekazywania lub wymiany informacji na temat sprzedaży i stanu zapasów¹⁶.

KE wskazała, że odpowiedzią na opisane ryzyko i jego skutki może być współpraca w sektorze zdrowia polegająca na powierzeniu stowarzyszeniu branżowemu lub niezależnemu podmiotowi trzeciemu np. koordynacji wspólnego transportu materiałów produkcji; określania listy leków, co do których istnieje ryzyko niedoboru; gromadzenia informacji na temat produkcji i zdolności współpracujących przedsiębiorstw (bez wymiany informacji indywidualnych); opracowania modelu pozwalającego przewidywać popyt na szczepłu państw członkowskich; przekazywania zagregowanych informacji na temat luk w podaży oraz pytanie współpracujących przedsiębiorstw (indywidualnie), czy mogą wypełnić lukę w podaży w celu zaspokojenia popytu. W ocenie KE takie działania nie rodzą problemów w zakresie ochrony konkurencji, o ile są one prowadzone zgodnie z jej wytycznymi horyzontalnymi¹⁷.

Jednakże KE wymienia również inne działania, które zaakceptuje w kontekście pandemii, a które wykraczają poza zakres dozwolony w świetle dotychczas stosowanych wytycznych. Jako przykłady takich działań wskazano: koordynowanie przeorganizowania produkcji w celu jej zwiększenia i zoptymalizowania, jeżeli takie przeorganizowanie umożliwiłoby producentom zaspokojenie popytu na leki pilnie potrzebne we wszystkich państwach członkowskich, a także bardziej ogólnie wspólne dostosowanie produkcji, zarządzania zapasami i dystrybucji, wraz z wymaganą w tym celu wymianą informacji. KE potwierdziła, że w zwykłych okolicznościach taka wymiana informacji i koordynacja między przedsiębiorstwami byłaby problematyczna w świetle unijnego prawa konkurencji. Jednakże, w związku z pandemią egzekwowanie przepisów w tym zakresie nie będzie dla KE priorytetem (przez co w mojej ocenie należy rozumieć, że KE odstąpi od stosowania obowiązującego prawa w związku z takimi porozumieniami), o ile środki takie będą obiektywnie niezbędne i celowe, tymczasowe oraz proporcjonalne.

KE wskazała również, że w razie „nadrzędnego wezwania”¹⁸ do współpracy, skierowanego przez organy publiczne do przedsiębiorstw, współpraca jest dozwolona. Z kolei fakt zachęcania do współpracy oraz koordynowania jej przez organ publiczny będzie przemawiać za stwierdzeniem, że współpraca nie będzie problematyczna¹⁹.

Komunikat zawiera również opis wyjątkowej procedury udzielania doraźnych wskazówek dotyczących konkretnych projektów współpracy mających usunąć niedobory podstawowych produktów i usług w czasie pandemii COVID-19. Podstawową nowością jest gotowość KE „w celu zwiększenia stopnia pewności prawa”, ale jednocześnie „na zasadzie wyjątku i według własnego uznania” udzielanie takich wskazówek w drodze doraźnych pism o braku zastrzeżeń, czyli tzw. *comfort letters*²⁰. Poza tym KE poinformowała o otwarciu nowych kanałów komunikacji z przedsiębiorcami w celu uzyskania nieformalnych wskazówek na temat konkretnych inicjatyw.

¹⁶ Pkt 10) Komunikatu.

¹⁷ Pkt 12)–13) Komunikatu.

¹⁸ Pojęcie „nadrzędnego wezwania”, pochodzące *expressis verbis* z polskiej wersji językowej Komunikatu, jest niejasne. W szczególności, nie można jednoznacznie stwierdzić, czy odnosi się ono do ustalonego w orzecznictwie i piśmiennictwie pojęcia „działania pod przymusem państwa”. Podobnie nieprecyzyjne jest określenie *imperative request* użyte w wersji angielskiej. W świetle niespójności używanych określeń z powszechnie zaakceptowanymi pojęciami używanymi w języku prawniczym należy założyć, że zakres omawianego punktu Komunikatu nie jest zgodny ze współpracą podjętą przez przedsiębiorców wskutek obowiązków nałożonych na nich wprost przez właściwe organy publiczne.

¹⁹ Pkt 14)–16) Komunikatu.

²⁰ Pkt 18) Komunikatu.

Wreszcie KE podkreśliła, że będzie ściśle i aktywnie monitorowała rynek, w celu zidentyfikowania naruszeń prawa polegających na zawieraniu porozumień antykonkurencyjnych lub nadużywaniu pozycji dominującej²¹.

Można zatem skonstruować, że Komunikat oparty jest na tych samych kluczowych filarach, co wcześniejsze stanowiska, zwłaszcza ECN oraz ICN, choć bardziej szczegółowo opisanych i uzasadnionych.

5. Inne stanowiska

Podobne w swojej wymowie i treści stanowiska wydał szereg krajowych organów ochrony konkurencji, m.in. Wielkiej Brytanii, Japonii, Nowej Zelandii czy krajów BRICS. Ponadto, wiele organów antymonopolowych z krajów europejskich w indywidualnych wypowiedziach podkreśliło zamiar działania zgodnie ze stanowiskiem ECN.

Na szczególną uwagę zasługuje działanie brytyjskiego organu ochrony konkurencji, który „z zadowoleniem przyjął” złagodzenie przez brytyjski rząd niektórych reguł prawa konkurencji, umożliwiające konieczną w czasie epidemii współpracę między sieciami sprzedaży detalicznej²². Chodzi tu o dekret, który czasowo wyłącza stosowanie zakazu porozumień antykonkurencyjnych do niektórych porozumień między detalistami spożywczymi, dostawcami i operatorami logistycznymi²³, dopuszczający m.in. porozumienia w sprawie koordynacji oferowanego asortymentu, godzin otwarcia sklepów, bieżącej wymiany informacji o zapasach czy współdzielenia siły roboczej. Dekret ten spotkał się z krytyką. Z jednej strony wskazywano, że z prawnego punktu widzenia był on zbyt szeroki, albowiem do tych samych wniosków można dojść na podstawie obowiązującego prawa konkurencji²⁴. Z drugiej zaś – zarzucano, że takie blanketowe wyłączenie stanowi zachętę dla spółek do antykonkurencyjnej koordynacji, a bez określenia szczegółowych zasad współpracy niemożliwe jest oddzielenie zachowań zgodnych i niezgodnych z prawem (Costa-Cabral, Hancher, Monti i Ruiz Feases, 2020, s. 15–16)²⁵.

III. Główne tendencje w stanowiskach i działaniach organów ochrony konkurencji

1. Podkreślenie obowiązku przestrzegania prawa konkurencji

Najbardziej powszechnym elementem stanowisk i działań organów ochrony konkurencji w związku z pandemią i wywołanym nią kryzysem, obecnym również we wszystkich dokumentach omówionych bardziej szczegółowo w części II artykułu, jest podkreślenie obowiązku przestrzegania przez przedsiębiorców prawa konkurencji, w szczególności zaś zakazu zawierania karteli i innych niedozwolonych porozumień. Wydaje się to racjonalnym działaniem w antycypacji zwiększonej motywacji przedsiębiorców do podejmowania działań niezgodnych z prawem wynikającej z trudności ekonomicznych (Costa-Cabral i in., 2020, s. 13). Jednocześnie, podejście organów ochrony

²¹ Pkt 20) Komunikatu.

²² <https://www.gov.uk/government/news/covid-19-cma-approach-to-essential-business-cooperation>.

²³ Competition Act 1998 (Groceries) (Coronavirus) (Public Policy Exclusion) Order 2020, UKSI 2020, No. 369.

²⁴ <https://www.dlapiper.com/en/uk/insights/publications/2020/04/relaxation-of-the-competition-rules-for-the-covid19/>.

²⁵ Skądinąd, brytyjski rząd przyjął podobny dekret, The Competition Act 1998 (Health Services for Patients in England) (Coronavirus) (Public Policy Exclusion) Order 2020, UKSI 2020 No. 368, <https://www.legislation.gov.uk/ukSI/2020/368/contents/made>, w odniesieniu do współpracy podmiotów świadczących opiekę zdrowotną w celu uzgodnienia zasad świadczenia tej opieki w związku z pandemią, które wydaje się znacznie bardziej uzasadnione.

konkurencji oraz prawodawców jest zasadniczo odmienne, niż miało to miejsce w przypadku historycznych dużych wstrząsów ekonomicznych związanych z kolejnymi recesjami (panikami) oraz wojnami²⁶. W wyniku kryzysów gospodarczych pod koniec XIX wieku, a także w czasie obu wojen światowych i Wielkiego Kryzysu doszło bowiem do przynajmniej częściowego zawieszenia zasad antytrystu. Wiązało się to z ogólną opinią o „zgubnej konkurencji” (*ruinous competition*, dosł. rujnującej konkurencji), zgodnie z którą konkurencja w związku z inherentnymi cechami gospodarki kapitalistycznej może być marnotrawna, destrukcyjna i nieuczciwa, a także prowadzić do trwałych negatywnych zmian rynkowych (Orbach, 2020, s. 33–34 i cytowana tam literatura). Należy jednocześnie podkreślić, że zawieszenie zasad prawa konkurencji nie przynosiło oczekiwanych skutków w postaci stabilizacji ekonomicznej, a wręcz pogłębiało kryzysy. Na przykład, w 1933 roku rząd Stanów Zjednoczonych dopuścił do kartelizacji rynków rolnych w odpowiedzi na skokowy spadek popytu oraz wynikający z niego spadek cen i dochodów rolników. Miało to doprowadzić do ograniczenia podaży, kontroli dystrybucji i wreszcie stabilizacji cen, lecz – mimo zawarcia między niektórymi przedsiębiorcami porozumień, które w zwykłych warunkach byłyby niedopuszczalne – nie wywarło ogólnego wpływu na rynek, co skłoniło rząd do zmiany strategii i głębokiej regulacji sektora rolnego, z subsydiami i skupem interwencyjnym włącznie (Hoffman i Libecap, 1994, s. 216–217).

Należy podkreślić, że w czasie ostatnich globalnych wstrząsów ekonomicznych, np. tzw. wielkiej recesji w latach 2007–2009, koncepcja zgubnej konkurencji nie była już popularna, a tym samym co do zasady nie postulowano zawieszenia zasad antytrystu. Niemniej jednak w wielu przypadkach powołane do tego organy decydowały się na łagodniejsze podejście do egzekwowania prawa konkurencji (Orbach, 2020, s. 35). W związku z trwającym kryzysem koronawirusa, przynajmniej dotychczas, zarówno w sferze deklaratywnej, jak i w praktyce działania legislacyjnej oraz administracyjnej – oczywiście z pewnymi wyjątkami, o których niżej – nie są widoczne istotne odstępstwa od stosowania prawa konkurencji. O ile obecna sytuacja może wzmocnić trendy obecne przed wybuchem pandemii, o tyle trudno przewidywać, aby wystąpiły wcześniej nieznanne tendencje, które wywrą trwały wpływ na prawo i politykę ochrony konkurencji w Europie (Šmejkal, 2020, s. 1–2). W mojej ocenie takie podejście należy pochwalić i zdecydowanie poprzeć. Po pierwsze, jest ono spójne z dowodami historycznymi jednoznacznie wskazującymi, że w realiach ekonomii kapitalistycznej zawieszenie stosowania zasad prawa konkurencji nie przynosi oczekiwanych pozytywnych skutków, a wręcz może mieć negatywne konsekwencje. Po drugie, odmienne podejście oznaczałoby w swej istocie podważenie zaufania do gospodarki rynkowej, a tylko w takiej gospodarce konkurencja jest nieodzowna, a jej ochrona – uzasadniona.

W związku z omawianym podkreśleniem obowiązku przestrzegania zasad antytrystu organy ochrony konkurencji wielokrotnie nadawały priorytet kontroli zachowania przedsiębiorców oraz wdrażania zasad prawa konkurencji w szczególnie wrażliwych sektorach gospodarki, dotyczących takich produktów, jak środki dezynfekcyjne, maseczki i wyroby medyczne, lekarstwa czy żywność. Mimo że trafne wydaje się nadawanie owego priorytetu nadzorowi nad tymi rynkami, które są szczególnie istotne dla dobrobytu konsumentów, to takie podejście wydaje się co do zasady chybione w kontekście zakazu zawiązywania karteli (przy czym należy przyznać, że może być

²⁶ Oczywiście, że względu na amerykańskie źródła prawa antymonopolowego, znaczące doświadczenia historyczne w tym zakresie są w zasadzie ograniczone do prawa i polityki Stanów Zjednoczonych.

uzasadnione w kontekście nadużywania pozycji dominującej). W sytuacji skokowo zwiększonego popytu, z którym mieliśmy do czynienia w przypadku wszystkich wskazanych kategorii produktów poza żywnością, przedsiębiorcy nie mają bowiem istotnej zachęty do zawierania porozumień antykonkurencyjnych. Ten aspekt działania organów i organizacji ochrony prawa konkurencji ujawnia się w związku z blankietowym akceptowaniem współpracy między przedsiębiorcami, w związku z czym zostanie szerzej omówiony w punkcie 3 poniżej.

2. Punktowe wyłączenia stosowania prawa konkurencji

Opisany trend podkreślania obowiązku przestrzegania zasad antytrustu nie jest absolutny, co przejawia się co do zasady na dwa sposoby²⁷. Po pierwsze, niektóre organy wprost wyłączyły lub ograniczyły stosowanie zasad prawa konkurencji w czasie kryzysu koronawirusa w sektorach gospodarki, w których doszło do istotnych wstrząsów. Odpowiednie decyzje można podzielić na takie, które dotyczą rynków, na których doszło do skokowej nadwyżki podaży oraz takie, które dotyczą rynków, na których doszło do skokowej nadwyżki popytu. Po drugie, niektóre organy w sferze deklaratywnej prezentowały wspomniane stanowisko, jednak z praktyki ich działania lub innych elementów komunikacji można wywnioskować, że ich oświadczenia o niezmiennym stosowaniu prawa konkurencji nie odnoszą się do określonych sektorów lub sytuacji.

Jeżeli chodzi o punktowe wyłączenia prawa konkurencji dokonywane wprost, to jako przykład działania odnośnie do rynków, na których doszło do skokowej nadwyżki podaży, należy omówić działania KE w odniesieniu do niektórych rynków rolnych oraz działania niemieckiego organu ochrony konkurencji w odniesieniu do sektora motoryzacyjnego. Z kolei jako przykłady działania odnośnie do rynków, na których doszło do skokowej nadwyżki popytu, należy omówić przypadki organów chińskiego i islandzkiego odnośnie do – odpowiednio – produkcji i dystrybucji leków.

KE, działając na podstawie art. 222 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1308/2013 z dnia 17 grudnia 2013 r. ustanawiającego wspólną organizację rynków produktów rolnych oraz uchylającego rozporządzenia Rady (EWG) nr 922/72, (EWG) nr 234/79, (WE) nr 1037/2001 i (WE) nr 1234/2007 (Dz.U. L 347 z 20.12.2013, s. 671), wydała trzy rozporządzenia wykonawcze²⁸ efektywnie zawieszające stosowanie art. 101 TFUE w trzech sektorach produkcji rolnej szczególnie dotkniętych przez wybuch pandemii. Przyczyny takiego posunięcia w odniesieniu do rynków drzew żywych, kwiatów ciętych i podobnych roślin, ziemniaków do przetwórstwa oraz mleka surowego zostały szczegółowo opisane w motywach wspomnianych rozporządzeń wykonawczych. W każdym ze wskazanych przypadków w następstwie pandemii oraz podjętych w jej wyniku działań rządów (m.in. zawieszenia działalności sektora gastronomicznego i hotelarskiego)

²⁷ Odosobnione są przypadki bardziej ogólnego zawieszenia reguł prawa konkurencji, tak jak miało to miejsce w Brazylii w okresie od 12 czerwca do 30 października 2020 roku, kiedy to na podstawie nowelizacji tamtejszej ustawy antytrustowej brazylijski organ ochrony konkurencji nie mógł prowadzić postępowań ani wydawać decyzji w sprawach dotyczących sprzedaży towarów i usług poniżej kosztów, czyli stosowania cen drapieżnych ani w sprawach dotyczących zakończenia lub ograniczenia działalności gospodarczej bez rzeczowego uzasadnienia. Z kolei w ustawodawstwie Nowej Zelandii wprowadzono zasadę, że organ ochrony konkurencji może dopuścić stosowanie porozumień zawierających „postanowienia kartelowe” przez okres prowadzenia swojego postępowania wyjaśniającego, czy porozumienie rzeczywiście narusza prawo.

²⁸ Chodzi o rozporządzenie wykonawcze Komisji (UE) 2020/594 z dnia 30 kwietnia 2020 r. zezwalające na zawieranie porozumień i wydawanie decyzji w zakresie środków stabilizacji rynku w sektorze drzew żywych i pozostałych roślin, bulw, korzeni i podobnych, kwiatów ciętych i liści ozdobnych (Dz.U. L 140 z 4.5.2020, s. 17), rozporządzenie wykonawcze Komisji (UE) 2020/593 z dnia 30 kwietnia 2020 r. zezwalające na zawieranie porozumień i wydawanie decyzji w zakresie środków stabilizacji rynku w sektorze ziemniaków (Dz.U. L 140 z 4.5.2020, s. 13) oraz rozporządzenie wykonawcze Komisji (UE) 2020/599 z dnia 30 kwietnia 2020 r. zezwalające na zawieranie porozumień i wydawanie decyzji w zakresie planowania produkcji w sektorze mleka i przetworów mlecznych (Dz.U. L 140 z 4.5.2020, s. 37).

nastąpiło gwałtowne (nawet o 80% w okresie kilku tygodni²⁹) załamanie popytu na odpowiednie produkty, a w konsekwencji równie gwałtowny spadek cen (nawet do 90%³⁰).

Zgodnie z art. 222 rozporządzenia 1308/2013, w okresach występowania poważnych zakłóceń na rynkach Komisja może przyjąć akty wykonawcze stanowiące, że art. 101 ust. 1 TFUE nie powinien mieć zastosowania do porozumień i decyzji producentów rolnych i ich organizacji producentów, pod warunkiem, że nie zakłócają one właściwego funkcjonowania rynku wewnętrznego oraz mają na celu wyłącznie ustabilizowanie danego sektora. Dane ekonomiczne przytoczone w motywach wspomnianych trzech rozporządzeń wykonawczych wydają się nie pozostawiać wątpliwości, iż wskutek wybuchu pandemii istotnie doszło do poważnych zakłóceń na odpowiednich rynkach rolnych. W związku z tym, na mocy rozporządzeń wykonawczych KE pozwołała rolnikom (producentom rolnym) oraz ich organizacjom na zawieranie porozumień oraz wydawanie wspólnych decyzji w zakresie (w różnych konfiguracjach w poszczególnych rozporządzeniach) wycofania z obrotu i bezpłatnej dystrybucji produktów, ich przekształcania, przetwarzania, przechowywania, wspólnej promocji i tymczasowego planowania produkcji (w tym jej wielkości).

Rozporządzenia wyraźnie stanowią jednak, że nie są nimi objęte (a zatem pozostają zakazane) porozumienia i decyzje, które bezpośrednio lub pośrednio prowadzą do podziału rynków, dyskryminacji ze względu na przynależność państwową lub do ustalania cen. Jednakże ich celem (zarówno wywodzonym z treści regulacji, jak również wprost zadeklarowanym w ich motywach lub nawet tytułach) jest „stabilizacja rynku”, co w świetle przyczyn wprowadzenia rozporządzeń należy oczywiście rozumieć jako ograniczenie podaży oraz podwyższenie cen lub ich utrzymanie na sztucznie zawyżonym poziomie. Ostatecznie można rozumieć opisywane przepisy jako próbę rozłożenia negatywnych skutków ekonomicznych kryzysu stosunkowo równo pomiędzy producentów ze wskazanych sektorów, a częściowo także na tych nabywców, którzy pozostali aktywni po stronie popytowej rynków – tak, aby skutki te możliwie jak najmniej wpłynęły na strukturę właściwych rynków produkcji rolnej (tj. aby jak najmniej producentów upadło).

Mimo historycznych dowodów na ograniczoną skuteczność dopuszczenia kartelizacji rynków rolnych (zob. pkt 1 powyżej), można racjonalnie wyjaśnić ekonomiczny cel rozporządzeń, czyli sterowane ograniczenie podaży w odpowiedzi na naturalne ograniczenie popytu. Jednocześnie należy się zgodzić, że bez specjalnej regulacji dopuszczającej zawieranie porozumień o cechach karteli w celu ograniczenia skutków kryzysu ekonomicznego (tj. karteli kryzysowych) nie sposób ich dopuścić ani na podstawie efektywnościowej (art. 101 ust. 3 TFUE, art. 8 ust. 3 uokik), ani w drodze elastycznej praktyki orzeczniczej (tak na gruncie prawa polskiego Jurkowska-Gomułka, 2014, s. 285). Zatem założywszy poprawność wspomnianego celu ekonomicznego, opisana odpowiedź KE na sytuację kryzysową we wskazanych sektorach produkcji rolnej wydaje się adekwatna. Jednakże w szerszej perspektywie nie można pominąć konstatacji, że odpowiedź ta może mieć negatywne skutki w postaci sztucznie zawyżonych cen dla kontrahentów i konsumentów, którzy też muszą się mierzyć z kryzysem ekonomicznym. Mimo przestrzeni do dyskusji, może to budzić istotne wątpliwości z perspektywy celów prawa i polityki konkurencji. W mojej ocenie fakt pominięcia tej okoliczności prowadzi do wniosku, że KE wydała omawiane rozporządzenia

²⁹ Por. motyw (9) rozporządzenia wykonawczego 2020/594.

³⁰ Por. motyw (8) rozporządzenia wykonawczego 2020/593.

w ramach swoich funkcji związanych z regulacją rynku rolnego, a więc w oderwaniu od (a może nawet w zaprzeczeniu) paradygmatu ochrony konkurencji.

Warto również przytoczyć pismo niemieckiego organu ochrony konkurencji (*Bundeskartellamt*) z 9 czerwca 2020 roku, adresowanego do niemieckiego Związku Przemysłu Samochodowego (*Verband der Automobilindustrie, VDA*)³¹. Pismo to przedstawia bardzo powściągliwe dopuszczenie określonych działań antykryzysowych na poziomie poszczególnych przedsiębiorców lub związku przedsiębiorców. Takie podejście sprawia wrażenie głębokiego przemyślenia, jaki zakres współpracy przedsiębiorców w sytuacji kryzysowej jest naprawdę niezbędny, przy jednoczesnym poszanowaniu zasad obowiązującego prawa.

Z jednej strony, pismo *Bundeskartellamt* dopuszcza, aby przedsiębiorstwa znajdujące się w trudnej sytuacji finansowej podczas pandemii zorganizowały (dobrowolne) grupy interesariuszy, w tym udziałowców, klientów, wierzycieli, pracowników i organów publicznych, które będą mogły wymieniać istotne informacje na tematy, takie jak wypłacalność, kredyty, środki pomocy lub problemy operacyjne w celu szybkiego i wspólnego wypracowania skutecznych środków restrukturyzacyjnych. Natomiast taka wymiana informacji musi być ograniczona do niezbędnych danych, które powinny być wymieniane w procedurze *clean team*, a także zagregowane w odniesieniu do cen części i wielkości dostaw (wobec klientów) lub stóp procentowych i kosztów faktoringu (wobec wierzycieli). Zainteresowane strony muszą mieć możliwość rezygnacji.

Z drugiej strony, niemiecki organ ochrony konkurencji autoryzował wydanie przez VDA przewodnika dotyczącego skoordynowanego wznowienia produkcji, mających na celu uniknięcie niewłaściwej alokacji zasobów w czasie, gdy ich dostępność jest ograniczona. Przewodnik ten nie może mieć charakteru wiążącego ani zawierać informacji dotyczących konkretnych przedsiębiorców, na przykład o ilości towarów lub o umowach. Poszczególni dostawcy samochodów muszą mieć swobodę wyboru, kiedy i w jaki sposób chcieliby wznowić swoją działalność oraz czy chcieliby to publicznie ogłosić.

Z kolei jako przykład działania odnośnie do rynków, na których doszło do skokowej nadwyżki popytu należy omówić dwa przypadki. Pierwszy, to oświadczenie chińskiego organu ochrony konkurencji (*State Administration for Market Regulation*), zgodnie z którym deklaruje on zawieszenie wdrażania zasad antytrustowych w celu zdynamizowania produkcji przemysłowej³². W szczególności, mogą nie podlegać tym zasadom porozumienia dotyczące rozwoju technicznego oraz standaryzacji w zakresie produkcji leków, szczepionek, wyrobów medycznych oraz środków ochrony indywidualnej. W związku z faktem, że globalny popyt na produkty z tych kategorii co do zasady jest bardzo wysoki, po skokowym wzroście w pierwszym okresie pandemii, wyłączenie spod zasad prawa konkurencji współpracy konkurentów w tym sektorze wydaje się nieadekwatne oraz nieproporcjonalne. Oczywiście, biorąc pod uwagę specyfikę gospodarki i systemu politycznego Chin oraz istotnego znaczenia w nich elementu centralnego zarządzania, działanie tamtejszego organu można uznać raczej za przejaw polityki gospodarczej niż polityki ochrony konkurencji. W zwykłych warunkach gospodarki rynkowej należałoby to działanie ocenić jednoznacznie negatywnie w świetle zasad i celów antytrystu.

³¹ Dostępne na: <https://www.vda.de/dam/vda/Medien/DE/Themen/Automobilindustrie-und-Maerkte/Corona-Nachrichten/A-004-00-FX-2020-06-09-130632.pdf>. Dokument ten, obrazując godną aprobaty powściągliwość organu ochrony konkurencji, stanowi interesujący kontrapunkt do opisanego w następnym punkcie *comfort letter* KE.

³² Dostępne w języku chińskim na: http://www.samr.gov.cn/fldj/sjdt/gzdt/202004/t20200405_313858.html.

Drugi przypadek dotyczy Islandii i decyzji tamtejszego organu ochrony konkurencji (*Samkeppniseftirlitið*) o tymczasowym wyłączeniu spod zakazu zawierania porozumień antykonkurencyjnych współpracy pomiędzy importerami i dystrybutorami leków w celu zapewnienia niezbędnego dostępu do ważnych leków³³. Tę decyzję można uzasadniać z pozycji konieczności zapewnienia bezpieczeństwa publicznego poprzez zwiększenie konkurencyjności podmiotów generujących znikomy popyt na globalnym rynku zakupu leków. Natomiast z perspektywy stricte zasad prawa konkurencji trudno uzasadnić podobne działanie w odniesieniu do rynku, na którym kryzys co do zasady prowadzi do nadwyżki popytu (zob. szerzej na ten temat pkt 3 poniżej).

Jeżeli chodzi o wyłączenia prawa konkurencji dokonywane *de facto*, mimo odmiennych deklaracji, to w szczególności należy odnotować i skomentować działania Australijskiej Komisji Konkurencji i Konsumentów (*Australian Competition & Consumer Commission*)³⁴. Organ ten wydał już około trzydziestu tymczasowych autoryzacji na współpracę między konkurentami w związku z pandemią, z których jedynie część dotyczyła sektorów, które powszechnie są uznawane za szczególnie narażone na skutki kryzysu (np. transport lotniczy³⁵) lub ich współpraca jest korzystna z perspektywy interesu publicznego (np. dystrybucja leków lub ochrona zdrowia³⁶). Australijski regulator autoryzował m.in. współpracę konkurentów z branży telekomunikacyjnej³⁷, gazowej i naftowej³⁸, elektroenergetycznej³⁹, górniczej⁴⁰, a nawet loteryjnej⁴¹. Oczywiście, przedsiębiorcy mogą współdziałać jedynie w określonym zakresie, z którego wyłączone są szczególnie szkodliwe uzgodnienia. Niemniej jednak opisana polityka organu może wzbudzać nieufność do prawa konkurencji zarówno wśród przedsiębiorców, jak i wśród konsumentów, przez co moim zdaniem powinna być oceniona negatywnie.

3. Blankietowe zaakceptowanie współpracy między przedsiębiorcami

Niektóre organy, poza punktowym wyłączeniem lub ograniczeniem prawa konkurencji w określonych sektorach gospodarki, zdecydowały się na bardziej ogólne stwierdzenie, że porozumienia między przedsiębiorcami służące zmniejszeniu lub ograniczeniu skutków pandemii są zgodne z prawem konkurencji, a nawet jeżeli mogą budzić wątpliwości pod tym względem, to organy te odstąpią od egzekwowania przepisów w związku z takimi porozumieniami. Mimo że odpowiednie komunikaty właściwych organów określają warunki, pod jakimi współpraca przedsiębiorców jest dopuszczalna, to ze względu na ich ogólnikowość (np. wskazanie, że może ona dotyczyć

³³ Wykaz decyzji *Samkeppniseftirlitið* wyjątkowo dopuszczających współpracę przedsiębiorców ze względu na rozprzestrzenianie się COVID-19 jest dostępny na: <https://en.samkeppni.is/published-content/news/covid-19/>. Omawiana decyzja (w języku islandzkim) jest dostępna na: <https://www.samkeppni.is/media/akvardanir-2020/11-2020.pdf>.

³⁴ Komunikaty prasowe *Australian Competition & Consumer Commission* dostępne są na <https://www.accc.gov.au/media/media-releases>.

³⁵ Np. <https://www.accc.gov.au/media-release/accc-authorises-regional-express-to-coordinate-with-other-airlines>.

³⁶ Np. <https://www.accc.gov.au/media-release/medicine-manufacturers-to-coordinate-on-covid-19-response> oraz <https://www.accc.gov.au/media-release/private-and-public-hospitals-to-cooperate-on-covid-19-in-victoria-and-queensland>.

³⁷ Np. <https://www.accc.gov.au/media-release/nbn-co-telcos-to-coordinate-on-demand-surge-and-consumer-support-package>.

³⁸ Np. <https://www.accc.gov.au/media-release/oil-companies-allowed-to-co-operate-to-secure-fuel-supply-during-covid-19-pandemic>.

³⁹ Np. <https://www.accc.gov.au/media-release/co-operation-to-support-reliable-energy-sector-authorised>.

⁴⁰ Np. <https://www.accc.gov.au/media-release/mining-companies-allowed-to-co-operate-during-covid-19-pandemic>.

⁴¹ Dostępne na: <https://www.accc.gov.au/public-registers/authorisations-and-notifications-registers/authorisations-register/national-lotteries-and-newsagents-association-ltd>.

„podstawowych” lub „deficytowych produktów i usług”⁴² bądź że jej celem musi być „zapewnienie sprawiedliwej dystrybucji produktów”⁴³) można te komunikaty określić jako blankietowe.

Stwierdzenie, z jednej strony, że współpraca przedsiębiorców jest zgodna z obowiązującym prawem konkurencji, z drugiej zaś – że nie będzie ona traktowana priorytetowo przez organy w ich działaniach z zakresu egzekwowania prawa, rodzą zasadniczo różne skutki, a zatem wymagają osobnego omówienia. W związku z tym należy się zgodzić, że jednoczesne powołanie tych dwóch zasad jako podstawy zaaprobowania współpracy przedsiębiorców może powodować istotne wątpliwości co do podstawy prawnej (tak w odniesieniu do Komunikatu Monti, 2020). Niektórzy autorzy lekceważą to rozróżnienie, wskazując, że „ten proceduralny szczegół nie ma wpływu na praktyczną, materialną stronę zasad konkurencji” (tak w odniesieniu do Komunikatu: Šmejkal, 2020, s. 4). Takie podejście nie wydaje się trafne.

Odnosząc się do stwierdzenia, że współpraca przedsiębiorców w określonym zakresie jest zgodna z obowiązującym prawem konkurencji, co do zasady nie budzi kontrowersji. „Taka rekomendacja wydaje się bowiem w całości wywiedziona z utrwalonej interpretacji traktatowego wyłączenia spod zakazu zawierania karteli określonego w art. 101(3) TFUE oraz rozwiniętego w Wytycznych Komisji z 2010–2011 r. w sprawie współpracy horyzontalnej i wertykalnej między przedsiębiorcami”⁴⁴ (Šmejkal, 2020, s. 4). Jedyne zastrzeżenie może budzić fakt, że Komunikat jest znacznie mniej szczegółowy od wytycznych w sprawie ograniczeń horyzontalnych i wertykalnych. Tym samym mogą pojawić się wątpliwości co do jakości analizy, która doprowadziła autorów Komunikatu do wniosku, że wskazane w nim działania są zgodne z prawem konkurencji. Nie wydaje się uzasadniony zarzut z wtórności takiego oświadczenia, albowiem w sytuacji kryzysowej w pewnym stopniu zwiększa ono pewność prawa dla przedsiębiorców.

Odmienne należy ocenić stwierdzenie, że organ ochrony konkurencji nie będzie traktował związanej z pandemią współpracy między konkurentami priorytetowo w kontekście egzekwowania prawa. Zwłaszcza w przypadku wyraźnego odróżnienia tej sytuacji od stwierdzenia zgodności z obowiązującym prawem konkurencji można dojść do wniosku, że organ rozpoznaje naruszenie prawa konkurencji co do zasady, lecz ze względu na okoliczności pozostające poza zakresem prawa konkurencji decyduje się je tolerować. Takie działanie można oceniać jako derogację obowiązującego prawa za pomocą komunikatu lub innego rodzaju oświadczenia organu, co trudno pogodzić z zasadą praworządności.

Niezbędne jest również rozważenie, na ile blankietowa akceptacja współpracy przedsiębiorców w zakresie dostaw podstawowych i deficytowych produktów jest adekwatna, biorąc pod uwagę skutki zaistniałego kryzysu na rynkach takich produktów. Mamy tu do czynienia z gwałtownym i znaczącym wzrostem popytu oraz wynikającym z niego niedoborem podaży. Można mieć zasadnicze wątpliwości czy ograniczenie konkurencji między dostawcami, a wręcz przyzwolenie na częściową (czy też miękka) kartelizację rynków może skutkować zwiększeniem podaży produktów. Zgodnie z zasadami działania mechanizmu rynkowego, wzrost popytu (tym bardziej skokowy) prowadzi do wzrostu ceny równowagi rynkowej, co z kolei normalnie stanowi motywację do

⁴² Zob. np. pkt 4) Komunikatu.

⁴³ Stanowisko ECN.

⁴⁴ *Such recommendations seem to be in their entirety derived from the long-established interpretation of the statutory exemption from cartel prohibition laid down in Article 101(3) TFEU and elaborated by the Commission in its Guidelines from 2010-11 on horizontal and vertical cooperation between undertakings.*

zwiększenia podaży. W warunkach konkurencji spodziewanymi skutkami nadwyżki popytu, której znakiem są wysokie lub wzrastające ceny, są: alokacja zasobów przedsiębiorców do produkcji brakujących produktów, rozwój rozwiązań substytucyjnych lub nowe wejścia na rynek. Natomiast porozumienia kartelowe (poza kartelami stricte cenowymi) mają na celu wywołanie sztucznego niedoboru podaży, m.in. poprzez ograniczanie produkcji, mocy wytwórczych lub nowych wejść na rynek (Schinkel i d'Ailly, 2020, s. 2). Z teoretycznego punktu widzenia rozwiązanie zaproponowane przez wiele organów ochrony konkurencji wydaje się zatem nieadekwatne⁴⁵.

Należy też zwrócić uwagę, że wsparcie państwa dla współpracy pomiędzy konkurentami historycznie wiązało się zawsze z negatywnymi wstrząsami popytowymi (w szczególności po zakończeniu obu wojen światowych oraz w okresie Wielkiego Kryzysu), prowadzącymi do nadpodaży i postulowanej przez przedsiębiorców konieczności restrukturyzacji rynku (Orbach, 2020, s. 34). Wyłącznie w tym kontekście opisywane są kartele zawierane w celu ograniczenia skutków kryzysu ekonomicznego (tzw. kartele kryzysowe) w polskiej literaturze (np. Jurkowska-Gomułka, 2014, s. 285). Sytuacji nadpodaży dotyczył również ostatni kartel kryzysowy autoryzowany przez KE w 1994 roku w sprawie *Dutch Bricks*⁴⁶. Wobec tego w przykładach historycznych nie sposób znaleźć poparcia dla liberalnego traktowania współpracy konkurentów w celu zwiększenia podaży⁴⁷ (Schinkel i d'Ailly, 2020, s. 3).

O ograniczonej adekwatności rozwiązania zaproponowanego przez KE (a także podobnych stanowisk innych organów ochrony konkurencji) świadczyć może również fakt, że na podstawie Komunikatu (według wiedzy autora, opartej na oficjalnych informacjach ze strony KE) zostało wydane dotąd tylko jedno pismo o braku zastrzeżeń co do planowanych porozumień (*comfort letter*). Było to pismo skierowane do Medicines for Europe, organizacji producentów leków generycznych, wydane i opublikowane jeszcze tego samego dnia, co Komunikat⁴⁸. Oczywiście, argument ten nie jest przesądzający, a KE według własnej dyskrekcji mogła udzielać innym przedsiębiorcom wyjaśnień i wskazówek wyłącznie ustnie. Niemniej jednak fakt niewydania przez KE żadnego innego *comfort letter* przez blisko rok wydaje się znaczący. Skądinąd, zawartość Komunikatu, zbieżność określonych w nim zasad z zakresem współpracy zaaprobowanej przez KE w piśmie o braku zastrzeżeń skierowanym do Medicines for Europe, a także koincydencja czasowa wydania tych dokumentów może wskazywać na bardzo silny wpływ tego konkretnego przypadku współpracy przedsiębiorców na treść wyjaśnień KE.

Wydaje się, że znacznie bardziej adekwatnym sposobem realizacji celów zadeklarowanych przez KE w Komunikacie, a jednocześnie budzącym zdecydowanie mniejsze wątpliwości w świetle zasad antytrustu, byłoby dopuszczenie i promowanie koordynacji wertykalnej stanów magazynowych, koordynacja między państwami członkowskimi (które zamiast tego blokowały wzajemne

⁴⁵ Na marginesie można poczynić spostrzeżenie, że ryzyko działalności w zakresie środków związanych z opanowaniem pandemii, takich jak szczepionki, leki, środki ochrony indywidualnej czy środki dezynfekujące, wydaje się obniżone w okresie pandemii. Popyt nie tylko indywidualny, ale przede wszystkim publiczny wyprzedza podaż, liczne przykłady świadczą zaś o znacznej skłonności rządów do luzowania zwykłych zasad działania (np. proces dopuszczania szczepionek). W takich okolicznościach trudno byłoby przyjąć, że szersze dopuszczenie współpracy konkurentów jest uzasadnione potrzebą ograniczenia ryzyka biznesowego.

⁴⁶ Dec. KE z 29.04.1994 r., IV/34.456 – Stichting Baksteen, OJ L 131, 26.5.1994, s. 15–22.

⁴⁷ Dla pełnego obrazu należy nadmienić, że w punkcie 2) Komunikatu znajduje się wzmianka o ogólnym wstrząsie popytowym wynikającym z zakłócenia łańcuchów dostaw. Teoretycznie można rozważać adekwatność zwiększenia swobody współpracy konkurentów na rynku zakupowym w odpowiedzi na ten wstrząs. Jednakże, KE w dalszej części Komunikatu w ogóle nie eksponuje tego aspektu, w związku z czym uzasadnione jest założenie, że nie był on istotny dla sformułowania przez KE zasad współpracy przedsiębiorców w związku z pandemią.

⁴⁸ *Comfort letter: coordination in the pharmaceutical industry to increase production and to improve supply of urgently needed critical hospital medicines to treat COVID-19 patients*, COMP/OG – D(2020/044003).

dostawy zasobów medycznych) oraz ewentualne interwencje rządów o różnym natężeniu wpływające na alokację zasobów na rynku (Schinkel i d'Ailly, 2020, s. 5–7).

Wreszcie, należy się odnieść do poprawności deklarowanego nadrzędnego celu stanowisk wielu organów ochrony konkurencji, jakim jest zapewnienie sprawiedliwej dystrybucji dóbr. Niektórzy autorzy pozytywnie ocenili stosowanie prawa konkurencji w celu realizacji tego zamiaru, a nawet podnieśli, że uzasadnienie dla tej „użytecznej kooperacji” powinno być rozszerzone, na przykład o zapewnienie bezpieczeństwa pracownikom (Costa-Cabral i in., 2020, s. 14)⁴⁹. Jednakże, choć cel ten może wydawać się elementem zapewniania dobrobytu konsumentów, to jednak trudno się zgodzić, aby zgodna z założeniami prawa konkurencji była troska o *consumer wellbeing* poprzez rezygnację ze stosowania prawa konkurencji.

4. Zmiany procedur lub sposobu działania organów ochrony konkurencji

Zarówno w oświadczeniach ECN, ICN oraz DOJ i FTC, jak i w komunikatach wielu krajowych organów ochrony konkurencji pojawiają się postulaty lub przedstawiane są konkretne plany takiego zmodyfikowania sposobu działania organów ochrony konkurencji, aby zapewnić przedsiębiorcom większy komfort w trudnym okresie pandemii. Udogodnienia te polegają w szczególności na otwarciu nowych kanałów komunikacji z organem, znaczącym skróceniu (instrukcyjnych) terminów odpowiedzi organu na pytania przedsiębiorców w sprawach związanych z kryzysem, wydaniu nowych wytycznych odnoszących się do aktualnej sytuacji kryzysowej, wreszcie do większej otwartości na konsultacje indywidualne, włącznie z wyrażaniem braku zastrzeżeń co do planowanych porozumień na piśmie (tzw. *comfort letters*). W szczególności należy przytoczyć stanowisko Grupy Sterującej ICN, która stwierdziła, że bezpośrednia i otwarta komunikacja ze strony organów ochrony konkurencji ma zasadnicze znaczenie w czasie kryzysu. Ponadto, zmiany w sposobie działania lub procedurach stosowanych przez organy, jak również nowe wytyczne dotyczące polityki egzekwowania prawa i dopuszczalnej współpracy przedsiębiorców powinny być jasne, przejrzyste i publikowane odpowiednio szybko.

Wydaje się, że podobne deklaracje nie niosą treści doniosłej prawnie ani istotnej z perspektywy przedsiębiorców. Co do zasady organy pozostawiają sobie bowiem pełną dyskrecję czy wydadzą autoryzację na piśmie dla określonych działań zamierzonych przez przedsiębiorców. Tymczasem zaoferowanie przedsiębiorcom możliwości uzyskania od organów antymonopolowych nieformalnych wyjaśnień indywidualnych co do planowanych porozumień, choć takie wyjaśnienia mają pewien walor poznawczy, nie wprowadza pewności prawa w sytuacji kryzysu. W dalszym ciągu przedsiębiorcy muszą się mierzyć z koniecznością interpretacji wypowiedzi organów ochrony konkurencji w związku z pandemią.

De lege ferenda należy uznać za zasadniczo trafny postulat wprowadzenia – zamiast modelu samooceny z możliwością konsultacji z organem antymonopolowym – systemu notyfikacji porozumień o współpracy w związku z kryzysem koronawirusa. W systemie tym interwencja organu polegałaby na żądaniu niewdrażania lub zaprzestania działań oczywiście niezgodnych z prawem

⁴⁹ Co w mojej ocenie, mając na uwadze tradycyjnie pojmowane cele prawa konkurencji, jest przykładem tzw. hipsterskiego antytrystu, czyli wywodzącego się z amerykańskiego środowiska naukowego ruchu, który postuluje odejście od ekonomicznych standardów analizy antytrustowej, zwłaszcza w modelu szkoły chicagowskiej, oraz co do zasady uznaje, że prawo konkurencji powinno zmierzać do realizacji celów pozaekonomicznych, głównie z zakresu polityki społecznej (zob. np. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3165192). Skądinąd wydaje się, że ruch ten staje się częścią głównego nurtu, ponieważ po wyborach prezydenckich w USA w 2020 r. jego czołowa przedstawicielka Lina Khan została mianowana na komisarza FTC.

lub zastąpienia ich mechanizmami mniej szkodliwymi dla konkurencji (bardziej proporcjonalnymi do uzasadnionego celu porozumienia), a w razie akceptacji rozwiązań zaproponowanych przez przedsiębiorców – na milczeniu w określonym terminie (Costa-Cabral i in., 2020, s. 14–15). Takie rozwiązanie, choć oczywiście bardziej obciążające organy ochrony konkurencji, dawałoby przynajmniej w pewnym zakresie większą pewność prawa, aniżeli model niewiążących i co do zasady ustnych konsultacji. Jednocześnie należy podkreślić, że rozwiązanie to miałoby istotną wadę w przypadku stosowania go bez szerszej koordynacji europejskiej (np. poprzez ECN), albowiem wyrażenie braku zastrzeżeń przez krajowe organy ochrony konkurencji w państwach członkowskich UE nie mogłoby chronić przed odpowiedzialnością za naruszenie art. 101 TFUE egzekwowaną przez KE. Oczywiście, takie rozwiązanie przyjęte na poziomie administracyjnym nie mogłoby także dawać przedsiębiorcom ochrony przed prywatnoprawnym dochodzeniem roszczeń z tytułu naruszeń prawa konkurencji przez innych uczestników rynku.

Z praktycznego punktu widzenia zasadne byłoby też pytanie, czy działanie na tej zasadzie, np. przez KE, byłoby w bardziej ogólnej perspektywie realne. W sprawozdaniu specjalnym z 2020 roku Europejski Trybunał Obrachunkowy stwierdził bowiem, że ograniczone zasoby odbijają się negatywnie na zdolnościach KE w zakresie wykrywania naruszeń prawa konkurencji⁵⁰, a jednocześnie podejście KE w zakresie nadawania priorytetów określonym sprawom nie było optymalne⁵¹.

5. Działania na pograniczu regulowania cen

W reakcjach instytucji i organów ochrony konkurencji na pandemię COVID-19 zarysowuje się również tendencja do traktowania prawa konkurencji jako narzędzia do regulowania cen. Przejawia się to między innymi w podejmowaniu czynności nadzoru wobec przedsiębiorców działających samodzielnie, którzy nie mają pozycji dominującej⁵². Można domniemywać, że jest to reakcja na bieżące zapotrzebowanie społeczne, uzasadniona bardziej wyczerpaniem konsumentów na wzrost cen nabywanych produktów, niezależnie od jego przyczyn, aniżeli wyrafinowanymi antymonopolowymi teoriami szkody. Ponadto, na początku pandemii szczególnie nagłaśnianym problemem było spekulacyjne kupowanie i gromadzenie niektórych produktów przez niektóre podmioty, a następnie ich odsprzedawanie z bardzo wysoką marżą.

Wspomniana tendencja jest widoczna w wielu jurysdykcjach na całym świecie, w tym również w państwach europejskich. Na przykład, włoski organ ochrony konkurencji (*Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*) prowadził postępowanie dotyczące cen środków ochrony indywidualnej i preparatów dezynfekujących, stosowanych przez małych przedsiębiorców prowadzących sprzedaż za pośrednictwem platform internetowych⁵³. Z prawdopodobieństwem granicznym z pewnością można stwierdzić, że nie chodziło o działania podmiotów mających pozycję dominującą na jakimkolwiek rynku. Wydaje się również wysoce nieprawdopodobne, aby takie podmioty zawarły między sobą jakiegokolwiek porozumienia cenowe. Przy tych założeniach działanie urzędu można rozumieć jako presję na przedsiębiorców mającą na celu faktyczne obniżenie (uregulowanie) cen.

⁵⁰ Sprawozdanie specjalne 24/2020. Kontrole połączeń przedsiębiorstw i postępowania antymonopolowe w UE prowadzone przez Komisję – konieczne jest wzmocnienie nadzoru rynku, 2020, s. 19–22; <https://www.eca.europa.eu/pl/Pages/DocItem.aspx?did=56835>.

⁵¹ Sprawozdanie specjalne 24/2020, s. 23–24.

⁵² Nic przy tym nie wskazuje, aby właściwe organy opierały swoje działania na interesującej koncepcji monopolu sytuacyjnego, zgodnie z którą można oceniać pozycję rynkową określonego przedsiębiorcy w bardzo wąskim oknie czasowym (Costa-Cabral i in., 2020, s. 11).

⁵³ Krótki komunikat prasowy dostępny na: <https://en.agcm.it/en/media/press-releases/2020/3/ICA-Coronavirus-the-Authority-intervenes-in-the-sale-of-sanitizing-products-and-masks>.

Podobnie można rozumieć zapowiedź norweskiego organu ochrony konkurencji (*Konkurransetilsynet*), który zakomunikował, że w obecnej sytuacji może być zmuszony do skorzystania ze swoich uprawnień wynikających ze szczególnej norweskiej legislacji i uregulowania cen istotnych towarów i usług⁵⁴. Oczywiście, jest to kompetencja wychodząca poza zakres „klasycznego antytrustu” i nie może podlegać ocenie na tej podstawie. Niemniej jednak niejako na marginesie można wyrazić wątpliwość czy przyznawanie jednemu organowi administracji kompetencji o sprzecznych celach (w tym wypadku nadzoru nad tym, aby mechanizmy konkurencji prowadziły do naturalnego ustalenia cen na poziomie rynkowym oraz regulowania cen) jest trafne.

Szczególną wagę należy w tym kontekście przywiązywać do stanowiska ECN, które zawiera stwierdzenie, że „sprawą najwyższej wagi jest zapewnienie, że produkty uznawane za niezbędne do ochrony zdrowia konsumentów w obecnej sytuacji (np. maseczki ochronne i żel dezynfekujący) pozostaną dostępne po konkurencyjnych cenach”⁵⁵. Sposób sformułowania tego stanowiska (w szczególności skupienie się w dalszej jego części na zapewnieniu „sprawiedliwej dystrybucji” produktów oraz zachęcanie producentów do stosowania maksymalnych cen odsprzedaży) prowadzi do wniosku, że przez „konkurencyjne ceny” ECN rozumie w istocie ceny niskie, być może nawet zaniżone w stosunku do poziomu rynkowego. Przy takim rozumieniu przywołanego sformułowania, stanowisko ECN w tym zakresie nie zasługuje na poparcie.

Jeżeli równowaga rynkowa ulega zachwianiu w wyniku skokowego wzrostu popytu na produkt, to w gospodarce rynkowej należy oczekiwać, że bezpośrednim skutkiem takiego wydarzenia będzie odpowiedni wzrost cen tego produktu. Co więcej, skutek ten może być długoterminowy, a tym samym równowaga cenowa może się ustalić na poziomie wyższym niż przed wstrząsem ekonomicznym. Utrzymywanie się tego stanu może z dużym prawdopodobieństwem doprowadzić do zintensyfikowania konkurencji na rynku właściwym dla tego produktu, choć ze względu na konieczność odpowiedniej adaptacji swojej działalności przez przedsiębiorców zwykle będzie się to odbywało w dłuższej perspektywie. Należy przy tym podkreślić, że to właśnie utrzymywanie się podwyższonej ceny produktu jest głównym źródłem informacji dla przedsiębiorców oraz motywacji do zaalokowania przez nich swoich zasobów produkcyjnych właśnie na tym rynku (Schinkel i d’Ailly, 2020, s. 2).

Jeżeli zatem rozpatrywalibyśmy sytuację utrzymywania się zawyżonych cen, pomimo braku pozycji dominującej oraz porozumień kartelowych, ściśle na podstawie podstawowych zasad unijnego i polskiego prawa konkurencji, to można postawić dwie alternatywne, a zarazem przeciwstawne hipotezy. Pierwszą – że mechanizm konkurencji działa, a mimo to – ze względu na okoliczności rynkowe, takie jak skokowy wzrost popytu i panika wśród konsumentów prowadząca do zachowania ekonomicznie nieracjonalnego – ceny utrzymują się na bardzo wysokim poziomie w porównaniu z sytuacją przed kryzysem. Drugą – że mechanizm konkurencji z jakichś powodów nie działa, przez co ceny utrzymują się na sztucznie wysokim poziomie wskutek indywidualnych decyzji niedominujących przedsiębiorców.

W obu wypadkach wydaje się, że interwencja organów ochrony konkurencji z pozycji anty-trustowych byłaby niewłaściwa oraz skazana na nieskuteczność. W pierwszym przypadku należy

⁵⁴ Wypowiedź *Konkurransetilsynet* dostępna na: <https://konkurransetilsynet.no/will-prevent-unreasonable-or-excessive-price-hikes/?lang=en>.

⁵⁵ [...] it is of utmost importance to ensure that products considered essential to protect the health of consumers in the current situation (e.g. face masks and sanitising gel) remain available at competitive prices.

uznać, że jeśli mechanizm konkurencji działa, to nie ma miejsca na interwencję organów ochrony konkurencji. W drugim przypadku należy uznać, że zaburzenie mechanizmu rynkowego ma charakter anomalii i nie tylko wynika z okoliczności będących poza zakresem uprawnień organów ochrony konkurencji, lecz także instrumenty tych organów nie są w stanie go uregulować. Poza zakresem niniejszej analizy pozostaje czy ta sytuacja wymagałaby interwencji państwa, która miałaby naprawić domniemane nieprawidłowości w funkcjonowaniu rynku, czy też nie. Jednak w razie odpowiedzi twierdzącej na to pytanie raczej należałoby oczekiwać interwencji rządowej w kierunku obniżenia cen, np. poprzez określenie cen maksymalnych lub poprzez wprowadzenie centralnych zasad ograniczających popyt (np. racjonowanie zakupów).

IV. Podsumowanie

Trudno jest jednoznacznie ocenić zidentyfikowane w artykule trendy w reakcji organów ochrony konkurencji na pandemię koronawirusa i spowodowany tym kryzys, albowiem obejmują one elementy o bardzo różnym charakterze. Natomiast w mojej ocenie w szczególności można zauważyć dwa zgoła odmienne wątki w stanowiskach i działaniach organów. Z jednej strony, wydaje się, że wiele działań było odpowiedzią na zapotrzebowanie społeczne, natomiast z perspektywy prawnej były one neutralne. Większość z nich nie odbiega od tych sprzed pandemii, a poza nielicznymi przypadkami legalność działań przedsiębiorców podlega dokładnie takiej samej analizie antymonopolowej, co w przeszłości, jedynie z uwzględnieniem zmienionych okoliczności rynkowych. W tym sensie wiele działań organów uznać trzeba w istocie za rodzaj autopromocji, a nie istotnej zmiany zasad. Poniekąd należy to ocenić pozytywnie w sytuacji, gdy taka istotna zmiana miałaby nastąpić bez żadnej zmiany legislacyjnej w danej jurysdykcji. Dodatkowym skutkiem omawianych tu działań jest to, że niejako przy ich okazji dochodzi do propagowania prawa konkurencji, co należy ocenić pozytywnie. Z drugiej strony, organy ochrony konkurencji wydają się – dyskretnie i w sposób nieformalny – modyfikować utrwaloną wykładnię niektórych pojęć i zasad prawa konkurencji wynikającą z aktów prawnych lub orzecznictwa. Wydaje się również, że w warunkach kryzysu pandemicznego doszło do zmodyfikowania celu antytrystu, a przynajmniej do rozszerzenia katalogu celów tej gałęzi prawa. Można stwierdzić, że ten aspekt działań organów ochrony konkurencji ma charakter rewolucyjny.

Do pierwszej, „promocyjnej” kategorii działań można zaliczyć przede wszystkim przypominanie przedsiębiorcom o obowiązku przestrzegania prawa konkurencji oraz potwierdzanie, że w dalszym ciągu będzie ono konsekwentnie egzekwowane. Poza niewieloma wyjątkami nie doszło do istotnego ograniczenia ani zawieszenia przepisów konkurencji, co należy ocenić pozytywnie. Należy się bowiem zgodzić, że „rezygnacja z prawa kartelowego przy pierwszej trudnej sytuacji świadczy o braku zaufania do procesu konkurencji, którego ochrona jest właśnie misją powierzoną organom”⁵⁶ (Schinkel i d’Ailly, 2020, s. 12). Drugim przykładem takich działań, neutralnym z prawnego punktu widzenia, jest potwierdzanie możliwości współpracy przedsiębiorców, w tym konkurentów, na dotychczas obowiązujących zasadach. Charakter autopromocyjny mają również działania na pograniczu regulowania cen, zwłaszcza prezentowane jako zwalczanie zachowań spekulacyjnych na rynku, które jednak nie powinny mieć trwałego wpływu na prawo.

⁵⁶ *Giving up cartel law at the first emergency demonstrates a lack of confidence in the competitive process, the protection of which is the very mission the agencies are tasked with.*

Do drugiej, „rewolucyjnej” kategorii działań przede wszystkim należy zaliczyć deklaracje organów ochrony konkurencji, które potwierdzają, że w określonym zakresie związana z pandemią współpraca przedsiębiorców budzi poważne wątpliwości, a nawet wykracza poza dotychczas obowiązujące zasady, a mimo to nie będą one traktowały tej współpracy priorytetowo w kontekście egzekwowania prawa. W takiej sytuacji trudno ocenić czy jeszcze mamy do czynienia z decyzją stosowania prawa, czy już w swej istocie decyzją prawodawczą (Wojciechowski, 2014, s. 61). Takie działanie trudno pogodzić z zasadą praworządności.

Kolejnym aspektem reakcji organów ochrony konkurencji na pandemię koronawirusa, mogącym mieć istotne konsekwencje, jest dalsze rozmywanie celów antytrustu poprzez przyjmowanie, że prawo antymonopolowe powinno służyć sprawiedliwemu rozdziałowi dóbr, nawet jeśli oznacza to niestosowanie przepisów prawa konkurencji. To należy ocenić jednoznacznie negatywnie.

Niejako mimochodem w wypowiedziach organów ochrony konkurencji pojawiają się również drobniejsze zmiany rozumienia definicji i instytucji prawa konkurencji. Przykładowo, promując stosowanie cen maksymalnych w celu zmniejszenia kosztów po stronie konsumentów, organy antymonopolowe pomijają fakt, że w pewnych okolicznościach rynkowych jest to niedopuszczalne. Z kolei ICN i ECN silnie zasugerowały, że przez „konkurencyjne ceny” należy rozumieć w istocie ceny niskie, a nawet zaniżone w stosunku do poziomu rynkowego. Natomiast KE wskazała, że w razie „nadrzędnego wezwania” do współpracy, skierowanego przez organy publiczne do przedsiębiorstw, współpraca jest dozwolona, natomiast fakt zachęcania do współpracy oraz koordynowania jej przez organ publiczny będzie przemawiać za stwierdzeniem, że współpraca nie będzie problematyczna⁵⁷. Takie stanowisko wydaje się unieważniać szereg decyzji poczynszycy od tej w sprawie *Ladbroke*⁵⁸, zgodnie z którymi *state action defence* przysługiwała wyłącznie przedsiębiorcom działającym pod przymusem państwa, a nie na jego sugestię (Martyniszyn, 2012, s. 153–158).

Bibliografia

- Costa-Cabral, F., Hancher, L., Monti, G. i Ruiz Feases, A. (2020). EU Competition Law and COVID-19. *TILEC Discussion Paper DP 2020-007*. Pozyskano z: <http://ssrn.com/abstract=3561438> (15.12.2020).
- Hoffman, E. i Libecap, G.D. (1994). Political Bargaining and Cartelization in the New Deal: Orange Marketing Orders. W: C. Goldin, G.D. Libecap (red.), *The Regulated Economy: A Historical Approach to Political Economy* (s. 189–222). Chicago: University of Chicago Press.
- Jurkowska-Gomułka, A. (2014). Rodzaje porozumień zakazanych. W: T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz* (s. 272–304). Warszawa: C.H. Beck.
- Orbach, B. (2020). Antitrust in the Shadow of Market Disruptions, *Antitrust*, 34(3), Summer, 32–37.
- Martyniszyn, M. (2012). A Comparative Look on Foreign State Compulsion as a Defence in Antitrust Litigation. *Competition Law Review*, 8(2), 143–167. Pozyskano z: https://pureadmin.qub.ac.uk/ws/portalfiles/portal/13701497/SSRN_id1986032.pdf (15.12.2020).

⁵⁷ Pkt 14)–16) Komunikatu.

⁵⁸ Joined cases C-359/95 P and C-379/95 P, Commission of the European Communities and French Republic v Ladbroke Racing Ltd. (Ladbroke Racing), [1997] ECR I-6265.

- Monti, G. (2020). Business Cooperation in Times of Emergency: The Role of Competition Law. *Competition Policy International*, 10.05.2020. Pozyskano z: <http://www.competitionpolicyinternational.com/business-in-times-of-emergency-the-role-of-competition-law/> (15.12.2020).
- Schinkel, M.P. i d'Ailly, A. (2020). Corona Crisis Cartels: Sense and Sensibility, *Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper No. 2020-31*. Pozyskano z: <https://ssrn.com/abstract=3623154> (15.12.2020).
- Šmejkal, V. (2020). Impact of the COVID-19 pandemic on European antitrust. Mere adaptations or real changes? *Prague Law Working Papers Series No. 2020/II/1*. Pozyskano z: <https://ssrn.com/abstract=3624824> (15.12.2020).
- Wojciechowski, M. (2014). *Pewność prawa*. Gdańsk: Wydawnictwo Uniwersytetu Gdańskiego.

Łukasz Grzejdziak,
Ustalenie cen odsprzedaży towarów
w prawie europejskim i amerykańskim.
Studium prawnoporównawcze,
Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź 2020

Problematyka ustalania cen odsprzedaży w relacjach wertykalnych wciąż pozostaje jedną z najbardziej doniosłych kwestii spornych w doktrynie antymonopolowej. Nawet jeśli po amerykańskim wyroku w sprawie *Leegin*, wydanym w 2007 r., wydawało się, że zliberalizowane podejście do wertykalnego uzgadniania cen odsprzedaży jest już przesądzone i zdominuje praktykę stosowania prawa po obydwu stronach oceanu, włączając w to judykatury krajowe, to rzeczywistość niekoniecznie podążyła za tymi prognozami. Liczba zwolenników „twardego” podejścia do wertykalnych porozumień cenowych, skłonnych traktować te porozumienia jako zakazane *per se*, jest bodaj taka sama, lub niewiele mniejsza, niż liczba zwolenników podejścia „miękkiego”, optujących za indywidualną analizą każdego porozumienia, silnie osadzoną w kontekście ekonomicznym, bazującą na regule rozsądku. Kiedy tylko do moich rąk trafiła monografia Łukasza Grzejdziaka poświęcona ustalaniu cen odsprzedaży towarów, byłam niezmiernie ciekawa po której ze stron opowiada się autor. Po zapoznaniu się z całością monografii mogę tylko domniemywać, które z podejść wydaje się autorowi bliższe, ale nie mogę tego stwierdzić z całkowitą pewnością. Nie mogę być jednak rozczarowana takim brakiem stanowczości Autora, skoro podtytuł książki brzmi: „Studium prawnoporównawcze”, a już od pierwszych akapitów książki jasne jest, że celem badawczym autora nie jest ocena wertykalnych porozumień cenowych z perspektywy zakazu praktyk ograniczających konkurencję, a zestawienie różnych podejść do tych porozumień w europejskim i amerykańskim prawie antytrustowym, w tych dwóch porządkach, które choć tak różne, są jednak do siebie tak podobne. Dzięki konsekwentnej realizacji takiego założenia badawczego zwolennicy zarówno twardego podejścia do wertykalnych ograniczeń pionowych, jak i podejścia miękkiego otrzymują wyczerpujący zestaw argumentów orzeczniczych (w mniejszym zakresie ekonomicznych) pozwalających na utrzymanie *status quo* i okopanie się na uprzednio zajętych pozycjach. Daleka jestem jednak od zarzucenia autorowi swoistego „symetryzmu” w ocenie pionowych uzgodnień cenowych, książka oddaje po prostu faktyczny stan rzeczy – niejednoznaczny, niepewny, więc tym bardziej należy docenić wysiłki autora zmierzające do formułowania postulatów *de lege ferenda* tak w odniesieniu do prawa amerykańskiego (podrozdział 12.6.3), jak i prawa UE (podrozdział 12.6.4).

Książka składa się aż z 12 rozdziałów, które można klasyfikować następująco: (1) rozdziały deskryptywne odnoszące się do systemu reguł prawnej ochrony konkurencji (zarówno reguł materialnych, jak i proceduralno-ustrojowych); (2) rozdziały deskryptywne prezentujące dorobek orzeczniczy w odniesieniu do wertykalnego ustalania cen odsprzedaży; (3) rozdział analityczny, którego zawartość doskonale oddaje tytuł „Właściwe porównanie” (porządków prawnych co do przedstawionego uprzednio stanu legislacji i orzecznictwa); (4) rozdziały deskryptywno-analityczne prezentujące aksjologię badanych systemów prawa i kontekst ekonomiczny ustalania cel

odsprzedaży; a wreszcie (5) rozdział podsumowujący, ukierunkowany na ewaluację i konstrukcję wzorcowego rozwiązania prawnego. Co istotne, zakres przedmiotowy badań obejmuje wszystkie praktyczne emanacje ustalania cen w relacjach wertykalnych, tj. ustalanie cen minimalnych, sztywnych i maksymalnych, umowy agencyjne oraz porozumienia typu *hub & spoke* – na tyle, na ile to możliwe autor różnicuje bądź – jeśli to możliwe i zasadne – syntetyzuje rozważania i wnioski dotyczące poszczególnych kategorii ustalania cen odsprzedaży.

Odnosząc się do przedstawionej przeze mnie klasyfikacji zawartości monografii, muszę zastrzec, że charakteryzowanie rozdziałów jako deskryptywnych nie powinno być postrzegane jako deprecjonujące czy opozycyjne wobec określenia innych części pracy jako analityczne – autor dołożył wiele starań, aby prezentacja europejskiego i amerykańskiego systemu prawa antytrudostowego była rozległa i wyczerpująca i aby uwzględniała także aspekty ustrojowe. Można wręcz wątpić czy prezentacja reguł konkurencji UE powinna być aż tak rozległa – reguły te są bowiem polskiemu czytelnikowi (a do niego adresowana jest książka polskojęzyczna) doskonale znane, a eliminacja tych treści mogłaby z powodzeniem przyczynić się do zmniejszenia objętości recenzowanej publikacji, co moim zdaniem byłoby z korzyścią dla recepcji najważniejszych jej treści. Rozumiem jednak, że autor za wszelką cenę chciał zadbać o symetrię studium prawnoporównawczego i z tej perspektywy trudno mu oczywiście zarzucić nadmiarowe prezentowanie treści, zwłaszcza że z kolei rozważania na temat amerykańskiego prawa konkurencji uważam za bardzo cenne i wzbogacające polską literaturę antymonopolową, gdzie odniesienia do porządku amerykańskiego czynione są zazwyczaj tylko incydentalne. W zakresie kompleksowej prezentacji systemu prawnej ochrony konkurencji w USA monografia Łukasza Grzejdziaka nie ma sobie równych w polskiej literaturze. Niezaprzeczalnym walorem pracy jest identyfikacja i analiza dorobku amerykańskich sądów w zakresie antymonopolowej oceny pionowych porozumień o ustalaniu cen. W tym obszarze autor wykonał pracę benedyktyńską, prezentując nie tylko powszechnie znane orzeczenia sądów federalnych, konstruując ugruntowane doktryny, jak Dr. Miles czy Colgate, lecz także identyfikując i omawiając dialog orzecznictwa sądów stanowych z koncepcjami wypracowanymi w orzecznictwie poziomu federalnego. Nawet jeśli sam autor przyznaje, że ze względu na właściwości systemu prawnego USA, kluczowa rola w kształtowaniu ocen antymonopolowych różnych typów porozumień czy ograniczeń konkurencji należy do sądów federalnych, to prezentacja orzeczeń sądów stanowych niesie ze sobą ogromną wartość poznawczą.

O ile właściwie rekonstruuję zamiary autora, to umieszczenie jako dziesiątego i jedenastego rozdziału książki, a więc części następujących już po deskrypcji i porównaniu właściwym europejskiego i amerykańskiego porządku prawnego, miało służyć kompleksowemu odtworzeniu podstaw, na których w finalnej części książki autor konstruuje wzorcowe rozwiązanie prawne. Uważam, że nie jest to konstrukcja optymalna. Kwestię aksjologiczną z powodzeniem mogły być włączone do rozdziałów poświęconych poszczególnym systemom, natomiast rozważania nad ekonomicznymi aspektami wertykalnego ustalania cen mogłyby wręcz otwierać merytoryczną część książki. Prezentując orzecznictwo, zwłaszcza amerykańskie, autor słusznie podkreśla często doktrynalne podstawy ekonomiczne omawianych rozstrzygnięć: dla mniej doświadczonych czytelników korzystne byłoby zapoznanie się z dorobkiem poszczególnych szkół ekonomicznych zanim sięgną po opisy weryfikacji orzeczniczej tego dorobku. Zarysowanie kontekstu ekonomicznego pozwoliłoby być może lepiej wychwycić niuanse różnicujące antymonopolowe oceny wertykalnych porozumień cenowych ewoluujące w europejskim i amerykańskim orzecznictwie.

Moje wątpliwości budzi także sformułowanie tytułu ostatniego, podsumowującego rozdziału książki. Po pierwsze, uprawnione jest wrażenie, że autor postrzega ewaluację i konstrukcję wzorca rozwiązań prawnych jako dwa równorzędne procesy, podczas gdy w istocie sam autor potwierdza już na wstępie rozdziału dwunastego, że konstrukcja wzorca jest następstwem ewaluacji. Po drugie, za wyjątkowo nietrafne uważam używane przez autora pojęcie „rozwiązanie prawne” – czy autor ma tu na myśli jedynie legislację, czy sam proces stosowania prawa, czy też, jak mi się wydaje, obydwie te elementy? Zdecydowanie brakuje w ostatnim rozdziale zdefiniowania pojęcia „rozwiązanie prawne”, choć oczywiście brak tej definicji nie obniża rangi wartościowych wniosków formułowanych przez autora. Proponowany przez autora model antymonopolowej oceny wertykalnego ustalania cen jawi się jako model dojrzały, silnie zakorzeniony nie tylko w amerykańskim i europejskim dorobku orzecznictwym, lecz także w dorobku doktryny prawniczej i teorii ekonomicznych. Jednocześnie jest to model oparty na trzeźwym i racjonalnym osądzie autora co do możliwych granic uelastyczniania systemów prawnej ochrony konkurencji. Autor wyraźnie też podkreśla, że jest to model skonstruowany z wykorzystaniem kryteriów prawidłowości i stosowności, a w konsekwencji – model realny (realistyczny).

Recenzowana monografia zasługuje na wyróżnienie również ze względu na leżącą u jej podstaw metodologię. Wydawane w Polsce monografie prawnicze zwykle nieco po macoszemu traktują opis metodologii, co w dużej mierze wynika stąd, że autorzy korzystają z kombinacji wielu metod, w tym przede wszystkim z analizy dogmatycznej. Łukasz Grzejdziak poszedł inną drogą, wiele miejsca poświęcając opisowi stosowanej przez siebie metodologii. Skoro założeniem autora było studium prawnoporównawcze, to wykorzystał w swojej pracy metody właściwe komparatyście prawniczej, ze szczególnym uwzględnieniem metody funkcjonalno-kontekstowej Ernesta Rabla (i jego następców). Autor opisał założenia obranej przez siebie metody, ale zidentyfikował również jej niedostatki i określił sposób jej stosowania do przedmiotu swoich badań. W sferze opisów metodologicznych, a także konsekwentnego stosowania przyjętej metodyki do realizacji celów badawczych, recenzowaną monografię należy uznać za wzorcową i rekomendować zapoznanie się z nią tak przez najmłodszych adeptów akademii, jak i doświadczonych badaczy.

Nie mam wątpliwości, że polscy czytelnicy otrzymali książkę unikatową w obszarze literatury prawa konkurencji – recenzowana monografia wypełnia przynajmniej dwie luki: z jednej strony kompleksowo prezentuje amerykański system ochrony przed antykonkurencyjnymi porozumieniami, z drugiej – stanowi wyczerpujące kompendium wiedzy o antymonopolowej ocenie wertykalnych porozumień cenowych (polska literatura przedmiotu w tym obszarze pozostaje nad wyraz skromna, zwłaszcza w świetle bogatego dorobku decyzyjnego polskiego organu ochrony konkurencji w odniesieniu do ustalania cen w stosunkach wertykalnych). Jestem przekonana, że książka będzie stanowić źródło inspiracji dla badaczy, znajdzie swoje miejsce w debatach nad egzekwowaniem zakazu antykonkurencyjnych porozumień zarówno w trybie publiczno-, jak i prywatnoprawnym. Mogę z pełnym przekonaniem polecić tę książkę także prawnikom-praktykom, urzędnikom i sędziom. Osobiście mam poczucie, że pierwsza lektura książki nie wyczerpała jeszcze jej potencjału i wracając do niej w przyszłości będę odkrywać coraz to nowe treści i wątki.

dr hab. Agata Jurkowska-Gomułka, prof. WSiIZ

Wyższa Szkoła Informatyki i Zarządzania z siedzibą w Rzeszowie

ORCID: 0000-0001-7074-6850

Webinar pt. „Antitrust and developing economies in an era of crises”, Concurrences oraz NYU Law, 30 października 2020 roku

Konferencja pt. „Antitrust and developing economies in an era of crises” („Prawo antymonopolowe i gospodarki rozwijające się w dobie kryzysów”) została zorganizowana przez Concurrences w partnerstwie z Charles River Associates, ELIG Gürkaynak Attorneys-at-Law, Orrick oraz RBB Economics. Ze względu na pandemię, została ona przeprowadzona w formie webinarium.

Spotkanie rozpoczęła moderatorka, profesor Eleanor Fox (NYU), która przedstawiła panelistów i zaprosiła ich do omówienia zagadnień związanych z prawem konkurencji w swoich krajach.

Pani Mondo Mazwai (Przewodnicząca Trybunału ds. Konkurencji Republiki Południowej Afryki) poświęciła swe wystąpienie sprawom zawyżania cen, które miały miejsce podczas pandemii w RPA. M. Mazwai wyjaśniła, że w marcu 2020 roku rząd Republiki Południowej Afryki uchwalił szczegółowe przepisy dotyczące cen nadmiernie wygórowanych związanych z COVID-19. Nowe uregulowania zabraniają dominującym firmom znaczącego podnoszenia cen za podstawowe towary i usługi. Regulacje te przewidują, że cena jest wygórowana, jeśli przedsiębiorca posiadający siłę rynkową podniesie cenę do nieuzasadnionego poziomu. Na przedsiębiorcy ciąży ciężar wykazania, że cena jest rozsądna. Poza omówieniem ww. uregulowań, prelegentka przywołała także sprawy sądowe wytoczone przedsiębiorcom w następstwie nieuczciwych praktyk stosowanych podczas trwania pandemii. Trybunał ds. Konkurencji Republiki Południowej Afryki uznał przykładowo, że Babelegi, sprzedawca masek, oraz Dis-Chem, wiodąca w kraju grupa aptek detalicznych, naruszyli ustawę o konkurencji. Babelegi podniosła cenę masek o 592% w lutym, a o 987% w marcu 2020 r., bez żadnego ważnego uzasadnienia. Natomiast ceny produktów Dis-Chem zostały w marcu 2020 r. podniesione o 261%. Chociaż nie zakładano, by przedsiębiorcy mieli pozycję dominującą (ich odpowiednie udziały w rynku wynosiły mniej niż 45%), Trybunał uznał, że mieli oni władzę rynkową zapewniającą im „zdolność do kontrolowania cen lub do działania niezależnie od konkurentów, konsumentów lub dostawców”. Okazało się, że w obu przypadkach zakłócenie łańcucha dostaw zwiększyło siłę rynkową skarżonych przedsiębiorców, ponieważ posiadali oni zapasy masek w okresie poważnych niedoborów dostaw. Aby określić odpowiedni punkt odniesienia dla ceny konkurencyjnej, Trybunał oparł się na cenach obowiązujących u tych przedsiębiorców na chwilę przed tym, jak rynek ten stał się dysfunkcyjny. M. Mazwai uznała, że Republika Południowej Afryki znalazła odpowiednią równowagę, wyważając interes konsumentów i interesy przedsiębiorców w stosowaniu prawa.

Kolejnym panelistą był Pan Babatunde Irukera (Nigeryjska Federalna Komisja ds. Konkurencji i Ochrony Konsumentów; dalej: FCCPC). Zwrócił on uwagę na wyzwania, przed jakimi stanął FCCPC jako początkujący organ konkurencji, który dopiero co przeszedł transformację z organu zajmującego się ochroną konsumentów w organ zajmujący się ochroną konkurencji. Zauważył on, że kryzys COVID-19 podważył tradycyjne pojęcia „pozycji dominującej”. Uznał, że sama siła

rynkowa niekoniecznie musi być decydującym czynnikiem w kwestiach dotyczących ustalania pozycji dominującej. W przypadku nadmiernie wygórowanych cen, prelegent zauważył, że łączą się aspekty dotyczące ochrony konsumentów oraz konkurencji. Wyjaśnił, że zgodnie z prawami ochrony konsumentów dotyczącymi cen nadmiernie wygórowanych organy muszą interweniować w przypadku „nieracjonalnych, wyzyskujących lub ewidentnie niesprawiedliwych warunków umów, w tym cen”. Stwierdził, że nawet mały przedsiębiorca, działając jednostronnie na dysfunkcyjnym rynku, może ze względu na popyt wykazywać działania antykonkurencyjne. W jednym konkretnym dochodzeniu FCCPC odkryła, że sprzedawca detaliczny, który miał pewien zapas środków do dezynfekcji rąk od 2018 r., podniósł ceny o 820% zaledwie w ciągu kilku godzin. Zdarzyło się to następnego dnia po wykryciu w Nigerii pierwszych przypadków COVID-19. B. Irukera zaznaczył również, że Nigeria ma problemy z zapewnieniem swoim mieszkańcom dostępu do Internetu. Problem nasilił się w sytuacji pandemii, gdy koniecznym stało się przeniesienie do Internetu świadczenia większości usług. Prelegent zakwestionował czy regulacje o zasięgu globalnym, takie jak ogólne rozporządzenie UE o ochronie danych (RODO), byłyby odpowiednie dla wszystkich krajów. W odniesieniu do danych i nowej gospodarki cyfrowej Irukera uznał, że Nigeria, podobnie jak reszta Afryki, jest zdeterminowana, aby działać na rzecz promowania ram, które będą odzwierciedlać ich interesy.

Wystąpienie kolejnego mówcy, Profesora Philipa Marsdena (College of Europe) poświęcone było kwestiom regulacji Big Tech. Prelegent porównał gigantów technologicznych do niemowląt, które nieustannie wymagają naszej uwagi. Podkreślił, że to do regulatorów należy zapewnienie, aby te firmy nie zachowywały się niewłaściwie. Uważał, że istniejące ramy prawne mają odpowiednie narzędzia do regulacji gigantów technologicznych, chociaż mogłyby ewoluować, aby radzić sobie z nowymi zagrożeniami.

Następnie przemawiał Pan Marcio de Oliveira (Charles River Associates). Przedstawił on krótki przegląd wyzwań, jakie pandemia przyniosła dla brazylijskiej polityki konkurencji. Wspomniał, że konkurencyjne firmy przedkładały swoje umowy o współpracy brazylijskiemu organowi ds. Konkurencji (CADE) w celu ujawnienia sposobów, w jaki funkcjonują ich sieci dystrybucji. To wzbudziło obawy środowiska antymonopolowego, że taka współpraca, jeżeli przetrwałaby pandemię, mogłaby ułatwić koordynację przedsiębiorców. Aby zapobiec zachowaniom antykonkurencyjnym, CADE wydało dokument zawierający wytyczne, których przedsiębiorcy musieli przestrzegać podczas sporządzania umowy. W szczególności zabronione było wymienianie informacji poufnych. CADE jasno stwierdziło, że można tymczasowo zatwierdzać umowy i analizować je dalej w przyszłości. M. Oliveira podkreślił, że podczas pandemii nie miało miejsca wiele przejęć ani fuzji. Jeśli chodzi o nadmiernie wygórowane ceny, to kilku kongresmenów zaproponowało ustawy, które nakładałyby limity cenowe na wszystkie leki, aby zapobiec podnoszeniu cen podczas pandemii, ale ustawy te nie zostały uchwalone. Oliveira uznał, że wyzwania nie zmaterializowały się w takim stopniu, jakiego brazylijska społeczność prawa konkurencji spodziewała się na początku pandemii, być może dlatego, że recesja nie była tak głęboka, jak oczekiwała większość brazylijskich ekonomistów.

Pan Thando Vilakazi (Centre for Competition, Regulation and Economic Development przy Uniwersytecie w Johannesburgu) skomentował, że organy ochrony konkurencji w krajach rozwijających się mogą stanowić wzór dla całego świata w zakresie dokładniejszego dostosowywania prawa konkurencji do priorytetów rozwoju gospodarczego. Uznał, że COVID-19 to moment na

refleksję nad standardami i zasadami, które leżą u podstaw wysiłków na rzecz egzekwowania prawa konkurencji. Zasugerował, aby ponownie przemyśleć niektóre standardy prawa konkurencji i jego egzekwowania oraz wezwał organy ochrony konkurencji do dokładniejszego badania zarzutów dotyczących efektywności. T. Vilakazi stwierdził, że decyzje w sprawach przejęć i fuzji, nieuwzględniające celów rozwojowych danego kraju, podejmowane w oparciu o niedokładne lub błędne informacje, mogą mieć bezpośredni i pośredni związek z ubóstwem. Poparł politykę konkurencji, która uwzględnia program rozwoju odpowiedni dla danego społeczeństwa, tak jak to czyni ustawa południowoafrykańska.

W drugiej części konferencji Profesor Fox uznała, że prawo konkurencji mogłoby być silniejsze, zwłaszcza w krajach rozwijających się, gdzie bariery wzrostu gospodarczego są wysokie, a rządowe kumoterstwo jest powszechne. Zapytała również czy prawo konkurencji powinno uwzględniać cele zrównoważonego rozwoju i poprosiła panelistów o przedstawienie ich przemyśleń na temat wprowadzania pewnych globalnych ram, biorąc pod uwagę, że niektóre kwestie związane z ochroną konkurencji obejmują cały świat.

Profesor Marsden zaaprobował inicjatywy organów ochrony konkurencji mające na celu zapewnienie, że prawo konkurencji nie stanie na przeszkodzie firmom współpracującym ze sobą w celu ułatwienia realizacji celów zrównoważonego rozwoju. Jeśli chodzi o globalne ramy dla Big Tech, stwierdził, że jeśli niektóre kraje chcą wprowadzić wspólne reguły za pośrednictwem Światowej Organizacji Handlu lub Międzynarodowej Sieci Konkurencji, to powinny to zrobić, ale ostrzegł, że organy ochrony konkurencji na całym świecie nie powinny czekać na takie ramy, aby egzekwować prawo w sprawach wymagających natychmiastowej uwagi. Pan Oliveira zaznaczył się, że inne kraje mogą dostarczyć całemu światu dobrych przykładów, ale każdy kraj powinien dostosować je do swojej własnej rzeczywistości. Babatunde Irukera dodał, że być może skoordynowane działanie kilku państw może być tym, czego niektóre kraje rozwijające się potrzebują, aby zwiększyć swoją siłę wobec firm Big Tech. Mondo Mazwai zgodziła się natomiast, że organy ochrony konkurencji krajów rozwijających się powinny przyjrzeć się wzajemnej koordynacji w zakresie Big Data i gospodarek cyfrowych.

Profesor Fox zakończyła konferencję, dziękując wszystkim panelistom.

Mgr Marcin Mleczek

Asystent naukowy w Zakładzie Prawa Konkurencji INP PAN

ORCID: 0000-0002-6037-224X

marcinmleczek@gmail.com

Pandemic, crisis, antitrust. On competition protection in the times of the coronavirus
(from the Volume Editor)

ARTICLES

Anna Gulińska, Tomasz Kordala, Merger control in Poland during the coronavirus pandemic and the resulting economic crisis – summary of the practice and *de lege ferenda* postulates

Table of contents:

- I. Introduction
- II. Activities of the UOKiK President during the pandemic – summary
- III. Issues related to the substantive assessment of mergers during the economic crisis
- IV. Failing firm doctrine – is it possible to relax the framework of assessment
- V. Changes to the UOKiK President's conditional clearance decisions in the context of difficulties caused by the pandemic
- VI. Exemption from the merger control obligation in the context of insolvency proceedings
- VII. Extraordinary clearance and other unusual solutions useful in times of crisis
- VIII. Summary

Summary: The article presents a summary of the most important aspects accompanying merger control during the crisis caused by the coronavirus pandemic and the activities of the Polish competition authority during this time. The analysis covers activities of the Polish competition authority during the pandemic, issues related to the material assessment of concentrations during the economic crisis, and Polish merger control rules, which may help address the issues encountered by undertakings affected by the crisis.

Key words: merger control, substantive assessment, failing firm defence; conditional clearance; exemption from merger control requirement; extraordinary clearance

JEL: K21

Katarzyna Marita Szreder, Mergers at the time of the 'plague' – Challenges for merger control resulting from the coronavirus pandemic from the European perspective

Table of contents:

- I. Introduction
- II. Practical challenges for competition authorities
- III. Impact of the pandemic on merger policy debates
- IV. Substantive merger assessment
 1. Competition assessment at the times of uncertainty
 2. Failing firm defence
 3. Standstill obligation
 4. Remedies
- V. Conclusions

Summary: This article discusses challenges to merger control posed by the coronavirus pandemic as seen from a European perspective. It provides an overview of these challenges, which it divides into three categories: (i) practical challenges faced by the DG COMP, (ii) issues related to the overall merger control policy and associated pressure for reform, and (iii) challenges to the assessment of concentrations in individual cases notified to the Commission. The article argues for preserving rigorous standards of merger control, while claiming that the tools that the European Commission has in its hands are sufficient to meet the challenges that the coronavirus pandemic may pose for various aspects of competition assessment and competition proceedings.

Key words: merger control, concentration, COVID, coronavirus, failing firm defence, national champions, standstill obligation

JEL: K21

Konrad Kohutek, Three years of applying the Act on the unfair use of contractual advantage: assessment against the background of the decisions of the UOKiK President and in the context of the solutions of the EU Directive

Table of contents:

- I. Introduction
- II. Good practice: concretization of the concept and rules of its interpretation
- III. Contractual advantage: evaluation criteria and problematic solution of the Directive
- IV. Unilateral nature of the practice: a defining element of prohibited conduct?
- V. Final remarks: Has the COVID-19 pandemic contributed to the tightening of the enforcement of the Act?

Summary: This paper presents and evaluates the decisions of the UOKiK President, which were issued under the Act on Counteracting the Unfair Use of Contractual Advantage in Trade in Agricultural and Food Products. Although this Act has been in force for over 5 years, it was only in 2019 and 2020 that the authority interfered, relatively more frequently, with the practices of undertakings, in accordance with the provisions of this Act, often imposing high penalties. The article also takes into account the relevant EU Directive, also considering the context of its implementation into the Polish legal order.

Key words: contractual advantage, UOKiK President, unfair use of contractual advantage, good practice, penalty fine

JEL: K21

Karolina Redlin, Setting maximum prices and margins as a new tool to counteract the effects of the spread of the SARS-CoV-2 virus

Table of contents:

- I. Introduction
- II. Statutory delegations to fix prices and maximum margins
 1. Granting the competence to set maximum prices to the minister in charge of health
 2. Competence of the minister in charge of the economy to establish prices and maximum margins

3. Competences of the President of UOKiK in connection with non-compliance by undertakings with the set level of prices and maximum margins
4. An attempt to use the new competences in practice: a draft regulation introducing maximum prices and margins

III. Assessment of the adopted solutions

Summary: The article discusses the legal solutions adopted in order to regulate, by the competent ministers, the maximum prices and margins of goods and services, adopted in order to counteract the effects of the spread of the SARS-CoV-2 virus. The Article discusses in more detail the material scope of goods and services whose maximum prices and margins may be administratively fixed, and the consequences of non-compliance with the 'fixed ceiling' of maximum prices and margins.

Key words: maximum prices, maximum margins, wholesale margin, retail margin.

JEL: K21, K23, K42

Joanna Wiszniewska, Compulsory license – a panacea for an epidemic?

Table of contents:

- I. Introduction
- II. The origins of a compulsory licence
- III. Conditions for granting a compulsory licence
 1. The threat to national security
 2. The abuse of a patent
 3. The dependence of rights
- IV. Characteristics of a compulsory licence
 1. Non-exclusivity
 2. Payment
 3. Detailed scope and duration of the compulsory licence
- V. The procedure of granting a compulsory licence
- VI. Conclusion

Summary: The SARS-CoV-2 pandemic impeded access to medicines in general. The aim of the article is to analyse whether a compulsory licence may be considered to be a useful tool to remove an unexpected threat to national security caused by the pandemic. First, the article focuses on the premises for granting a compulsory licence as listed in the Polish Industrial Property Law, as well as on the characteristics of a compulsory licence. Second, an analysis of procedural aspects of granting a compulsory licence is provided. In conclusion, the author presents postulates *de lege ferenda*, which will facilitate the faster granting of a compulsory licence and, consequently, an efficient response to the needs arising from a sudden threat, while maintaining the unique nature of this institution, reserved for use in exceptional cases.

Key words: compulsory licence, patent, abuse of a patent, Industrial Property Law.

JEL: K23

Aleksandra Kopeć, State aid in the era of COVID-19**Table of contents:**

- I. EU rules on state aid related to COVID-19
- II. Basic information on implemented state aid schemes
- III. Practical problems with the implementation of EU state aid rules in Poland
 1. The concept of undertaking
 2. The status of a SME
 3. Rules on the cumulation of state aid
 4. Setting the limit for aid in the form of restricted amounts
 5. Reimbursement of state aid if the limit is exceeded
- IV. Final conclusions

Summary: The article describes the development of EU state aid rules set in the era of COVID-19, in particular those set out in the Communication from the Commission – Temporary framework for state aid measures to support the economy in the current COVID-19 outbreak. It also presents basic information on state aid measures developed on the basis of this document. Moreover, the most frequent problems related to the practical implementation of these rules in Poland are discussed.

Key words: state aid; COVID-19; Temporary framework; notion of undertaking.

JEL: H84, K29

Grzegorz Sęga, Soft law as an instrumentation ensuring fair competition protection on the capital market – chosen issues**Table of contents:**

- I. Introduction
- II. Law implementation of the capital market fair competition protection
- III. Statutes as soft law protecting fair competition of the capital market
 1. The statute of the Stock Exchange
 2. The statute of the National Securities Depository
- IV. Codes of professional ethics and rules as *soft law* protecting fair competition on the capital market
 1. Securities Houses' Good Practice Codes
 2. Brokers' and Advisors' Professional Ethics Rules
- V. Conclusion

Summary: The aim of this article is both to show the real influence of *soft law* type regulatory solutions used to ensure fair competition in capital market trade and presenting the impact of *soft law* regulation in relations between supervisory bodies, institutional participants in capital market trade and the clients of those institutional capital market participants.

Key words: Soft law, fair competition, capital market, institutional participant of the capital market, client of the participant of the capital market, capital market supervisory bodies.

JEL: K21

REVIEWS OF LAW AND JURISDICTION

Michał Konrad Derdak, *Between the revolution and self-promotion. Main trends in the responses of competition authorities to the pandemic and the coronavirus crisis*

Table of contents:

- I. Introduction
- II. Positions of selected competition authorities
 1. Position of the European Competition Network (ECN)
 2. Common position of the US authorities (DOJ and FTC)
 3. The position of the Steering Group of the International Competition Network (ICN)
 4. Communication from the European Commission on the temporary framework for cooperation between undertakings
 5. Other positions
- III. Main trends in the positions and activities of competition authorities
 1. Stressing the obligation to comply with competition law
 2. Exclusions from the application of competition law
 3. Formal approval of cooperation between undertakings
 4. Changes in the procedures or manner of operation of competition authorities
 5. Activities on the border of price regulation
- IV. Summary

Summary: National and supranational competition authorities, acting individually or as part of international networks, reacted widely and rapidly to the outbreak and crisis of the COVID-19 pandemic. It seems possible to identify certain global trends in the activities of these authorities. The purpose of this article is to identify the most important of these trends and then try to assess whether they were adequate, proportionate and evidence-based. As a result of the analysis, it becomes possible to determine, to a certain extent, whether the actions of competition authorities are more of a self-promotion or whether they bring about significant, revolutionary changes in the practice of applying competition law.

Key words: competition law; COVID-19; crisis cartels; cooperation between undertakings

JEL: K21

BOOKS REVIEW

Łukasz Grzejdziak, *RPM in European and American Law, A Comparative Legal Study. (Ustalenie cen odsprzedaży towarów w prawie europejskim i amerykańskim. Studium prawnoporównawcze)*, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź, 2020 (Agata Jurkowska-Gomułka)

REPORTS

Report on the webinar ‘Antitrust and developing economies in an era of crises’, Concurrences & NYU Law, 30.10.2020 (Marcin Mleczeko)

internetowy KWARTALNIK ANTYMONOPOLOWY I REGULACYJNY

REKOMENDOWANY SKRÓT CYTOWANIA iKAR

PODSTAWOWE INFORMACJE DLA AUTORÓW

Teksty do opublikowania w iKAR winny być dostarczane na skrzynkę mailową redakcji (ikar@wz.uw.edu.pl) jako dokumenty elektroniczne w edytorach MS Word (2000/XP/2003) lub Open Office.

Artykuły powinny zawierać także spis treści, streszczenie i słowa kluczowe.

Artykuły powinny zawierać nie mniej niż 4500, a nie więcej niż 9000 słów.

Redakcja będzie dbać, żeby w iKAR nie miały miejsca przypadki ghostwriting czy guest authorship.

ZASADY RECENZOWANIA

Wszystkie teksty każdego numeru iKAR są wstępnie recenzowane przez redaktora tematycznego.

Artykuły są oceniane przez dwóch niezależnych recenzentów spoza CARS. Autorzy i recenzenci nie znają swoich tożsamości (*double blind peer review*).

Recenzja jest sporządzana na formularzu w wersji dla tekstów prawnych i ekonomicznych, dostępnym na stronie www.ikar.wz.uw.edu.pl. Recenzja kończy się jednoznacznym wnioskiem co do dopuszczenia artykułu do publikacji lub jego odrzucenia.

Zbiorca lista recenzentów iKAR jest publikowana w ostatnim numerze iKAR w danym roku.

PRAWA AUTORSKIE

Publikacja jest bezpłatna. Wszystkie teksty wydawane są na zasadzie otwartego dostępu i na licencji CC BY 4.0 Creative Commons – Uznanie autorstwa (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/legalcode.pl>).

Korzystanie z zawartości całego numeru oraz z każdego z jego tekstów jest zatem uzależnione wyłącznie od akceptowania przez użytkownika trzech zasad: uznania autorstwa, korzystania z tekstów tylko dla celów niekomercyjnych oraz nietworzenia na ich bazie utworów zależnych.

UDOSTĘPNIANIE

iKAR jest publikowany pierwotnie w wersji elektronicznej za pośrednictwem odrębnej strony internetowej www.ikar.wz.uw.edu.pl.

Jest udostępniany w wersji .pdf dostosowanej m.in. do e-booków.

Będzie także dostępny we wszystkich najważniejszych polskich bazach wolnego dostępu oraz – na zasadach niewyłącznych – w bazach największych polskich wydawców książek i czasopism z zakresu prawa, ekonomii i zarządzania.

CENTRUM STUDIÓW ANTYMONOPOLOWYCH I REGULACYJNYCH



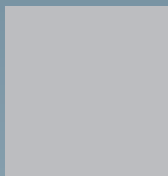
prowadzi badania naukowe



wydaje książki i periodyki,
w tym YARS www.yars.wz.uw.edu.pl
oraz iKAR www.ikar.wz.uw.edu.pl



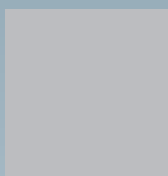
organizuje konferencje naukowe i warsztaty



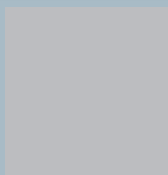
świadczy usługi doradcze i prowadzi
szkolenia



oferuje studia podyplomowe ARIS
www.aris.wz.uw.edu.pl



prowadzi Otwarte Seminarium Doktoranckie



współpracuje z instytucjami naukowymi
w kraju i zagranicą oraz z organami
regulacyjnymi (UKE, URE, UTK)