

internetowy  
KWARTALNIK  
ANTYMONOPOLOWY I  
REGULACYJNY

1(12)

2023

SERIA ANTYMONOPOLOWA

- **Harmonisation of the Powers of NCAs in EU Member States. A Few Remarks on the Basis of the Experience of the Czech Republic and Poland After the Deadline for Transposition of the ECN+ Directive Has Passed**
- **Między Chicago i post-Chicago. Czy należy zmienić wytyczne UE w sprawie kontroli niehoryzontalnych koncentracji?**
- **Kilka uwag do projektów rozporządzeń w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących horyzontalnych porozumień kooperacyjnych**
- **Aktualne podejście Komisji do ograniczeń wertykalnych w świetle rozporządzenia 2022/720 i towarzyszących mu wytycznych**
- **Definiowanie rynków produktowych w gospodarce cyfrowej w świetle projektu Zawiadomienia Komisji w sprawie definicji rynku właściwego do celów unijnego prawa konkurencji z 8 listopada 2022 roku**

ISSN 2299-5749

internetowy  
KWARTALNIK  
ANTYMONOPOLOWY I  
REGULACYJNY

1(12)

2023

142. 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](http://www.ikar.wz.uw.edu.pl)

e-mail: [ikar@wz.uw.edu.pl](mailto:ikar@wz.uw.edu.pl)

Wydawca: Uniwersytet Warszawski, ul. Krakowskie Przedmieście 26/28,

PL – 00-927 Warszawa; tel. (+48-22) 55-34-164

Skład i łamanie: Dom Wydawniczy ELIPSA;

PL – 00-189 Warszawa, ul. Inflancka 15/198;

tel.: (+48-22) 635-03-01; [www.elipsa.pl](http://www.elipsa.pl)

e-mail: [elipsa@elipsa.pl](mailto:elipsa@elipsa.pl)

CARS

Centre for Antitrust and Regulatory Studies  
Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych



## 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 Europejskiego 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 Prawa Administracyjnego 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 Koziół** (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. 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 Wydziału Prawa Uniwersytetu w Białymstoku) – redaktor naczelna; e-mail: [piszcz@uwb.edu.pl](mailto: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](mailto: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: [spiątek@wz.uw.edu.pl](mailto:spiątek@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](mailto: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](mailto:c.banasinski@wpia.uw.edu.pl).

Dr **Michał Będkowski-Koziół** (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.koziol@uksw.edu.pl](mailto:m.bedkowski.koziol@uksw.edu.pl).

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

Prof. UEKat dr hab. **Marzena Czarnecka** (Katedra Prawa i Ubezpieczeń na Wydziale Finansów Uniwersytetu Ekonomicznego w Katowicach) – redaktor tematyczna ds. regulacji sektora elektroenergetycznego i odnawialnych źródeł energii; e-mail: [marzena.czarnecka@ue.katowice.pl](mailto: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](mailto:ajurkowska@wsiz.edu.pl).

Dr **Magdalena Knapp** (Katedra Prawa Własności Intelektualnej, Prawa Gospodarczego Publicznego i Prawa Pracy Wydziału Prawa Uniwersytetu w Białymstoku) – redaktor tematyczna ds. przeciwdziałania nieuczciwemu wykorzystywaniu przewagi kontraktowej; e-mail: [m.knapp@uwb.edu.pl](mailto:m.knapp@uwb.edu.pl).

Dr **Marcin Kraśniewski** (Katedra Prawa i Ubezpieczeń na Wydziale Finansów Uniwersytetu Ekonomicznego w Katowicach) – redaktor tematyczny ds. regulacji sektora gazowego, ciepłowniczego i paliwowego; e-mail: [marcin.krasniewski@uekat.pl](mailto:marcin.krasniewski@uekat.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](mailto: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](mailto:mnamyslowska@wpia.uni.lodz.pl).

Prof. UW r dr hab. **Edyta Rutkowska-Tomaszewska** (Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii, Uniwersytet Wrocławski) – redaktor tematyczna ds. regulacji rynku finansowego i ochrony klienta usług finansowych; e-mail: [edyta.rutkowska-tomaszewska@uwr.edu.pl](mailto:edyta.rutkowska-tomaszewska@uwr.edu.pl).

Dr **Dominik Wolski** (Akademia Górnośląska im. Wojciecha Korfańskiego w Katowicach) – redaktor tematyczny ds. prywatnoprawnego egzekwowania prawa konkurencji; e-mail: [dominik.wolski@gwsh.pl](mailto:dominik.wolski@gwsh.pl).

**Michał Rzemyszkiewicz** (Koordynator Krajowy CARS), redaktor techniczny; e-mail: [ikar@wz.uw.edu.pl](mailto:ikar@wz.uw.edu.pl); [Mrzemyszkiewicz@wz.uw.edu.pl](mailto:Mrzemyszkiewicz@wz.uw.edu.pl).

## Spis treści

<b>Nowelizacje i implementacje, czyli prawo konkurencji w dobie zmian</b> (od redaktora prowadzącego) .....	6
--	---

### Artykuły

Paulina Korycińska-Rządca, Eva Zorková, <b>Harmonisation of the Powers of NCAs in EU Member States. A Few Remarks on the Basis of the Experience of the Czech Republic and Poland After the Deadline for Transposition of the ECN+ Directive Has Passed</b> .....	8
Łukasz Grzejdziak, <b>Między Chicago i post-Chicago. Czy należy zmienić wytyczne UE w sprawie kontroli niehoryzontalnych koncentracji?</b> .....	32
Aleksander Maziarz, <b>Kilka uwag do projektów rozporządzeń w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących horyzontalnych porozumień kooperacyjnych</b> .....	49
Jarosław Łukawski, <b>Aktualne podejście Komisji do ograniczeń wertykalnych w świetle rozporządzenia 2022/720 i towarzyszących mu wytycznych</b> .....	59
Bartosz Targański, <b>Definiowanie rynków produktowych w gospodarce cyfrowej w świetle projektu Zawiadomienia Komisji w sprawie definicji rynku właściwego do celów unijnego prawa konkurencji z 8 listopada 2022 roku</b> .....	74

### Przegląd prawa i orzecznictwa, raporty, omówienia

Wojciech Lewandowski, <b>Stosowanie prawa konkurencji do sportu przez krajowe organy ochrony konkurencji na przykładzie aktualnej działalności Prezesa UOKiK</b> .....	85
Anna Młostoń-Olszewska, <b>O potrzebie zmian legislacyjnych w zakresie zasad funkcjonowania powiatowych (miejskich) rzeczników konsumentów</b> .....	106
Marcin Kulesza, <b>Zakres obowiązków i uprawnień przeszukującego i przeszukiwanego w toku przeszukania przez Prezesa UOKiK – omówienie postanowienia Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z 22 listopada 2022 r. w sprawie XVII Amz 92/22</b> .....	125
Anna Kutylowska, <b>Głosa do wyroku Trybunału Sprawiedliwości w sprawie C-721/20 <i>DB Station &amp; Service</i></b> .....	136
Szymon Murek, <b>Czym jest utworzenie wspólnego przedsiębiorcy? Uwagi na kanwie wyroku Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z 21 listopada 2022 r., XVII AmA 11/21 (<i>Gazprom</i>)</b> .....	143

## Sprawozdania

### Sprawozdanie z webinarium INP PAN pn. „Zasada *ne bis in idem*

w prawie konkurencji i regulacji sektorowej – w kierunku większej ochrony przed podwójnym oskarżeniem i ukaraniem?”, Warszawa, 6 grudnia 2022 roku

(Kamil Flis) .....150

**Contents, Summaries and Key Words** .....155

## Nowelizacje i implementacje, czyli prawo konkurencji w dobie zmian (od redaktora prowadzącego)

Oddajemy w Państwa ręce numer iKAR-a poświęcony aktualnym (wprowadzanym i planowanym) zmianom w unijnych i krajowych regulacjach z zakresu prawa ochrony konkurencji. Łamy naszego periodyku pomieścić mogły teksty poruszające tylko wybrane zagadnienia z tego zakresu. W ostatnim czasie nie brakuje bowiem mniej lub bardziej epokowych zmian uregulowań w interesującej nas tematyce. Uchwalona została (nazbyt) długo wyczekiwana nowelizacja ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, która implementuje dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/1<sup>1</sup>. Z kolei w unijnym prawie konkurencji przyjęto m.in. nowe reguły wyłączeń grupowych dla porozumień wertykalnych<sup>2</sup>, a także nowe wyjaśnienia dotyczące różnych zagadnień, zarówno kwestii procedury przed Komisją Europejską<sup>3</sup>, jak i stosowania art. 101 i 102 Traktatu<sup>4</sup>. Wspomnieć trzeba jeszcze o pakiecie regulacji dotyczących rynków cyfrowych (*Akt o Rynkach Cyfrowych, Akt o Usługach Cyfrowych*)<sup>5</sup>, bazujących m.in. na doświadczeniach orzeczniczych Komisji z zakresu prawa konkurencji, jak również czerpiących bardzo wyraźnie w kwestiach proceduralnych z przepisów antymonopolowych.

Zebrane tu teksty dotyczą różnych aspektów zmian w prawie konkurencji. Paulina Korycińska-Rządca i Eva Zorková przedstawiają najnowsze doświadczenia polskie i czeskie związane z implementacją dyrektywy 2019/1. Łukasz Grzejdziak zajął się problematyką unijnych wytycznych w sprawie kontroli niehoryzontalnych koncentracji, rozważając potrzebę ich zmiany. Tekst na temat projektów rozporządzeń w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących horyzontalnych porozumień kooperacyjnych przygotował Aleksander Maziarz. Z kolei artykuł na temat przyjętych już w ubiegłym roku nowych reguł wyłączenia porozumień wertykalnych spod zakazu art. 101(1) TFUE (rozporządzenia 2022/720 i towarzyszących mu wytycznych) zaprezentował Jarosław Łukawski. Część artykułową tego numeru iKAR-a wieńczy artykuł Bartosza Targańskiego na temat definiowania rynków produktowych w gospodarce cyfrowej w świetle projektu Zawiadomienia Komisji w sprawie definicji rynku właściwego do celów unijnego prawa konkurencji z 8 listopada 2022 roku.

Teksty zebrane w sekcji „Przegląd prawa i orzecznictwa” wykraczają poza problematykę zmian w prawie konkurencji. Tę część numeru rozpoczyna przygotowany przez Wojciecha Lewandowskiego przegląd najnowszej praktyki Prezesa UOKiK w sprawach sportu. Z kolei Anna Młostoń-Olszewska zajęła się problematyką zasad funkcjonowania powiatowych (miejskich) rzeczników konsumentów,

<sup>1</sup> Ustawa z dn. 9.03.2023 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. 2023, poz. 852).

<sup>2</sup> Rozporządzenie Komisji (UE) 2022/720 z 10.05.2022 r. w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych (Dz. Urz. UE L 134 z 11.05.2022, s. 4–13).

<sup>3</sup> Zawiadomienie Komisji w sprawie nieformalnych wskazówek dotyczących nowych lub nierozwiązanych kwestii, które występują w indywidualnych przypadkach w związku ze stosowaniem art. 101 i 102 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wskazówki pisemne) (Dz. Urz. UE C 381 z 4.10.2022, s. 9–13).

<sup>4</sup> Wytyczne w sprawie stosowania prawa konkurencji Unii do układów zbiorowych dotyczących warunków pracy osób pracujących na własny rachunek niezatrudniających pracowników (Dz. Urz. UE C 374 z 30.09.2022, s. 2–13).

<sup>5</sup> Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2022/1925 z 14.09.2022 r. w sprawie kontestowalnych i uczciwych rynków w sektorze cyfrowym oraz zmiany dyrektyw (UE) 2019/1937 i (UE) 2020/1828 (akt o rynkach cyfrowych) (Dz. Urz. UE L 265 z 12.10.2022, s. 1); Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2022/2065 z 19.10.2022 r. w sprawie jednolitego rynku usług cyfrowych oraz zmiany dyrektywy 2000/31/WE (akt o usługach cyfrowych) (Dz. Urz. UE L 277 z 27.10.2022, s. 1).

przedstawiając toczącą się na linii rzecznicy konsumentów – Prezes UOKiK dyskusję na temat modyfikacji tych zasad. Dzięki tekstom dwóch autorów mamy okazję zapoznać się z najnowszym orzecnictwem Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w sprawach przeszukań Prezesa UOKiK (Marcin Kulesza) oraz kontroli koncentracji (Szymon Murek). Anna Kutylowska przygotowała zaś głosę do wyroku Trybunału Sprawiedliwości dotyczącego regulacji sektora transportu kolejowego i unijnego prawa konkurencji.

W ostatniej części numeru czytelnicy tradycyjnie znajdą sprawozdanie z jednego z wydarzeń konferencyjnych. Tym razem jest to sprawozdanie Kamila Flisa z seminarium INP PAN poświęconego zasadzie *ne bis in idem* w prawie konkurencji i regulacji sektorowej.

Wszystkim Czytelnikom życzę ciekawej lektury.

Warszawa, dn. 30 maja 2023 r.

*dr. hab. Grzegorz Materna, prof. INP PAN*  
kierownik Zakładu Prawa Konkurencji  
Instytut Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk  
ORCID: 0000-0001-9558-1140

Paulina Korycińska-Rządca\*

Eva Zorková\*\*

## Harmonisation of the Powers of NCAs in EU Member States. A Few Remarks on the Basis of the Experience of the Czech Republic and Poland After the Deadline for Transposition of the ECN+ Directive Has Passed

### Table of contents

- I. Introduction
- II. Transposition of the ECN+ Directive in the Czech Republic and Poland
- III. NCAs' investigative powers
  1. Initial remarks
  2. Power to inspect business and non-business premises
    - 2.1. EU legal framework
    - 2.2. The Czech Republic
    - 2.3. Poland
  3. Requests for information
    - 3.1. EU legal framework
    - 3.2. The Czech Republic
    - 3.3. Poland
  4. Interviews
    - 4.1. EU legal framework
    - 4.2. The Czech Republic
    - 4.3. Poland
- IV. NCAs' decision-making powers
  1. Initial remarks
  2. Finding and termination of infringements
    - 2.1. EU legal framework
    - 2.2. The Czech Republic
    - 2.3. Poland

---

\* Dr, University of Białystok, Faculty of Law, Poland; legal counsel. ORCID: 0000-0002-6177-7409; e-mail: p.korycinska@uwb.edu.pl.

Sections I, III.1, III.3, IV.1. and IV.3. were written by Paulina Korycińska-Rządca whilst Sections II and V are common parts.

Paulina Korycińska-Rządca acknowledges that this article is within the project "Enhancing competition enforcement by the competition authorities of the EU Member States: Procedural issues in the Czech Republic and Poland", co-financed by the Polish National Agency for Academic Exchange (project no. PPN/CZ/2019/1/00007/U/00001).

\*\* Dr, Palacký University Olomouc, Faculty of Law, the Czech Republic; e-mail: eva.zorkova@upol.cz.

Sections III.2. and III.3. were written by Eva Zorková whilst Sections II and V are common parts.

Eva Zorková acknowledges that this article is written within the project "Posílení prosazování soutěžního práva soutěžními úřady členských států EU: Vybrané procesní otázky v České republice a v Polsku" (project no. 8J20PL002).

Edition of that article was financed under Agreement Nr RCN/SP/0326/2021/1 with funds from the Ministry of Education and Science, allocated to the "Rozwoj czasopism naukowych" programme.



### 3. Interim measures and their expedited judicial review

#### 3.1. EU legal framework

#### 3.2. The Czech Republic

#### 3.3. Poland

### 4. Commitments

#### 4.1. EU legal framework

#### 4.2. The Czech Republic

#### 4.3. Poland

## V. Conclusions

### Summary

This article critically discusses how legal frameworks in the Czech Republic and Poland correspond to the requirements of ECN+ Directive with regard to the powers of NCAs. For that purpose, the authors analyse the obligations of EU Member States – within this scope – under this directive, as well as legal frameworks in the Czech Republic and Poland. Subsequently, the article compares the manner of regulating these issues in the national legal orders of these countries to the standard required by ECN+ Directive. The aim of this publication is to verify whether, and how, these two EU Member States meet those requirements, and to determine any potential differences in the approach taken by legislators in these EU Member States.

**Key words:** NCAs' Powers; Competition law; Competition law enforcement; Directive (EU) 2019/1; ECN+ Directive.

**JEL:** K21, K42

## I. Introduction

Council Regulation (EC) 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty<sup>1</sup>, which came into force on 1 May 2004, introduced decentralised *ex post* enforcement of the prohibitions contained in Articles 101 and 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union (hereinafter: TFEU)<sup>2</sup>. This act obliges the competition authorities of the EU Member States (National Competition Authorities; hereinafter: NCAs) to apply Articles 101 and 102 TFEU – in parallel to national competition law – to agreements, to decisions by associations of undertakings, to concerted practices and to the abuse of a dominant position, which are capable of affecting trade between Member States<sup>3</sup>. Regulation 1/2003 had not, however, harmonised institutional rules, procedures and sanctions across Member States, except for the rules contained in its Articles 5 and 35(4) (Wils, 2017, p. 13).

After ten years of the enforcement of Regulation 1/2003, the European Commission (hereinafter: the Commission) summarized that thanks to this change, NCAs have become a key pillar of the application

<sup>1</sup> [2003] OJ L1/1, hereinafter: Regulation 1/2003.

<sup>2</sup> Consolidated Version [2012] OJ C326/1, hereinafter: TFEU.

<sup>3</sup> Article 3(1) of the Regulation 1/2003.

of EU competition rules<sup>4</sup>. It also emphasized that the cooperation between the Commission and the NCAs has led to a substantial level of convergence in the application of these rules but – unfortunately – divergences subsisted<sup>5</sup>. Regarding the powers of NCAs, it was stressed that differences remained throughout the EU<sup>6</sup> and that, for the purposes of effective enforcement, it is necessary to ensure that all NCAs have a complete set of powers at their disposal. These must be comprehensive in scope and effective, in particular, NCAs must have effective investigative and decision-making powers<sup>7</sup>.

To overcome the identified problems, the Directive (EU) 2019/1 of the European Parliament and of the Council of 11 December 2018 to empower the competition authorities of the Member States to be more effective enforcers and to ensure the proper functioning of the internal market (hereinafter: ECN+ Directive)<sup>8</sup> was adopted. Its declared objective is to ensure that NCAs have guarantees of independence, resources, as well as enforcement and fining powers necessary to apply Articles 101 and 102 TFEU effectively, and that these guarantees are the same, in order to avoid different outcomes in the cases of the parallel application of national competition law and EU law<sup>9</sup>. This directive obliged EU Member States to harmonize, amongst others, the investigative (i.e. power to inspect business and non-business premises, requests for information and interviews)<sup>10</sup> and decision-making powers of the NCAs (i.e. finding and termination of infringements, interim measures and commitments)<sup>11</sup>.

This article critically discusses how current legal frameworks in the Czech Republic and Poland correspond to the ECN+ Directive's requirements with regard to investigative and decision-making powers of NCAs. For that purpose, the authors analyse the EU obligations of Member States under the ECN+ Directive with regard to NCAs' powers as well as – within this scope – legal frameworks in the Czech Republic and Poland. Subsequently, the article compares the manner of regulating these issues in the national legal orders of these countries to the standard required by ECN+ Directive. The aim of this publication is to verify whether, and how, these two EU Member States meet the requirements placed on the powers of NCAs, and to determine any potential differences in the approach taken by national legislators.

The authors decided to focus on the above indicated Member States for the following reasons. Firstly, those two EU Member States have not transposed the ECN+ Directive within the prescribed deadline (4 February 2021)<sup>12</sup>. This does not, however, necessarily mean that their rules governing the powers of the NCAs were not in line with this directive from the beginning. Secondly, both of the countries joined the EU when Regulation 1/2003 was in force. That's why decentralised *ex post* enforcement of EU competition law was for them – on one hand – revolutionary<sup>13</sup> but – on the other – the enforcement of the prohibitions of Article 101 and 102 TFEU under the rules of

<sup>4</sup> Communication from the Commission to the European Parliament and to the Council 'Ten Years of Antitrust Enforcement under Regulation 1/2003: Achievements and Future Perspectives', COM/2014/0453 final, para 23.

<sup>5</sup> *Ibid.*, para 24.

<sup>6</sup> *Ibid.*, para 32.

<sup>7</sup> *Ibid.*, para 34, 46.

<sup>8</sup> [2019] OJ L11/3–33, hereinafter: ECN+ Directive.

<sup>9</sup> ECN+ Directive, Recital (3) of the preamble.

<sup>10</sup> ECN+ Directive, Arts 6–9.

<sup>11</sup> ECN+ Directive, Arts 10–12.

<sup>12</sup> ECN+ Directive, Art 34(1).

<sup>13</sup> The change of the enforcement regime of the prohibitions of Article 101 and 102 TFEU was revolutionary also for those Member States that were in the EU before Regulation 1/2003 entered into force, as they were used to the previous regime which was characterised by a centralised notification and authorisation system for Article 101(3) TFEU enforcement under Council Regulation 17 First Regulation implementing Articles 85 and 86 of the Treaty ([1962] OJ 13/204) (Wils, 2017, p. 8).

Regulation 1/2003 was not influenced by a comparison between the “new” and “previous” regimes (Regulation 17/62) (see: Jurkowska-Gomułka, 2018, p. 128). Thirdly, the numbers of decisions made by the NCAs from those countries is significantly lower in comparison to NCAs from Member States that were in the EU before Regulation 1/2003 came into force<sup>14</sup>.

This research is based mainly on the dogmatic and comparative method of analysis.

## II. Transposition of the ECN+ Directive in the Czech Republic and Poland

EU Member States were obliged to transpose the ECN+ Directive into national laws by 4 February 2021. Nevertheless, not all have performed this duty on time. Until 31 December 2022, Poland, Estonia and Slovenia have not informed the Commission on their measures brought into force to comply with this Directive<sup>15</sup>. Interestingly, the Czech Republic informed the Commission of the state of the transposition, indicating the 62 measures taken (legal acts)<sup>16</sup>. However, none of them is a legal act adopted solely for the purpose of harmonizing Czech rules in connection to the obligations arising from the ECN+ Directive.

In Poland, the legislative process on the act transposing the ECN+ Directive ended with the adoption of the Act of 9 March 2023 (hereinafter: Amending Act) amending the Act on Competition and Consumer Protection and certain other acts (hereinafter: ACCP)<sup>17</sup> which came into force on 20 May 2023, that is, more than two years after the prescribed deadline has passed. The adoption of this act raises questions on how it has influenced the powers of the Polish NCA, in particular whether it has removed discrepancies, if they existed, or has it created new ones.

Meanwhile, work on the act transposing the ECN+ Directive in the Czech Republic has not been finished yet. The government presented the draft act to the House of Representatives on August 2022. The current status of the legislative process on the act transposing the ECN+ Directive is such that the draft passed the second reading in the Chamber of Deputies (both, a general and detailed debate) on 4 March 2023. Further discussion is possible from 19 April 2023. After the draft passes the third reading in the Chamber of Deputies, it will be approved by the Senate and signed by the President of the Czech Republic, which can be expected in the summer of this year.

## III. NCAs' investigative powers

### 1. Initial remarks

The ECN+ Directive obliges EU Member States to equip their NCAs with the following, minimum, set of harmonized investigative powers: (1) the power to inspect business premises<sup>18</sup>, (2) the power to inspect other premises<sup>19</sup>, (3) the power to request information<sup>20</sup>, and (4) the power to conduct

<sup>14</sup> On the basis of the statistics available at: [https://competition-policy.ec.europa.eu/european-competition-network/statistics\\_en](https://competition-policy.ec.europa.eu/european-competition-network/statistics_en) (13.12.2022). See also Wils, 2015, pp. 8–9.

<sup>15</sup> In accordance with information available at <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/NIM/?uri=CELEX:32019L0001> (31.12.2022).

<sup>16</sup> Ibid.

<sup>17</sup> [2023] Journal of Laws 852, hereinafter: the Amendment Act.

<sup>18</sup> ECN+ Directive, Art 6.

<sup>19</sup> ECN+ Directive, Art 7.

<sup>20</sup> ECN+ Directive, Art 8.

interviews<sup>21</sup>. It was emphasized in Recital (28) of the Preamble of this Directive that these powers are required in order to be able to effectively enforce Articles 101 and 102 TFEU. The manner of regulating those powers in the ECN+ Directive recalls Articles 17–21 of Regulation 1/2003, which grant similar powers to the Commission (Marino, 2020, p. 16).

## 2. Power to inspect business and non-business premises

### 2.1. EU legal framework

An “inspection” constitutes an investigatory tool which – on one hand – allows a competition authority to effectively obtain evidence necessary to prove a competition law infringement but – on the other – it may encroach on the right to privacy. The problem of the interference of inspections with the right to privacy of companies, and individuals and the proportionality of such interference, constitute the subject of vivid discussion in the literature (see amongst others Bernatt, 2011b, pp. 47–66; Michałek, 2014, pp. 129–157; Lorjé and Stoffer, 2021, pp. 55–64).

The wording of Articles 6 and 7 of the ECN+ Directive, which obliges EU Member States to ensure that their NCAs have the power to inspect business and non-business premises, recalls respectively Articles 20 and 21 of Regulation 1/2003. This leads to the conclusion that the desired shape of NCAs’ power to inspect business and non-business premises was modelled on similar powers granted to the Commission (Marino, 2020, p. 16).

The ECN+ Directive’s requirements towards the powers to inspect premises depend on the type of premise where the inspection is carried out. This act obliges EU Member States to adopt national rules allowing NCAs to interfere with the right to privacy of undertakings and associations of undertakings (inspections of business premises) to a greater degree than in the case of inspections of non-business premises. There are three primary aspects here. First of all, NCAs shall be empowered to conduct inspections of business premises in a wider scope of situations. They shall have the power to conduct all necessary unannounced inspections of such premises for the application of Articles 101 and 102 TFEU. By contrast, in the cases of non-business premises such possibility shall be granted only if the following conditions are met jointly: (1) there is a reasonable suspicion that books or other records related to the business and to the subject matter of the inspection are being kept in such premise; and (2) if those items may be relevant to proving an infringement of Article 101 or Article 102 TFEU. Secondly, the minimum set of powers that NCAs shall have in connection to inspections of business premises are wider than in the case of inspections of other premises. The ECN+ Directive indicates the minimum set of powers that shall be granted in connection to the conduct of such inspections. In the case of inspections of both – business and non-business – premises, NCAs shall have, at least: (1) the power to enter premises (land, and means of transport); (2) the power to examine the books and other records related to the business, irrespective of the medium on which they are stored, and to have the right to access any information which is accessible to the entity where the inspection is carried out; and (3) the power to take or obtain, in any form, copies of, or extracts from such books or records and, where a NCA considers it appropriate, to continue making such searches for information and the selection of copies or extracts at the premises of the itself NCA or at any other designated

<sup>21</sup> ECN+ Directive, Art 9.

premises<sup>22</sup>. In the case of inspections of business premises, NCAs shall also have two additional powers: (4) the power to seal any business premises and books or records for the period and to the extent necessary for the inspection; and (5) the power to ask any representative or member of staff of the undertaking or association of undertakings for explanations on facts or documents relating to the subject matter and purpose of the inspection as well as to record the answers<sup>23</sup>. These are the minimum required powers that NCAs should be granted. However, EU Member States are authorised to empower their NCAs to conduct also other actions, not specified in this directive. Thirdly, the ECN+ Directive allows EU Member States to decide whether unannounced inspections of business premises require prior authorization of such inspection by a national judicial authority<sup>24</sup>. By contrast, inspections of non-business premises cannot be carried out without such prior authorisation<sup>25</sup>. In addition to the minimum set of powers connected to unannounced inspection of premises, the ECN+ Directive also obliges EU Member States to provide measures that guarantee that an entity being inspected would be required to submit to such inspection. In particular, EU Member States shall ensure that where such entity opposes an inspection, NCAs shall be able to obtain the necessary assistance of the police<sup>26</sup>.

It should also be noted that all EU Member States are signatory of the European Convention of Human Rights (ECHR), which protects the right to privacy<sup>27</sup>, and stipulates the conditions where an interference with the right to privacy is not prohibited<sup>28</sup>. Such interference is allowed provided that it: (1) is in accordance with the law; (2) is necessary in a democratic society; and (3) is justified by public interest<sup>29</sup>. Therefore, national laws transposing the ECN+ Directive shall also comply with the requirements of the ECHR.

Due to the above reasons, while implementing and applying their legal solutions regarding inspections, EU Member States should take into consideration the jurisprudence of EU courts<sup>30</sup>, in cases regarding inspections conducted on the basis of Commission decisions as well as the jurisprudence of European Court of Human Rights (ECtHR)<sup>31</sup>.

<sup>22</sup> ECN+ Directive, Art 6(1), 7(3).

<sup>23</sup> ECN+ Directive, Art 6(1).

<sup>24</sup> ECN+ Directive, Art 6(3).

<sup>25</sup> ECN+ Directive, Art 7(2).

<sup>26</sup> The directive indicates that such assistance may also be obtained as a precautionary measure (ECN+ Directive, Art 6(2), 7(3)).

<sup>27</sup> ECHR, Art 8(1).

<sup>28</sup> Interference with the right to privacy is not prohibited under the ECHR provided that it: (1) is in accordance with the law; (2) is necessary in a democratic society; and (3) is justified by the public interest (ECHR, Art 8(2)).

<sup>29</sup> ECHR, Art 8(2).

<sup>30</sup> Amongst others in *Roquette Frères*, where the Court of Justice of the European Union confirmed that the right to privacy extends, in certain circumstances, to business premises. See Case C-94/00 *Roquette Frères v. Commission* EU:C:2002:603, para 29. See also Case T-135/09 *Nexans France SAS and Nexans SA v. Commission* EU:T:2012:596; Joined Cases T-289, 290 and 521/11 *Deutsche Bahn v. Commission* EU:T:2013:404; Case T-249/17 *Casino Guichard-Perrachon, Achats Marchandises Casino SAS v. Commission* EU:T:2020:458; Case T-254/17 *Intermarché Casino Achats v. Commission* EU:T:2020:459 and Case T-255/17 *Les Mousquetaires and ITM Entreprises v. Commission*, EU:T:2020:460. On the protection of the privacy rights in dawn raids see also Lorjé, N. and Stoffer, A., 2021, pp. 55–64.

<sup>31</sup> Amongst others in *Niemietz* and *Colas Est* where the ECtHR extended the right to privacy to legal persons (see *Niemietz v Germany* Application No 13710/88 [1992] 16 EHRR 97 (ECtHR), para 31 and *Société Colas Est v France* Application No 37971/97 [2003] ECHR-III (ECtHR), para 41) as well as in *Delta Pekárny* (see *Delta Pekárny A.S. v. Czech Republic* [2014] 93 ECtHR 9611). In literature based on the *Delta Pekárny* ruling it is underlined that EU Member States should also provide for effective measures to challenge the reasons and proportionality of inspections by competition authorities (in the form of judicial authorization or ex post facto) (Targański, 2019, p. 196).

## 2.2. The Czech Republic

The Czech Competition Act (hereinafter: CCA)<sup>32</sup> provides the possibility of conducting an inspection of business and non-business premises within the framework of its Chapter 5, which refers to proceedings before the Czech NCA<sup>33</sup>. The decision-making practice in the area of the power to inspect premises brought about several interesting points in the Czech Republic.

One of the most interesting Czech case-law that is related to the power of the NCA to inspect business and non-business premises is the *Delta Pekárny* case<sup>34</sup>. In 2005, the Chairman of the NCA confirmed, in his 2<sup>nd</sup> instance decision, the imposition of the highest possible administrative fine of 300,000 CZK (approximately EUR 12,000) on the Delta bakery. The said company violated the Law by not allowing the employees of the Czech NCA to check all business records stored in an electronic form at its premises in Prague-Vysočany in November 2003. Delta bakery further refused to submit to the inspection concerning two of the documents taken by the NCA's employees as part of their investigation. The employees of Delta bakery identified these two documents as private correspondence, even though their executives sent them to other executives of the company, and even to the general director of a competing undertaking, which was also being investigated by the NCA at that time.

Meanwhile, the subject of these two documents (e-mails) certainly did not indicate their private nature as they were entitled "Action plan 2003" and "An overview of the current composition of the bodies of the Companies which should be changed". It could be said, therefore, that these were reports with a close relationship to the company and its competitive actions, which the NCA was investigating at the time<sup>35</sup>.

Later, the NCA issued a decision finding an agreement restricting competition and imposing a penalty. Delta appealed the decisions to the NCA, to the Regional Court in Brno, to the Czech Supreme Administrative Court and subsequently to the Czech Constitutional Court. Delta questioned the legality of obtaining evidence during their inspection and the legitimacy of its execution. According to Delta, an inspection conducted without the prior authorization of the court and without effective control by an independent authority, violated the Czech Constitution and Article 8 of the ECHR. The NCA, as well as the courts, rejected the appeals arguing that the contested inspection was lawful and that Czech law provided entrepreneurs with sufficient means to challenge the very fact of an inspection and the way in which it had been carried out. In the *Delta Pekárny* judgment, the ECtHR argued that in the absence of prior consent of a court to conduct an inspection by the competition authority, the protection of individual rights resulting from the initiation of a control process that is not disproportionate and justified, should be guaranteed by *ex post* judicial review. Under the Czech law, the NCA was entitled to conduct inspections in order to verify the existence of evidence of suspected anticompetitive practices, but the existing legal measures did not allow companies to judicially review the very fact of the initiation of an inspection, neither *ex ante* nor *ex post*. In this case, the notification of the inspection was authorized by the senior director of the

<sup>32</sup> Act No. 143/2001 Coll., on the protection of competition and on the amendment of certain laws. Hereinafter: CCA.

<sup>33</sup> See: CCA, Art. 21(f-g).

<sup>34</sup> Decision of the Czech NCA No S 233C/03-11688/2006/620 of 27 June 2006.

<sup>35</sup> In the relevant administrative procedure, the NCA subsequently imposed on the companies DELTA PEKÁRNÝ a.s., ODKOLEK a.s. and PENAM spol. s.r.o. fines in a total amount of 2.1 million CZK. In the second half of 2003, these companies acted in concert with each other to determine the selling prices of their bakery products. See: Decision of the Czech NCA No UOHS-R 20, 21, 22/2004-1249/2009/310/ADr of 2 February 2009.

Czech NCA and the notice initiating the inspection did not precisely state the facts nor the evidence on which the presumptions of an anticompetitive practice were based (Targański, 2019, p. 196). The two appeal proceedings initiated by Delta before national courts, focused on the amount of the fine imposed for the obstruction of the contested inspection, and on substantive finding of the NCA that Delta was party to an anticompetitive practice. Finally, a violation of Article 8 of ECHR was found by the ECtHR, as Czech courts did not review the reasons for the initiation of the inspection, its duration, goal, scope and necessity. As such, the intervention into Delta's rights protected under Article 8 of ECHR could not be considered as proportionate to the legitimate goal<sup>36</sup>. Current Czech legislation on on-site investigations, within the CCA, gives the Czech NCA significant powers in terms of the scope and method of its implementation – basically the only limit of the local inspection of business and non-business premises is the existence of a sufficient suspicion of a violation of competition rules. On the other hand, recent jurisprudence places high demands on proving the reasonableness of such suspicion. Whether the use of an inspection is appropriate in a particular case always depends on the amount and credibility of the evidence available to the Czech NCA before an inspection is carried out. While assessing whether the interest in carrying out an inspection and the interest in protecting effective competition outbalances the right to privacy and home inviolability, the reasonableness of the suspicion itself should be considered, and the likelihood that an infringement occurs, as well as how serious the practice is, how large the relevant market is, and what type of products or services may be affected. The temporal aspect should be taken into the consideration as well. As far as the right to privacy and home inviolability are concerned, courts should, within their decision-making practice consider, in particular, that the inspection carried out by Czech NCA is not as invasive as in cases carried out by criminal law enforcement authorities. Also, the sanction that the Czech NCA imposes for conduct that is investigated within a local inspection is governed by the administrative law regime and is therefore lower (Nejezchleb, 2021, p. 65).

Czech law governing its NCA's power of inspection is not entirely in line with the provisions of the ECN+ Directive because it does not include the requirement of the necessary police assistance where the investigated undertaking refuses to submit to an inspection. Unfortunately, the Czech draft law does not include such requirement either. Frankly, this omission is unfortunate for two reasons. Firstly, the provisions of the ECN+ Directive, which require police assistance during an inspection, are very similar to the requirements of Regulation 1/2003<sup>37</sup>, which requires the necessary assistance of the police during inspections carried out by the Commission. Secondly, the Czech NCA has been trying to include a provision related to necessary assistance of the police, or an equivalent enforcement authority, into the CCA ever since 2003, when it started preparing the first amendment to the CCA aimed at ensuring its convergence with Regulation 1/2003 (Petr, 2008, p. 220). It seems, however, that even after almost twenty years of work, these attempts have not been successful. Still, the Czech Republic did already have the obligation to ensure police assistance, or an equivalent enforcement body, in relation to the investigations of the Commission

<sup>36</sup> *Delta Pekárny A.S. v. Czech Republic* [2014] 93 ECtHR 9611.

<sup>37</sup> Regulation 1/2003, Art 20(6).

according to Regulation 1/2003<sup>38</sup>. However, this rule has not been explicitly implemented into Czech law, and its execution in practice caused some difficulties (Petr, 2008, p. 220).

With regard to the ECN+ Directive's requirement that different NCAs can participate in their respective investigations, the Czech NCA is indeed able to participate in investigative actions taken by another competition authority as the "requesting" entity<sup>39</sup>. However, in order to implement the above rule, it is also necessary for the Czech NCA to be able to carry out investigative actions based on the request of another NCA. This duty is apparently fulfilled thanks to the provision of Article 20a paragraph 3 letter f) of the CCA, which authorizes the Czech NCA to "conduct an investigation", which apparently includes other investigative actions, in addition to on-site investigations.

With regard to the ECN+ Directive's requirement related to the participation of employees of other competition authority in an investigative action(s), this is already possible in relation to on-site investigations, in which "other persons authorized by the Office"<sup>40</sup> can also participate. However, in the case of interrogations and oral proceedings, those would not be possible according to current Czech legislation and practice. As such, this requirement of the ECN+ Directive should have been added to Czech law. However, the proposal does not bring anything new in this respect.

### 2.3. Poland

Polish law provides for the possibility to conduct an "inspection" (in Polish: *kontrola*) and a "search" (in Polish: *przeszukanie*) of business premises. Initially, the search was an investigative tool that could have been used during an inspection. However, due to many difficulties arising from this connection, as of 15 January 2015 the legislature decided to separate the two enforcement tools<sup>41</sup>. The main difference between an inspection and a search is related to the role of the authorities and the obligations of the undertaking while using each of those tools. An inspection is a tool to obtain information<sup>42</sup>, whereas a search is a tool to find and obtain information<sup>43</sup>. It means that an inspection requires the cooperation between the inspected undertaking and the NCA, whereas the role of the authority conducting it is more active during a search. Therefore, a search interferes with the right to privacy more than an inspection. In the literature an inspection and a search are considered two separate enforcement instruments (Bernatt, 2011a, p. 206 and subsequent; Bernatt In Tadeusz Skoczny (ed), 2014, p. 1290 and subsequent; Materna, 2015, p. 8; Gajewska-Leite and Modzelewska de Raad, 2020, p. 33)<sup>44</sup>. Nevertheless, doctrine has raised the issue that the demarcation between these two tools is not clear and complete (Gajewska-Leite, Modzelewska de Raad, 2020, pp. 58–59). The Amendment Act does not contain a necessary proposal to remedy that.

Polish rules in force before the Amendment Act came into force, which govern inspections and searches, were not fully compliant with the ECN+ Directive. Primarily, there were two issues

<sup>38</sup> Regulation 1/2003, Art 20(6).

<sup>39</sup> ECN+ Directive, Art 21(1).

<sup>40</sup> CCA, Art 21f (2).

<sup>41</sup> Those changes were introduced by the Act of 10 June 2014 amending the Act on Competition and Consumer Protection, hereinafter: ACCP, and the Act – Code of Civil Procedure [2014] Journal of Laws 945.

<sup>42</sup> ACCP, Art 105b (1).

<sup>43</sup> ACCP, Art 105n (1).

<sup>44</sup> On the contrary: Turno and Wardęga, 2015, p. 116 who claim that in practice both inspection and search are identical and the normative differences are sham in practice.



that required legislative intervention. The first one was connected to the minimum set of powers granted to the Polish NCA – President of the Office for Competition and Consumer Protection (hereinafter: UOKiK President). In the course of both – inspections and searches – the Act of 16 February 2007 on competition and consumer protection<sup>45</sup> provided no legal basis for the UOKiK President to seal the inspected (searched) premises and books or records. It was, however, stipulated that the inspected (searched) party was under an obligation to provide a separate place (room) for storing documents and secured items<sup>46</sup>. In the guidelines published by the UOKiK President regarding searches, it was indicated that the NCA would secure access to such room by wrapping the door with a special tape<sup>47</sup> – a violation of such seal may be considered as preventing or hindering the conduct of a search, which may result in fines<sup>48</sup>. Nevertheless, this is not enough to consider that Polish law with this regard met requirements of the ECN+ Directive. Moreover, there was no sufficient legal basis for persons conducting inspections (searches) to ask any representative or member of staff of the undertaking, or association of undertakings, for explanations on facts or documents relating to the subject matter and purpose of that inspection (search). The Amendments Act introduced several changes meant to ensure Poland's compliance with the ECN+ Directive's requirements regarding its NCA's powers during inspections and searches<sup>49</sup>. However, the wording of Article 105b(1) point 7 of the ACCP, which was introduced to constitute the legal basis for sealing premises and books or records, fails to stipulate that seals may be placed for a period necessary for an inspection. Secondly, before 20 May 2023 there were no explicit guarantees of appropriate safeguards with respect of the right of defence. It is worth noting that the Article 105q of the ACCP indicates specific legal provisions of the Act of 6 June 1997, Code of Penal Procedure, which shall be applied to searches, but literature emphasized that such a manner of regulation does not guarantee appropriate safeguards in regard to the right of defence, including the protection of the legal professional privilege (i.a. Korycińska-Rządca, 2020, pp. 285–286, 297–300 and the references indicated therein). The Amendment Act has introduced changes in this context, however, they raise numerous reservations too (Piszcz and Petr, 2023).

Regarding the power to inspect other premises, Polish law before the entry into force of the Amendment Act provided for the possibility of a search of non-business premises. Such possibility existed if there were reasonable grounds to suppose that objects, files, records, documents and data carriers were stored in residential premises or any other premises, real estate or means of transport, and that such objects may affect the determination of facts which were material to pending proceedings<sup>50</sup>. However, these rules were not entirely compliant with the requirements of the ECN+ Directive. Primarily, in accordance to the rules in force, a search of non-business premises was conducted by the police<sup>51</sup>, and the role of an authorized employee of UOKiK (and possibly other persons) consisted solely of assisting police officers (Turno, Commentary to Art 91 In: Stawicki and Stawicki (eds), 2016). By contrast, the ECN+ Directive requires that unannounced inspections

<sup>45</sup> Consolidated text [2021] Journal of Laws 275, hereinafter: ACCP.

<sup>46</sup> ACCP, Art. 105e(1) point 3 and 105q point 1 in the wording in force before 20 May 2023.

<sup>47</sup> UOKiK, Guidelines for entrepreneurs – UOKiK searches (Warsaw 2019) <<https://uokik.gov.pl/download.php?plik=24037>> (13.12.2022), 8.

<sup>48</sup> Ibid., 12–13.

<sup>49</sup> See: In particular Arts 105b(1) point 7, 105b(1a), 105b(1b), 105(4) and 105q of the ACCP in the wording in force after 20 May 2023.

<sup>50</sup> ACCP, Art 91(1) in the wording in force before 20 May 2023.

<sup>51</sup> Ibidem.

in non-business premises shall be conducted by the NCA, with the necessary assistance of the police or of an equivalent enforcement authority<sup>52</sup>. Therefore, there was a need of a legislative intervention. The Amendment Act has completely changed the wording of Art 91 of the ACCP in a way sufficient to ensure Poland's compliance with the ECN+ Directive in this regard<sup>53</sup>.

### 3. Requests for information

#### 3.1. EU legal framework

Regarding the power to request for information, the ECN+ Directive obliges EU Member States to ensure that their NCAs are authorized to request relevant information from two groups of entities: (1) undertakings and associations of undertakings, and (2) any other natural or legal persons. In the case of undertakings and associations of undertakings, NCAs shall have the power to request for any information which is accessible to the entity required to provide them. However, the request shall be proportionate and shall not compel the addressees of the requests to admit an infringement of Articles 101 and 102 TFEU. In the case of any other natural or legal persons, the ECN+ Directive obliges EU Member States to ensure that their NCAs are empowered to request any information that may be relevant for the application of Articles 101 and 102 TFEU. The directive's requirement is that NCAs, when requesting information, shall specify the deadline that has to be reasonable<sup>54</sup>.

#### 3.2. The Czech Republic

In general, the Czech NCA can request information from any entity that might be necessary for the purposes of investigating whether a violation of competition law has occurred in a relevant case or not. In principle, it is at the discretion of a NCA whether, and when to request information, as well as on what facts it decides to investigate. However, the competition authority's discretion regarding the use of a given investigative power is not unlimited. It is always necessary to proceed in accordance with the legal regulation of the given investigative power, and the fundamental rights of the subjects against whom the given investigative power is used. When this investigative power is used, there might be a conflict between – on one hand – the fundamental rights of the entities that the competition authority investigates, and the general interest of the undertaking – and in maintaining effective economic competition on the market and detecting violations of competition law<sup>55</sup>.

The CCA is already in line with these EU requirements, as is Czech judicial practice. Therefore, this ECN+ Directive's requirement is not problematic. The Czech NCA states, within its decisional practise, that as regards the cooperation of the parties during the proceedings with the NCA, such cooperation is, in itself, not a mitigating factor. However, cooperation that extends beyond by norm can be seen as mitigating circumstance, which would allow the NCA to significantly accelerate the proceedings, not in the fact that the entity in question fulfils its legal obligations properly and on time. The obligation to provide information to the NCA comes from the law, and it is therefore

<sup>52</sup> See: ECN+ Directive, Art 7(1) and (3).

<sup>53</sup> See: Art 91 of the ACCP in the wording in force after 20 May 2023.

<sup>54</sup> ECN+ Directive, Art 8.

<sup>55</sup> See the rich case law of the CJEU in relation to the investigative powers of the European Commission, for example Case C-94/00 *Roquette Frères v Commission* [2002] ECR I-09011 and Case C-583/13 P *Deutsche Bahn v. European Commission*, ECLI:EU:C: 2015:404.

an obligation for parties to provide true and correct information in a timely manner. The fact that the subject does not obstruct the proceedings is also not seen as a mitigating factor, as this is again its fully expected behaviour<sup>56</sup>.

At the same time, Article 21e of CCA states that anyone who provides documents and information to the Czech NCA (including business records that may be important for clarifying the subject of the proceedings) is obliged to provide them complete, correct and true. Simultaneously, everyone is obliged to provide the NCA with business records upon its written request, and within the specified period. Failure to fulfil the obligation to provide the information may result in an administrative fine.

The ECN+ Directive also establishes other rules regarding a request for information<sup>57</sup>; however, they seem to be also based on Regulation 1/2003. For example, a request for information can cover all information that businesses have access to. The scope of the request must be reasonable and must not force the addressee to admit to a violation of competition law, which is specified in the Preamble of the ECN+ Directive, with the fact that [?] companies are obliged to answer factual questions and provide documents, which also corresponds to EU case law<sup>58</sup>. Czech legislation<sup>59</sup> meets these requirements and does not require further legislative changes. Czech courts also interpret the obligation to provide information in accordance with EU legal doctrine<sup>60</sup>.

### 3.3. Poland

Even before the Amendment Act came into force, the UOKiK President had the power to request necessary information and documents from undertakings (and associations of undertakings<sup>61</sup>)<sup>62</sup>. Similarly as it is in the Czech Republic, the decision as to what information is seen as necessary rested with the UOKiK President, and not the undertaking (association of undertakings) to whom the request was addressed<sup>63</sup>. The verification of the scope of the requested information and documents in terms of their necessity might be left to the court in appeal proceedings against the decision imposing a fine for the failure to provide the requested information and documents (Modzelewska-Wąchal, 2002, pp. 221–222; Kohutek, Commentary to Art. 50 in Kohutek and Sieradzka, 2014, p. 3; Krüger, Commentary to Art 50 in: Stawicki and Stawicki (eds), 2016, p. 3.2; Błachucki, 2012, p. 234) or against a final decision of the UOKiK President (Banasiński and Piontek, Commentary to Art. 50 in: Cezary Banasiński and Eugeniusz Piontek, 2009, p. 3). An undertaking was under an obligation to provide the requested information and documents regardless whether it was a party to the proceeding conducted by the Polish NCA or not<sup>64</sup>. Despite the fact that the rules governing this

<sup>56</sup> Decision of the Czech NCA No R3.5/2015/HS-39442/2015/310/HBT of 16 November 2015, para 200.

<sup>57</sup> ECN+ Directive, Art 8.

<sup>58</sup> Case C-347/87 *Okrem v Commission* [1987] ECR 1989 03283.

<sup>59</sup> CCA, Art 21e.

<sup>60</sup> Judgment of the regional court in Brno No 62 Af 75/2010 of 3 March 2010.

<sup>61</sup> Any reference made in the ACCP to an undertaking shall also apply to an association of undertakings except for legal provisions regarding concentrations (ACCP, Art 4 point 1 letter d).

<sup>62</sup> ACCP, Art 50(1).

<sup>63</sup> *I.a.* Judgement of the Polish Antimonopoly Court of 16 December 1998, XVII AMA 62/98, [2000] Wokanda No 4, item 52; judgment of the Polish Competition and Consumer Protection Court (hereinafter: SOKiK) of 11 August 2003, XVII Ama 130/02 <[http://orzeczenia.warszawa.so.gov.pl/content/\\$N/154505000005127\\_XVII\\_AmA\\_000130\\_2002\\_Uz\\_2003-08-11\\_001](http://orzeczenia.warszawa.so.gov.pl/content/$N/154505000005127_XVII_AmA_000130_2002_Uz_2003-08-11_001)> (5.12.2022); judgment of SOKiK of 10 May 2007, XVII Ama 79/06 <[http://orzeczenia.warszawa.so.gov.pl/content/\\$N/154505000005127\\_XVII\\_AmA\\_000079\\_2006\\_Uz\\_2007-05-10\\_001](http://orzeczenia.warszawa.so.gov.pl/content/$N/154505000005127_XVII_AmA_000079_2006_Uz_2007-05-10_001)> (5.12.2022). In the literature: Martysz, Commentary to Art 50, in Skoczny, Jurkowska and Miąsik, 2009, paragraph no. 3; Błachucki, 2012, p. 234; Bernatt, 2011, p. 184; Bernatt, Commentary to art 50 In Skoczny (ed), 2014, paragraph no. 9.

<sup>64</sup> See: judgement of Antimonopoly Court of 28 June 1995, XVII AMR 14/95, [1996] Wokanda No 7; judgement of SOKiK of 10 July 2007, XVII Ama 79/06 <[http://orzeczenia.ms.gov.pl/content/\\$N/154505000005127\\_XVII\\_AmA\\_000079\\_2006\\_Uz\\_2007-05-10\\_001](http://orzeczenia.ms.gov.pl/content/$N/154505000005127_XVII_AmA_000079_2006_Uz_2007-05-10_001)> (5.12.2022); judgement of SOKiK of 31 January 2008, XVII Ama 32/07, <[http://orzeczenia.warszawa.so.gov.pl/content/\\$N/154505000005127\\_XVII\\_AmA\\_000032\\_2017\\_Uz\\_2019-10-22\\_001](http://orzeczenia.warszawa.so.gov.pl/content/$N/154505000005127_XVII_AmA_000032_2017_Uz_2019-10-22_001)>

power had not expressly stipulated that this obligation covered only information that was accessible to such undertakings or associations of undertakings, jurisprudence has underlined that the UOKiK President cannot request information and documents if there was no legal obligation to collect or disclose them by the entity to whom the request is made. In particular, the NCA could not have demanded the preparation of analytical studies on the basis of the requested documents and information<sup>65</sup>. The Amendment Act has introduced an almost entirely new wording of Article 50(1) of the ACCP, but unfortunately this has not made any significant differences within the discussed scope<sup>66</sup>. Similarly as before the transposition of the ECN+ Directive, legal provisions in force now indicate that the request for information shall include, amongst other, the deadline for providing information, but it fails to stipulate any requirements as to the length of the time limit. It is indicated in literature that the time limit for providing information shall be appropriate and reasonable (Krüger, Commentary to Art 50 in: Stawicki and Stawicki (eds), 2016, p. 5; Bernatt, Commentary to Art 50 in Tadeusz Skoczny (ed.), 2014, paragraph no. 14). It would be recommended to expressly indicate this requirement in legal provisions. Unfortunately, the Amendment Act has not introduced any amendments within this context<sup>67</sup>. Moreover, the legal provisions which were in force before the transposition of the ECN+ Directive had not contained an express guarantee that such a request shall be proportionate and not compel the addressees of the requests to admit an infringement. However, it was stressed in literature that the privilege against self-incrimination in proceedings before the UOKiK President had to be guaranteed (Turno, 2009, pp. 44–48; Bernatt, 2011a, pp. 189–191; Turno, Commentary to Art 105b in Stawicki and Stawicki (eds), p. 1; Krüger, Commentary to Art 50 in: Stawicki and Stawicki (eds), 2016, p. 3.2; Banasiński, Piontek (n 76), pp. 3–4; see also Król-Bogomilska, 2002, pp. 221–224 and 267–268; Bernatt, Commentary to Art 50 in Tadeusz Skoczny (ed.), 2014, paragraph no. 22). Within this scope, there are significant doubts as to whether the Amendment Act ensures Poland's compliance with this requirement of the ECN+ Directive. In particular, the Amendment Act has kept the previous solution authorising the UOKiK President to require “all necessary information”, without stating that this request should be proportionate<sup>68</sup>. Whereas in the case of the requirement of the ECN+ Directive that the request for information shall not compel the addressees of the requests to admit an infringement of Articles 101 and 102 TFEU, the Amendment Act introduced a rule which guarantees the right to remain silent for natural persons if providing the requested information would endanger this person or their spouse, ascendants, descendants, siblings and relatives in the same line or degree, as well as persons in the relationship of adoption, custody or guardianship, as well as cohabiting person, under criminal liability<sup>69</sup>. Moreover it added the provision that the information and documents provided to the UOKiK President by a natural person cannot be used against the abovementioned persons in the enforcement proceedings conducted by this authority<sup>70</sup>. As a result, the guarantee that the request shall not compel its addressees to admit an infringement, have a very limited scope (Piszcz and

(5.12.2022); judgement of the Court of Appeal in Warsaw of 1 March 2012, VI ACa 1033/11, LEX no 1642375; judgement of the Court of Appeal in Warsaw of 17 May 2016, VI ACa 630/15, LEX no 2079176.

<sup>65</sup> Judgment of the Antimonopoly Court of 6 September 1993, XVII AMR 22/93, Legalis.

<sup>66</sup> See: Art 50(1) of the ACCP in the wording in force after 20 May 2023.

<sup>67</sup> See: Art 50 of the ACCP in the wording in force after 20 May 2023.

<sup>68</sup> See: Art 50(1) of the ACCP in the wording in force after 20 May 2023.

<sup>69</sup> See: Art 50(4) of the ACCP in the wording in force after 20 May 2023.

<sup>70</sup> See: Art 50(5) of the ACCP in the wording in force after 20 May 2023.

Petr, 2023). Therefore, there are serious doubts as to whether it ensured full compliance with the ECN+ Directive.

Regarding the power to request information from other natural or legal persons, before the Amendment Act came into force, the only legal provision that related to obtaining information from entities without a status of an undertaking (i.e. from other natural or legal persons) was Article 50(3) of the ACCP. According to this provision, any person was entitled to submit, in written form, on their own initiative or upon a request of the UOKiK President, explanations concerning the essential circumstances of a given case<sup>71</sup>. Such cooperation with the NCA was voluntary, which means that the entity requested on the basis of Article 50(3) of the ACCP could not have been fined for failure to submit their explanations (Banasiński and Piontek 2009, p. 5; Róziwicz-Ładoń, 2011, p. 144; Kohutek and Sieradzka, 2014, p. 4; Bernatt, 2014 In Skoczny (ed) paragraph no. 29). Moreover, the UOKiK President had the right to obtain documents relevant to the case from third parties, pursuant to Article 84 of the ACCP in relation to Article 248 of the Act of 17 November 1964 – Code of Civil Procedure<sup>72</sup>. It seemed that this regulation was in line with EU requirements. The Amendment Act empowered the UOKiK President by giving the NCA the right to request all necessary information (whereas the ECN+ Directive only requires information that may be relevant for the application of Articles 101 and 102 TFEU) from entities without the status of an undertaking<sup>73</sup>. However, the right to impose a fine on a natural person who has not provided the requested information or provided false or misleading information has not been introduced.

## 4. Interviews

### 4.1. EU legal framework

Regarding the power to conduct interviews, the ECN+ Directive requires EU Member States to ensure that their NCAs are, at least, empowered to summon for an interview any representative of an undertaking or association of undertakings, any representative of other legal persons, and any natural person, where such representative or person may possess information relevant for the application of Articles 101 and 102 TFEU<sup>74</sup>.

### 4.2. The Czech Republic

In general, Czech legislation is already in line with the requirement of the ECN+ Directive to summon any representative of an undertaking/any representative of other legal persons/any natural person, where such representative or person may possess relevant information<sup>75</sup>. Still, this requirement is not directly included in Czech competition law provisions. Instead, it can be found in Czech General Law on Administrative Law<sup>76</sup> that allows the testimony of a witness, interrogations, etc. Anyone who is not a party to the proceedings is required to testify as a witness and must tell the truth and must not withhold anything. At the same time, witnesses may not be questioned about

<sup>71</sup> It should be noted that the narrow subjective scope of the power to request information on the basis of Art 50(1) was criticized in literature: Bernatt, 2011a, pp. 154–167; Stankiewicz, 2012, pp. 46–56.

<sup>72</sup> Consolidated version [2021] Journal of Laws 1805 as amended, hereinafter Polish Code of Civil Procedure.

<sup>73</sup> Art 50(1) of the ACCP in the wording in force after 20 May 2023.

<sup>74</sup> ECN+ Directive, Art 9.

<sup>75</sup> Ibidem.

<sup>76</sup> Act No 500/2004 Coll, Art 55.

classified information protected by a special law, and may not be required to be a witness if this would put himself or a person close to them at risk of prosecution for a criminal or administrative offense. Moreover, Czech Law on Offence Liability specifically regulates the interrogation of a party to the proceedings<sup>77</sup>, in a similar way as the Czech General Law on Administrative Law. As mentioned, and in line with these EU requirements, Czech administrative law states that all kind of evidences may be used to prove or established factual conditions, and which are not obtained or carried out in violation of legal regulations<sup>78</sup>. As such, it is not problematic that the above-mentioned requirements of the ECN+ Directive are not part of the Czech draft.

In relation to evidence, the ECN+ Directive requires admissibility of evidence before NCAs<sup>79</sup>. Basically, all types of proofs are admissible as evidence before NCAs, including documents, oral statements, electronic messages, recordings, and all other objects containing information, irrespective of their form and the medium on which the information is stored. Even records obtained secretly by natural/legal persons may be used as evidence according to the ECN+ Directive Preamble, which states that it is possible to use records secretly taken by legal or natural persons who are not public authorities<sup>80</sup>. Czech courts have already approved such evidence in the past<sup>81</sup>. Ultimately, the subsidiary use of general Czech doctrine on criminal law, which allows the use of audio and video recordings as evidence in criminal proceedings, is also not excluded (Zaoralová, 2017, p. 28).

#### 4.3. Poland

The legal solution in force before 20 May 2023 empowered the UOKiK President to summon individual witnesses to appear for an interview<sup>82</sup>. However, the rules on conducting interviews were not fully convergent with the ECN+ Directive in terms of the safeguards concerning the right of defence. Unfortunately, the Amendment Act has not provided a satisfactory remedy in this context (Piszczyński and Petr, 2023).

## IV. NCAs' decision-making powers

### 1. Initial remarks

The ECN+ Directive requires that NCAs are equipped with decision-making powers in three areas: (1) finding and termination of infringements; (2) interim measures, and (3) commitments.

### 2. Finding and termination of infringements

#### 2.1. EU legal framework

Regarding the finding and termination of infringements, the ECN+ Directive obliges EU Member States to ensure that when NCAs find an infringement of Article 101 or 102 TFEU, they may, by decision, require the undertakings and associations of undertakings concerned, to bring that infringement to an end, and to impose proportionate and necessary behavioural or structural

<sup>77</sup> Act No 500/2004 Coll, Art 55.

<sup>78</sup> Act No 500/2004 Coll, Art 51.

<sup>79</sup> ECN+ Directive, Art 32.

<sup>80</sup> ECN+ Directive, preamble para 73.

<sup>81</sup> Decision of the Czech Supreme Administrative Court No 8 AFs 40/2012 of 31 October 2013.

<sup>82</sup> ACCP, Art 52 in the wording in force before 20 May 2023 and Art 84 of ACCP in relation to Art 261 of the Polish Code of Civil Procedure.

remedies, if appropriate<sup>83</sup>. NCAs shall also be able to find that an infringement of these prohibitions has been committed in the past<sup>84</sup>. The directive requires also for NCAs to be obliged to inform the Commission if they decide that there are no grounds to continue enforcement proceedings (of which the Commission was informed in accordance with Article 11(3) of Regulation 1/2003), and as a result close such enforcement proceedings<sup>85</sup>.

## 2.2. The Czech Republic

Member States shall ensure that, if their NCAs detect a competition law violation, they have the power to order the concerned undertaking to end the violation. As regards the possible methods of doing so stated in such a decision, this does not change the fact that NCAs can decide on infringements of EU competition law. However, NCAs cannot decide that a violation has *not* occurred<sup>86</sup>. Regarding the authorization of the Czech NCA to impose corrective measures, these, according to the ECN+ Directive, should take the form of not only behavioural but also structural remedies. The CCA anticipates remedial measures in general<sup>87</sup>, but does not mention their possible structural form, nor has it decided in the past to impose structural remedial measures (in matters related to prohibited agreements or to the abuse of dominance). Even though Czech literature (Kindl and Munková, 2018) does not rule out the possibility of using structural corrective measures within Czech law, this would be a fundamental intervention in the functioning of competition law, and should be amended in the draft. Unfortunately, the proposal does not do so, nor does it comment on this circumstance.

The Directive also requires that NCAs are able to establish that a breach of EU competition law has occurred in the past<sup>88</sup>. This most likely means that NCAs have the possibility to decide, even in negotiations that have already been terminated but are not time-barred, which Czech law of course allows. On the other hand, the Commission can also decide on actions that are already time-barred<sup>89</sup>.

## 2.3. Poland

The Polish legal solution in terms of finding and the termination of infringements was generally in line with the requirements of the ECN+ Directive. Even before the Amendment Act, the UOKiK President had the power to issue a decision determining a practice to be restricting competition, if he/she found an infringement of the prohibitions specified in Articles 101 or 102 TFEU, or its national equivalents (i.e. Articles 6 or 9 ACCP)<sup>90</sup>. In cases when the practice concerned has not ceased before the decision is issued, the Polish NCA had to order such practice to be discontinued. Such an order should have constituted a part of the decision deterring a practice as restricting

<sup>83</sup> ECN+ Directive, Art 10(1).

<sup>84</sup> Ibidem.

<sup>85</sup> ECN+ Directive, Art 10(2).

<sup>86</sup> Case C-375/09 *Tele2 Polska*, ECLI:EU:C:2011:270.

<sup>87</sup> CCA, Art 20.

<sup>88</sup> ECN+ Directive, Art 10(1).

<sup>89</sup> Case T-370/09 *GDP Suez v Commission*, ECLI:EU:T:2012:333.

<sup>90</sup> ACCP, Art 10(1).

competition<sup>91</sup>. It was an undertaking that should have proven that the prohibited practice ceased<sup>92</sup>. Those rules remain unchanged. There was only one contested issue the compliance of which was not ensured. Namely, Polish law did not provide for a provision that would have imposed on the UOKiK President the obligation to inform the Commission of the closure of the enforcement proceedings before the NCA on the basis that there were no grounds to continue them; this extended to those proceedings that the Commission had been informed of by the NCA in accordance with Article 11(3) of Regulation 1/2003. The execution of this obligation, arising from Article 10(2) of the ECN+ Directive, required legislative intervention. The Amendment Act established the duty upon the UOKiK President to inform the Commission about the discontinuation or termination of the Polish proceedings for an infringement of Articles 101 or 102 TFEU due to the lack of grounds for continuing them, in the event of a prior notification of the Commission on this matter<sup>93</sup>. Therefore, the Amendment Act ensured the compliance with the EU requirements towards finding and the termination of infringements.

### 3. Interim measures and their expedited judicial review

#### 3.1. EU legal framework

The obligations arising from the ECN+ Directive towards interim measures are modelled on similar powers of the Commission. Regulation 17/62 did not expressly confer a power to order interim measures on the Commission. Nevertheless, this has not prevented the ECJ in *Camera Care* to infer this power as well as acknowledge that it is an indispensable tool for the effective enforcement of competition law<sup>94</sup>. The Commission's power to order interim measures was expressly enshrined as secondary law in Regulation 1/2003. According to its Article 8(1), the Commission may order interim measures if the following conditions are met cumulatively: (1) there is a finding of *prima facie* infringement of Articles 101 or 102 of the TFEU, and (2) there is a need to intervene urgently due to the risk of a serious and irreparable damage to competition, which justifies the imposition of measures before the prohibition decision is issued. These measures have to be limited in time and observe the principle of proportionality<sup>95</sup>.

Interim measures constitute a powerful and intrusive tool enabling a competition authority to command undertakings to perform or refrain from certain acts before the final decision in their case is adopted, i.e. at a stage where the outcome of the investigation is still uncertain. Due to such nature of this power, the ECJ concluded already in *Camera Care* that it should be used with caution<sup>96</sup>.

In over 40 years of enforcement, the Commission itself has ordered interim measures only in very few cases<sup>97</sup>, which may question their significance (Farinhas, 2022, pp. 1713–1714)<sup>98</sup>. On

<sup>91</sup> ACCP, Art 10(2).

<sup>92</sup> ACCP, Art 10(3).

<sup>93</sup> See: Art 87(4) of the ACCP in the wording in force after 20 May 2023.

<sup>94</sup> Case 792/79 R, *Camera Care*, EU:C:1980:18, paras 17–19.

<sup>95</sup> Regulation 1/2003, Art 8(2).

<sup>96</sup> Case 792/79 R, *Camera Care*, EU:C:1980:18, paras 17–19.

<sup>97</sup> Decisions of 18 Aug. 1982, IV/30.696 Ford; Decision of 29 July 1983, IV/30.698 ECS/AKZO; Decision of 29 July 1987, IV/32.279 BBI/B&H; Decision of 26 March 1990, IV/33.157 Ecosystem/Peugeot IV; IV/34.174 Decision of 11 June 1992, IV/34.174 Sealink/B&I; Decisions of 25 March 1992, IV/34.072 Mars/Langnese; Decision of 16 May 1995, IV/35.388 ICG/CCI Morlaix; Decision of 3 July 2001, COMP D3/38.044 NDC Health/IMS Health; Decision of 16 Oct. 2019, AT.40608 Broadcom.

<sup>98</sup> On the possible reasons why the Commission has stopped to use this power see Kadar, 2021, pp. 444–445.



16 October 2019, the Commission, acting for the very first time on the basis of Article 8(1) of the Regulation 1/2003, ordered interim measures concerning Broadcom. This decision has caused vivid discussion in literature about the future of interim measures (Mantzari, 2020; Kadar, 2021; Masquelier, 2021; Farinhas, 2022).

The ECN+ Directive obliges EU Member States to empower their NCAs to order, by decision, the imposition of proportionate interim measures on undertakings and associations of undertakings. Such possibility shall be granted at least in “urgent” cases, which pose the risk of serious and irreparable harm to competition, on the basis of a *prima facie* finding of an infringement of Article 101 or Article 102 TFEU. Interim measures shall apply either for a specified time period, which may be renewed in so far as necessary and appropriate, or until the final decision is taken. The imposition of interim measures shall be communicated to the European Competition Network<sup>99</sup>. EU Member States shall also provide an expedited appeal procedure, which makes it possible to review the legality (in particular proportionality) of the imposed interim measures<sup>100</sup>.

### 3.2. The Czech Republic

The CCA is silent on the point of interim measures. Within the Czech legal system, there is a possibility of imposing an interim measure by administrative judiciary<sup>101</sup>, but rapid judicial review may not be guaranteed. In Czech law, neither the General Administrative Law<sup>102</sup>, nor the Administrative Procedure Code<sup>103</sup> provide the possibility of an accelerated review. It would thus be appropriate to deal with it within the draft. Unfortunately, the proposal does not do so. Conversely, in the past, preliminary measures were reviewed as a matter of priority in administrative judiciary<sup>104</sup>, but the 2011 amendment to the law removed this “acceleration” from the law.

### 3.3. Poland

Even before the Amendment Act, the UOKiK President was empowered to order, by decision, the imposition of interim measures. Such a decision might have been adopted if, in the course of antitrust proceedings, it has been rendered plausible that any further application of the alleged practice might have caused serious threats to competition that would be difficult to remedy later. Prior to issuing such decision, the party concerned had no right to express its standpoint as to the evidence and materials gathered, or demands submitted<sup>105</sup>. Such a decision should have specified the period for which it was binding, which could not go beyond the time the decision was issued concluding the proceedings regarding the given case<sup>106</sup>. However, the specified period could have been extended by way of another decision<sup>107</sup>. Regarding the duty of Member States to ensure that the legality of the imposed interim measures can be reviewed in expedited appeal procedures, the Polish solution – unlike the Czech one – stated that in the event that an appeal

<sup>99</sup> ECN+ Directive, Art 11(1).

<sup>100</sup> ECN+ Directive, Art 11(2).

<sup>101</sup> Act No 500/2004 Coll., Art 61.

<sup>102</sup> Act No 500/2004 Coll.

<sup>103</sup> Act No 150/2002 Coll.

<sup>104</sup> Act No 150/2002 Coll. in the version in force until 2011, Art 56(1).

<sup>105</sup> ACCP, Art 89(1).

<sup>106</sup> ACCP, Art 89(2).

<sup>107</sup> ACCP, Art 89(3).

was filed against such a decision, the UOKiK President should have forwarded the appeal, with the case files, to the court within 10 days of the receipt of the appeal<sup>108</sup>. Subsequently, the court of first instance should have reviewed the appeal within two months of the day the UOKiK President had forwarded the appeal<sup>109</sup>. Taking into consideration the real length of court proceedings in Poland, these rules could be deemed as ensuring an expedited appeal procedure. In this sense, Polish rules were indeed in line with the ECN+ Directive. However, one may doubt whether this solution was sufficient to guarantee that the review of the legality of interim measures was, in fact, fast enough. First of all, Polish rules did not provide for any consequences of failing to meet those deadlines. Secondly, the parties might have filed an appeal against the judgment of the court of first instance and the relevant rules did not provide for a deadline for the court of second instance to make its decision. At the same time, filing an appeal should not stay the execution of the contested decision on interim measures<sup>110</sup>. These rules remain unchanged. The previous legal solution did not oblige the UOKiK President to inform the European Competition Network of the imposition of interim measures. The Amendment Act introduces such duty<sup>111</sup>.

## 4. Commitments

### 4.1. EU legal framework

The ECN+ Directive requires that EU Member States provide legal rules that empower, within enforcement proceedings, their NCAs to make, by decision, commitments offered by the investigated undertakings or associations of undertakings binding. Such a commitments decision may be adopted after formally or informally consulting other market participants. The commitments shall meet the concerns expressed by the NCA and its decision has to be adopted for a specified period of time, and shall lead to the definitive closure of the proceedings<sup>112</sup>. NCAs shall be empowered with effective tools to monitor the implementation of commitments<sup>113</sup>. NCAs shall be authorised to re-open enforcement proceedings in three situations only: (1) where there have been material changes to any of the facts on which the commitment decision was based; (2) where undertakings or associations of undertakings act contrary to their commitments; or (3) where a commitment decision was based on incomplete, incorrect or misleading information provided by the parties<sup>114</sup>.

### 4.2. The Czech Republic

The Czech draft deals with the issue of commitments and brings the Czech form considerably closer to the EU requirements<sup>115</sup>.

The CCA includes the institution of commitments since its first amendment in 2004, and was fully inspired by Regulation 1/2003, which the CCA essentially copies<sup>116</sup>. However, while in the practice of the Commission decisions related to commitments are frequent, in the practice

<sup>108</sup> ACCP, Art 89(5).

<sup>109</sup> ACCP, Art 89(6).

<sup>110</sup> ACCP, Art 89(1).

<sup>111</sup> See: Art 89(4a) of the ACCP in the wording in force after 20 May 2023.

<sup>112</sup> ECN+ Directive, Art 12(1).

<sup>113</sup> ECN+ Directive, Art 12(2).

<sup>114</sup> ECN+ Directive, Art 12(3).

<sup>115</sup> Art 7(2) and Art 11(3) of the CCA proposal.

<sup>116</sup> Act No 304/204 Coll. which amends Act No143/2004 on the protection of competition and on the amendment of certain laws.

of the Czech NCA the total number of proceedings related to commitments is relatively low (Petr and Zorková, 2018). That could be caused by the different understanding of the institution of commitments in the Czech Republic and in EU, which has already been pointed out in Czech literature (Petr, 2019).

Differences in the Czech and EU legal regulation of commitments did not have to be a problem, because the Member States generally benefit from procedural autonomy under EU law. Still, the EU model of commitments can be considered more effective than the Czech model (Ibid, p. 7).

However, the ECN+ Directive requires that the institution of commitments in national law corresponds to the same institution under Regulation 1/2003<sup>117</sup>. This is not sufficiently taken into account in the Czech draft.

First of all, already in the past, Czech commentators came to the conclusion that for the proper transposition of the ECN+ Directive provisions on commitments, it would be necessary to delete a part of the CCA. The requirements has to be eliminated whereby the NCA has to verify whether, or not there had been no significant distortion of competition, and that all participants always have to submit proposals jointly. As far as the decisional practice of the NCA is concerned, the authority should also stop tying commitments to the notification of reservations and formalize the “market testing” of commitments (Petr, 2019).

Currently, the Czech draft still requires that in the case of multiple participants in competition law proceedings, there must be a proposal submitted jointly by all participants, which does not follow the EU requirements and which, in our opinion, practically excludes the possibility of commitments in the case of prohibited agreements as well. In addition, participants in the proceedings have to start behaving in accordance with the proposal of their commitments immediately after making the proposal, without knowing whether or not the NCA will actually accept their proposal or not<sup>118</sup>. This might further reduce undertakings’ motivation to propose commitments.

The other Czech draft condition is that commitments may be submitted in writing by all parties up to 15 days from passing on reservations which the ECN+ Directive does not require. Lastly, the Czech proposal does not mention market testing either, which could be seen as a shortcoming as well.

### 4.3. Poland

The Amendment Act has not introduced any changes to the rules governing commitments decisions. The UOKiK President is empowered to make, by decision, commitments offered by undertakings binding. Such decision can be adopted if, in the course of antitrust proceedings, it is rendered plausible that the prohibitions referred to in Articles 101 or 102 of the TFEU or in its national equivalents (i.e. Article 6 or 9 of the ACCP) have been infringed and the undertaking has agreed to take or cease certain actions aimed at ending such infringements or remedying the effects thereof. A commitment decision can be issued also in the case where the undertaking has ceased the infringement and agrees to remedy the effects of that infringement<sup>119</sup>. The UOKiK President

<sup>117</sup> ECN+ Directive, Art 12.

<sup>118</sup> Art 7(3) and Art 11(4) of the CCA proposal.

<sup>119</sup> ACCP, Art 12(1).

may set a time limit for the fulfilment of the commitments<sup>120</sup>. A commitment decision imposes upon its addressee an obligation to provide, within fixed time limits, information regarding the stage of the implementation of the commitments<sup>121</sup>. Where a commitment decision is issued, the UOKiK President cannot impose a financial penalty upon the given undertaking, nor the managing persons of it<sup>122</sup>. There are three situations where a commitment decision may be revoked. The decision may be revoked by the UOKiK President acting *ex officio* where: 1) the decision was issued on the basis of false, incomplete or misleading information or documents; or 2) the undertaking has not implemented the commitments or obligations<sup>123</sup>. Those two situations do not require the consent of the undertaking. In the third one, 3) a commitments decision may be revoked upon the undertaking's consent where circumstances which were a major consideration in the issuance of the decision have changed<sup>124</sup>. In the case where the decision is revoked, the UOKiK President shall rule on the merits of the case and is empowered to impose financial penalties in accordance with general rules<sup>125</sup>. Those rules are supplemented by the guidelines regarding commitment decisions<sup>126</sup> where the UOKiK President presented some clarifications of the NCA's practise. In particular, the guideline states that a commitment decision will not, in principle, be issued in the cases of the most severe competition-restricting agreements, because of their negative impact on the functioning of the market and significant economic benefits for the participants of such agreements<sup>127</sup>. Despite the non-binding nature of the guidelines, the UOKiK President declared therein that they will be applied since they reflect the manner of application of those rules by this authority<sup>128</sup>.

## V. Conclusions

Despite the fact that both – the Czech Republic and Poland – have failed to adopt proper legal acts aimed at ensuring the compliance of their national laws with the requirements of the ECN+ Directive on time, the analysis contained in this paper proves that the vast majority of the national requirements regarding the powers of their NCA are in line with this Directive (and in the case of Poland – were in fact also in line before the Amendment Act came into force). This might arise from the fact that both countries joined the EU on 1 May 2004 and that they had modelled their national competition law enforcement systems on the system followed by the Commission. Nevertheless, the analysis has also revealed certain areas that required both of the national legislators to take action.

In terms of investigative powers, the rules in force in the Czech Republic and in Poland even before the ECN+ Directive granted their NCAs all investigative powers required by the EU. However, they were not fully in line with the requirements of the ECN+ Directive. In Poland, the main issues

<sup>120</sup> ACCP, Art 12(2).

<sup>121</sup> ACCP, Art 12(3).

<sup>122</sup> ACCP, Art 12(4).

<sup>123</sup> ACCP, Art 12(5).

<sup>124</sup> ACCP, Art 12(6).

<sup>125</sup> ACCP, Art 12(7).

<sup>126</sup> UOKiK, Guidelines on the issuance of a commitment decision on competition-restricting practices and practices infringing collective interests of consumers (Warsaw 2015) <<https://uokik.gov.pl/download.php?plik=17177>> (20.04.2023).

<sup>127</sup> *Ibid.*, 5.

<sup>128</sup> *Ibid.*, 1–2.

in this regard were related to the powers in the course of an inspection and a search, power to request information, and to the safeguards with respect to the right of defence. In the Czech Republic, there was – and still is – a need to ensure that its NCA is able to obtain the necessary assistance of the police during an inspection.

In terms of decision-making powers, Polish law was generally in line with the requirements of the ECN+ Directive. In particular, even without the adoption of a legal act aimed solely at transposing the ECN+ Directive, the UOKiK President has had the three decision-making powers required by this directive. The only issue that needed to be amended within this scope was the adoption of a legal provision ordering the UOKiK President to notify the Commission about the closure of the enforcement proceedings with respect to those proceedings that the NCA notified the Commission about in accordance with Article 11(3) of Regulation 1/2003. The Amendment Act ensured the compliance with this requirement. By contrast, in terms of the decision-making powers, the Czech Republic needs to introduce changes regarding commitment decisions. The Czech draft deals with the issue of commitments and brings the Czech institution considerably closer to the EU requirements. However, it was recently noted that when it comes to the decision-making powers of the Czech NCA, in accordance with the requirements of the ECN+ Directive, legislative changes will be necessary regarding the accelerated review of decisions on interim measures, on commitments decisions, but also structural remedial measures (Petr, 2020). However, the draft has not provided many of the required changes. Hence, regarding the Czech Republic, it is fair to summarize that in all of the three mentioned areas related to decision-making powers, we have certain doubts about the full compatibility of the draft Czech law with the requirements of the ECN+ Directive.

In conclusion, it seems that the adoption of a legal act meant to transpose the ECN+ Directive into Polish law, has not dramatically changed the rules governing its NCA's powers. Overall, the Polish Amendment Act did not fulfil its potential. Similarly, in the Czech Republic – one should not expect that the amendments which are going to be introduced in order to transpose the ECN+ Directive will significantly change the powers of the Czech NCA. Nevertheless, in the case of the Czech Republic, it must be admitted that today's Proposal has noticeably „moved in a better direction“ compared to the Original Proposal from 2020 and that the Czech NCA took into account a number of objections expressed by experts concerning its earlier version. Hopefully, taking into consideration the fact that the legislative process in the Czech Republic has not been completed yet, there is still a chance that the deficiencies mentioned in this paper will be properly corrected.

## References

- Banasiński, C. and Piontek, E. (2009). *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warsaw: LexisNexis.
- Błachucki, M. (2012). *System postępowania antymonopolowego w sprawach kontroli koncentracji przedsiębiorców*. Warsaw: Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów.
- Bernatt, M. (2011a). *Sprawiedliwość proceduralna w postępowaniu przed organem ochrony konkurencji*. Warsaw: Wydawnictwo Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego.
- Bernatt, M. (2011b). Powers of Inspection of the Polish Competition Authority. Question of Proportionality, *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, 4(5), 47–66.

- Farinhas, C. (2022). Unlocking the Power of the European Commission to Order Interim Measures under Regulation 1/2003: An Inquiry into the Nature of the Tool. *Common Market Law Review*, 59, 1711–1742.
- Gajewska-Leite, I. and Modzelewska de Raad, M. (2020). Kontrola i przeszukiwanie Prezesa UOKiK. Pięć lat doświadczeń po rozdzieleniu instytucji – już osobno czy nadal razem? *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, 4(9), 31–61, DOI: 10.7172/2299-5749.IKAR.4.9.3.
- Jurkowska-Gomułka, A. (2018). Mind the Gap! ECN+ Directive Proposal on its Way to Eliminate Deficiencies of Regulation 1/2003: Polish Perspective. *Market and Competition Law Review*, 2(2), 125–150, <https://doi.org/10.7559/mclawreview.2018.327>.
- Kadar, M. (2021). The Use of Interim Measures and Commitments in the European Commission's Broadcom Case. *Journal of European Competition Law & Practice*, 12(6), 443–451, <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpaa105>.
- Kindl, J., and Munková, J. (2018). Commentary on Czech Act on Protection of Competition. 4 *Právní rozhledy* 145.
- Kohutek, K. and Sieradzka, M. (2014). *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warsaw: Wolters Kluwer Polska.
- Korycińska-Rządca, P. (2020). *Ochrona tajemnic strony postępowania antymonopolowego w sprawach praktyk ograniczających konkurencję*. Warsaw: C.H. Beck.
- Król-Bogomilska, M. (2001). *Kary pieniężne w prawie antymonopolowym, w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów, w europejskim prawie wspólnotowym*. Warsaw: KiK Konieczny i Kruszewski.
- Lorjé, N. and Stoffer, A. (2021). Judicial review and the protection of privacy rights in dawn raids. *Competition Law Journal*, 20(2). Available at [https://awards.concurrences.com/IMG/pdf/\\_25165771\\_-\\_competition\\_law\\_journal\\_judicial\\_review\\_and\\_the\\_protection\\_of\\_privacy\\_rights\\_in\\_dawn\\_raids.pdf?71959/46bab524c5b161510dd440f1ae52a6c8572f54cc0a34122f5750d92f68730e9e](https://awards.concurrences.com/IMG/pdf/_25165771_-_competition_law_journal_judicial_review_and_the_protection_of_privacy_rights_in_dawn_raids.pdf?71959/46bab524c5b161510dd440f1ae52a6c8572f54cc0a34122f5750d92f68730e9e) (14.04.2023).
- Mantzari, D. (2020). Interim Measures in EU Competition Cases: Origins, Evolution, and Implications for Digital Markets, *Journal of European Competition Law & Practice*, 11(9), November, 487–498, <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpaa045>.
- Marino, S. (2020). The Role of National Competition Authorities in the Regulation of Business' Activities, *Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego* 8/2020, DOI 10.33226/0137-5490.2020.8.3.
- Martysz, C. (2009). Commentary to Art 50 In: T. Skoczny, A. Jurkowska, D. Miąsik, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów*. Warsaw: C.H. Beck.
- Masquelier, R. (2021). After 19 Years of Complete Oblivion, Are Interim Measures the European Commission's New Panacea to Enforce Article 102 TFEU in the Digital Age? *European Competition and Regulatory Law Review*, 5(1), 24–35.
- Materna, G. (2015). Warunki podejmowania kontroli i przeszukań w postępowaniach z zakresu ochrony konkurencji prowadzonych na podstawie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w aspekcie orzecznictwa na tle art. 8 EKPCz. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, 8(4), 8–23, DOI: 10.7172/2299-5749.IKAR.8.4.1.
- Michalek, M. (2014). Fishing expeditions and subsequent electronic searches in the light of the principle of proportionality of inspections in competition law cases in Europe. *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, 7(10), 129–157.
- Modzelewska-Wąchal, E. (2002). *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warsaw: Twigger.
- Nejezchleb, K. (2021). Legitimita šetřění na místě jakožto vyšetřovacího nástroje ÚOHS. *Antitrust* 3, 65.
- Petr, M. (2018). *Modernizace komunitárního soutěžního práva*. Praha: C.H. Beck.

- Petr, M. (2019). Rozhodnutí o závazcích v českém a unijním právu. *Antitrust 1*, 4–8.
- Petr, M. (2020). Transpozice Směrnice ECN+ v České republice. *Antitrust 2*, 24–31.
- Petr, M., and Zorková, E. (2018). Kvantitativní analýza rozhodování soutěžního úřadu. *Antitrust 3*, 77–81.
- Piszcz, A. and Petr, M. (2023). (Dis)respect for Fundamental Rights in EU Competition Law Enforcement Proceedings Before National Authorities: In What Way Does Article 3 of the ECN+ Directive Prove To Be too Open-Ended?. *IIC*, <https://doi.org/10.1007/s40319-023-01353-4>.
- Różewicz-Ładoń, K. (2011). *Postępowanie przed Prezesem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów*. Warsaw: Wolters Kluwer Polska.
- Skoczny, T. (ed) (2014). *Komentarz do ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*. Warsaw: C.H. Beck.
- Stankiewicz, R. (2012). O konieczności zwiększenia partycypacji podmiotów trzecich w postępowaniu antymonopolowym. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, 2(1), 46–56.
- Stawicki, A. and Stawicki, E. (eds). (2016). *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warsaw: Wolters Kluwer Polska.
- Targański, B. (2019). Judicial Review of Decisions Relating to Inspections of the President of the Polish Office of Competition and Consumer Protection – Between the Judgment of the European Court of Human Rights in Case Delta Pekárny v. The Czech Republic and the Judgement of the Polish Constitutional Tribunal of 16 January 2019 in Case P 19/17. *Białostockie Studia Prawnicze*, 24(2), 187–197, DOI: 10.15290/bsp.2019.24.02.10.
- Turno, B. (2009). Prawo odmowy przekazania informacji służącej wykryciu naruszenia reguł konkurencji w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, *RPEiS* no 3.
- Turno, B. and Wardęga, E. (2015). Uprzednia i następcza kontrola aktów upoważniających organ ochrony konkurencji do przeprowadzenia niezapowiedzianej kontroli (przeszukania) przedsiębiorcy. Glosa do wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 2 października 2014 r. w sprawie Delta Pekárny przeciwko Republice Czeskiej. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, 8(4), 108–118.
- Wils, Wouter W.P.J. (2015). Ten Years of Commitment Decisions Under Article 9 of Regulation 1/2003: Too Much of a Good Thing? (June 12, 2015). Concurrences Journal 6th International Conference, New frontiers of antitrust' (Paris, 15 June 2015). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2617580> (13.12.2022).
- Wils, Wouter W.P.J. (2017). Competition Authorities: Towards More Independence and Prioritisation? – The European Commission's 'ECN' Proposal for a Directive to Empower the Competition Authorities of the Member States to Be More Effective Enforcers (June 26, 2017). Proceedings of the New Frontiers of Antitrust 8th International Concurrences Review Conference (Paris, 26 June 2017). *King's College London Law School Research Paper* No. 2017-39. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3000260> (13.12.2022).
- Zaoralová, P. (2017). Použitelnost soukromých zvukových a obrazových záznamů jako důkazu v trestním řízení. *11 Bulletin advokacie* 28.

## Między Chicago i post-Chicago. Czy należy zmienić wytyczne UE w sprawie kontroli niehoryzontalnych koncentracji?

### Spis treści

- I. Wprowadzenie
- II. Koncentracje niehoryzontalne, szkoła chicagowska i jej krytyka
  1. Koncentracje pionowe a ograniczanie dostępu do rynku
  2. Koncepcja pojedynczego zysku monopolisty
  3. Integracja pionowa a eliminacja podwójnej marży.
  4. Kwestia pozostałych efektywności gospodarczych wynikających z koncentracji pionowych
  5. Badania empiryczne dotyczące skutków koncentracji pionowych
- III. Teorie szkody i efektywności w wytycznych Komisji
- IV. Ocena wytycznych Komisji
- V. Podsumowanie

### Streszczenie

Ocena dopuszczalności koncentracji pionowych w znacznym stopniu opiera się na paradygmatach szkoły chicagowskiej prawa i ekonomii. Jej zwolennicy podkreślają pozytywne skutki, jakie tego rodzaju koncentracje wywierają na konkurencję, deprecjonując jednocześnie znaczenie ich ewentualnych antykonkurencyjnych następstw. Uważali oni, że koncentracje pionowe nieuchronnie prowadzą do efektywności gospodarczych, w tym do eliminacji podwójnej marży. Aktualne podejście organów konkurencji do oceny dopuszczalności koncentracji wertykalnych jest obecnie krytkowane po obu stronach Atlantyku jako zbyt łagodne i niespójne ze współczesnym dorobkiem nauk ekonomicznych. W Stanach Zjednoczonych krytyka ta zaowocowała przyjęciem w 2020 r. nowych wytycznych Federalnej Komisji Handlu i Departamentu Sprawiedliwości w sprawie koncentracji pionowych. Mimo że przyjęły one znacznie surowsze reguły oceny, oba organy konkurencji USA zdecydowały o podjęciu prac nad kolejnymi, idącymi dalej w tym kierunku wytycznymi. Unijne wytyczne Komisji dotyczące połączeń niehoryzontalnych są w większym stopniu, niż ich amerykański odpowiednik, spójne ze współczesnymi poglądami nauk ekonomicznych i rezultatami badań empirycznych. Nadal jednak niezbędna jest ich korekta.

\* Doktor habilitowany nauk prawnych, profesor w Katedrze Europejskiego Prawa Gospodarczego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego oraz Ronan Harty Newman Fellow w Sutherland School of Law, University College Dublin. ORCID: 0000-0003-0249-7500; e-mail: Lgrzejdziak@wpia.uni.lodz.pl.

Artykuł powstał w ramach projektu badawczego „Stosowanie prawa konkurencji do niehoryzontalnych koncentracji przedsiębiorców w epoce cyfrowej. Analiza porównawcza” prowadzonego w ramach programu im. M. Bekkera finansowanego przez Narodową Agencję Wymiany Akademickiej.

Edition of that article was financed under Agreement Nr RCN/SP/0326/2021/1 with funds from the Ministry of Education and Science, allocated to the “Rozwoj czasopism naukowych” programme.



**Słowa kluczowe:** prawo konkurencji UE; amerykańskie prawo antytrustowe; koncentracje nie-horyzontalne; szkoła chicagowska prawa i ekonomii; szkoła postchicagowska.

**JEL:** B25, D20, D23, D41, D42, D43, K21, L11, L12, L13, L14, L49

## I. Wprowadzenie

W czerwcu 2020 r. amerykańskie organy ochrony konkurencji przyjęły nowe wytyczne w sprawie koncentracji pionowych<sup>1</sup>. W części dotyczącej tego rodzaju koncentracji zastąpiły one wydane w 1984 r. ogólne wytyczne Federalnej Komisji Handlu (dalej: FTC) i Departamentu Sprawiedliwości (dalej: DOJ) w sprawie kontroli koncentracji<sup>2</sup>. Był to długo oczekiwany krok. W przeciwieństwie do części horyzontalnej wytycznych z 1984 r., która zmieniana była dwukrotnie – w 1992 i 1997 r., a następnie w 2010 r. zastąpiona nowymi wytycznymi, ich niehoryzontalna część pozostawała w mocy i nie podlegała zmianom od 40 lat. W związku z tym była powszechnie uważana za przestarzałą. Panowało przekonanie, że reguły oceny dopuszczalności niehoryzontalnych koncentracji, zawarte w tych ostatnich, w niedostateczny sposób chroniły konkurencję, umożliwiając tworzenie potężnych, zintegrowanych pionowo lub konglomeratowo organizmów gospodarczych.

Paradygmaty szkoły chicagowskiej, na których amerykańskie wytyczne z 1984 r. zostały oparte, skupione na skutkach, jakie tego rodzaju koncentracje wywierają na ceny i wielkość sprzedaży, bywają coraz częściej krytykowane jako abstrahujące od współczesnych osiągnięć nauk ekonomicznych i nieprzystające do wyzwań współczesnej cyfrowej gospodarki (Baker, 2019, s. 2; Stucke i Grunes, 2016, s. 4–5; Salop, 2018, s. 1966; Riordan i Salop, 1995, s. 517; Landau, 2020, s. 43–44; Miller, 2019, s. 318–320; Khan, 2017, s. 731; Khan i Vaheesan, 2017, s. 271). Krytyka ta znajduje odzwierciedlenie w obserwacjach rzeczywistości gospodarczej. W ostatnich kilkudziesięciu latach, wraz ze wzrostem wpływów szkoły chicagowskiej, zainteresowanie organów ochrony konkurencji niehoryzontalnymi koncentracjami się zmniejszyło (Baker, 2019, s. 44) a jednocześnie zwiększył się stopień koncentracji wielu rynków (Koltay i Lorincz, 2021)<sup>3</sup>.

Wytyczne z 2020 r. przyjęły znacznie bardziej restrykcyjne reguły dopuszczalności wertykalnych koncentracji. Nie spełniły one jednak oczekiwań tych, którzy proponowali całkowite odejście od paradygmatów chicagowskich i znaczne zaostrzenie polityki w zakresie połączeń pionowych.

<sup>1</sup> Departament Sprawiedliwości Stanów Zjednoczonych i Federalna Komisja Handlu. Wytyczne w sprawie koncentracji pionowych z 30 czerwca 2020 r. Pozyskano z: [https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/us-department-justice-federal-trade-commission-vertical-merger-guidelines/vertical\\_merger\\_guidelines\\_6-30-20.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/us-department-justice-federal-trade-commission-vertical-merger-guidelines/vertical_merger_guidelines_6-30-20.pdf).

<sup>2</sup> Departament Sprawiedliwości Stanów Zjednoczonych i Federalna Komisja Handlu. Wytyczne w sprawie koncentracji z 1984 r. Pozyskano z: <https://www.justice.gov/archives/atr/1984-merger-guidelines>.

<sup>3</sup> Badania Koltaya i Lorincza potwierdzają wzrost średniego poziomu koncentracji w przemyśle oraz rosnącego udziału branż o wysokiej koncentracji w czterech największych krajach UE i Wielkiej Brytanii w latach 1999–2019. Badania te potwierdzają także rosnący zagregowany zysk przedsiębiorstw w tych państwach, co w szczególności dotyczy sektorów komunikacji, finansowego i transportu, a także branż intensywnie wykorzystujących technologie cyfrowe. Podobne problemy dotyczą w co najmniej takim samym stopniu Stany Zjednoczone. Badania T. Philippona ujawniły, że udziały rynkowe dominujących przedsiębiorstw rosną w większości amerykańskich branż (Philippon, 2019, s. 29–30). Doprowadziło to do zmniejszenia zagregowanych dochodów z pracy w Stanach Zjednoczonych o ponad 1 bilion dolarów w latach 2000–2019. (zob. także: Moss, 2018, s. 69–69; Baker, 2019, s. 20–22; Sullivan, 2020, s. 1137). Do problemu nadmiernej koncentracji rynków odniósł się także prezydent USA Joe Biden w rozporządzeniu wykonawczym: „W ciągu ostatnich kilkudziesięciu lat, gdy branże uległy konsolidacji, konkurencja osłabiła się na zbyt wielu rynkach, odmawiając Amerykanom korzyści płynących z otwartej gospodarki i pogłębiając nierówność rasową, dochodową i majątkową. (...) Konsolidacja zwiększyła siłę korporacyjnych pracodawców, utrudniając pracownikom negocjowanie wyższych płac i lepszych warunków pracy. Potężne przedsiębiorstwa wymagają od pracowników podpisania umów o zakazie konkurencji, które ograniczają ich zdolność do zmiany pracy. (...) Konsolidacja w rolnictwie sprawia, że małym gospodarstwom rodzinnym zbyt trudno jest przetrwać. Zob. Prezydenckie rozporządzenie wykonawcze w sprawie promowania konkurencji w gospodarce amerykańskiej z 9 lipca 2021 r. Pozyskano z: <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2021/07/09/executive-order-on-promoting-competition-in-the-american-economy/>.

Nowe kierownictwo amerykańskich organów konkurencji, powołane już za czasów administracji Joe Bidena, uznało je za krok w dobrym kierunku – jednak niewystarczający. Komisarze FTC na czele z Liną Khan podkreślili, że wytyczne z 2020 r. cechuje nadmierna wiara w prokonkurencyjne skutki koncentracji pionowych i niedostrzeganie pełnego spektrum ich możliwych konsekwencji<sup>4</sup>. FTC podjęła w związku z tym decyzję o jednostronnym wycofaniu się z ich stosowania<sup>5</sup>. Departament Sprawiedliwości USA nie podjął tak zdecydowanych kroków, pozostając przy stosowaniu wytycznych z 2020 r., ogłaszając jednak zamiar rozpoczęcia prac nad nowymi wytycznymi wspólnie z FTC<sup>6</sup>.

Zmiana nastawienia amerykańskich organów konkurencji do niehoryzontalnych koncentracji przedsiębiorstw i planowane przyjęcie nowych wytycznych dotyczących ich oceny w USA, skłaniają do pytań o aktualność ich unijnego odpowiednika, tj. wydanych w 2008 r. wytycznych Komisji w sprawie oceny niehoryzontalnych połączeń przedsiębiorstw na mocy rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (dalej: wytyczne Komisji lub wytyczne unijne)<sup>7</sup>. Dotyczą one w szczególności zgodności wyrażonych w nich teorii szkody i teorii efektywności z aktualnym dorobkiem nauk ekonomicznych? Celem tego artykułu jest próba odpowiedzi na te pytania, w tym rozstrzygnięcia czy w związku z planowanymi zmianami w USA, unijne reguły oceny niehoryzontalnych koncentracji powinny zostać uaktualnione, tak aby osiągnięty został stan transatlantyckiej konwergencji?

W tym celu zbadałem poglądy szkoły chicagowskiej na temat wpływu integracji wertykalnej na konkurencję. Następnie skonfrontowałem je ze współczesnym dorobkiem teoretycznym nauk ekonomicznych, przede wszystkim związanym ze szkołą postchicagowską, a także z rezultatami badań empirycznych dotyczących skutków koncentracji pionowych. Wnioski pozwoliły mi na krytyczną ocenę treści wytycznych Komisji oraz na sformułowanie propozycji ich zmian.

## II. Koncentracje niehoryzontalne, szkoła chicagowska i jej krytyka

### 1. Koncentracje pionowe a ograniczanie dostępu do rynku

Szkoła chicagowska poświęciła wiele uwagi skutkom, jakie dla konkurencji wynikają z wertykalnych koncentracji przedsiębiorstw. Jej przedstawiciele zwykle podkreślali pozytywne następstwa koncentracji pionowych i konglomeratowych, najczęściej bagatelizując ich negatywny wpływ na konkurencję. Do skutków niehoryzontalnych koncentracji szeroko odniósł się R. Bork w książce „Antitrust Paradox”, która wkrótce po wydaniu stała się biblią szkoły chicagowskiej (Bork, 1978, s. 225–245; Bork, 1969, s. 139–149). Zaatakował on dominujące wówczas poglądy na temat skutków i sposobu oceny koncentracji pionowych i konglomeratowych, uznając integrację pionową za

<sup>4</sup> Oświadczenie przewodniczącej FTC Liny M. Khan, Komisarza Rohita Chopry i Komisarz Rebeci Kelly Slaughter „Withdrawal of the Vertical Merger Guidelines” z 15 września 2021 r. (Commission File No. P810034), s. 2. Pozyskano z: [https://www.ftc.gov/system/files/documents/public\\_statements/1596396/statement\\_of\\_chair\\_lina\\_m\\_khan\\_commissioner\\_rohit\\_chopra\\_and\\_commissioner\\_rebecca\\_kelly\\_slaughter\\_on.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/1596396/statement_of_chair_lina_m_khan_commissioner_rohit_chopra_and_commissioner_rebecca_kelly_slaughter_on.pdf). (zob. także Keyte, 2020, s. 6–7).

<sup>5</sup> Id. oraz oświadczenie przewodniczącej FTC Liny M. Khan i pełniącego obowiązki zastępcy prokuratora generalnego ds. wydziału antytrustowego Richarda A. Powersa w sprawie „Competition Executive Order’s Call to Consider Revisions to Merger Guidelines” z 9 lipca 2021 r. Pozyskano z: <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2021/07/statement-ftc-chair-lina-khan-antitrust-division-actingassistant>.

<sup>6</sup> Zob. oświadczenie DOJ z 15 września 2021 r. „Justice Department Issues Statement on the Vertical Merger Guidelines”. Pozyskano z: <https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-issues-statement-vertical-merger-guidelines>.

<sup>7</sup> Wytyczne w sprawie oceny niehoryzontalnych połączeń przedsiębiorstw na mocy rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz. Urz. UE C 265 z 18.10.2008, s. 6).

jeden ze sposobów organizowania „współpracy dwóch lub więcej osób zaangażowanych w działalność produkcyjną lub dystrybucyjną” (Bork, 1978, s. 227; McGee i Bassett, 1976, s. 17–18)<sup>8</sup>.

Zdaniem Borka teoria ograniczania dostępu do rynku (*foreclosure theory*) zastosowana przez Sąd Najwyższy USA w sprawie *Brown Shoe*<sup>9</sup> była „całkowicie niewłaściwa” (Bork, 1978, s. 227). W sprawie, która ustanowiła na długie lata standard oceny koncentracji pionowych w Stanach Zjednoczonych, Sąd Najwyższy uznał, że przejęcie przez czwartego co do wielkości producenta obuwia (Brown Shoe) największej w USA sieci rodzinnych sklepów obuwniczych (G.R. Kinney Co.) mogło znacząco zmniejszyć konkurencję. Pomimo faktu że udział Brown Shoe w produkcji obuwia w USA wynosił jedynie 4%, a udział G.R. Kenney w sprzedaży detalicznej obuwia w USA wynosił 1,2%, koncentracja ta została uznana za antykonkurencyjną głównie ze względu na potencjalny efekt w postaci utrudniania dostępu do czynników produkcji i rynków zbytu, pozbawiający „rywali uczciwej możliwości konkurowania”<sup>10</sup>.

Według Borka przejęcie kontroli nad sprzedawcą detalicznym i zmuszenie go do sprzedaży wyłącznie towarów dostarczonych przez przejmującego kontrolę nie może być opłacalne. Jak argumentował Bork, w takiej sytuacji, nawet gdyby dostawca podwoił swój udział w rynku, nie osiągnąłby zysku, ponieważ w warunkach konkurencji nie byłby w stanie podnieść ceny powyżej poziomu jego kosztów krańcowych. Jednocześnie przejęty detalista poniósłby straty z powodu rezygnacji z najbardziej efektywnego wzorca dystrybucji, który był stosowany przed koncentracją (Bork, 1978, s. 227; Posner, 1976, s. 196). Realizacja tego „imperialistycznego marzenia” mogłaby również pociągnąć za sobą wzrost kosztów zarządzania (Bork, 1978, s. 227).

R. Posner także stanął na stanowisku o zasadniczo pozytywnych skutkach integracji pionowej. Odwołał się on do argumentów dotyczących konieczności podwójnego wejścia na rynek, stosownie do których, jeżeli koncentracja spowoduje poważne utrudnienie dostępu do rynku wyższego lub niższego szczebla, nowi gracze mogą być zmuszeni do wejścia jednocześnie na oba te rynki. Wyrażając swój zwykły sceptycyzm co do znaczenia barier wejścia na rynek, stwierdził on, że integracja pionowa może opóźnić wejście na rynek, ale nie jest w stanie mu zapobiegać (Posner, 1976, s. 199). Jednocześnie opóźnienie wejścia na rynek może uczynić je bardziej atrakcyjnym dla nowych graczy, „ponieważ mogą oni wówczas przewidzieć dłuższy okres, zanim jakiegokolwiek zyski, które uzyskają na rynku, zostaną wyeliminowane przez konkurencję jeszcze nowszych uczestników” (Posner, 2001, s. 226).

Według Posnera skutkiem przejęcia kontroli nad punktami sprzedaży dystrybutorów, przez producenta będącego monopolistą, rzeczywiście może być wzrost cen oraz kosztów wejścia na rynek. Jednocześnie jednak takie przejęcie generuje znaczne koszty wynikające z: (1) rezygnacji z korzyści płynących z oddania określonej nadmiernej zdolności dystrybucyjnej konkurentowi; (2) możliwych dyzekonomii integracji pionowej oraz<sup>11</sup> (3) tworzenia zachęt do uruchamiania punktów dystrybucji przez osoby trzecie (Posner, 1976, s. 199). Koszty te mogą skutecznie zniechęcić monopolistę do zmonopolizowania dystrybucji (Posner, 1979, s. 936). Podobnie przejęcie wszystkich punktów dystrybucji nie byłoby opłacalne dla producenta działającego na rynku

<sup>8</sup> Jak podkreślił Bork, to przedsiębiorstwo jest w stanie najlepiej ocenić optymalny sposób organizacji takiej współpracy.

<sup>9</sup> Wyr. SN Stanów Zjednoczonych w sprawie *Brown Shoe Co., Inc. v. United States*, 370 U.S. 294 (1962).

<sup>10</sup> Ibidem, s. 324.

<sup>11</sup> Jak twierdził Posner, „Integracja w celu wykluczenia oznacza, że nie istnieje ekonomia integracji (gdyby taka ekonomia istniała, stanowiłaby niezależny i społecznie akceptowalny powód integracji). A jeśli nie ma ekonomii integracji, to prawdopodobnie istnieją jej dyzekonomie”.

oligopolistycznym. Spowodowałoby to bowiem uzyskanie kontroli nad nadmiernym potencjałem dystrybucyjnym i znaczny wzrost kosztów dystrybucji takiego producenta. Ponadto wówczas konkurent byłby skłonny zainwestować we własną sieć dystrybucji lub zawrzeć umowę z nowym graczem na poziomie dystrybucji (Posner, 1976, s. 199).

Jak twierdził Posner, nawet koncentracja dwóch przedsiębiorstw zajmujących monopolistyczną pozycję na kolejnych szczeblach sprzedaży towaru nie powinna być zakazana. Takie koncentracje, poprzez obniżenie kosztów dystrybucji, mogą bowiem powodować spadek ceny produktu końcowego, a tym samym wzrost jego sprzedaży (Posner, 2001, s. 226).

Jedynym rodzajem koncentracji pionowych, uznawanym przez Posnera za potencjalnie szkodliwy, było przejęcie kontroli nad producentem towaru końcowego przez monopolistę na rynku surowców wykorzystywanych do produkcji tego towaru, w zmiennych proporcjach z innymi nakładami. Takie koncentracje powinny być, zdaniem Posnera, traktowane tak samo jak horyzontalne. Jednak nawet w tym przypadku ocena koncentracji powinna zależeć od konkretnych okoliczności sprawy i nie powinna prowadzić do jej automatycznego zakazu (Posner, 1976, s. 200–201).

Poglądy szkoły chicagowskiej na skutki, jakie na konkurencję mogą wywierać niehoryzontalne koncentracje są od dawna krytykowane głównie przez ekonomistów związanych ze szkołą postchicagowską (Baker, 2013; Ordoover, Saloner i Salop, 1990; Rey i Tirole, 2007; Riordan, 2008; Riordan i Salop, 1995; Salinger, 1988; Scheffman i Higgins, 2004). Ich badania stanęły u podstaw poglądów reprezentantów nurtu neobrandeisjańskiego (Gilbert i Melamed, 2022), jakoby nadmiernie łagodne podejście prawa konkurencji względem niehoryzontalnych koncentracji, inspirowane prądami myślowymi szkoły chicagowskiej, było jednym z czynników, które doprowadziły do niekontrolowanego wzrostu potęgi przedsiębiorstw cyfrowych (Khan, 2017, s. 731–736; Wu, 2011, s. 307).

Zdaniem S. Salopa poglądy szkoły chicagowskiej na skutki niehoryzontalnych koncentracji oparte są na uproszczonych modelach ekonomicznych nieuwzględniających wielu istotnych okoliczności rynkowych (Salop, 2018, s. 1962; Riordan i Salop, 1995, s. 517). O ile prawdą jest, że niektóre spośród pionowych koncentracji mogą nie mieć antykonkurencyjnych skutków, o tyle nie dotyczy to koncentracji mających miejsce na rynkach, na których panują warunki niedoskonałej konkurencji (Salop, 2018, s. 1966). Zdaniem Salopa, wbrew twierdzeniom m.in. R. Borka, ograniczanie dostępu do rynku (*foreclosure*) stanowi realne, a nie jedynie iluzoryczne zagrożenie wynikające z takich koncentracji (Salop, 2018, s. 1967–1968). Według Salopa ugruntowana teoria, zgodnie z którą koncentracje poziome między przedsiębiorstwami oferującymi zróżnicowane (na przykład wysokiej i niskiej klasy) towary mogą negatywnie wpływać na konkurencję, umożliwiając połączonemu przedsiębiorstwu osiągnięcie wyższych zysków poprzez jednostronne podnoszenie cen, ma również zastosowanie do koncentracji pionowych na rynkach o podobnej strukturze<sup>12</sup>. W odniesieniu do koncentracji poziomych część strat wynikających z takiego podwyższenia cen może być bowiem kompensowana przez przekierowanie sprzedaży na produkty oferowane przez drugą stronę koncentracji. Ta sama zależność ma miejsce w przypadku koncentracji pionowych

<sup>12</sup> Teoria ta została opisana w sekcji 6.1 wytycznych DOJ i FTC w sprawie koncentracji horyzontalnych: „Zakres bezpośredniej konkurencji między produktami sprzedawanymi przez łączące się strony ma kluczowe znaczenie dla oceny jednostronnych efektów cenowych. Jednostronne efekty cenowe są tym większe, im bardziej nabywcy produktów sprzedawanych przez jedno łączące się przedsiębiorstwo uważają produkty sprzedawane przez drugie łączące się przedsiębiorstwo za swój kolejny wybór”. Zob. DOJ/FTC, Horizontal Merger Guidelines z 2010 r., s. 20. Pozyskano z: <https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/merger-review/100819hmg.pdf>.

na rynkach zróżnicowanych towarów. Podobna presja cenowa jest bowiem ich nieodłączną konsekwencją. W tym przypadku strona koncentracji prowadząca działalność na wyższym szczeblu ma analogiczną motywację do ograniczania dostępu do czynników produkcji poprzez podniesienie ich cen. Motywacja ta może oczywiście zostać osłabiona przez konkurencję na rynku wyższego lub niższego szczebla, przez oczekiwane wejście na rynek lub przez wzrost efektywności, w tym eliminację podwójnej marży (Salop, 2018, s. 1973; Moresi i Salop, 2013).

Według Salopa, po przejściu kontroli nad dużym dystrybutorem, oligopolista działający na rynku wyższego szczebla i oferujący zróżnicowane towary jest raczej skłonny ograniczać swoją sprzedaż konkurentom strony koncentracji działającej na rynku niższego szczebla, podnosząc cenę lub odmawiając sprzedaży. To z kolei może skłonić rywali przedsiębiorstwa działającego na rynku wyższego szczebla do podobnego podniesienia cen swoich produktów, w wyniku jednostronnych lub skoordynowanych działań. Rezultatem tego jest wzrost siły rynkowej połączonego przedsiębiorstwa na jednym lub obu rynkach (Salop, 2018, s. 1973).

Zdaniem Salopa koncentracje pionowe nie prowadzą do antykonkurencyjnego ograniczenia dostępu do rynku, gdy mają miejsce na rynkach nieskoncentrowanych. Nie oznacza to jednak, że ograniczenie dostępu do rynku nigdy nie może nastąpić w następstwie koncentracji przeprowadzonej na takich rynkach. Może to mieć miejsce w przypadku, gdyby koncentracja taka doprowadziła do wyeliminowania przedsiębiorstwa niezależnego, posiadającego stosunkowo niewielki udział w rynku, ale wywierającego przed koncentracją presję konkurencyjną na rywali działających na rynku niższego szczebla (ograniczenie dostępu do czynników produkcji) lub wyższego szczebla (utrudnienie dostępu do rynku zbytu) (Salop, 2018, s. 1989–1990; Salop i Culley, 2017).

Dynamiczna analiza ograniczenia dostępu do rynku, przeprowadzona przez Ch. Fumagalli i M. Motte, prowadzi z kolei do zakwestionowania poglądów szkoły chicagowskiej na temat częstotliwości i motywacji, stojących u jego podstaw (Fumagalli i Motta, 2020). Ich zdaniem w przypadku gdy istnieje potencjalna konkurencja na rynku niższego szczebla i przyszła konkurencja na rynku wyższego szczebla, a warunki te pozostają niezmiennie, przedsiębiorstwo zintegrowane pionowo rzeczywiście, tak jak twierdziła szkoła chicagowska, nie ma motywacji do ograniczania dostępu do rynku. Jednak analiza przeprowadzona z wykorzystaniem perspektywy dynamicznej prowadzi do wniosku, że ograniczenie dostępu do czynników produkcji jest logiczną strategią pionowo zintegrowanych przedsiębiorstw w dwóch przypadkach. Po pierwsze, jeżeli nie jest możliwe zapobieżenie wejściu na rynek wyższego szczebla w przyszłości. Wówczas pionowo zintegrowany dominant będzie zainteresowany ochroną swojej pozycji na rynku niższego szczebla i pobieraniem renty monopolistycznej od bardziej efektywnego konkurenta działającego na rynku szczebla wyższego. Po drugie, jeżeli sukces konkurenta działającego na rynku niższego szczebla jest wstępnym warunkiem wejścia rywala na rynek wyższego szczebla. Wówczas przedsiębiorstwo wertykalnie zintegrowane może być zainteresowane ograniczaniem dostępu do rynku czynników produkcji, poświęcając swoje bezpośrednie zyski, by zapobiec wejściu na rynek na wyższym poziomie (Fumagalli i Motta, 2020).

Negatywne skutki ograniczenia dostępu do rynku mogą także nasilić się w wyniku szczególnej pozycji pozostałego konkurenta, określonej obrazowo przez T.G. Krattenmakera i S.C. Salopa mianem „potwór Frankenstein” (Krattenmaker i Salop, 1986, s. 240). Pojęcie to odnosi się do ostatniego niezależnego dostawcy, który po koncentracji pionowej pozostał na rynku. Taki „potwór”

może zmonopolizować rynek wyższego szczebla, podnosząc tym samym koszty ponoszone przez konkurentów przedsiębiorstwa zintegrowanego pionowo działających na szczeblu niżej. Podobnie, poprzez zmniejszenie liczby niezależnych dostawców połączenie pionowe może ułatwić znowę pomiędzy tymi, którzy pozostaną na rynku, prowadząc w ten sposób do efektów skoordynowanych (Krattenmaker i Salop, 1986, s. 240).

Jak twierdzą postchicagowcy, pod względem rodzaju i natężenia możliwych skutków koncentracje wertykalne nie różnią się istotnie od horyzontalnych. Zarówno jedne, jak i drugie, w zależności od okoliczności rynkowych, mogą być szkodliwe dla konkurencji, jak również prowadzić do zwiększenia efektywności (Salop, 2018, s. 1973). Tak więc chicagowski pogląd, że integracja pionowa jest z zasady prokonkurencyjna, idzie zdecydowanie za daleko. Wbrew poglądom liderów szkoły chicagowskiej, ryzyko ograniczenia dostępu do rynku nie jest iluzoryczne, lecz rzeczywiste i występuje znacznie częściej, niż zdawali sobie oni z tego sprawę.

Choć twierdzenie ojca ekonomii industrialnej, Joe Baina, jakoby integracja pionowa nieuchronnie wiodła do skutków wykluczających (Bain i Quails, 1987, s. 168) idzie zbyt daleko, badania reprezentantów szkoły postchicagowskiej nie pozostawiają wątpliwości, że w wielu przypadkach wywołuje ona takie następstwa. W określonych warunkach rynkowych, zwłaszcza gdy przynajmniej jeden z rynków właściwych jest skoncentrowany, ale także gdy na rynku oferowane są zróżnicowane produkty, ryzyko antykonkurencyjnych skutków koncentracji wertykalnych znacznie rośnie. Nie są to przy tym okoliczności hipotetyczne ani nawet rzadkie. Przeciwnie, branże, w których przedmiotem obrotu są zróżnicowane produkty oraz rynki skoncentrowane są w gospodarce powszechne.

## 2. Koncepcja pojedynczego zysku monopolisty

Inny z argumentów R. Borka na poparcie tezy o zasadniczo pozytywnych skutkach koncentracji wertykalnych opierał się na teorii „pojedynczego zysku monopolisty” (Bork, 1978, s. 229; Bork, 1954, s. 195–197; Posner, 1976, s. 197). Bork przekonywał, że pionowo zintegrowane przedsiębiorstwo nie sprzedawałoby towaru kontrolowanemu sprzedawcy detalicznemu za cenę niższą niż ta, którą obciąża ono innych odbiorców. W przeciwnym przypadku poniosłoby koszty utraconych korzyści, które nie mogłyby zostać zrekompensowane wyższymi cenami detalicznymi, z wyjątkiem sytuacji, w której przedsiębiorstwo to byłoby naturalnym monopolistą. W konsekwencji spowodowałoby to zwiększenie produkcji przy wyższych kosztach (Posner, 1979, s. 927; Weston i Peltzman, 1969, s. 169).

Ekonomiści postchicagowscy zakwestionowali tę teorię. Według J.B. Bakera koncepcja ta sprawdza się tylko „w jednym skrajnym przypadku”, tj. gdy monopolista nie napotyka ani rzeczywistej, ani potencjalnej konkurencji, a nabywcy nie mają alternatywnego źródła zaopatrzenia (Baker, 2015, s. 16–17; Church, 2008, s. 1469–1470). To może mieć miejsce, gdy:

- 1) uczestnik koncentracji działający na rynku wyższego szczebla jest monopolistą nieobjętym regulacją sektorową, lecz chronionym przez absolutne bariery wejścia;
- 2) jego towar jest wykorzystywany przez przedsiębiorstwa działające na rynku niższego szczebla w stałych proporcjach względem pozostałych używanych do produkcji towarów oraz
- 3) rynek niższego szczebla jest doskonale konkurencyjny (Baker, 2015, s. 16–17; Elhauge, 2009, s. 43).

Jako przykład antykonkurencyjnych skutków koncentracji pionowej dokonanej przez monopolistę, Salop wymienił sytuację, w której zarówno przedsiębiorstwa działające na rynku wyższego, jak i niższego szczebla są monopolistami i każdy z nich jest potencjalnym konkurentem drugiego. Każde z przedsiębiorstw miałoby normalnie motywację do wejścia na rynek drugiego. Ich koncentracja pogłębiłaby niekorzystne skutki istniejącej sytuacji charakteryzującej się obecnością dwóch monopolistów – jednego na rynku wyższego i drugiego na rynku niższego szczebla. Jednocześnie potencjalni nowi uczestnicy rynku musieliby wejść na oba rynki jednocześnie, co mogłoby skutkować zwiększonym ryzykiem i kosztami wejścia (Salop, 2018, s. 1969).

### 3. Integracja pionowa a eliminacja podwójnej marży

Główny argument szkoły chicagowskiej na poparcie tezy o efektywności koncentracji pionowych odnosił się do tzw. eliminacji podwójnej marży (dalej: EDM), która uznawana była za nieuchronną ich konsekwencją (Posner, 2001, s. 200–201 i 228; Gaudet i Van Long, 1996, s. 409). Zgodnie z tym poglądem wertykalnie zintegrowany producent sprzedaje towary swojemu przedsiębiorstwu zależnemu działającemu na rynku niższego szczebla po cenie równej kosztom krańcowym. Prowadzi to do obniżenia przez to przedsiębiorstwo ceny produktu sprzedawanego odbiorcom ostatecznym. W ten sposób nabywcy korzystają z niższych cen i wyższych poziomów produkcji. Koncepcja ta została po raz pierwszy rozwinięta przez J.J. Spenglera w 1950 r., który uznał integrację pionową za remedium na „podobne do renty „monopolistyczne” dopłaty nakładane przez sprzedawców usytuowanych na wcześniejszych etapach produkcji” (Spengler, 1950, s. 351).

Szkoła postchicagowska postawiła pod znakiem zapytania zasadność teorii eliminacji podwójnej marży, podkreślając, że sprawdza się ona tylko w specyficznych warunkach rynkowych. Jak zauważyli J. Kwoka i M. Slade, może to mieć miejsce, gdy przedsiębiorstwo działające na rynku niższego szczebla wykorzystuje towary zakupione od przedsiębiorstwa działającego na rynku wyższego szczebla w stałych proporcjach z innymi czynnikami produkcji (Kwoka i Slade, 2020, s. 52). W przeciwnym wypadku niezintegrowane przedsiębiorstwo działające na rynku niższego szczebla może zastąpić towary dostarczane mu po cenach suprakonkurencyjnych innymi tańszymi materiałami, zmniejszając w ten sposób karę za bycie niezintegrowanym (Kwoka i Slade, 2020, s. 52; Westfield, 1981, s. 334–346). Nawet jeśli dany towar jest wykorzystywany w stałych proporcjach z innymi czynnikami produkcji, EDM nie może być postrzegany jako nieunikniona lub nieuchronna konsekwencja integracji pionowej. Salop wskazał kilka takich sytuacji, w których EDM może nie wystąpić:

- 1) gdy przedsiębiorstwo działające na rynku wyższego szczebla sprzedaje swoje towary po obniżonej cenie swojej pionowo zintegrowanej spółce zależnej, powstaje „koszt alternatywny”; to z kolei zmniejsza lub eliminuje zachętę do obniżenia ceny na rynku niższego szczebla;
- 2) jeżeli przedsiębiorstwo działające na rynku niższego szczebla zaoferowałoby obniżki cen dużej liczbie dotychczasowych klientów w stosunku do liczby nowych klientów pozyskanych od konkurentów działających na rynku niższego szczebla, którzy nie kupili czynników produkcji od przedsiębiorstwa działającego na rynku wyższego szczebla;
- 3) kiedy technologia przedsiębiorstwa działającego na rynku niższego szczebla nie jest kompatybilna z czynnikami produkcji dostarczonymi przez stronę uczestniczącą w połączeniu na rynku wyższego szczebla (Salop, 2018, s. 1971).

Szkoła postchicagowska zakwestionowała także związek przyczynowy pomiędzy EDM a koncentracjami pionowymi. Podobne efekty mogą być bowiem osiągnięte bez konieczności przeprowadzenia koncentracji – w drodze umów o nieliniowych cenach lub umów nakładających obowiązek dostaw określonych wolumenów towarów (Kwoka i Slade, 2020, s. 53). W zależności od sytuacji rynkowej takie umowy nie muszą w pełni eliminować problemu podwójnej marży, choć ich istnienie (a nawet sama możliwość zawarcia) powinno być brane pod uwagę przy ocenie efektywności wynikających z koncentracji pionowych (Kwoka i Slade, 2020, s. 53). Ponadto, efektywność wynikająca z EDM nie może powstać, jeżeli bardziej opłacalnym rozwiązaniem byłoby ograniczenie dostępu do rynku lub koordynacja zachowań konkurentów (Salop, 2018, s. 1971). Z kolei J. Kwoka i M. Slade słusznie zauważyli, że EDM może przynieść jedynie pieniężne (a nie rzeczywiste) korzyści, tj. takie, które wynikają z nowej wyceny oferowanych towarów, a nie z większej efektywności procesów gospodarczych, a szczególnie z redukcji nakładów wykorzystywanych w procesie produkcji (Kwoka i Slade, 2020, s. 53).

#### **4. Kwestia pozostałych efektywności gospodarczych wynikających z koncentracji pionowych**

Szkoła chicagowska uwypuklała także doniosłość pozostałych efektywności gospodarczych wynikających z koncentracji pionowych. R. Bork twierdził, że prowadzą one do obniżenia kosztów sprzedaży i dystrybucji, ułatwiając w ten sposób przepływ informacji i tworząc korzyści skali w zarządzaniu. Jego zdaniem koncentracje pionowe zasadniczo nie różnią się w skutkach od wzrostu wewnętrznego. Jedyna różnica polega na tym, że w określonej sytuacji rynkowej koncentracja pionowa lub wzrost wewnętrzny okazuje się być opcją bardziej efektywną (Bork, 1978, s. 225–245). Podobnie twierdził R. Posner, który podkreślał, że taki sam skutek, jak koncentracja pionowa, może mieć otwarcie nowych placówek handlowych lub pozyskanie nowych źródeł zaopatrzenia, a następnie skoncentrowanie odpowiednio sprzedaży w tych placówkach lub zakupów u nowych dostawców (Posner, 1976, s. 196).

Integracja pionowa rzeczywiście może prowadzić do różnorodnych efektywności gospodarczych. Jednakże, jak dowodzą badania S.J. Grossmana i O.D. Harta (1986) oraz A.A. Berle'a i G.C. Meansa (1968), należy podchodzić do nich z pewną dozą sceptycyzmu, albowiem koncentracje wertykalne mogą jednocześnie prowadzić do organizacyjnych i menedżerskich zniekształceń i nieefektywności (Hart i Tirole, 1990, s. 206; Bolton i Scharfstein, 1998, s. 112; Salop, 2018, s. 1973).

Przedstawiciele ekonomii instytucjonalnej, Berle i Means, odnosili się do integracji pionowej w kontekście relacji między własnością a zarządzaniem w przedsiębiorstwie. Twierdzili oni, że może być ona motywowana przez skłonność menedżerów do zwiększania zysków i poszerzania zakresu władzy (Berle i Means, 1968). Z tej perspektywy integracja pionowa jest rozumiana zarówno jako niepożądana, pośrednia konsekwencja rozdziału własności i kontroli w przedsiębiorstwie, jak i czynnik sprzyjający intensyfikacji procesu tego rozdziału. Uznawali oni, że jeśli w wyniku koncentracji kierownictwo właścicielskie zastępowane jest przez profesjonalny zespół, prowadzi to zwykle do wzrostu kosztów



agencyjnych. Koncentracje zatem mogły przyczyniać się do niepożądanego rozdziału własności i kontroli, będąc źródłem nieefektywności.

Z kolei przedstawiciele ekonomii praw własności S.J. Grossman i O.D. Hart postrzegali integrację pionową jako prowadzącą do przyjęcia określonego modelu alokacji praw rezydualnych między jej stronami. Alokacja ta nie jest jednak w stanie wyeliminować bodźców do zachowań oportunistycznych i zniekształcających, a jedynie przenosi prawa między stronami. W wyniku integracji pionowej zakup praw rezydualnych przez jedną stronę i późniejsza utrata tych praw przez drugą nieuchronnie powodują zakłócenia, stając się przyczyną nieefektywności (Grossman i Hart, 1986, s. 716).

## 5. Badania empiryczne dotyczące skutków koncentracji pionowych

Współczesna badania empiryczne podważają stanowisko szkoły chicagowskiej o zasadniczo prokonkurencyjnych skutkach koncentracji pionowych. Badania M. Beck i F.M. Scott Morton (2021) zawierają analizę kilkudziesięciu wcześniejszych badań empirycznych dotyczących skutków integracji pionowej. Badania te wskazują, że starsze raporty z badań nad skutkami integracji pionowej nie są zazwyczaj jednoznaczne, a wyniki niektórych z nich nie mają bezpośredniego zastosowania do oceny wpływu koncentracji wertykalnych na konkurencję (Beck i Scott Morton, 2021, s. 276). Choć część z nich wskazuje na korzyści z integracji pionowej, a rzadziej na jej negatywne skutki, to zdaniem Beck i Scott Morton (2021, s. 279) te „wnioski nie są wystarczająco mocne, aby uzasadnić przyjęcie domniemania jej prokonkurencyjnego (lub antykonkurencyjnego) charakteru na potrzeby (ustalenia) celów polityki”.

Spośród rezultatów 29 nowych badań opublikowanych w latach 2009–2020 analizowanych przez Beck i Scott Morton, 14 zawiera dowody na szkodliwe skutki koncentracji pionowych i tyle samo dowodzi ich korzystnych konsekwencji. W 5 przypadkach negatywne i pozytywne skutki integracji pionowej występowały jednocześnie. Żadne z badań nie zawierało jednak pełnego bilansu skutków dla konkurencji, trudno więc powiedzieć, jaki typ efektu przeważał. (Beck i Scott Morton, 2021, s. 289). Niemniej analiza tych nowszych badań pokazuje, że koncentracji pionowych nie można uznać za jednoznacznie prokonkurencyjne lub odwrotnie. Ich ogólne skutki zależą od konkretnych okoliczności rynkowych, takich jak koncentracja rynku, struktura i bodźce, którym podlegają przedsiębiorstwa (Beck i Scott Morton, 2021, s. 289).

## III. Teorie szkody i efektywności w wytycznych Komisji

Wytyczne Komisji są znacznie obszerniejsze niż ich amerykański odpowiednik. Odnoszą się one odrębnie do koncentracji wertykalnych i konglomeratowych, a możliwe skutki takich koncentracji i sposoby ich oceny opisane są w nich znacznie obszerniej i dokładniej. Wytyczne unijne wyraźnie stwierdzają, że „prawdopodobieństwo znaczącego zakłócenia skutecznej konkurencji jest zasadniczo mniejsze w przypadku połączeń niehoryzontalnych niż w przypadku połączeń horyzontalnych”<sup>13</sup>. Wynika to z faktu, że koncentracje niehoryzontalne „nie pociągają za sobą

<sup>13</sup> Wytyczne w sprawie oceny niehoryzontalnych połączeń przedsiębiorstw na mocy rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz. Urz. UE C 265 z 18.10.2008, s. 6), pkt 11.

eliminacji bezpośredniej konkurencji między łączącymi się przedsiębiorstwami na tym samym właściwym rynku<sup>14</sup>.

Wytyczne Komisji wprowadzają zasadę bezpiecznej przystani dla koncentracji przedsiębiorstw nieposiadających znaczącej siły rynkowej co najmniej na jednym rynku właściwym<sup>15</sup>. W związku z tym koncentracje, które prowadzą do uzyskania udziału w rynku poniżej 30% i wskaźnika HHI poniżej 2000, nie budzą, co do zasady obaw Komisji<sup>16</sup>. Nie dotyczy to jednak połączeń, w przypadku których występuje jedna lub więcej szczególnych okoliczności, w tym na przykład, gdy:

- 1) połączenie obejmuje przedsiębiorstwo, które prawdopodobnie w najbliższej przyszłości będzie się szybko rozwijać, np. ze względu na niedawną innowację;
- 2) między uczestnikami rynku istnieją znaczące wzajemne powiązania co do udziałów lub kierownictwa;
- 3) w przypadku jednego z łączących się przedsiębiorstw istnieje duże prawdopodobieństwo, że zakłóci ono skoordynowane działanie;
- 4) istnieją oznaki dawnej lub trwającej koordynacji lub praktyk ułatwiających działanie<sup>17</sup>.

Wytyczne unijne postrzegają ograniczenie dostępu do rynku jako główne potencjalne zagrożenie dla konkurencji wynikające z koncentracji wertykalnych. Schemat oceny możliwości utrudnienia dostępu do rynku obejmuje analizę zdolności i motywacji do takich działań, jak również znaczącego szkodliwego wpływu na konkurencję na rynku niższego lub, odpowiednio, wyższego szczebla. Skutki, jakie ograniczenie dostępu do rynku może mieć dla konkurencji, są w wytycznych Komisji analizowane w szerokim zakresie i oddzielnie dla zamknięcia dostępu do czynników produkcji i rynków zbytu<sup>18</sup>.

Ocena prawdopodobieństwa ograniczenia dostępu do rynku skupia się na możliwych alternatywach dla nabywców (utrudnienie dostępu do rynku) lub istnieniu dostatecznych alternatywnych możliwości sprzedaży na rynku niższego szczebla towarów oferowanych przez podmioty konkurujące ze stronami koncentracji na rynku szczebla wyższego (utrudnienie dostępu do klientów). W ramach oceny zdolności do utrudniania dostępu do rynku Komisja analizuje siłę rynkową i strukturę odnośnych rynków, a także ewentualne reakcje konkurentów na podwyżkę cen i możliwość stosowania przez nich strategii przeciwdziałania<sup>19</sup>.

W ramach oceny motywacji do ograniczenia dostępu do rynku Komisja bierze pod uwagę stopień, w jakim byłoby to opłacalne. Oznacza to konieczność dokonania bilansu pomiędzy zyskiem utraconym w wyniku ograniczenia sprzedaży czynników produkcji (faktycznym lub potencjalnym) konkurentom a zwiększeniem zysków, w krótkiej lub dłuższej perspektywie, w wyniku zwiększenia sprzedaży przedsiębiorstwom działającym na rynku niższego szczebla bądź, zależnie od sytuacji, podniesienia cen dla konsumentów<sup>20</sup>.

Wreszcie Komisja ocenia prawdopodobny ogólny wpływ koncentracji na skuteczną konkurencję, tj. czy może ona doprowadzić do wzrostu cen lub zmniejszenia produkcji na rynku niższego

<sup>14</sup> Ibidem, pkt 12.

<sup>15</sup> Ibidem, pkt 23.

<sup>16</sup> Ibidem, pkt 25.

<sup>17</sup> Ibidem, pkt 26.

<sup>18</sup> Ibidem, pkt 29–77.

<sup>19</sup> Ibidem, pkt 39 i 67.

<sup>20</sup> Ibidem, pkt 40.

szczebla poprzez zwiększenie presji na ceny sprzedaży (utrudnienie dostępu do czynników produkcji) lub poprzez ograniczenie zdolności konkurentów działających na rynku wyższego szczebla do konkurowania (utrudnienie dostępu do klientów). Komisja koncentruje się na proporcji konkurentów, którym koncentracja może ograniczyć dostęp do rynku, ich roli na rynku właściwym oraz udziale w nakładach lub produkcji, na które koncentracja ma wpływ. Komisja skupia się również na prawdopodobieństwie zwiększenia barier wejścia na rynek. Wreszcie ocenia się ewentualne czynniki wyrównawcze, w tym prawdopodobieństwo wejścia na rynek i ewentualne zwiększenie efektywności wynikające z koncentracji<sup>21</sup>.

Wytyczne Komisji wymieniają uzyskanie dostępu do wrażliwych informacji handlowych dotyczących działalności konkurentów na rynku wyższego lub niższego szczebla jako kolejny możliwy jednostronny (nieskoordynowany) skutek antykonkurencyjny połączeń wertykalnych<sup>22</sup>.

Wytyczne unijne odnoszą się do możliwych skoordynowanych efektów koncentracji pionowych i kładą nacisk na cechy rynku właściwego, bodźce i zdolność do współpracy. Podkreśla się w nich, że osiągnięcie warunków koordynacji po połączeniu może *eo ipso* wynikać ze zmniejszenia liczby efektywnych konkurentów, zwiększenia stopnia symetrii lub przejrzystości między uczestnikami rynku lub wyeliminowania niezależnych graczy. Ponadto, wytyczne Komisji wymieniają trzy warunki trwałej koordynacji, tj.:

- 1) przedsiębiorstwa koordynujące swoje zachowania muszą być w stanie w wystarczającym stopniu monitorować przestrzeganie warunków koordynacji;
- 2) dyscyplina wymaga jakiejś formy mechanizmu odstraszania, który może zostać uaktywniony, jeśli stwierdzi się odstępstwo od zasad;
- 3) reakcje z zewnątrz, np. obecnych i przyszłych konkurentów nieuczestniczących w koordynacji, jak również klientów, nie powinny być w stanie zagrozić oczekiwanym wynikom koordynacji<sup>23</sup>;

Wytyczne Komisji opierają się na założeniu, zgodnie z którymi antykonkurencyjne skutki koncentracji mogą być równoważone przez wzrost wydajności. Jednakże Komisja analizuje czy wzrost efektywności: (1) jest korzystny dla konsumentów; (2) jest związany z połączeniem oraz (3) jest sprawdzalny<sup>24</sup>. Wytyczne odnoszą się do komplementarnych cech łączących się przedsiębiorstw<sup>25</sup>.

Wytyczne unijne wymieniają EDM na pierwszym miejscu wśród innych możliwych korzyści wynikających z koncentracji wertykalnych, takich jak: lepsza koordynacja procesu produkcji i dystrybucji oraz harmonizacja motywacji „stron w odniesieniu do inwestycji w nowe produkty, nowe procesy produkcyjne oraz wprowadzanie produktów na rynek”<sup>26</sup>. Wytyczne unijne zdają się uznawać EDM za wysoce prawdopodobny efekt koncentracji pionowych<sup>27</sup>. Nadal jednak, aby EDM mogła być uznana za efektywność, musi spełniać trzelementowy test wskazany w wytycznych Komisji w sprawie

<sup>21</sup> Ibidem, pkt 47–57 i 72–77.

<sup>22</sup> Ibidem, pkt 78.

<sup>23</sup> Ibidem, pkt 81.

<sup>24</sup> Ibidem, pkt 53.

<sup>25</sup> Ibidem, pkt 13.

<sup>26</sup> Ibidem, pkt 57.

<sup>27</sup> Jak wskazała Komisja w pkt. 13 wytycznych, „W przypadku np. relacji wertykalnych wynikające z komplementarności obniżenie marż przedsiębiorstwa działającego na rynku niższego szczebla **doprowadzi** do większego popytu także na rynku wyższego szczebla. Część korzyści z tego wzrostu popytu **przypadnie** dostawcom działającym na rynku wyższego szczebla. Skonsolidowane przedsiębiorstwo **weźmie** pod uwagę taką korzyść. Konsolidacja wertykalna może zatem zapewnić większą zachętę do dążenia do obniżki cen i zwiększenia produkcji, gdyż skonsolidowane przedsiębiorstwo może przechwycić większy odsetek korzyści” [podkreślenie autora].

horyzontalnych połączeń przedsiębiorstw<sup>28</sup>, tj. musi przynosić korzyści konsumentom, być specyficzna dla połączenia i możliwa do zweryfikowania. Stąd też, jak stwierdzono w wytycznych UE:

„(...) problem podwójnych marż nie zawsze jest obecny lub znaczący przed połączeniem, np. ponieważ łączące się strony zawarły już umowę na dostawy obejmującą mechanizm cenowy, który przewiduje rabaty ilościowe eliminujące marżę. Zwiększenie wydajności związane z eliminacją podwójnych marż może zatem nie zawsze być związane z połączeniem, gdyż współpraca wertykalna lub porozumienia wertykalne nawet bez połączenia mogą przynieść podobne korzyści przy mniejszych efektach antykonkurencyjnych. Ponadto połączenie może nie w pełni wyeliminować podwójną marżę, jeżeli dostawy czynników produkcji są ograniczone ze względu na ograniczone moce produkcyjne i kiedy istnieje możliwość równie opłacalnego alternatywnego wykorzystania tych czynników produkcji. W takich okolicznościach wewnętrzne wykorzystanie czynników produkcji pociąga za sobą koszty alternatywne dla skonsolidowanego wertykalnie przedsiębiorstwa: wykorzystanie większej części czynników produkcji wewnątrz w celu zwiększenia produkcji na rynku niższego szczebla oznacza mniejszą sprzedaż na rynku alternatywnym. W rezultacie motywacja do wewnętrznego użycia materiałów wyjściowych i zwiększenia produkcji na rynku niższego szczebla jest mniejsza niż w sytuacji, kiedy nie ma kosztów alternatywnych”<sup>29</sup>.

Wytyczne UE wymagają zatem analizy prospektywnej skupiającej się na wpływie koncentracji na EDM.

#### IV. Ocena wytycznych Komisji

Wytyczne Komisji z pewnością bardziej niż ich amerykański odpowiednik uwzględniają to, co o możliwych skutkach koncentracji pionowych mówią wyniki badań empirycznych i współczesne teorie ekonomiczne. Po pierwsze, wytyczne te inaczej postrzegają rolę EDM. W amerykańskich wytycznych z 2020 r. wskazano wprost, że eliminacja podwójnej marży „nie jest efektywnością produkcji, badań i rozwoju ani zamówień; wynika ona bezpośrednio z dostosowania bodźców ekonomicznych między łączącymi się przedsiębiorstwami”<sup>30</sup>. EDM zajmuje zatem nie tylko pierwszoplanowe, lecz także szczególne miejsce pośród potencjalnych pozytywnych skutków koncentracji pionowych. Przyjęto bowiem założenie, że towarzyszy ona zasadniczo każdej koncentracji pionowej.

Na gruncie wytycznych unijnych EDM nie jest rozumiana jako nieuchronna konsekwencja koncentracji pionowych, ale jako jedna z wielu potencjalnych efektywności, które mogą z nich wynikać. Związek EDM z koncentracją (jej specyficzność) słusznie oceniana jest prospektywnie, z uwzględnieniem możliwych alternatyw, w tym wynikających z kontraktów długoterminowych. Chociaż nadal wydaje się, że wytyczne unijne przeceniają częstotliwość, z jaką EDM towarzyszy koncentracjom wertykalnym, oraz jego rolę w równoważeniu ich negatywnych skutków, to jednak wymagają one, aby EDM spełniał te same kryteria, co pozostałe efektywności.

<sup>28</sup> Wytyczne w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw na mocy rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz. Urz. UE C 31 z 5.02.2004, s. 5).

<sup>29</sup> Przepis 57 w pkt 55 wytycznych w sprawie oceny niehoryzontalnych połączeń przedsiębiorstw na mocy rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz. Urz. UE C 265 z 18.10.2008, s. 6).

<sup>30</sup> Departament Sprawiedliwości Stanów Zjednoczonych i Federalna Komisja Handlu. Wytyczne w sprawie koncentracji pionowych z 30 czerwca 2020 r., s. 11.

O ile zgodnie z amerykańskimi wytycznymi EDM odgrywa dla stron koncentracji rolę podobną do karty „wychodzisz wolny z więzienia” znanej z popularnej gry Monopoly, o tyle wytyczne unijne dostarczają Komisji niezbędnych narzędzi do jej weryfikacji, w tym oceny czy stanowi ona konsekwencję koncentracji oraz skutków, jakie EDM może mieć dla konkurencji. Mimo to niewielkie zmiany w retoryce użytej w wytycznych Komisji mogą być potrzebne. Powinny one pomóc rozwiązać wątpliwości odnośnie do równego statusu EDM i pozostałych możliwych efektywności wynikających z koncentracji wertykalnych, w tym korzyści organizacyjnych, produkcyjnych, zarządczych i dystrybucyjnych, a także związanych z unikaniem kosztów transakcyjnych.

Jednocześnie znaczenie tak EDM, jak i pozostałych efektywności nie powinno być przeceniane. Należy bowiem pamiętać, że, jak wykazali Grossman i Hart (1986, s. 716), integracja pionowa nie eliminuje bodźców do oportunistycznych i zakłócających zachowań i sama w sobie może przyczyniać się do zakłócających skutków. Dlatego organizacyjne i zarządcze efektywności wynikające z koncentracji pionowych dalekie są od oczywistości i powinny być oceniane z ostrożnością.

Teorie szkody zawarte w wytycznych Komisji nie są wystarczająco rozwinięte i nie odzwierciedlają całej złożoności czynników, które mogą wpływać na antykonkurencyjny charakter koncentracji. Dotyczy to przede wszystkim wpływu, jaki na ocenę wpływu koncentracji wertykalnych na konkurencję może mieć okoliczność prowadzenia działalności na rynku, na którym oferowane są zróżnicowane towary. W związku z tym konieczne jest wprowadzenie odpowiednich korekt do wytycznych unijnych. Przede wszystkim powinny one obejmować zmiany w obrębie sposobu oceny skutków wykluczających poprzez uzupełnienie jej o kryterium zróżnicowanego charakteru towarów oferowanych na rynkach właściwych. Wykazanie tego faktu powinno być traktowane jako jeden z czynników istotnie zwiększających ryzyko antykonkurencyjnego utrudnienia dostępu do rynku.

Wydaje się w związku z tym, że wytyczne unijne przeceniają prokonkurencyjny charakter koncentracji wertykalnych i niedostatecznie biorą pod uwagę ich potencjalne negatywne skutki. Teza, że prawdopodobieństwo znaczącego zakłócenia efektywnej konkurencji w wyniku niehoryzontalnych koncentracji jest generalnie mniejsze niż w przypadku koncentracji horyzontalnych, idzie zbyt daleko i nie znajduje potwierdzenia w badaniach empirycznych i teoriach ekonomicznych. Co prawda, jak podkreślono w wytycznych Komisji, koncentracje te nie pociągają za sobą eliminacji bezpośredniej konkurencji między łączącymi się przedsiębiorstwami na tym samym właściwym rynku. Jednak o ich antykonkurencyjnym charakterze mogą przesądzić inne niekorzystne skutki. Badania ekonomiczne wskazują, że antykonkurencyjne koncentracje wertykalne nie są generalnie mniej szkodliwe niż koncentracje horyzontalne.

Istnieje zatem potrzeba przeformułowania ogólnej retoryki wytycznych unijnych w zakresie możliwych skutków koncentracji niehoryzontalnych tak, aby zatrzeć wrażenie, jakie można odnieść po ich lekturze, że koncentracje te są zasadniczo mniej szkodliwe niż ich horyzontalne odpowiedniki oraz że zazwyczaj prowadzą one do znacznego zwiększenia efektywności ekonomicznej.

Ponieważ struktura rynków, na których działają strony koncentracji, poziom koncentracji tych rynków oraz udziały rynkowe stron wydają się być kluczowymi elementami oceny ewentualnych negatywnych skutków połączeń wertykalnych, wytyczne unijne słusznie przywiązują do nich dużą wagę. Odstępstwa od domniemania zgodności koncentracji z rynkiem wewnętrznym w oparciu o udział

w rynku i progi HHI sformułowane zostały w taki sposób, aby zapewnić elastyczność niezbędną do sprawowania kontroli nad wszystkimi rodzajami potencjalnie antykonkurencyjnych koncentracji nie-horyzontalnych zgłaszanych Komisji, tym bardziej że katalog tych odstępstw nie jest wyczerpujący.

W świetle rozważań dotyczących znaczenia struktury rynku jako jednego z kryteriów oceny skutków koncentracji wertykalnych dla konkurencji, można natomiast rozważyć wprowadzenie progów udziałów w rynku i koncentracji rynku jako podstawy do wzruszalnego domniemania antykonkurencyjnych skutków połączeń. Ustanowienie takich progów mogłoby stanowić wyraźny sygnał o zaostrzeniu kontroli koncentracji wertykalnych<sup>31</sup>.

## V. Podsumowanie

Amerykańskie prawo antymonopolowe stoi u progu zmian, których wspólnym mianownikiem jest odejście od jego dotychczasowych paradygmatów zakorzenionych w szkole chicagowskiej na rzecz podejścia surowszego, w większym stopniu ograniczającego swobodę przedsiębiorstw na rynku. Zmiany te, już uwidoczniły się w obrębie kontroli koncentracji, czego dowodem było wprowadzenie, wraz z wytycznymi FTC i DOJ z 2020 r., bardziej surowych reguł oceny dopuszczalności niehoryzontalnych łączeń przedsiębiorstw. W niedalekiej przyszłości należy spodziewać się kolejnego kroku w tym kierunku w postaci przyjęcia przez oba amerykańskie organy konkurencji nowych wytycznych poświęconych temu zagadnieniu. Biorąc pod uwagę krytyczne głosy FTC i DOJ względem amerykańskich wytycznych z 2020 r., z dużą dozą prawdopodobieństwa należy założyć, że nowe wytyczne będą w znacznym zakresie spójne ze współczesnymi paradygmatami szkoły postchicagowskiej. Choć reguły oceny dopuszczalności koncentracji horyzontalnych zawarte w wytycznych unijnych w większym stopniu odpowiadają tym paradygmatom niż ich amerykański odpowiednik, wymagają uzupełnień i korekty, aby nie pozostać w tyle za ojczyzną prawa ochrony konkurencji.

## Bibliografia

- Bain, J.S. i Quails, P.D. (1987). *Industrial Organization: A Treatise*. Vol. 6 (Part A). Greenwich: JAI Press.
- Baker, J.B. (2013). Exclusion as a Core Competition Concern. *Antitrust Law Journal*, 78, 527.
- Baker, J.B. (2015). Taking the Error Out of “Error Cost” Analysis: What’s Wrong with Antitrust’s Right. *Antitrust Law Journal*, 80, 1.
- Baker, J.B. (2019). *The Antitrust Paradigm: Restoring a Competitive Economy*. Cambridge MA: Harvard University Press.
- Beck, M. i Scott Morton, F.M. (2021). Evaluating the Evidence on Vertical Mergers. *Review of Industrial Organization*, 59, 273.
- Berle, A.A. i Means, G.C. (1968). *The Modern Corporation And Private Property*. New York: Harcourt, Brace and World.
- Bolton, P. i Scharfstein, D.S. (1998). Corporate Finance, the Theory of the Firm, and Organizations. *Journal of Economic Perspectives*, 12(4), 95.
- Bork, R.H. (1954). Vertical Integration and the Sherman Act: The Legal History of an Economic Misconception. *University of Chicago Law Review*, 22(1), 157.

<sup>31</sup> Wytyczne unijne wymagają także odpowiednich zmian dotyczących sposobu oceny koncentracji na tzw. rynkach uwagi, tj. rynkach, na których za usługę nie płaci się ceny wyrażonej w pieniądzu. To zagadnienie wykracza jednak poza zakres tego artykułu.

- Bork, R.H. (1969). *Vertical Integration and Competitive Processes*. W: J.F. Weston, S. Peltzman (red.), *Public Policy Toward Mergers*. Pacific Palisades, CA: Goodyear Pub. Co.
- Bork, R.H. (1978). *Antitrust Paradox. A Policy at War With Itself*. New York: Basic Books.
- Church, J. (2008). Vertical Mergers. *Issues In Competition Law And Policy*, 2, 1455.
- Elhauge, E. (2009). Tying, Bundled Discounts, and the Death of the Single Monopoly Profit Theory. *Harvard Law Review*, 123, 397.
- Fumagalli, C. i Motta, M. (2020). Dynamic Vertical Foreclosure. *Journal of Law & Economics*, 63, 763.
- Gaudet, G. i Van Long, N. (1996). Vertical Integration, Foreclosure, and profits in the Presence of Double Marginalization. *Journal of Economics & Management Strategy*, 5, 409.
- Gilbert, R.J. i Melamed, A.D. (2022, February). Innovation: A Bridge to the New Brandeisians? *Competition Policy International*, 21. Pozyskano z: [https://www.competitionpolicyinternational.com/innovation-a-bridge-to-the-new-brandeisians/#\\_ftnref6](https://www.competitionpolicyinternational.com/innovation-a-bridge-to-the-new-brandeisians/#_ftnref6).
- Grossman, S.J. i Hart, O.D. (1986). The costs and benefits of ownership: A theory of vertical and lateral integration. *Journal of Political Economy*, 94(4), 691.
- Hart, O. i Tirole, J. (1990). Vertical Integration and Market Foreclosure. *Brookings Papers on Economic Activity*, 21, 205.
- Keyte, J. (2020). The Draft Vertical Merger Guidelines: A Modern Approach, but Gaps and Questions Remain. *Antitrust*, 34, 5.
- Khan, L.M. (2017). Amazon's Antitrust Paradox. *Yale Law Journal*, 126, 710.
- Khan, L.M. i Vaheesan, S. (2017). Market Power and Inequality: The Antitrust Counterrevolution and Its Discontents. *Harvard Law & Policy Review*, 11, 235.
- Koltay, G. i Lorincz, S. (2021, November). Industry concentration and competition policy. *Competition Policy Brief*, 2. Pozyskano z: [https://ec.europa.eu/competition-policy/system/files/2021-12/Competition%20Policy%20Brief%202021\\_Industry%20concentration%20and%20competition%20policy.pdf](https://ec.europa.eu/competition-policy/system/files/2021-12/Competition%20Policy%20Brief%202021_Industry%20concentration%20and%20competition%20policy.pdf).
- Krattenmaker, T.G. i Salop, S.C. (1986). Anticompetitive Exclusion: Raising Rivals' Costs to Achieve Power over Price. *Yale Law Journal*, 96, 209.
- Kwoka, J. i Slade, M. (2020). Second Thoughts on Double Marginalization. *Antitrust*, 34, 51.
- Landau, M.B. (2020). The Astounding Growth of "Big Tech" and the Lack of Enforcement of the Intellectual Property, Antitrust, and Contract Laws. *Albany Law Journal of Science & Technology*, 30, 1.
- McGee, J.S. i Bassett, L.R. (1976). *Vertical Integration Revisited*. *Journal of Law & Economics*, 19, 17.
- Miller, C.A. (2019). Big Data and the Non-Horizontal Merger Guidelines. *California Law Review*, 107, 309.
- Moresi, S. i Salop, S.C. (2013). vGUPPI: Scoring Unilateral Pricing Incentives in Vertical Mergers. *Antitrust Law Journal*, 79, 185.
- Moss, D.L. (2018). Merger Policy and Rising Concentration: An Active Agenda for Antitrust Enforcement. *Antitrust*, 33, 68.
- Ordover, J.A., Saloner, G. i Salop, S.C. (1990). Equilibrium Vertical Foreclosure. *American Economic Review*, 80, 127.
- Philippon, T. (2019). *Causes, Consequences, and Policy Responses to Market Concentration*. W: M.S. Kearney, A. Ganz (red.), *Maintaining the Strength of American Capitalism*. (The Aspen Institute. Economic Strategy Group 2019). Pozyskano z: <https://live-aspen-economic-strategy-group.pantheonsite.io/wp-content/uploads/2019/12/Maintaining-the-Strength-of-American-Capitalism.pdf>.
- Posner, R.A. (1976). *Antitrust Law: an Economic Perspective*. Chicago: University of Chicago Press.
- Posner, R.A. (1979). The Chicago School of Antitrust Analysis. *University of Pennsylvania Law Review*, 127, 925.

- Posner, R.A. (2001). *Antitrust Law: an Economic Perspective*. Chicago: University of Chicago Press.
- Rey, P. i Tirole, J. (2007). *A Primer on Foreclosure*. W: M. Armstrong i R.H. Porter (red.), *Handbook of Industrial Organization*, 3.
- Riordan, M.H. (2008). Competitive Effects of Vertical Integration. W: P. Buccirossi (red.), *Handbook of Antitrust Economics*. Cambridge MA: MIT Press.
- Riordan, M.H. i Salop, S.C. (1995). Evaluating Vertical Mergers: A Post-Chicago Approach. *Antitrust Law Journal*, 63, 513.
- Salinger, M. (1988). Vertical Mergers and Market Foreclosure. *Quarterly Journal of Economics*, 103, 345.
- Salop, S.C. (2018). Invigorating Vertical Merger Enforcement. *Yale Law Journal*, 127, 1962.
- Salop, S.C. i Culley, D.P. (2017). *Vertical Mergers Enforcement Actions: 1994–2016*. Georgetown University Law Center. Pozyskano z: <http://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2541&context=facpub>.
- Scheffman, D.T. i Higgins, R.S. (2004). Vertical Mergers: Theory and Policy. *George Mason Law Review*, 12, 967.
- Spengler, J.J. (1950). Vertical Integration and Antitrust Policy. *Journal of Political Economy*, 58(4), 347.
- Stucke, M. i Grunes, A. (2016). *Big Data And Competition Policy*. Oxford: Oxford University Press.
- Sullivan, S.P. (2020). Anticompetitive Entrenchment. *University of Kansas Law Review*, 68, 1133.
- Westfield, F.M. (1981). Does Product Price Rise or Fall? *American Economic Review*, 71(3), 334.
- Weston, J.F., Peltzman S. (eds.) (1969). *Public Policy Toward Mergers*, Goodyear Pub. Co.
- Wu, T. (2011). *The Master Switch: The Rise and Fall of Information Empires*. New York: Alfred A. Knopf.



Aleksander Maziarz\*

## Kilka uwag do projektów rozporządzeń w sprawie wyłączeń grupowych dotyczących horyzontalnych porozumień kooperacyjnych

### Spis treści

- I. Wprowadzenie
- II. Porozumienia w sprawie zrównoważonego rozwoju
- III. Porozumienia o wymianie informacji
- IV. Porozumienia o wspólnych zakupach
- V. Porozumienia o specjalizacji jednostronnej
- VI. Porozumienia konsorcjów
- VII. Podsumowanie

### Streszczenie

Artykuł podejmuje problematykę projektowanych zmian w zakresie rozporządzeń ustanawiających wyłączenia grupowe dla horyzontalnych porozumień kooperacyjnych. Analizie poddano projekty rozporządzeń ustalających wyłączenia grupowe dla porozumień badawczo-rozwojowych i porozumień specjalizacyjnych oraz wytycznych w sprawie stosowania art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych skierowane do konsultacji publicznych. Celem artykułu jest przeanalizowanie wybranych zmian zaprojektowanych przez Komisję Europejską i ocenę ich wpływu na unijne prawo konkurencji.

**Słowa kluczowe:** horyzontalne porozumienia kooperacyjne; wyłączenie grupowe; porozumienia w sprawie zrównoważonego rozwoju; zakaz porozumień ograniczających konkurencję.

**JEL:** K21

## I. Wprowadzenie

W roku 2019 Komisja Europejska rozpoczęła przegląd rozporządzenia Komisji (UE) nr 1217/2010 z dnia 14 grudnia 2010 r. w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień badawczo-rozwojowych<sup>1</sup> oraz rozporządzenia Komisji (UE) nr 1218/2010 z dnia 14 grudnia 2010 r. w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień specjalizacyjnych<sup>2</sup> oraz wytycznych w sprawie

\* Doktor habilitowany; Kolegium Prawa Akademii Leona Koźmińskiego. ORCID: 0000-0002-0482-5400; e-mail: amaziarz@kozminski.edu.pl.

Edition of that article was financed under Agreement Nr RCN/SP/0326/2021/1 with funds from the Ministry of Education and Science, allocated to the "Rozwój czasopism naukowych" programme.

<sup>1</sup> Dz. Urz. UE z 2010 r. L 335, s. 36.

<sup>2</sup> Ibidem, s. 43.

stosowania art. 101 Traktatu do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych<sup>3</sup>. Celem przeglądu było zbadanie czy uregulowania te powinny ulec wygaśnięciu, czy powinno się przedłużyć okres ich obowiązywania, czy w końcu dokonać ich rewizji. Po przeprowadzonych publicznych konsultacjach<sup>4</sup> Komisja Europejska dnia 1 marca 2022 r. opublikowała projekty nowych rozporządzeń wyłączających dotyczących porozumień horyzontalnych wraz z wytycznymi<sup>5</sup>. Komisja wskazała, że zaproponowane projekty mają na celu dostosowanie obecnych przepisów do zmian gospodarczych i społecznych, które zaszły w ciągu ostatnich dziesięciu lat. Podkreślono, że współpraca horyzontalna może przynieść korzyści nie tylko gospodarcze, lecz także w zakresie zrównoważonego rozwoju, w tym wsparcie transformacji cyfrowej i ekologicznej<sup>6</sup>.

Zaproponowane przez Komisję Europejską projekty dotyczące horyzontalnych porozumień kooperacyjnych stanowią niejako ewolucję obecnie obowiązujących rozwiązań, które zostały uzupełnione oraz nieznacznie zmienione. Trudno w nich doszukiwać się całkowicie odmiennego podejścia do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych, jednak zaproponowano w nich kilka rozwiązań, które niewątpliwie wprowadzają nowe podejście Komisji Europejskiej do oceny wybranych porozumień. Celem mniejszego artykułu jest przeanalizowanie wybranych zmian w projektach rozporządzeń wyłączających oraz w wytycznych, które są rozwiązaniami całkiem nowymi, niemającymi odpowiednika w obecnych regulacjach.

## II. Porozumienia w sprawie zrównoważonego rozwoju

Zaproponowane przez Komisję Europejską wytyczne wprowadzają nową kategorię porozumień horyzontalnych, tj. porozumienia w sprawie zrównoważonego rozwoju. Cechą charakterystyczną tego typu porozumień jest to, że przyczyniają się do realizacji celów zrównoważonego rozwoju, który to stanowi jedną z podstawowych zasad Traktatu o Unii Europejskiej i jest priorytetowym celem polityki UE. Zrównoważony rozwój związany jest m.in. z ochroną środowiska (szerzej: Gronkiewicz-Waltz i Wierzbowski, 2020, s. 67), przeciwdziałaniem zmian klimatycznych czy też efektywnym wykorzystywaniem zasobów. Dotychczas porozumienia ograniczające konkurencję, których celem była ochrona środowiska były objęte wyłączeniem indywidualnym, chociaż nie wypracowano w tym zakresie praktyki orzeczniczej wskazującej, w jakich konkretnie przypadkach uzasadnione jest objęcie tego typu porozumień takim wyłączeniem (szerzej: Maziarz, 2020, s. 2–7).

Przez pojęcie „porozumienia w sprawie zrównoważonego rozwoju” wytyczne rozumieją, każdy rodzaj horyzontalnego porozumienia kooperacyjnego, które to ma celu realizację jednego z celów zrównoważonego rozwoju, niezależnie od formy współpracy. Wskazano, że tego typu porozumienia wejdą w zakres zakazu porozumień ograniczających konkurencję z art. 101 ust. 1 TFUE jedynie wtedy, kiedy ich celem lub skutkiem będą znaczące ograniczenia konkurencji, choć możliwe jest objęcie takiego porozumienia wyłączeniem indywidualnym z art. 101 ust. 3 TFUE. Oznacza to, że przyczynienie się do realizacji celów zrównoważonego rozwoju nie może przesądzać o zgodności porozumień z prawem konkurencji. Tym samym Komisja Europejska dokonała

<sup>3</sup> Dz. Urz. UE z 2011 r. C 11, s. 1.

<sup>4</sup> Komisja Europejska uzyskała uwagi do podjętych konsultacji pochodzące od 77 podmiotów (streszczenie zgłoszonych uwag znajduje się pod adresem: [https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2021-03/HBERS\\_consultation\\_summary.pdf](https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2021-03/HBERS_consultation_summary.pdf)) oraz od krajowych organów konkurencji (streszczenie zgłoszonych uwag znajduje się pod adresem: [https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2021-03/NCA\\_summary.pdf](https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2021-03/NCA_summary.pdf)).

<sup>5</sup> [https://competition-policy.ec.europa.eu/public-consultations/2022-hbers\\_en](https://competition-policy.ec.europa.eu/public-consultations/2022-hbers_en).

<sup>6</sup> [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_22\\_1371](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_1371).

hierarchizacji celów zrównoważonego rozwoju względem ochrony konkurencji. Cele zrównoważonego rozwoju nie są więc celami nadrzędnymi względem ochrony konkurencji, a ich realizacja przez przedsiębiorców musi więc pozostać w zgodzie z ochroną konkurencji.

Projekt wytycznych zawiera wskazówki, w jaki sposób należy dokonać oceny czy określone porozumienie w sprawie zrównoważonego rozwoju wchodzi w zakres art. 101 TFUE. Wskazano, że zakazu porozumień ograniczających konkurencję nie naruszają te porozumienia, które dotyczą wewnętrznych procedur korporacyjnych związanych np. z wprowadzeniem proekologicznych rozwiązań, a nie dotyczą działalności gospodarczej. Podobnie uznano, że porozumienia dotyczące utworzenia bazy danych obejmującej informacje o dostawcach, którzy oferują produkty lub usługi z uwzględnieniem celów zrównoważonego rozwoju nie wejść w zakres art. 101 ust. 1 TFUE, jeżeli nie będą nakładać na strony porozumienia obowiązku dokonywania zakupów lub sprzedaży takim dostawcom. W końcu porozumienia, których celem jest promocja działań związanych z celami zrównoważonego rozwoju poprzez organizowanie kampanii uświadamiających lub kampanii zwiększających świadomość klientów w kwestii śladu środowiskowego ich konsumpcji nie wejść również w zakres tego zakazu.

W przypadku zaś, gdy porozumienia w sprawie zrównoważonego rozwoju wejść w zakres art. 101 ust. 1 TFUE ich ocena powinna być dokonana zgodnie z określoną klasyfikacją takiego porozumienia kooperacyjnego dokonanego w wytycznych. A zatem w pierwszej kolejności przy ocenie porozumienia w sprawie zrównoważonego rozwoju powinno być przeanalizowane czy spełnia ono przesłanki wyłączenia grupowego dla określonego rodzaju porozumień kooperacyjnych. Pojawia się więc pytanie, jak należy dokonać oceny porozumienia, gdy cele zrównoważonego rozwoju stanowią główny jego przedmiot? Komisja Europejska wskazała, że w takiej sytuacji należy przedstawić wszystkie fakty i dowody wskazujące, że właśnie taki cel ma określone porozumienie i nie jest ono wykorzystywane do ukrycia ograniczenia ze względu na cel<sup>7</sup>.

Bardzo istotne z punktu widzenia oceny porozumień w sprawie zrównoważonego rozwoju są wskazówki dotyczące stosowania wyłączenia indywidualnego z art. 101 ust. 3 TFUE. W wytycznych odniesiono się do poszczególnych przesłanek stosowania tego przepisu. I tak pierwszy warunek zastosowania wyłączenia indywidualnego, tj. przyrost wydajności może być osiągnięty przez tego typu porozumienia poprzez wprowadzenie czystszych technologii produkcji lub dystrybucji, ograniczenia zanieczyszczenia środowiska czy też polepszenia jakości produktów lub usług. Wskazano, że tego typu przyrosty wydajności muszą być obiektywne konkretne i weryfikowalne, co zaś oznacza, iż nie może przedsiębiorstwo założyć jedynie ich potencjalnego wystąpienia.

Warunek niezbędności nakładanych ograniczeń będzie spełniony wówczas, gdy ograniczenia te są konieczne do osiągnięcia zadeklarowanych korzyści związanych z realizacją celów zrównoważonego rozwoju i jednocześnie cele te nie mogą być osiągnięte w inny sposób. Kolejna przesłanka stosowania wyłączenia indywidualnego zakłada, że słuszna część deklarowanego zysku wynikającego z porozumienia przypada konsumentom. W przypadku porozumienia w sprawie zrównoważonego rozwoju korzyści takie mogą polegać na poprawie jakości lub różnorodności produktów oraz spadku cen spowodowanym wzrostem wydajności. Warto mieć na uwadze, że Komisja Europejska wskazała, iż może tu chodzić o tzw. „indywidualne korzyści wynikające z wartości użytkowej”, które przyczyniają się do poprawy użytkowania określonego produktu.

<sup>7</sup> Pkt 560 projektu wytycznych w sprawie stosowania art. 101 Traktatu do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych; dalej: wytyczne.

Jako przykład może posłużyć prowadzenie uprawy warzyw z wykorzystaniem nawozów organicznych, które to mogą mieć lepsze walory smakowe oraz zdrowotne dla konsumentów. Korzyści dla konsumentów mogą także polegać na zmniejszeniu liczby opakowań stosowanych przez przedsiębiorstwa, co zaś prowadzi do obniżenia kosztów produkcji i tym samym ceny detalicznej produktu. Warto także zaznaczyć, że wytyczne rozróżniają „korzyści zbiorowe” dla konsumentów, które to mogą powstać poprzez zawarcie porozumienia o stopniowym odchodzeniu od technologii zanieczyszczających środowisko<sup>8</sup>. Taka interpretacja nawiązuje do praktyki decyzyjnej Komisji Europejskiej, która np. w sprawie *Philips-Osram* uznała, że zawarcie porozumienia joint venture przyczyni się do ograniczenia zanieczyszczenia środowiska<sup>9</sup>, natomiast w sprawie *EACEM* uznało, że porozumienie, którego celem jest opracowanie nowej technologii ograniczającej zużycie energii elektrycznej przyczyni się do zmniejszenia zanieczyszczenia środowiska<sup>10</sup>, co uzasadnia objęcie wyłączeniem indywidualnym.

Ostatnia przesłanka stosowania wyłączenia indywidualnego związana z brakiem eliminacji konkurencji w odniesieniu do znacznej części danych produktów będzie spełniona, jeżeli nadal na rynku pozostaje pewien poziom konkurencji. A zatem wyeliminowanie konkurencji nie nastąpi, jeżeli konkurenci przestaną stosować określoną technologię zanieczyszczającą środowisko, nadal zaś będą konkurować między sobą ceną czy jakością produktów.

### III. Porozumienia o wymianie informacji

Komisja Europejska zaproponowała również sposób oceny wymiany informacji pomiędzy przedsiębiorstwami. Za wymianę informacji uznano wymianę: a) surowych i uporządkowanych treści cyfrowych wymagających przetworzenia; b) wstępnie przetworzonych danych, które zostały uprzednio przygotowane i zatwierdzone; c) danych, przedstawiających istotne informacje, które zostały celowo zmanipulowane; d) wszelkich innych rodzajów informacji, w tym innych niż cyfrowe.

Komisja Europejska wskazała, że wymiana tego typu informacji może odbywać się zarówno na podstawie porozumienia zawartego pomiędzy konkurentami, jak i może być częścią innego rodzaju horyzontalnego porozumienia korporacyjnego. Dostrzeżono korzyści wynikające z wymiany informacji pomiędzy przedsiębiorcami w postaci eliminacji asymetrii informacji, co zaś pozwala na zwiększenie wydajności czy też porównywanie wyników osiąganych przez przedsiębiorstwa. Niemniej jednak nadal wymiana informacji może mieć, zdaniem Komisji Europejskiej, negatywne skutki dla konkurencji. Przy czym największe zagrożenie dla konkurencji może stwarzać wymiana szczególnie chronionych informacji handlowych. Jeżeli tego typu informacje są objęte porozumieniem horyzontalnym, wymagane będzie ustalenie czy wymiana taka może prowadzić do zmywy. Stąd w zakres zakazu porozumień ograniczających konkurencję wejdą takie porozumienia, które poprzez wymianę informacji stworzą warunki konkurencji nieodpowiadające normalnym warunkom panującym na danym rynku właściwym. Może to nastąpić, gdy wymiana szczególnie chronionych informacji handlowych spowoduje zwiększenie przejrzystości między konkurentami na rynku i tym samym ułatwi koordynację zachowań przedsiębiorców. Komisja Europejska wskazała, że wymiana szczególnie chronionych informacji handlowych może być również sposobem na zwiększenie

<sup>8</sup> Wytyczne, pkt 601.

<sup>9</sup> Dec. Komisji Europejskiej IV/34.252 – *Philips-Osram*, CELEX: 31994D0986.

<sup>10</sup> Komisja Europejska, XXVIII Raport o polityce konkurencji, Bruksela 1998.

wewnętrznej stabilności antykonkurencyjnego porozumienia. Dzięki wymianie takich informacji, możliwe jest monitorowanie czy strony zakazanego porozumienia przestrzegają jego postanowień, co ułatwia wychwycenie tych przedsiębiorstw, które odeszły od zмовы i zastosowanie środków odwetowych. Ponadto dzięki wymianie informacji prowadzącej do zwiększenia przejrzystości rynku, przedsiębiorstwa będące w zмовы mogą monitorować próby wejścia na rynek swoich konkurentów nieobjętych takim porozumieniem. W końcu wymiana szczególnie chronionych informacji handlowych może doprowadzić do antykonkurencyjnego zamknięcia dostępu do rynku dla tych przedsiębiorstw, które nie uczestniczą w wymianie informacji, gdy mają one strategiczne znaczenie, a wymiana ta obejmuje znaczną część rynku właściwego. W doktrynie przyjmuje się, że im większa część rynku objęta jest wymianą informacji, tym większe jest prawdopodobieństwo wystąpienia antykonkurencyjnych skutków (Camesasca i Schmidt, 2011, s. 229). Wydaje się więc, że zbyt mało miejsca poświęcono wymianie informacji właśnie w sytuacji, gdy obejmuje ona znaczną część określonego rynku.

Warto podkreślić, że wymiana informacji nie musi przynosić wymiernych korzyści dla przedsiębiorstw. Wystarczające jest, że skutkiem wymiany informacji będzie ograniczenie niepewności co do przyszłych lub obecnych zachowań konkurentów. A zatem w zakres zakazu porozumień ograniczających konkurencję wejdą te porozumienia o wymianie informacji, których celem lub skutkiem jest zachowanie status quo na rynku.

Natomiast zagrożeniem dla konkurencji nie jest wymiana informacji jawnych, tj. takich które są równie dostępne dla wszystkich konkurentów i klientów. Komisji Europejskiej chodziło tu więc o wymianę informacji, które są dostępne w domenie publicznej i nie wymagają od przedsiębiorstw wydania znacznych nakładów na zebranie takich informacji. Natomiast gromadzenie informacji na rynku poprzez zbieranie ich od klientów nie będzie zawsze oznaczało, że są to dane łatwo dostępne dla konkurentów<sup>11</sup>. Ponadto w wytycznych odniesiono się do charakteru przekazywanych informacji. Wskazano, że przekazywanie nieprzetworzonych informacji handlowych, w zależności od okoliczności, jest w mniejszym stopniu związane ze szczególnie chronionymi informacjami handlowymi<sup>12</sup>. Wymiana zagregowanych informacji będzie stanowiła potencjalne zagrożenie dla konkurencji w przypadku, gdy odbywa się między stosunkowo małą liczbą przedsiębiorstw posiadających duże udziały rynkowe. W przypadku gdy wymieniane są zindywidualizowane informacje, może pojawić się zagrożenie w postaci łatwiejszej identyfikacji przez przedsiębiorstwa uczestniczące w zмовы takiego uczestnika, który odstępuje od uzgodnionych antykonkurencyjnych zachowań.

Komisja Europejska wskazała również, że zagrożenie dla konkurencji mogą stanowić jednostronne ujawnienia szczególnie chronionych informacji handlowych konkurentom. Tego typu praktyki mogą stanowić w istocie praktykę uzgodnioną<sup>13</sup> i nie ma znaczenia czy ujawnienie takich informacji zostało dokonane tylko przez jedno przedsiębiorstwo, czy też wszystkie przedsiębiorstwa poinformowały się wzajemnie o swoich planach rynkowych. W takiej sytuacji też może dojść do zamiaru utrzymania przez konkurentów *status quo* właśnie poprzez eliminację niepewności co do przyszłych zachowań konkurentów<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> Wyr. TS z 12.07.2001 r., T-202/98, T-204/98 i T-207/98 *Tate & Lyle i in. przeciwko Komisji* (EU:T:2001:185), pkt 60.

<sup>12</sup> Wytyczne, pkt 428 i nast.

<sup>13</sup> Wyr. TS z 15.03.2000 r., T-25/95 i *inne Cimenteries CBR/Komisja* (EU:T:2000:77), pkt 1849.

<sup>14</sup> Opinia Rzecznik Generalnej Kokott z 19.02.2009 r., C-8/08 *T-Mobile Netherlands i in.* (EU:C:2009:110), pkt 54.

Wytyczne zawierają także ważne wskazówki dotyczące oceny wymiany informacji w kontekście przesłanek wyłączenia indywidualnego z art. 101 ust. 3 TFUE. I tak wskazano np., że wymiana informacji może przyczynić się do odporności rynku poprzez szybsze reagowanie na zmiany popytu i podaży czy też na zakłócenia łańcuch dostaw. Podano, że wymiana informacji będzie niezbędna, jeżeli charakter przekazywanych informacji i kontekst, w jakim odbywa się wymiana, nie stwarzają żądanych ograniczeń dla konkurencji. Oczywiście ograniczenia, które wykraczają poza to, co jest niezbędne do osiągnięcia wzrostu wydajności nie spełniają przesłanki wyłączenia indywidualnego. Przedsiębiorstwa muszą więc wykazać, że zarówno charakter informacji, jak i kontekst ich wymiany nie stwarza żadnych zagrożeń dla konkurencji<sup>15</sup>.

#### IV. Porozumienia o wspólnych zakupach

Komisja Europejska zaproponowała także zmiany dotyczące oceny porozumień dotyczących wspólnych zakupów dokonywanych przez kilka przedsiębiorstw. Tego typu porozumienia mogą obejmować łączenie faktycznych zakupów dokonywanych przez strony porozumienia, wspólne negocjowanie cen zakupu lub innych warunków, pozostawiając dokonywanie faktycznych zakupów w gestii poszczególnych stron porozumienia, czy też prowadzenie wspólnej dystrybucji, kontroli jakości i magazynowania. Dzięki porozumieniu o wspólnych zakupach przedsiębiorcy mogą stworzyć taką siłę nabywczą, jakiej nie osiągnęliby, działając osobno. Dzięki tej sile nabywczej mogą wynegocjować z partnerem handlowym np. lepsze warunki cenowe, co może przełożyć się na niższe ceny produktów dla konsumentów<sup>16</sup>.

Wytyczne wskazują, że zwykle porozumienia o wspólnych zakupach nie stanowią ograniczenia konkurencji, jeżeli ich celem jest jedynie uzgodnienie warunków handlowych dotyczących wspólnego nabycia produktów. Natomiast zagrożeniem dla konkurencji będą tzw. kartele nabywców, których celem jest przede wszystkim ograniczenie konkurencji<sup>17</sup>. Wspomniane kartele polegają na koordynowaniu zachowań konkurencyjnych na rynku lub stosowaniu praktyk polegających na ustalaniu lub koordynowaniu cen zakupów lub innych warunków handlowych. Ponadto kartele nabywców mogą polegać na podejmowaniu takich praktyk, które wpływają na indywidualne negocjacje z dostawcami poprzez koordynację strategii negocjacji cenowych lub wymianę informacji o prowadzonych negocjacjach.

Komisja Europejska wskazała, że porozumienia o wspólnych zakupach należy analizować pod kątem ich faktycznego i prawdopodobnego wpływu na konkurencję w ich kontekście prawnym i gospodarczym<sup>18</sup>. Takie stwierdzenie nawiązuje do szeroko rozpowszechnionego w orzecznictwie poglądu o badaniu porozumień ograniczających konkurencję z uwzględnieniem kontekstu prawnego i ekonomicznego, w którym porozumienie zostało zrealizowane<sup>19</sup>. Niemniej jednak zagrożenie dla konkurencji będzie mniej prawdopodobne, jeżeli strony porozumienia o wspólnych zakupach nie będą miały władzy rynkowej na rynku zbytu<sup>20</sup>. W wytycznych wskazano również, w jaki sposób można ustalić czy posiadana przez strony porozumienia o wspólnych zakupach władza rynkowa

<sup>15</sup> Wytyczne, pkt 457–459.

<sup>16</sup> Ibidem, pkt 312 i 313.

<sup>17</sup> Wyr. TS z 7.11.2019 r., *T-240/17 Campine* (ECLI:EU:T:2019:778), pkt 297.

<sup>18</sup> Wytyczne, pkt 323.

<sup>19</sup> Wyr. TS z 30.06.1966 r., 56/65 LTM (EU:C:1966:38), pkt. 250 oraz wyr. TS z 15.12.1994 r., C250/92 DLG (EU:C:1994:413), pkt 32.

<sup>20</sup> Wytyczne, pkt 325.

umożliwia im taki wpływ na rynek, który wejdzie w zakres zakazu z art. 101 ust. 1 TFUE. Komisja Europejska podała, że wskaźnikiem decydującym o posiadaniu władzy rynkowej jest udział w rynku. I tak, jeżeli strony porozumienia o wspólnych zakupach posiadają łączny udział w rynku lub rynkach zakupu przekraczający 15% oraz łączny udział w rynku lub rynkach zbytu przekraczający 15%, może to świadczyć o posiadaniu właśnie takiej siły rynkowej. Jednakże przekroczenie 15% udziału w rynku nie świadczy automatycznie o wywoływaniu przez porozumienie antykonkurencyjnych skutków. Komisja Europejska wskazuje, że w takim przypadku należy dokonać szczegółowej oceny skutków porozumienia. Natomiast w przypadku, gdy łączne udziały nie przekraczają 15% istnieje prawdopodobieństwo, że porozumienie o wspólnych zakupach spełnia przesłanki wyłączenia indywidualnego z art. 101 ust. 3 TFUE<sup>21</sup>. W pewnym sensie wytyczne wprowadzają rozwiązanie podobne do obowiązujących w rozporządzeniach o włączeniach grupowych „bezpieczną przystań” (*safe harbour*). W przypadku, gdy porozumienie nie przekracza określonych przez prawodawcę progów uznawane jest za prokonkurencyjne, natomiast, jeżeli progi te zostaną przekroczone porozumienie nie jest automatycznie uznawane za wchodzące w zakres art. 101 ust. 1 TFUE i może ono zostać objęte wyłączeniem indywidualnym z art. 101 ust. 3 TFUE.

Wśród zagrożeń dla konkurencji, które mogą powstać w wyniku zawarcia porozumienia o wspólnych zakupach Komisja Europejska wymienia ryzyko powstania zмовy, w sytuacji, gdy porozumienie takie ułatwia koordynację zachowań stron na rynku zbytu, na którym są one faktycznymi lub potencjalnymi konkurentami. Może to mieć szczególnie miejsce w przypadku, gdy rynek jest skoncentrowany i cechuje się znaczną przejrzystością. Ułatwienie koordynacji zachowań rynkowych może także być skutkiem porozumienia o wspólnych zakupach, jeżeli w ramach takiego porozumienia następuje wymiana szczególnie chronionych informacji handlowych. Wymiana informacji między przedsiębiorstwami o cenach czy wielkościach zakupów może doprowadzić do koordynacji cen sprzedaży oraz wielkości produkcji i tym samym sprzyjać zмовie na rynkach zbytu<sup>22</sup>.

Wskazano również jak należy interpretować przesłanki wyłączenia indywidualnego w odniesieniu do porozumień o wspólnych zakupach. Tego typu porozumienia mogą powodować wzrost wydajności poprzez oszczędność kosztów uzyskiwaną poprzez niższe ceny nabycia, zmniejszone koszty transakcji, transportu czy przechowywania. Ponadto skutkiem takich porozumień może być poprawa wydajności jakościowej. Komisja Europejska uznała, że porozumienia o wspólnych zakupach mogą być niezbędne do osiągnięcia stopnia siły nabywczej lub wielkości zakupów w celu osiągnięcia ww. przyrostów wydajności. W końcu porozumienia te, poprzez obniżenie kosztów, powinny zapewnić konsumentom niższe ceny<sup>23</sup>.

## V. Porozumienia o specjalizacji jednostronnej

Dotychczas obowiązujące rozporządzenie wyłączające odnosiło się do porozumień specjalizacyjnych zawartych przez dwie strony. W wytycznych zaproponowano całkowicie nowe podejście, w którym zaprezentowano nową kategorię porozumień o specjalizacji jednostronnej. Zgodnie z definicją ujętą w art. 1 ust. 1 lit. a projektu rozporządzenia w sprawie stosowania art. 101 ust. 3

<sup>21</sup> Ibidem, pkt 329.

<sup>22</sup> Ibidem, pkt 341.

<sup>23</sup> Ibidem, pkt 345–347.

Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do niektórych kategorii porozumień specjalizacyjnych za porozumienia o specjalizacji jednostronnej należy uznać porozumienie pomiędzy dwiema lub więcej stronami działającymi na tym samym rynku produktowym, na mocy którego strona lub strony zgadzają się całkowicie lub częściowo zaprzestać produkcji niektórych produktów albo powstrzymać się od produkcji i jednocześnie nabywać je od drugiej lub pozostałych stron, które zgadzają się te produkty produkować i dostarczać. Komisja Europejska wskazała, że w odniesieniu do takich porozumień nie jest wymagane prowadzenie przez strony działalności na tym samym rynku geograficznym czy zmniejszenie mocy produkcyjnych. Wystarczające jest zmniejszenie wielkości produkcji<sup>24</sup>.

Projekt rozporządzenia, wzorem obecnie obowiązujących rozwiązań, utrzymuje wyłączenie grupowe dla porozumień specjalizacyjnych, które uzależnione jest od progów udziałów w rynku stron porozumienia. W rozporządzeniu przewidziano także listę czarnych klauzul, których obecność w porozumieniu powoduje brak możliwości objęcia takiego porozumienia wyłączeniem grupowym. Wśród czarnych klauzul wymieniono ograniczenie produkcji lub sprzedaży z wyjątkiem postanowień dotyczących uzgodnionej ilości produktów występujących w porozumieniach o specjalizacji jednostronnej. W wytycznych Komisja Europejska wskazała, że chodzi tu zarówno o postanowienia, na podstawie których strona lub strony zamierzają zaprzestać produkcji, jak i o postanowienia, na podstawie których strona lub strony produkowałyby dla drugiej strony lub pozostałych stron<sup>25</sup>.

## VI. Porozumienia konsorcjów

W wytycznych Komisja Europejska zaproponowała całkowicie nowe podejście do oceny tych zachowań, które polegają na składaniu wspólnej oferty w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego lub prywatnego. Dotychczas problematyka ta związana była ze zwalczaniem zmów przetargowych, tj. takich porozumień, których celem jest manipulowanie wynikiem zamówień poprzez ustalenie swoich ofert i podniesienie w ten sposób ceny oraz obniżenie jakości oferowanych przez siebie towarów lub usług<sup>26</sup>. Zmowa przetargowa jest więc formą kartelu zakazaną przez art. 101 ust. 1 TFUE<sup>27</sup>. Aby odróżnić konsorcja składające ofertę od zmów przetargowych, należy wskazać, że te ostatnie nie wiążą się ze wspólnym uczestnictwem w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zmowy przetargowe ograniczają się więc zwykle do ustalenia anykonkurencyjnych zachowań w tego typu postępowaniu. Powodują podniesienie cen, obniżenie jakości i wyrządzają szkodę organizatorowi przetargu (Czerwiński, 2020, s. 290).

Zdaniem Komisji Europejskiej porozumienia konsorcjów, które wspólnie składają ofertę co do zasady nie ograniczają konkurencji, jeżeli w taki sposób umożliwiają ich stronom udział w projektach, których nie byłyby się w stanie podjąć indywidualnie. Będzie to miało miejsce w sytuacji, gdy strony takich porozumień nie są potencjalnymi konkurentami w realizacji projektu. Może to mieć miejsce szczególnie w sytuacji, gdy strony porozumień świadczą usługi komplementarne względem celów udziału w postępowaniu<sup>28</sup>.

<sup>24</sup> Ibidem, pkt 256.

<sup>25</sup> Ibidem, pkt 283.

<sup>26</sup> OECD, Competition Policy in Eastern Europe and Central Asia, Focus on Bid Rigging in Public Procurement. Pozyskano z: <https://oecdgvh.hu/pfile/file?path=/contents/about/newsletters/focus-on-bid-rigging-in-public-procurement---competition-policy-in-eastern-europe-and-central-asia&inline=true>, s. 8.

<sup>27</sup> Wyr. TS z 14.01.2021 r., C-450/19 *Kilpailu- ja kuluttajavirasto* (EU:C:2021:10), pkt 35.

<sup>28</sup> Wytyczne, pkt 391.



Oceniając czy porozumienie konsorcjum zawarte pomiędzy konkurentami może zostać objęte wyłączeniem indywidualnym, Komisja Europejska wskazała, że wymaga to wzięcia pod uwagę wielu elementów, tj. pozycji stron porozumienia na rynku właściwym, liczby i pozycji rynkowej pozostałych uczestników postępowania o udzielenie zamówienia, postanowień zawartych w porozumieniu konsorcjum, produktów lub usług objętych porozumieniem oraz warunków panujących na rynku. Przesłanka przyrostu wydajności wystąpi w postaci zaoferowania przez strony porozumienia niższych cen lub lepszej jakości oferty. Wskazano, że warunki wyłączenia z art. 101 ust. 3 TFUE mogą być spełnione w przypadku, gdy strony porozumienia mogą złożyć ofertę bardziej konkurencyjną, niż gdyby doszło do złożenia takiej oferty osobno przez każde z przedsiębiorstw. Komisja Europejska zastrzegła, że przyrost wydajności nie może przynosić korzyści tylko stronom takiego porozumienia lecz musi zostać przeniesiony na konsumentów<sup>29</sup>.

## VII. Podsumowanie

Projekty rozporządzeń wyłączających dotyczące horyzontalnych porozumień kooperacyjnych stanowią ewolucję obecnych uregulowań. Takie rozwiązanie należy ocenić pozytywnie, ponieważ obowiązujące rozporządzenia wyłączające nie zostały ocenione w trakcie konsultacji publicznych jako wymagające gruntowych zmian, lecz udoskonalenia i dostosowania do nowych warunków gospodarczych. Zaproponowano jednak kilka zasadniczych zmian, spośród których chyba najważniejszym jest wprowadzenie nowego rodzaju porozumień – tj. porozumień w sprawie zrównoważonego rozwoju, które objęte mają być wyłączeniem grupowym. Stanowi to odpowiedź na wyznaczone cele polityki UE w zakresie ochrony środowiska oraz klimatu. Zaproponowana w wytycznych interpretacja stosowania wyłączenia spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję względem porozumień o zrównoważonym rozwoju jest niewątpliwie przełomowa. O ile w praktyce decyzyjnej Komisji Europejskiej czy TSUE można znaleźć przykłady, w których uznano, że określone porozumienie objęte jest wyłączeniem także z tego powodu, że przyczynia się do ochrony środowiska, o tyle w większości przypadków przyczynienie się do ochrony środowiska nie było zasadniczym czynnikiem, który decydował o spełnieniu przesłanek wyłączenia. Można więc uznać, że dotychczas cele związane z ochroną środowiska były niejako na drugim planie, a przy stosowaniu wyłączenia zasadnicze znaczenie miało ustalenie typowego wzrostu wydajności. To podejście całkowicie się zmieniło, ponieważ właśnie wytyczne wskazują na cele zrównoważonego rozwoju jako te wpisujące się we wzrost wydajności. Doszło więc niejako do reinterpretacji przesłanek z art. 101 ust. 3 TFUE właśnie poprzez uwzględnienie celów zrównoważonego rozwoju jako pozytywnych przesłanek zastosowania wyłączenia.

Pozytywnie należy także ocenić proponowanie rozwiązania dotyczące porozumień o wymianie informacji. Komisja Europejska w wytycznych zaproponowała ocenę tych porozumień, które obejmują wymianę szczególnie chronionych informacji handlowych. To właśnie ten rodzaj informacji przekazywanych sobie nawzajem przez przedsiębiorców może powodować największe problemy dla konkurencji, sprzyja bowiem osiągnięciu transparentności określonego rynku i eliminuje niepewność co do przyszłych zachowań konkurentów. Dostrzegając te zagrożenia, Komisja

<sup>29</sup> Pkt. 395–397 wytycznych.

Europejska rozwinęła obecne przepisy i wskazała w wytycznych, w jakich sytuacjach wymiana tego typu informacji będzie naruszeniem konkurencji.

Komisja Europejska wprowadziła w wytycznych wskazówki pozwalające na rozróżnienie pomiędzy porozumieniami o wspólnych zakupach od karteli nabywców, ponieważ te kategorie porozumień często były mylone z uwagi na podobną konstrukcję. Wskazano, że porozumienia o wspólnych zakupach należy oceniać biorąc pod uwagę zarówno prawny i ekonomiczny kontekst takiego porozumienia, jak i siłę rynkową jego stron. Podobnie uzupełniono obecne wytyczne, wprowadzając nową kategorię porozumień specjalizacyjnych, tj. porozumienia o specjalizacji jednostronnej oraz wyjaśniono, w jaki sposób odróżnić mogące skorzystać z wyłączenia porozumienia konsorcjów od zakazanych zmów przetargowych.

## Bibliografia

- Camesasca, P. i Schmidt, A. (2011). New EC Horizontal Guidelines: Providing Helpful Guidance in the Highly Diverse and Complex Field of Competitor Cooperation and Information Exchanges. *Journal of European Competition Law & Practice*, (2).
- Czerwiński, M. (2020). *Grupa wykonawców w prawie zamówień publicznych*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Gronkiewicz-Waltz, H. i Wierzbowski, M. (red.). (2020). *Prawo Gospodarcze. Aspekty publicznoprawne*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Maziarz, A. (2020). Unijne reguły konkurencji i ochrona środowiska. *Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego*, (1).

## Aktualne podejście Komisji do ograniczeń wertykalnych w świetle rozporządzenia 2022/720 i towarzyszących mu wytycznych

### Spis treści

- I. Wprowadzenie
- II. Przesłanki zastosowania rozporządzenia i jego struktura
- III. Najistotniejsze zmiany w podejściu Komisji do ograniczeń wertykalnych
  1. Systemy podwójnej dystrybucji (*dual distribution*)
  2. Redefiniowana dystrybucja wyłączna
  3. Dystrybucja w kanale on-line
  4. Podmioty świadczące usługi pośrednictwa internetowego
- IV. Pozostałe zagadnienia
- V. Podsumowanie

### Streszczenie

Umowy zawierane pomiędzy przedsiębiorcami działającymi na różnych szczeblach obrotu w celu dystrybucji towarów lub usług stanowią jedne z najczęściej występujących w obrocie gospodarczym porozumień. Powszechność tego typu umów wyjaśnia, dlaczego ocena na gruncie przepisów prawa konkurencji niektórych klauzul zawartych w umowach wertykalnych ma szczególnie istotne znaczenie dla praktyki obrotu gospodarczego. Skala, na jaką zawierane są umowy dystrybucyjne, była jednym z powodów, dla których już w 1965 r. do unijnego prawa konkurencji wprowadzone zostało wyłączenie niektórych rodzajów umów dystrybucyjnych spod zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję. Podejście do oceny tego typu porozumień znacząco ewoluowało na przestrzeni lat i obecnie odzwierciedlone jest w rozporządzeniu Komisji Europejskiej 2022/720. Niniejszy artykuł przedstawia aktualne podejście Komisji Europejskiej do antymonopolowej oceny porozumień wertykalnych poprzez porównanie rozwiązań przyjętych w rozporządzeniu 2022/720 z poprzedzającym go rozporządzeniem 330/2010, które przestało obowiązywać 31 maja 2022 roku. Pomimo że artykuł koncentruje się na przepisach prawa unijnego, przedstawiona w nim ocena, w tym uwagi krytyczne odnośnie do aktualnego podejścia Komisji Europejskiej znajdują zastosowanie również do krajowych regulacji dotyczących antymonopolowej oceny porozumień wertykalnych. Nowe, krajowe przepisy prawa konkurencji dedykowane antymonopolowej ocenie porozumień dystrybucyjnych niemal w całości powielają rozwiązania unijne zarówno te, które z punktu widzenia dostawców i dystrybutorów należy ocenić pozytywnie, jak i te, które mogą budzić wątpliwości.

\* Doktor nauk prawnych (INP PAN); radca prawny; partner w kancelarii Domański, Zakrzewski Palinka. ORCID: 0000-0002-3945-2392; e-mail: jaroslaw.lukawski@dzp.pl.

Edition of that article was financed under Agreement Nr RCN/SP/0326/2021/1 with funds from the Ministry of Education and Science, allocated to the "Rozwoj czasopism naukowych" programme.

**Słowa kluczowe:** konkurencja; dystrybucja; sprzedaż on-line; e-commerce; porozumienia wertykalne; Komisja Europejska.

**JEL:** K21, L42

## I. Wprowadzenie

Na początku maja 2022 r. Komisja Europejska przyjęła rozporządzenie (UE) 2022/720 w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych<sup>1</sup> (dalej: rozporządzenie) oraz towarzyszące mu Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych<sup>2</sup> (dalej: wytyczne). Dokumenty te zastąpiły obowiązujące dotychczas rozporządzenie Komisji z dnia 20 kwietnia 2010 r. nr 330/10 w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych<sup>3</sup> (dalej: rozporządzenie 330/2010) oraz opublikowane również w 2010 r. Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych<sup>4</sup> (dalej: wytyczne 2010).

Postanowienia rozporządzenia oraz wytycznych są zwieńczeniem rozpoczętego już w październiku 2018 r. procesu legislacyjnego, w ramach którego Komisja dokonała przeglądu obowiązujących wówczas przepisów oraz przeprowadziła szeroko zakrojone konsultacje co do proponowanych rozwiązań prawnych w zakresie reguł prawa konkurencji stosowanych do porozumień wertykalnych<sup>5</sup>. Celem tak długotrwałego procesu legislacyjnego było przede wszystkim dostosowanie nowych przepisów do istniejącego otoczenia rynkowego odzwierciedlającego wzrost znaczenia sprzedaży na platformach on-line, a także zwiększenie pewności prawnej przedsiębiorców co do zgodności z prawem konkurencji zawieranych przez nich porozumień dystrybucyjnych<sup>6</sup>. Nie bez znaczenia pozostawała także potrzeba dostosowania nowych przepisów do orzecznictwa sądów unijnych wydanego na gruncie rozporządzenia 330/2010, a także ujednoczenia wykładni unijnych przepisów prawa konkurencji przez sądy oraz krajowe organy antymonopolowe (Mavroghenis i Kolotourou, 2022, s. 55).

Rozporządzenie (analogicznie do rozporządzenia 330/2010) przewiduje wyłączenie stosowania zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję przewidzianego w art. 101 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE) do porozumień lub uzgodnionych praktyk dotyczących warunków zakupu, sprzedaży lub odsprzedaży niektórych towarów lub usług, których strony działają na różnych szczeblach obrotu w zakresie produkcji lub dystrybucji. Praktyczne zastosowanie powyższego wyłączenia oznacza, że strony porozumienia, do którego ma zastosowanie rozporządzenie, nie muszą dokonywać indywidualnej oceny przyjętych warunków współpracy pod kątem zakazu przewidzianego w art. 101 ust. 1 TFUE. W takim przypadku porozumienie uznawane jest „automatycznie” za nieszkodzące konkurencji w stopniu uzasadniającym interwencję organu antymonopolowego (tzw. bezpieczna przystań). Mechanizm działającego w ten sposób

<sup>1</sup> Dz. Urz. UE z dnia 11.05.2022 nr L 134, s. 4.

<sup>2</sup> Dz. Urz. UE z dnia 30.06.2022 nr C 248, s. 1.

<sup>3</sup> Dz. Urz. UE z dnia 23.04.2010 nr L 102, s. 1.

<sup>4</sup> Dz. Urz. UE z dnia 19.05.2010 nr C 130, s. 1.

<sup>5</sup> Zob. [https://competition-policy.ec.europa.eu/public-consultations/2018-vber\\_en](https://competition-policy.ec.europa.eu/public-consultations/2018-vber_en).

<sup>6</sup> Zob. Dokument Roboczy Służb Komisji, Streszczenie oceny rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych stosowanych do porozumień wertykalnych, Bruksela 8 września 2020, s. 3. Pozyskano z: [https://competition-policy.ec.europa.eu/public-consultations/2018-vber\\_en](https://competition-policy.ec.europa.eu/public-consultations/2018-vber_en).

wyłaczenia spod art. 101 ust. 1 TFUE ma strategiczne znaczenie zarówno dla przedsiębiorców, którym zapewnia pewność prawną oraz oszczędność kosztów, jak i dla organów konkurencji, które zwolnione są z konieczności prowadzenia indywidualnej oceny antymonopolowej najczęściej stosowanych w obrocie handlowym umów.

Rozporządzenie weszło w życie w dniu 1 czerwca 2022 r. i będzie obowiązywać przez okres 12 lat. Postanowienia art. 10 rozporządzenia ustanawiają natomiast okres przejściowy dla porozumień wertykalnych, które w chwili wejścia w życie rozporządzenia kwalifikowały się do wyłączenia spod zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję na podstawie rozporządzenia 330/2020, ale utraciły ten przywilej na gruncie nowych przepisów. Porozumienia te będą korzystać z wyłączenia spod zakazu przewidzianego w art. 101 ust. 1 TFUE do dnia 31 maja 2023 roku. Dalsze korzystanie z tego wyłączenia wymagać będzie dostosowania tych porozumień do nowych reguł najpóźniej we wskazanym powyżej terminie<sup>7</sup>.

Niniejszy artykuł podsumowuje najważniejsze zmiany w podejściu Komisji do oceny porozumień wertykalnych odzwierciedlone w rozporządzeniu oraz w wytycznych. Omówione w publikacji zagadnienia będą jednak mieć zastosowanie do krajowych przepisów dotyczących porozumień wertykalnych, które po dniu 31 maja 2023 r. zastąpiły rozporządzenie w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję<sup>8</sup>. Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 22 maja 2023 r. obowiązujące od dnia 1 czerwca 2023 r.<sup>9</sup> powiela, co do zasady, postanowienia przyjęte na gruncie prawa unijnego. Zgłaszane na etapie procesu legislacyjnego uwagi zostały natomiast w znakomitej części odrzucone<sup>10</sup>.

## II. Przesłanki zastosowania rozporządzenia i jego struktura

Zgodnie z art. 3 w zw. z art. 2 rozporządzenia, porozumienie wertykalne skorzysta z wyłączenia spod zakazu przewidzianego w art. 101 TFUE, jeżeli udział dostawcy nie przekracza 30% w rynku właściwym, na którym sprzedaje on towary lub usługi objęte porozumieniem, a udział nabywcy nie przekracza 30% w rynku właściwym, na którym nabywa on produkty lub usługi objęte porozumieniem<sup>11</sup>. W tym zakresie rozporządzenie powiela rozwiązanie przyjęte w poprzedniej regulacji. Utrzymanie na poziomie 30% progu udziałów rynkowych uzależniającego zastosowanie rozporządzenia zostało też pozytywnie ocenione przez większą część uczestników konsultacji publicznych. Proces oceny rozporządzenia 330/2010 wskazał jednak, że zastosowanie udziału w rynku właściwym jako kryterium wyłączenia spod zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję nie jest rozwiązaniem wolnym od wad. Wśród podnoszonych mankamentów takiego rozwiązania powoływano się na brak pewności prawnej po stronie przedsiębiorców, co

<sup>7</sup> Jakkolwiek okres dwunastu miesięcy na dostosowanie istniejących umów do nowego otoczenia prawnego wydaje się być wystarczająco długi, w praktyce może okazać się, że przedsiębiorcy mogą napotkać problemy, aby zdążyć ze zmianami do dnia 31 maja 2023 roku. Kluczowym, z punktu widzenia zastosowania wyłączenia, jest bowiem udział stron w rynku właściwym, którego zasady wyznaczania ulegną w najbliższym czasie zmianom w związku z prowadzonymi obecnie przez Komisję pracami nad nowym Zawiadomieniem w sprawie definicji rynku właściwego do celów unijnego prawa konkurencji. Zob. [https://competition-policy.ec.europa.eu/public-consultations/2022-market-definition-notice\\_en](https://competition-policy.ec.europa.eu/public-consultations/2022-market-definition-notice_en).

<sup>8</sup> Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 30 marca 2011 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (tj. Dz. U. 2014 poz. 1012).

<sup>9</sup> Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 22 maja 2023 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (Dz. U. 2023 poz. 1033).

<sup>10</sup> Zob. uwagi do projektu rozporządzenia zgłoszone przez Stowarzyszenie Prawa Konkurencji oraz zajęte wobec nich stanowisko projektodawcy dostępne na <https://legislacja.rol.gov.pl/projekt/12371054/katalog/12962330#12962330>.

<sup>11</sup> Zgodnie z art. 1 pkt 2 rozporządzenia przy szacowaniu udziału rynkowego, odpowiednio dostawcy oraz dystrybutora, należy także uwzględnić udziały rynkowe ich przedsiębiorstw powiązanych, które – w pewnym uproszczeniu – stanowią przedsiębiorcy kontrolowani (wspólnie lub wyłącznie) przez dostawcę albo dystrybutora oraz przedsiębiorcy ich kontrolujący (wspólnie lub wyłącznie).

do prawidłowości przyjętej definicji rynku właściwego, w szczególności w kontekście rozbieżnych definicji rynków właściwych przyjmowanych w praktyce orzeczniczej Komisji oraz krajowych organów konkurencji<sup>12</sup>.

Drugim warunkiem skorzystania z wyłączenia przewidzianego w rozporządzeniu jest brak w porozumieniu wertykalnym tzw. czarnych klauzul, czyli uzgodnień, które traktowane są jako najpoważniejsze ograniczenia konkurencji (*hardcore restrictions*), a ich zastosowanie pozbawia możliwości wyłączenia spod zakazu z art. 101 ust 1 TFUE całe porozumienie wertykalne. Tak jak w przypadku rozporządzenia 330/2010, nowe przepisy przewidują w art. 4 zamkniętą listę czarnych klauzul. Sama struktura powyższego przepisu uległa natomiast znaczącej modyfikacji. Postanowienia art. 4 rozporządzenia przewidują odrębne listy czarnych klauzul dla trzech wyróżnionych w tym przepisie systemów dystrybucji, tj. wyłącznej, selektywnej oraz pozostałych systemów dystrybucyjnych (nie będących dystrybucją wyłączną ani selektywną), a także w odniesieniu do uzgodnień dotyczących działalności w kanale on-line. Wydaje się, że zabieg ten ma na celu zwiększenie przejrzystości art. 4 w stosunku do jego odpowiednika w rozporządzeniu 330/2010, którego interpretacja przysparzała wielu trudności (Wijckmans i Tuytschaever, 2011, s. 148). Mankamentem art. 4 rozporządzenia jest natomiast całkowity brak odniesienia się w powyższym przepisie do popularnego systemu dystrybucyjnego, jakim jest franczyza. Nie oznacza to jednak, że możliwość skorzystania z wyłączenia przewidzianego rozporządzeniem przez umowy franczyzowe powinna być dokonywana według zasad przyjętych w art. 4 rozporządzenia dla pozostałych systemów dystrybucji, tj. systemów innych niż dystrybucja wyłączna i selektywna. Jak wynika z wytycznych, ocena klauzul zawartych w umowach franczyzowych powinna być zdaniem Komisji prowadzona według zasad przewidzianych dla tego systemu dystrybucji, do którego system franczyzowy jest najbardziej zbliżony (np. dystrybucja wyłączna albo dystrybucja selektywna). Pozostawiając na boku wątpliwości przedsiębiorców, jakie może nieść ze sobą to stanowisko, należałoby jednak oczekiwać, że przyjęta przez Komisję zasada zostanie wyrażona w rozporządzeniu, a nie w dokumencie, który nie jest wiążący dla organów oraz sądów krajowych. Nawet jeśli dotychczasowa praktyka organów krajowych była, co do zasady, zgodna z wykładnią przepisów dokonywaną przez Komisję, to rozbieżne w przeszłości stanowiska z jednej strony niemieckiego, z drugiej zaś – włoskiego, szwedzkiego i francuskiego organu konkurencji w sprawie oceny klauzuli najwyższego uprzywilejowania prowadzą do wniosku, że brak jasnych wskazówek ze strony Komisji, jak miało to miejsce w sprawie ww. klauzuli, może prowadzić do odmiennych ocen prawnych dokonywanych przez organy krajowe. Następne lata obowiązywania rozporządzenia dadzą zatem odpowiedź na pytanie, czy przyjęte przez Komisję podejście do oceny umów franczyzowych nie spowoduje rozbieżności w orzecznictwie organów krajowych dotyczącym systemów franczyzowych.

Wzorem poprzedniej regulacji, art. 5 rozporządzenia zawiera listę ograniczeń wertykalnych, które nie korzystają z wyłączenia przewidzianego rozporządzeniem. W przeciwieństwie do art. 4 klauzule przewidziane w art. 5 rozporządzenia nie są kwalifikowane przez Komisję jako najpoważniejsze ograniczenia konkurencji. Skutkiem ich zastosowania w porozumieniu wertykalnym jest brak automatycznego wyłączenia takiego uzgodnienia z art. 101 ust. 1 TFUE, a nie całego

<sup>12</sup> Commission Staff Working Document Evaluation of the Vertical Block Exemption Regulation, Bruksela 8.09.2020, s. 160. Pozyskano z: [https://competition-policy.ec.europa.eu/public-consultations/2018-vber\\_en](https://competition-policy.ec.europa.eu/public-consultations/2018-vber_en).

porozumienia wertykalnego<sup>13</sup>. Nie oznacza to jednocześnie, że postanowienia wskazane w art. 5 rozporządzenia będą niejako automatycznie uznane za naruszające zakaz z art. 101 TFUE. Ocena w tym zakresie uzależniona jest od indywidualnego przypadku i skutków danego postanowienia.

Analizując przesłanki zastosowania rozporządzenia, nie sposób pominąć uprawnienia do jego wycofania. Zgodnie z art. 6 ust. 1 rozporządzenia w zw. z art. 29 ust. 1 rozporządzenia 1/2003<sup>14</sup> Komisja, działając z urzędu lub na wniosek, może wycofać przywilej wynikający z rozporządzenia, jeśli uzna w danym przypadku, że porozumienie wertykalne wywołuje skutki niezgodne z art. 101 ust. 3 TFUE. Podobne, aczkolwiek nie tożsame, uprawnienie przysługuje na podstawie art. 6 ust. 2 rozporządzenia krajowym organom konkurencji. W tym przypadku możliwość wycofania dobrodziejstwa rozporządzenia jest jednak ograniczona do sytuacji, w których porozumienie zostało zawarte na rynku właściwym ograniczonym do obszaru danego państwa lub jego części i wywołuje antykonkurencyjne skutki na takim rynku. W każdym przypadku wycofania dobrodziejstwa rozporządzenia organ antymonopolowy będzie musiał wykazać, że dane porozumienie nie spełnia przynajmniej jednego z warunków przewidzianych w art. 101 ust. 3 TFUE.

### III. Najistotniejsze zmiany w podejściu Komisji do ograniczeń wertykalnych

#### 1. Systemy podwójnej dystrybucji (*dual distribution*)

Jedną z kluczowych zmian wprowadzonych rozporządzeniem dotyczy podejścia Komisji do oceny systemów tzw. podwójnej dystrybucji<sup>15</sup>. O ile w momencie wejścia w życie rozporządzenia 330/2010 zakres zastosowania tego modelu był ograniczony (Brenning-Louko, Gurin, Peeperkorn i Viertiö, 2010, s. 14–19), o tyle aktualnie, w związku z dynamicznym rozwojem sprzedaży w kanale on-line, jest to jeden z najpopularniejszych sposobów dystrybucji towarów i usług. Na istotne znaczenie tego modelu dystrybucji dla przedsiębiorców wskazuje chociażby fakt, że niemal 2/3 wszystkich uczestników konsultacji prowadzonych przez Komisję stosowało lub było uczestnikiem systemów podwójnej dystrybucji<sup>16</sup>.

Objęcie systemów podwójnej dystrybucji zakresem rozporządzenia stanowi wyjątek od zasady, zgodnie z którą rozporządzenie nie ma zastosowania do porozumień zawieranych przez dostawców i nabywców, pomiędzy którymi istnieją relacje konkurencyjne. Już w tego względu wyłączenie to nie ma charakteru bezwzględnie. Aby strony mogły z niego skorzystać, porozumienie musi mieć charakter jednostronny<sup>17</sup>, a ponadto relacja konkurencyjna pomiędzy dostawcą

<sup>13</sup> Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 22 maja 2023 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję powiela niestety niespójność krajowych regulacji względem przepisów unijnych. O ile na gruncie rozporządzenia 2022/720 klauzule wskazane w art. 5 tego aktu nie są traktowane z natury rzeczy jako naruszające art. 101 TUE, o tyle odpowiednik tego przepisu w rozporządzeniu krajowym (§ 10 projektu rozporządzenia) stanowi, że występowanie tych samych klauzul w porozumieniu wertykalnym „stanowi naruszenie art. 6 ust. 1 ustawy”. Zasadne postulaty Stowarzyszenia Prawa Konkurencji wskazujące na potrzebę dostosowania regulacji krajowych do przepisów unijnych nie zostały uwzględnione w ramach prac legislacyjnych nad projektem nowego rozporządzenia. Zob. <https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12371054/katalog/12962330#12962330>.

<sup>14</sup> Rozporządzenie Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu (Dz. Urz. UE z 4.01.2003, L 1, s. 1).

<sup>15</sup> System podwójnej dystrybucji to porozumienie wertykalne, w ramach którego dostawca produktów lub usług prowadzi ich sprzedaż we własnym zakresie oraz poprzez niezależnych dystrybutorów.

<sup>16</sup> Summary of the contributions received in the context of the open public consultation on the impact assessment for the review of the Vertical Block Exemption Regulation (EU) No 330/2010, s. 3. Pozyskano z: [https://competition-policy.ec.europa.eu/public-consultations/2018-vber\\_en](https://competition-policy.ec.europa.eu/public-consultations/2018-vber_en).

<sup>17</sup> W ramach porozumienia dostawca sprzedaje dystrybutorowi produkty natomiast nie nabywa od niego żadnych produktów.

i nabywcą (dystrybutorem) może zachodzić wyłącznie na niższym szczeblu obrotu, którego dotyczy porozumienie<sup>18</sup>.

Poprzednio obowiązujące przepisy dopuszczały możliwość zastosowania rozporządzenia do systemów podwójnej dystrybucji w bardzo wąskim zakresie. Było to możliwe w zasadzie jedynie w przypadkach, gdy dostawca działał jako producent oraz dystrybutor produktów, a nabywca tych produktów działał jedynie na szczeblu ich dystrybucji<sup>19</sup>. Tak wąsko ustanowiony zakres wyłączenia dla systemów podwójnej dystrybucji został zauważony w literaturze (Wijckmans i Tuytschaever, 2011, s. 125). Postulaty jego rozszerzenia były także zgłaszane przez znaczną część podmiotów uczestniczących w toku prac nad rozporządzeniem<sup>20</sup>. Aktualnie obowiązujące przepisy umożliwiają skorzystanie z dobrodziejstwa rozporządzenia w przypadku, gdy dostawca działa na wyższym szczeblu obrotu jako producent, importer lub hurtownik oraz na niższym szczeblu obrotu jako importer, hurtownik lub sprzedawca detaliczny, a dystrybutor działa na niższym szczeblu obrotu jako importer, hurtownik lub sprzedawca detaliczny i nie jest konkurentem dostawcy na wyższym szczeblu obrotu, na którym nabywa produkty objęte umową.

Kolejną nowością przewidzianą rozporządzeniem dla systemów podwójnej dystrybucji jest szczególne ograniczenie jego zastosowania do wymiany niektórych informacji pomiędzy dostawcą i dystrybutorem. Rozwiązanie to nie miało swojego odpowiednika w rozporządzeniu 330/2010, które, mimo że przewidywało węższe podmiotowo wyłączenie dla systemów podwójnej dystrybucji, obejmowało swoim zakresem każdą wymianę informacji pomiędzy jego stronami.

Zgodnie z art. 2 ust. 5 rozporządzenia wymiana informacji w ramach systemu podwójnej dystrybucji nie będzie wyłączona spod art. 101 ust. 1 TFUE, jeśli nie jest bezpośrednio związana z wdrażaniem porozumienia wertykalnego albo nie jest niezbędna do usprawnienia produkcji lub dystrybucji towarów lub usług objętych porozumieniem, lub nie spełnia żadnego z tych dwóch warunków<sup>21</sup>. Analiza powyższego przepisu nie pozostawia wątpliwości co do tego, że przesłanki, od których w systemie podwójnej dystrybucji uzależnione jest wyłączenie wymiany informacji pomiędzy dostawcą i nabywcą, zostały oparte na ocennych i nieostrych kryteriach. Wsparciem przy ich interpretacji mają być wytyczne, w których Komisja zawarła otwarte katalogi rodzajów informacji, których wymianę organ uznaje za objętą rozporządzeniem oraz tych, które wykraczają poza jego zakres<sup>22</sup>. Wydaje się jednak, że zastosowane przez Komisję rozwiązanie nie wyeliminuje wszystkich wątpliwości, jakie mogą pojawić się przy ocenie dopuszczalności wymiany informacji w systemach podwójnej dystrybucji.

Przede wszystkim, katalog informacji, których wymiana uznawana jest za objętą rozporządzeniem, poprzedza zastrzeżenie, zgodnie z którym informacje te „mogą, w zależności od szczególnych okoliczności być bezpośrednio związane z wdrażaniem porozumienia wertykalnego i niezbędne

<sup>18</sup> Warunkiem skorzystania z wyłączenia przewidzianego rozporządzeniem jest także spełnienie przesłanki udziałów rynkowych, które nie mogą przekraczać 30% oraz brak czarnych klauzul w zawartym porozumieniu.

<sup>19</sup> Zob. art. 2 ust. 4 rozporządzenia 330/2010.

<sup>20</sup> Commission Staff Working Document Evaluation of the Vertical Block Exemption Regulation, Bruksela 8.09.2020, s. 158. Pozyskano z: [https://competition-policy.ec.europa.eu/public-consultations/2018-vber\\_en](https://competition-policy.ec.europa.eu/public-consultations/2018-vber_en).

<sup>21</sup> Zastosowane w rozporządzeniu przesłanki, których spełnienie warunkuje objęcie wymiany informacji zakresem wyłączenia spod art. 101 ust. 1 TFUE zostały wprowadzone przez Komisję dopiero w lutym 2022 r., czyli na ostatnim etapie prac legislacyjnych. Opublikowany wcześniej, 9 lipca 2021 r. projekt rozporządzenia uzależniał wyłączenie wymiany informacji w systemie podwójnej dystrybucji od udziałów rynkowych stron, które łącznie nie mogły przekraczać 10%. Proponowane wówczas rozwiązanie spotkało się z krytyką ze strony uczestników konsultacji. Przygotowana na zlecenie Komisji analiza ekonomiczna również potwierdziła, że udziały rynkowe stron nie są prawidłowym narzędziem dla oceny czy wymiana informacji ma charakter prokonkurencyjny czy ograniczający konkurencję (Pautke i Schultze, 2018, s. 3).

<sup>22</sup> Zob. wytyczne, pkt 99–100.



do usprawnienia produkcji lub dystrybucji towarów lub usług objętych porozumieniem”. Oznacza to, że nawet jeśli dany rodzaj informacji znalazł się na liście, strony systemu podwójnej dystrybucji nie mogą mieć pewności, że prowadzona przez nie wymiana będzie korzystać z dobrodziejstwa rozporządzenia. Dodatkowo, Komisja nie określiła w wytycznych jakie „szczególne okoliczności” będą wpływać na kwalifikację prawną wymiany danego rodzaju informacji. Analogiczne wątpliwości dotyczą listy informacji, których wymiana zdaniem Komisji nie jest objęta rozporządzeniem. W ocenie organu informacje te, „na ogół prawdopodobnie” (*generally unlikely*) nie spełnią warunków dla ich automatycznego wyłączenia spod art. 101 ust. 1 TFUE. Sama Komisja wskazuje jednak, że fakt umieszczenia danego rodzaju informacji na liście „nie oznacza, że wymiana takich informacji nigdy nie będzie spełniać tych dwóch warunków”<sup>23</sup>. Z praktycznego punktu widzenia, test zawarty w rozporządzeniu oraz wskazówki zawarte w Wyjaśnieniach – jakkolwiek cenne – nie dają przedsiębiorcom pewności prawnej, która powinna stanowić jeden z głównych celów regulacji ustanawiających wyłączenie spod zastosowania art. 101 ust. 1 TFUE.

## 2. Redefiniowana dystrybucja wyłączna

Wyniki przeprowadzonych przez Komisję konsultacji wskazały, że w okresie obowiązywania rozporządzenia 330/2010 model dystrybucji wyłącznej istotnie stracił na znaczeniu<sup>24</sup>. Powodów takiego stanu należy między innymi upatrywać w złożonej, a zarazem nieuwzględniającej realiów rynkowych konstrukcji art. 4 lit. b) rozporządzenia 330/2010 odnoszącego się do dystrybucji wyłącznej (Wijckmans i Jaques, 2021, s. 58); komplikacji pojawiających się w przypadku ustanowienia dystrybucji wyłącznej i selektywnej na różnych obszarach (Wijckmans i Tuytschaever, 2011, s. 175) oraz w praktycznym braku możliwości ochrony dystrybutorów wyłącznych przed jakąkolwiek formą reklamy lub sprzedaży w kanale on-line<sup>25</sup>. Zmiany wprowadzone w rozporządzeniu mają na celu wyeliminowanie niedoskonałości poprzednich regulacji.

Jednym z głównych postulatów podnoszonych przez przedsiębiorców oraz praktyków prawa konkurencji było usunięcie z przepisów wymogu ustanowienia na wyłącznym terytorium tylko jednego dystrybutora (dystrybutora wyłącznego)<sup>26</sup>. Rozporządzenie adresuje te oczekiwania, wprowadzając rozwiązanie tzw. podzielonej wyłączności (*shared exclusivity*), która korzysta z wyłączenia spod art. 101 ust. 1 TFUE. Zgodnie z art. 4 lit. b) pkt (i) dostawca może ustanowić na danym terytorium (dla danej grupy odbiorców) do pięciu dystrybutorów wyłącznych, zapewniając im jednocześnie ochronę przed aktywną sprzedażą prowadzoną przez dystrybutorów ustanowionych na innych terytoriach, w tym dystrybutorów selektywnych. Jakkolwiek nie jest jasne uzasadnienie dla przyjętej przez Komisję maksymalnej liczby dystrybutorów, to dopuszczanie w rozporządzeniu możliwości oparcia modelu dystrybucyjnego na podzielonej wyłączności należy ocenić pozytywnie.

Rozporządzenie wyeliminowało także możliwość łatwego obchodzenia terytorialnej ochrony udzielonej dystrybutorom wyłącznym. Na gruncie rozporządzenia 330/2010 ograniczenie aktywnej sprzedaży na obszarze przypisanym na wyłączność jednemu dystrybutorowi korzystało z wyłączenia spod art. 101 ust. 1 TFUE, jeżeli dotyczyło tylko innych (bezpośrednich) dystrybutorów dostawcy.

<sup>23</sup> Zob. *ibidem*.

<sup>24</sup> Commission Staff Working Document on the Evaluation of the VBER, s. 38 oraz s. 90.

<sup>25</sup> Jakkolwiek formy ograniczenia reklamy lub sprzedaży w kanale on-line były na gruncie rozporządzenia 330/2010 utożsamiane z ograniczeniem sprzedaży pasywnej, czyli stosowaniem poważnego ograniczenia konkurencji w rozumieniu art. 101 ust. 1 TFUE (zob. Wijckmans i Jaques, 2021, s. 12).

<sup>26</sup> Commission Staff Working Document on the Evaluation of the VBER, s. 141, 190.

Nałożony na nich zakaz aktywnej sprzedaży nie mógł jednak ograniczać swobody ich kontrahentów, co znacząco osłabiało ochronę udzieloną dystrybutorowi wyłącznemu. Rozporządzenie wyeliminowało powyższą lukę. Zgodnie z art. 4 lit. b) pkt (i) zobowiązanie do nieprowadzenia aktywnej sprzedaży na terytorium (wobec grupy klientów) zastrzeżonych na wyłączność nie stanowi istotnego ograniczenia konkurencji, nawet jeśli rozciąga się na kontrahentów dystrybutorów.

Rozporządzenie dopuszcza także nałożenie zakazu prowadzenia aktywnej sprzedaży na obszarach (wobec klientów) zastrzeżonych na wyłączność wobec członków systemu dystrybucji selektywnej działających na innych obszarach. Zasada ta działa także w odwrotną stronę. Zobowiązanie członków systemu dystrybucji wyłącznej do nieprowadzenia aktywnej sprzedaży wobec nieautoryzowanych dystrybutorów działających na obszarze funkcjonowania systemu selektywnej dystrybucji będzie zatem również korzystać z wyłączenia spod zakazu z art. 101 ust. 1 TFUE. W odniesieniu do dystrybucji selektywnej warto także zauważyć, że Komisja zdecydowała się na jeszcze dalej idący krok i objęła wyłączeniem przewidzianym rozporządzeniem zobowiązanie klientów dystrybutorów selektywnych do nieprowadzenia aktywnej lub pasywnej sprzedaży do nieautoryzowanych dystrybutorów na obszarze, na którym dostawca zdecydował się prowadzić system selektywnej dystrybucji (na gruncie rozporządzenia 330/2010 nałożenie tak daleko idącego ograniczenia było dopuszczalne jedynie wobec członków sieci dystrybucji selektywnej). Rozwiązania te pozwolą na efektywniejsze łączenie różnych systemów dystrybucji produktów lub usług na obszarze Unii bez narażania się na naruszenie zakazu z art. 101 ust. 1 TFUE (Wijckmans i Jaques, 2021, s. 12).

Kolejną zmianą, mającą wpływ nie tylko na system dystrybucji wyłącznej, jest wprowadzenie do rozporządzenia definicji pojęcia „aktywnej i pasywnej sprzedaży”. Zmianę tę wymusił brak dostosowania dotychczasowego rozumienia powyższych pojęć do aktualnych realiów rynkowych, ale także potrzeba zapewnienia spójnego podejścia na obszarze UE do ich wykładni. Wprowadzone do wytycznych 2010 pojęcie „aktywnej sprzedaży”<sup>27</sup> kładło nacisk na ukierunkowane aktywności marketingowo-sprzedażowe mające na celu dotarcie do określonej grupy klientów lub terytorium. Ogólna (nietargetowana) aktywność sprzedażowa dystrybutora, nawet jeśli udało mu się dotrzeć do określonej grupy klientów lub terytorium, uznawana była za niemogącą podlegać ograniczeniu sprzedaż pasywną. O ile jednak w kanale sprzedaży tradycyjnej sprzedaż pasywna wymaga rzeczywistej aktywności ze strony klienta – dotarcia do dostawcy, o tyle w przypadku kanału on-line klient może dotrzeć do dystrybutora, nie podejmując w zasadzie żadnego wysiłku. Powyższa reguła ma zastosowanie także w odniesieniu do dystrybutorów, których aktywność w kanale on-line nie wymaga podejmowania istotnych wysiłków czy działań ukierunkowanych na pozyskiwanie, czy zainteresowanie klientów ofertą. Z tych względów sprzedaż w kanale on-line postrzegana była przez Komisję z zasady jako forma sprzedaży pasywnej, której ograniczanie traktowane było jako istotne ograniczenie konkurencji (Jones, 2021, s. 13)<sup>28</sup>. Wraz ze wzrostem znaczenia sprzedaży w kanale on-line i korzystaniem z internetu w celach marketingowych znacząco osłabiało to zakres dopuszczalnej ochrony terytorialnej przyznanej dystrybutorom wyłącznym.

<sup>27</sup> Wytyczne 2010, pkt 51.

<sup>28</sup> Zob. też wytyczne 2010, pkt 52. Por. także wyr. TS z 13.10.2011 r., C-439/09, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS v Président de l'Autorité de la concurrence and Ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi* (ECLI:EU:C:2011:649), w którym TS uznał ograniczenie sprzedaży przez internet jako ograniczenie co do celu (pkt 47 orzeczenia), niejako potwierdzając podejście Komisji przyjęte w wytycznych 2010.

Na gruncie nowych przepisów Komisja odeszła od dotychczasowego podejścia. Pojęcie „aktywnej i pasywnej sprzedaży”, kluczowe dla systemu dystrybucji wyłącznej (jak i dla innych systemów dystrybucyjnych) zostały inkorporowane do rozporządzenia, co w założeniu powinno ograniczyć ich rozbieżną interpretację. Przepisy rozporządzenia stanowią jednocześnie, że niektóre formy aktywności w kanale on-line powinny być kwalifikowane jako sprzedaż aktywna, czyli działania, przed którymi dostawca może chronić swoich wyłącznych dystrybutorów. Zgodnie z art. 1 ust. 1 lit. l) sprzedaż aktywna oznacza nie tylko działania polegające na aktywnym zabieganiu o klientów za pośrednictwem wizyt, listów, rozmów czy innych środków komunikacji, lecz także kierowanie reklam i promocji w internecie w celu pozyskania określonych grup klientów lub klientów na określonych terytoriach. Prowadzenie strony internetowej z domeną najwyższego poziomu odpowiadającą określonym terytoriom lub udostępnianie strony internetowej w języku powszechnie używanym na określonym obszarze będzie uznane za sprzedaż aktywną, jeśli jest to język inny niż ten używany na terytorium, na którym fizycznie działa dystrybutor. Przepisy rozporządzenia stanowią krok we właściwym kierunku oraz próbę dostosowania przepisów do zmienionego otoczenia rynkowego. Odpowiadają one także standardom prawidłowej legislacji w tym znaczeniu, że znaczenie kluczowych dla oceny porozumień wertykalnych pojęć określone zostało w rozporządzeniu, a nie w dokumencie mającym wyłącznie charakter niewiążących wytycznych.

### 3. Dystrybucja w kanale on-line

Rozporządzenie 330/2010 nie zawierało żadnych przepisów dedykowanych dystrybucji w kanale on-line. Znaczący wzrost popularności tego kanału dla dystrybucji towarów i usług, jak również orzecznictwo dotyczące ograniczeń sprzedaży w internecie w systemach selektywnej dystrybucji<sup>29</sup>, implikowały konieczność zmiany tej sytuacji.

Zgodnie z art. 4 lit. e) rozporządzenia uniemożliwienie skutecznego wykorzystania internetu przez nabywcę lub jego klientów do sprzedaży towarów lub usług objętych porozumieniem uznawane jest za istotne ograniczenie konkurencji i pozbawia relację wertykalną przywileju wyłączenia spod zakazu z art. 101 ust. 1 TFUE. Od powyższego zakazu rozporządzenie przewiduje dwa wyjątki w postaci dopuszczalności nałożenia na dystrybutora innych ograniczeń dotyczących sprzedaży przez internet oraz ograniczeń dotyczących reklamy internetowej, które nie mają na celu uniemożliwienia korzystania z całego kanału reklamy internetowej (art. 4 lit. e) pkt (i)–(ii) rozporządzenia). Wynikająca z art. 4 lit. e) rozporządzenia ogólna reguła negatywnego podejścia do całkowitego zakazu sprzedaży w internecie wydaje się być oczywista. W praktyce problematyczne może okazać się jednak wyznaczanie przez organy konkurencji punktu, którego przekroczenie oznaczać będzie „uniemożliwienie skutecznego wykorzystania internetu”. Postanowienia art. 4 lit. e) rozporządzenia nie dotyczą bowiem jedynie przypadku nałożenia na dystrybutora całkowitego zakazu korzystania z tego kanału dystrybucji, ale obejmują one również wszystkie inne działania dostawcy (w tym faktyczne), których wynikiem jest „uniemożliwienie skutecznego wykorzystania internetu”. W konsekwencji postanowienia art. 4 lit. e) mogą być źródłem rozbieżności w praktyce decyzyjnej powstałej na gruncie rozporządzenia.

<sup>29</sup> Wyr. TS z 13.10.2011 r., C-439/09, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS v Président de l'Autorité de la concurrence and Ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi* (ECLI:EU:C:2011:649); wyr. TS z 6.12.2017 r., C-230/16 *Coty Germany GmbH przeciwko Parfümerie Akzente GmbH* (ECLI:EU:C:2017:941); decyzja Bundeskartellamt z 26.08.2015 w sprawie B2-98/11 (Asic).

Kluczową kwestią w ramach pierwszego ze wskazanych powyżej wyjątków od reguły wynikającej z art. 4 lit. e) rozporządzenia jest odejście przez Komisję od zawartej w wytycznych 2010 zasady równoważności<sup>30</sup>. W myśl tej zasady, wymogi lub kryteria stosowane wobec dystrybutorów działających on-line oraz w kanale tradycyjnym powinny być takie same. Rezygnacja ze stosowania tej zasady zdawała się być konieczna, gdyż jej utrzymanie na gruncie nowych przepisów byłoby sprzeczne z orzecznictwem Trybunału wydanym na gruncie rozporządzenia 330/2010 (Jones, 2021, s. 18). Z perspektywy dostawców oznacza to możliwość stosowania odmiennych kryteriów sprzedaży wobec dystrybutorów prowadzących sklepy tradycyjne oraz on-line w takich kwestiach, jak chociażby wymogi dotyczące wyglądu sklepu, sposobu prezentacji produktów czy obowiązku prowadzenia infolinii. Pomimo że dotyczyć to będzie najczęściej dystrybutorów działających w systemach selektywnej dystrybucji, stosowanie zróżnicowanych kryteriów będzie objęte wyłączeniem przewidzianym w rozporządzeniu także w odniesieniu do pozostałych systemów dystrybucyjnych.

Nowe podejście Komisji do sprzedaży on-line nie mogło abstrahować od orzecznictwa Trybunału odnoszącego się do dozwolonych i zakazanych ograniczeń sprzedaży w internecie nakładanych na dystrybutorów. O ile w orzeczeniu w sprawie *Pierre Fabre* Trybunał potwierdził niedopuszczalność całkowitego ograniczenia dystrybutorom możliwości działania w kanale on-line<sup>31</sup>, o tyle w wyroku w sprawie *Coty* uznał, że dostawcy towarów luksusowych mogą zakazać członkom sieci dystrybucji selektywnej sprzedaży towarów za pośrednictwem platform internetowych<sup>32</sup>. Komisja nie tylko odzwierciedliła to stanowisko w wytycznych<sup>33</sup>, lecz także poszła o krok dalej, dopuszczając ograniczenie (nawet całkowite) sprzedaży na platformach on-line zarówno w kontekście systemów dystrybucji selektywnej, jak i w przypadku każdego innego modelu dystrybucji, uznając, że ograniczenie takie nie implikuje całkowitego zakazu sprzedaży w kanale on-line. Komisja zajęła natomiast nieco inne stanowisko w kwestii dopuszczalności ograniczania dystrybutorom możliwości prowadzenia reklamy w kanale on-line, czyli drugiego wyjątku od reguły zawartej w art. 4 lit. e) rozporządzenia. Jak wynika z wytycznych, całkowity zakaz korzystania z kanałów reklamowych, takich jak wyszukiwarki lub porównywarki cenowe, będzie postrzegany jako istotne ograniczenie konkurencji i nie będzie podlegał wyłączeniu ustanowionym rozporządzeniem<sup>34</sup>. Jakkolwiek wydawać by się mogło, że nałożenie na dystrybutora zakazu reklamy tylko w odniesieniu do niektórych wyszukiwarek lub wybranych porównywarek cenowych pozwoli na skorzystanie z wyłączenia, kwestia ta nie wydaje się być tak oczywista. Komisja przyjmuje bowiem, że zakaz korzystania z najpopularniejszych w danym kanale usług reklamowych może stanowić najpoważniejsze ograniczenie konkurencji, jeśli reklama na pozostałych wyszukiwarkach albo porównywarek cenowych nie jest *de facto* wystarczająca do przyciągnięcia klientów do sklepu internetowego dystrybutora<sup>35</sup>.

Dalej idące podejście Komisji do ograniczeń związanych z możliwością reklamy w internecie jest wynikiem własnych ustaleń tego organu w sprawie *Guess*, w której Komisja doszła do wniosku,

<sup>30</sup> Wytyczne 2010, pkt 52.

<sup>31</sup> Wyr. TS z 13.10.2011 r., C-439/09, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS v Président de l'Autorité de la concurrence and Ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi* (ECLI:EU:C:2011:649).

<sup>32</sup> Wyr. TS z 6.12.2017 r., C-230/16 *Coty Germany GmbH przeciwko Parfümerie Akzente GmbH* (ECLI:EU:C:2017:941).

<sup>33</sup> Wytyczne, pkt 208.

<sup>34</sup> W taki sam sposób traktowane jest ograniczenie dystrybutora polegające na zakazie wykorzystywania znaków towarowych lub nazw marek dostawcy przy przedstawianiu oferty w kanale on-line. Zob. wytyczne, pkt 206 lit. g).

<sup>35</sup> Ibidem.

że nałożenie tego typu ograniczeń na dystrybutorów pozbawiało ich możliwości skutecznego generowania ruchu na własnych stronach internetowych za pomocą reklamy w wyszukiwarkach<sup>36</sup>. Nie podważając ustaleń Komisji w powyższej sprawie, wydaje się, że zastosowanie w wytycznych bardzo ocennego testu faktycznego braku możliwości przyciągnięcia klientów nie jest właściwym narzędziem dla przedsiębiorców dla dokonywania oceny dopuszczalności działań związanych z ograniczeniami w kanale on-line.

Ostatnia, aczkolwiek najprawdopodobniej najbardziej kluczowa, zmiana w podejściu Komisji do zasad dystrybucji w kanale on-line dotyczy dopuszczalności stosowania systemów dwóch cen (*dual pricing*). Przeprowadzone przez Komisję w 2015 r. badanie sektora e-commerce wskazało, że producenci rzadko decydują się na stosowanie modelu różnych cen sprzedaży w zależności od kanału, w którym dystrybutor będzie sprzedawał produkt (on-line albo tradycyjny)<sup>37</sup>. Przyczyną takiego stanu było stanowisko Komisji przedstawione w wytycznych 2010, zgodnie z którym system podwójnych cen uznawany był za pośredni sposób ograniczenia sprzedaży w internecie<sup>38</sup>. Badanie sektora e-commerce ujawniło natomiast potrzebę zmiany podejścia Komisji do systemu podwójnych cen. Uzasadniano to m.in. różnymi kosztami prowadzenia działalności w sektorze on-line i tradycyjnym (Jones, 2021, s. 9), a zarazem koniecznością ochrony sprzedaży w kanale tradycyjnym. Odpowiadając na powyższe oczekiwania, Komisja uznała w wytycznych, że stosowanie systemu podwójnych cen w zależności od kanału, w którym nabywca będzie dystrybuował produkt, nie stanowi działania uniemożliwiającego skuteczne wykorzystanie internetu w rozumieniu art. 4 lit. e) rozporządzenia<sup>39</sup>, a tym samym nie stanowi poważnego ograniczenia konkurencji. Możliwość stosowania takiej polityki cenowej nie jest jednak bezwzględna. Komisja zastrzega w wytycznych, że stosowanie systemu podwójnych cen będzie uznane za czarną klauzulę w przypadku, gdy różnica w cenie hurtowej będzie czynić sprzedaż w internecie nieopłacalną lub gdy system ten będzie stosowany w celu ograniczenia liczby produktów przeznaczonych do sprzedaży on-line.

#### 4. Podmioty świadczące usługi pośrednictwa internetowego

Doświadczenia Komisji oraz organów krajowych w sprawach związanych z działalnością platform internetowych były jednym z powodów wprowadzenia do rozporządzenia przepisów, których adresatami są jedynie podmioty świadczące usługi pośrednictwa internetowego<sup>40</sup>. Fundamentalną zmianą, jaką wprowadza rozporządzenie w tym zakresie, jest zaklasyfikowanie podmiotów świadczących tego rodzaju usługi (np. platformy internetowe, sklepy z aplikacjami, media społecznościowe) jako „dostawców”, a przedsiębiorców, którzy oferują lub sprzedają towary lub usługi przy wykorzystaniu usług pośrednictwa internetowego jako „nabywców”<sup>41</sup>. Konsekwencją ww. podejścia jest przede wszystkim niemożność stosowania w umowach wertykalnych zawieranych przez

<sup>36</sup> Dec. Komisji z dnia 17.12.2018 w sprawie nr AT.40428 *Guess*, pkt 120.

<sup>37</sup> Sprawozdanie Komisji dla Rady i Parlamentu Europejskiego, Sprawozdanie końcowe na temat badania sektora handlu elektronicznego, Bruksela 2017, pkt 59.

<sup>38</sup> Wytyczne 2010, pkt 52 lit. d).

<sup>39</sup> Wytyczne, pkt 206.

<sup>40</sup> Zob. m.in. dec. dot. platformy Booking.com wydane przez francuski organ ochrony konkurencji (dec. nr 15-D-06 z dnia 21 kwietnia 2015 r. szwedzki organ ochrony konkurencji (dec. nr 596/2013 z 15.04.2013 r.); niemiecki organ konkurencji (dec. nr B 9-121/13 z 22.12.2015 r.); dec. niemieckiego organu konkurencji nr B 6-46/12 z dnia 26 listopada 2013 r. dotycząca Amazon oraz dec. Komisji nr AT.39847 z 12.12.2012 r. w sprawie *E-Books*.

<sup>41</sup> Zob. art. 1 ust. 1 lit d) rozporządzenia oraz wytyczne pkt 67. Jak jednocześnie wskazuje Komisja w wytycznych, prawdopodobieństwo, aby dostawca usług pośrednictwa internetowego został zakwalifikowany jako agent, a tym samym, aby do zawieranych przez niego umów nie miał zastosowania art. 101 ust. 1 TFUE, jest bardzo niewielkie.

dostawców usług pośrednictwa internetowego postanowień będących klauzulami czarnymi (np. narzucanie cen odsprzedaży, ograniczenie terytorium, na którym może prowadzić sprzedaż podmiot obecny na platformie).

Inną istotną regulacją dotyczącą dostawców usług pośrednictwa internetowego zawiera art. 2 ust. 6 rozporządzenia. Zgodnie z tym przepisem wyłączenie spod zakazu określonego w art. 101 ust. 1 TFUE przewidziane rozporządzeniem nie ma zastosowania do porozumień wertykalnych dotyczących świadczenia usług pośrednictwa internetowego, jeżeli dostawca usług pośrednictwa internetowego jest przedsiębiorstwem konkurującym na rynku właściwym sprzedaży towarów lub usług będących przedmiotem pośrednictwa. W praktyce oznacza to, że umowy zawierane przez platformy internetowe z przedsiębiorcami prowadzącymi sprzedaż na tych platformach będą, co do zasady, podlegać indywidualnej ocenie na gruncie art. 101 ust. 1 TFUE, jeśli tylko podmiot prowadzący platformę sam prowadzi na niej sprzedaż. Analiza powyższego przepisu prowadzi jednak do wniosku, że dostawcy usług pośrednictwa internetowego nie zostali jednak całkowicie pozbawieni możliwości skorzystania z wyłączenia przewidzianego rozporządzeniem. Zasada wyrażona w art. 2 ust. 6 ograniczona została bowiem do porozumień wertykalnych z nabywcami usług pośrednictwa, z którymi dostawcy tych usług konkurują, czyli oferują substytucyjne produkty lub usługi w kanale on-line. Interesujące w kontekście zasady zawartej w art. 2 ust. 6 rozporządzenia będą przyszłe działania platform internetowych w zakresie prowadzenia własnej sprzedaży, a w szczególności czy korzyści wynikające z zastosowania rozporządzenia do zawieranych przez nie umów będą na tyle istotne, że skłonią platformy do ograniczania oferty własnych sklepów.

Ostatnie zagadnienie związane z przepisami rozporządzenia skierowanymi do podmiotów świadczących usługi pośrednictwa internetowego dotyczy klauzuli najwyższego uprzywilejowania (*most favorite nation*; zwanej także klauzulą parytetową; dalej: MFN)<sup>42</sup>. Rozporządzenie 330/2010 w żaden sposób nie odnosiło się do tego zobowiązania, co było równoznaczne z możliwością jego stosowania w umowach dystrybucyjnych bez ryzyka naruszenia art. 101 ust. 1 TFUE, jeżeli tylko udziały strony porozumienia nie przekraczały progu 30%. Wnioski wynikające z postępowań antymonopolowych prowadzonych przez organy krajowe, m.in. w związku z działaniami platform pośredniczących w rezerwacji zakwaterowania oraz coraz bardziej wszechobecna klauzula MFN w kanale dystrybucji on-line<sup>43</sup>, wskazywały na konieczność wprowadzenia do rozporządzenia przepisów określających jakie formy MFN mogą korzystać z wyłączenia spod art. 101 ust. 1 TFUE.

Zgodnie z art 5 ust. 1 lit b) rozporządzenia zobowiązanie uniemożliwiające nabywcy usług pośrednictwa internetowego oferowania, sprzedaży lub odsprzedaży użytkownikom końcowym towarów lub usług na korzystniejszych warunkach przy użyciu konkurencyjnych usług pośrednictwa internetowego nie jest objęte wyłączeniem spod zakazu określonego w art. 101 ust. 1 TFUE. Postanowienia powyższego przepisu wskazują, że Komisja nie zdecydowała się iść w kierunku całkowitego ograniczenia stosowania przez platformy internetowe klauzul MFN. Za istotniejsze uznała eliminowanie ryzyka związanego z ograniczeniem konkurencji między markowej (między

<sup>42</sup> Klauzula najwyższego uprzywilejowania oznacza zobowiązanie dostawcy lub nabywcy do zapewnienia drugiej stronie takich samych lub lepszych warunków cenowych i nie cenowych, jak te stosowane dla kanałów sprzedaży prowadzonych przez podmioty trzecie – np. dla innych platform internetowych (szeroka MFN) albo jak te warunki, które są stosowane we własnym (bezpośrednim) kanale sprzedaży prowadzonym przez stronę umowy – np. na własnej stronie internetowej (wąska MFN).

<sup>43</sup> Commission Staff Working Document Evaluation of the Vertical Block Exemption Regulation, Bruksela 8.09.2020, s. 181. Zob. także dec. Komisji dotyczące stosowania MFN przez innego typu platformy: dec. nr AT.40153 z 4.05.2017 r. (*E-book MFNs and related matters* (Amazon)) oraz dec. nr AT.39847 z 12.12.2012 r. w sprawie *E-Books*.

platformami), z czym wiążą się ujednolicanie cen, ograniczenie innowacji oraz bariery wejścia na rynek dla nowych platform. Odmawiając dobrodziejstwa wyłączenia spod zakazu z art. 101 ust. 1 TFUE jedynie szerokim klauzulom MFN, postanowienia rozporządzenia zdają się zarazem potwierdzać dotychczas pozytywne, co do zasady, podejście krajowych organów konkurencji do wąskiej klauzuli MFN, której stosowanie może prowadzić do prokonkurencyjnych efektywności (Chappatte i O'Connell, 2022, s. 78).

#### IV. Pozostałe zagadnienia

Omawiając nowe podejście Komisji do klauzul ograniczających konkurencję w porozumieniach wertykalnych, nie sposób nie odnieść się do dwóch istotnych z perspektywy obrotu zagadnień, a mianowicie dopuszczalności wpływania przez dostawcę na politykę cenową dystrybutora oraz klauzuli zakazującej prowadzenia dystrybutorowi działalności konkurencyjnej (klauzula zakazu konkurencji). W odniesieniu do powyższych dwóch kwestii Komisja utrzymała w rozporządzeniu swoje zachowawcze podejście, rozczarowując tych, którzy liczyli na rewolucję. W każdym ze wskazanych powyżej obszarów pojawiły się jednak sygnały sugerujące mniej rygorystyczne stanowisko Komisji aniżeli na gruncie rozporządzenia 330/2010.

Na gruncie rozporządzenia narzucanie przez dostawcę sztywnych lub minimalnych cen odsprzedaży produktów pozostało czarną klauzulą i traktowane jest jako istotne ograniczenie konkurencji (zob. art. 4 lit. a) rozporządzenia). Lektura wytycznych wskazuje zaś, że Komisja identyfikuje sytuacje, w których zobowiązanie dystrybutora do stosowania określonej ceny nie będzie uznane za narzucanie cen odsprzedaży<sup>44</sup> albo może pozwolić na wykazanie efektywności pozwalających na wyłączenie narzucania cen odsprzedaży spod zakazu określonego w art. 101 ust. 1 TFUE<sup>45</sup>. Innym interesującym zagadnieniem poruszonym w wytycznych w kontekście ustalania cen odsprzedaży jest narzucenie minimalnych cen reklamowanych (dalej: MCR), które uniemożliwiają dystrybutorowi reklamowanie cen poniżej poziomu ustalonego przez dostawcę<sup>46</sup>. Zgodnie z pkt 187 wytycznych, klauzula MCR, pomimo że pozostawia dystrybutorowi swobodę sprzedaży po cenie niższej niż cena reklamowana, uznawana jest przez Komisję za pośredni sposób narzucania cen odsprzedaży. Uzasadniając swoje podejście Komisja wskazuje, że stosowanie klauzuli MCR zniechęca dystrybutora do ustalania niższej ceny sprzedaży, ograniczając jego możliwości informowania potencjalnych klientów o dostępnych upustach, co prowadzi do usunięcia kluczowego parametru konkurencji cenowej między detalistami. Jakkolwiek odniesienie się do klauzul MCR na gruncie Wytycznych jest zjawiskiem nowym, to jednak jest ono konsekwencją ustaleń dokonanych przez Komisję kilkanaście lat temu w sprawie Yamaha<sup>47</sup>.

<sup>44</sup> Zob. wytyczne, pkt 193, w którym Komisja uznaje, że sytuacja, w której dostawca ustala bezpośrednio z klientem cenę po jakiej klient nabydzie produkty, a następnie zawiera z dystrybutorem porozumienie o wykonaniu umowy podpisanej wcześniej z klientem (*fulfilment contract*) umożliwia narzucenie w porozumieniu z dystrybutorem ceny odsprzedaży produktów. Dopuszczalność określania przez dostawcę w takich przypadkach ceny po jakiej dystrybutor ma sprzedać produkty uzależniona jest od tego, że to dostawca (a nie klient) wybiera dystrybutora, który będzie pośredniczył w sprzedaży produktów.

<sup>45</sup> Zob. wytyczne, pkt 197, w którym Komisja wyszczególnia przypadki, gdy przedsiębiorcy mogą podnosić, że narzucanie cen odsprzedaży powoduje zwiększenie efektywności i powinno być objęte wyłączeniem przewidzianym w art. 101 ust. 3 TFUE. Wśród tego katalogu warto w szczególności zwrócić uwagę na krótkotrwałe kampanie promocyjne (od 2 do 6 tygodni) w sieciach, takich jak franczyza oraz na regularną sprzedaż produktów przez dystrybutora poniżej cen zakupu, co negatywnie wpływa na wizerunek marki, osłabiając popyt oraz motywację dostawcy do inwestowania w jakość i postrzeganie marki na rynku.

<sup>46</sup> Wytyczne, pkt 187 lit. d) i 189.

<sup>47</sup> Dec. Komisji nr COMP/37.975 PO/Yamaha z 16.07.2003 pkt 124 oraz 133–135.

Podobnie jak w przypadku narzucania cen odsprzedaży, w odniesieniu do klauzuli zakazu konkurencji rozporządzenie nie wprowadziło żadnych zmian w porównaniu z rozporządzeniem 330/2010. Zgodnie z art. 5 ust. 1 lit. a) rozporządzenia, nałożone na dystrybutora zobowiązanie do nieprowadzenia działalności konkurencyjnej przez czas nieokreślony lub na okres dłuższy niż 5 lat, nie korzysta z wyłączenia z art. 101 ust. 1 TFUE. Akcentowana w toku konsultacji publicznych zbyt rygorystyczna i oderwana od realiów rynkowych ocena klauzul zakazu konkurencji została jednak uwzględniona przez Komisję w wytycznych. Zgodnie z pkt 248 wytycznych zakaz konkurencji, który jest w sposób milczący odnawialny po upływie pięciu lat, będzie objęty wyłączeniem grupowym, jeśli nabywca może skutecznie renegować lub rozwiązać porozumienie wertykalne zawierające to zobowiązanie z rozsądnym okresem wypowiedzenia i przy rozsądnych kosztach. Podobnie jak w szeregu innych przypadków, zasada ta powinna jednak znaleźć odzwierciedlenie w rozporządzeniu, co przyczyniłoby się do większej pewności prawnej przedsiębiorców.

## V. Podsumowanie

Przyjmując ostateczne brzemienne rozporządzenia i wytyczne, Komisja uwzględniła część z propozycji zgłoszonych w toku konsultacji publicznych i zdecydowała się wprowadzić do nowych przepisów kilka nowych rozwiązań (np. podzielona wyłączność, możliwość stosowania wobec dystrybutora różnych cen produktów w zależności od tego czy mają one trafić do kanału on-line, czy tradycyjnego, ograniczenia w wymianie informacji w modelu podwójnej dystrybucji). W efekcie, w przypadku niektórych rodzajów porozumień wertykalnych rozporządzenie i towarzyszące mu wytyczne gwarantują przedsiębiorcom większą swobodę kontraktowania bez konieczności dokonywania indywidualnej oceny czy zawierane przez nich porozumienia nie zostaną zakwestionowane na gruncie art. 101 TFUE.

Jednakże w przypadku operatorów platform on-line, konkurujących z podmiotami trzecimi na własnych platformach w zakresie sprzedaży produktów, rozporządzenie pozbawia ich dotychczasowych korzyści wynikających z automatycznego wyłączenia zawieranych przez nich umów spod zakazu ustanowionego w art. 101 ust. 1 TFUE. Można uznać, że w tym zakresie przepisy rozporządzenia i postanowienia wytycznych stanowią odpowiedź na zmiany, jakie zaszły w otoczeniu rynkowym w ostatnich kilkunastu latach, w szczególności zaś wzrostu siły rynkowej podmiotów świadczących usługi pośrednictwa internetowego, wynikającej z dynamicznie rosnącego znaczenia dystrybucji w kanale on-line kosztem modelu tradycyjnego i związanych z tym zjawiskiem doświadczeń organów konkurencji.

Pomimo że rozporządzenie oraz wytyczne stanowią co do zasady udaną próbę odpowiedzi na szereg oczekiwanych przez uczestników rynku i doradców prawnych zmian, sposób ich wprowadzenia może w niektórych przypadkach budzić uzasadnione wątpliwości pod kątem pewności prawnej, jaką dokumenty te powinny zapewniać przedsiębiorcom. Otwarte katalogi dopuszczalnych oraz niedopuszczalnych działań, nieprecyzyjne, a tym samym oparte na indywidualnej ocenie przesłanki dopuszczalności stosowania niektórych ograniczeń wertykalnych znacząco wpływają na sytuację prawną przedsiębiorców, nie dając im jednoznacznej odpowiedzi czy stosowane przez nich rozwiązania w ramach systemów dystrybucji będą wyłączone spod zakazu określonego w art. 101 ust. 1 TFUE. Wydaje się zarazem, że doświadczenia Komisji przy ocenie



poszczególnych rodzajów ograniczeń wertykalnych oraz zgromadzony w toku konsultacji publicznych obszerny materiał, umożliwił Komisji przedstawienie w rozporządzeniu, a w szczególności w wytycznych bardziej jednoznacznych ocen prawnych. Nawet jeśli byłyby to oceny odbiegające od oczekiwań uczestników rynku, to wynikająca z nich pewność prawna miałaby dla przedsiębiorców walor trudny do kwestionowania.

## Bibliografia

- Brenning-Louko, M., Gurin, A., Peeperkorn, L. i Viertiö, K. (2010). Vertical Agreements: New Competition Rules for the Next Decade. *Competition Policy International*, 2.
- Chappatte, P. i O'Connell, K. (2022). E-Commerce: Most Favoured Nation Clauses. W: *Digital Markets Guide – Second Edition*. London: GCR.
- Jones, A. (2021). *Expert report on the review of the Vertical Block Exemption Regulation*. Luksemburg: Publications Office of the European Union.
- Mavroghenis, S. i Kolotourou, Ch. (2022). European Union: Restriction of Online Sales. W: C. Jeffs, D. Sokol, S. Ning (red.), *Digital Markets Guide*. London: GCR.
- Pautke, S. i Schultze, J.M. (2018). *Expert Report on the review of the Vertical Block Exemption Regulation Information exchange in dual distribution*. Pozyskano z: [https://competition-policy.ec.europa.eu/public-consultations/2018-vber\\_en](https://competition-policy.ec.europa.eu/public-consultations/2018-vber_en).
- Wijckmans, F. i Jaques, S. (2021). *Expert report on the review of the Vertical Block Exemption Regulation, Active sales restrictions in different distribution models and combinations of distribution models*. Luksemburg: Publications Office of the European Union.
- Wijckmans, F. i Tuytschaever, F. (2011). *Vertical Agreements in EU Competition Law*. Oxford: Oxford University Press.

# Definiowanie rynków produktowych w gospodarce cyfrowej w świetle projektu Zawiadomienia Komisji w sprawie definicji rynku właściwego do celów unijnego prawa konkurencji z 8 listopada 2022 roku

## Spis treści

- I. Wstęp
- II. Definicja rynku produktowego w przypadku platform wielostronnych
  1. Sprawa *Microsoft/LinkedIn*
  2. Sprawy *Amazon Marketplace* i *Amazon Buy Box*
- III. Analiza substytucyjności po stronie kupujących na platformie
- IV. Rynki produktów pierwotnych i wtórnych
- V. Rynki w ramach ekosystemów cyfrowych i sprawa *Google Android*
- VI. Udział w rynku właściwym i inne wskaźniki siły rynkowej
- VII. Okres referencyjny danych rynkowych
- VIII. Komentarz

## Streszczenie

Obwieszczenie w sprawie definicji rynku właściwego do celów wspólnotowego prawa konkurencji (dalej: obwieszczenie)<sup>1</sup> poddawane jest przeglądowi po raz pierwszy od opublikowania w 1997 roku. Od tego czasu skokowy wzrost prędkości przesyłu danych przy jednoczesnym wzroście mocy obliczeniowych procesorów umożliwił w dużym stopniu przeniesienie procesów sprzedaży i dystrybucji produktów do sieci teleinformatycznych. Gospodarka cyfrowa, która powstała w wyniku tych procesów, cechuje się konkurencją o nowym dynamicznym charakterze. Oprócz tradycyjnych parametrów konkurowania, takich jak cena i jakość produktów, pozycja rynkowa jest wyznacznikiem reklamy internetowej, dostępu do danych, efektów sieciowych, aspektów wielostronnych, zachowań nabywców i obecności przedsiębiorcy w wielu kanałach dystrybucji. Niezbędne jest więc dostosowanie podstawowego narzędzia pomiaru siły rynkowej, jakim jest definicja rynków produktowych, do nowych realiów cyfrowych.

Celem artykułu jest przedstawienie głównych aspektów definiowania rynków właściwych w gospodarce cyfrowej w dokumencie zastępującym obwieszczenie, tj. projekcie Zawiadomienia Komisji w sprawie definicji rynku właściwego do celów unijnego prawa (dalej: projekt zawiadomienia)<sup>2</sup>.

\* Doktor nauk ekonomicznych; adiunkt w Katedrze Biznesu Międzynarodowego Szkoły Głównej Handlowej w Warszawie; radca prawny. ORCID: 0000-0002-5338-3936; e-mail: btarga@sgh.waw.pl.

Edition of that article was financed under Agreement Nr RCN/SP/0326/2021/1 with funds from the Ministry of Education and Science, allocated to the "Rozwój czasopism naukowych" programme.

<sup>1</sup> Obwieszczenie Komisji w sprawie definicji rynku właściwego do celów wspólnotowego prawa konkurencji (Dz. Urz. UE C 372/5 z 9.12.1997 r.).

<sup>2</sup> W artykule odwołuję się do projektu zawiadomienia udostępnionego przez Komisję Europejską 8.11.2022 roku. Pozyskano z: [https://competition-policy.ec.europa.eu/public-consultations/2022-market-definition-notice\\_en](https://competition-policy.ec.europa.eu/public-consultations/2022-market-definition-notice_en) (15.12.2022) wraz z komunikatem prasowym *Commission seeks feedback on draft revised Market Definition Notice, 8 November 2022*. Projekt zawiadomienia uwzględnia uwagi ponad 100 interesariuszy uczestniczących

Zasady definiowania rynków właściwych w ramach gospodarki cyfrowej stanowią nową sekcję dokumentu i podsumowują dorobek decyzyjny Komisji Europejskiej (dalej: Komisja lub KE) z najgłośniejszych spraw ostatnich lat dotyczących potentatów z Doliny Krzemowej. Lektura dokumentu nasuwa ogólną wątpliwość, na ile nowe wskazówki będą pomocne przeciętnym przedsiębiorcom, np. producentom i dystrybutorom towarów oferowanych konsumentom, w samodzielnej ocenie pozycji rynkowej. W artykule komentuję również kwestię badania substytucyjności wśród kupujących na platformach wielostronnych w świetle decyzji Komisji w sprawie *Amazon Marketplace* i *Amazon Buy Box* wydanej 20 grudnia 2022 r., czyli już po opublikowaniu projektu zawiadomienia.

**Słowa kluczowe:** rynek właściwy; udział w rynku; gospodarka cyfrowa.

**JEL:** K21

## I. Wprowadzenie

Dla stosowania prawa konkurencji niezbędne jest wyznaczenie rynków właściwych, w ramach których badane są zachowania przedsiębiorców. Rynki właściwe określają produktowy i geograficzny zakres, w którym konkurenci wywierają na siebie bezpośrednią lub pośrednią presję. Obwieszczenie opublikowane w 1997 r. w dużej mierze opisuje rzeczywistość sprzed rewolucji cyfrowej, w której przeciętny użytkownik komputera dopiero oswajał się z telefonem komórkowym i pocztą elektroniczną, lecz nie porównywał jeszcze cen produktów w porównywarkach, nie dokonywał transakcji na platformach wielostronnych, nie oglądał treści multimedialnych na YouTube ani w serwisach streamingowych, nie korzystał z mediów społecznościowych, a zdjęcia wykonywał za pomocą analogowego aparatu fotograficznego. Rewolucji technologicznej towarzyszyła stopniowa liberalizacja handlu międzynarodowego ograniczająca taryfowe i pozataryfowe bariery dostępu do rynku.

Głównym celem opublikowania obwieszczenia w 1997 r. było ułatwienie przedsiębiorcom samodzielnej oceny pozycji rynkowej zgodnie z zasadami prawa konkurencji. Wobec charakteru i skali zmian, jakie przyniosła gospodarka cyfrowa, potrzeba dostosowania obwieszczenia do realiów gospodarki zdominowanej przez produkt cyfrowy i sieci transferu danych jest niezbędna.

## II. Definicja rynku produktowego w przypadku platform wielostronnych

W projekcie zawiadomienia znalazł się osobny punkt poświęcony definicji rynku właściwego w działalności platform wielostronnych. Platformy odgrywają kluczową rolę w wielu obszarach gospodarki cyfrowej, a ich działalność była w ostatnich latach przedmiotem wielu głośnych postępowań Komisji Europejskiej z zakresu nadużycia pozycji dominującej i kontroli koncentracji<sup>3</sup>. Przykładami platform wielostronnych są platformy handlowe, takie jak Amazon, platformy umożliwiające zamieszczanie reklam, np. serwisy społecznościowe i wyszukiwarka Google.

w wcześniejszych etapach przeglądu, w tym komentarze organów ochrony konkurencji państw członkowskich UE. Po uwzględnieniu uwag do projektu zawiadomienia, Komisja planuje opublikować jego ostateczną wersję w trzecim kwartale 2023 roku.

<sup>3</sup> M.in. dec. KE z 3.10.2014 r. w sprawie M.7217 *Facebook/WhatsApp*; dec. KE z 27.06.2017 r. w sprawie AT.39740 *Google Search (Shopping)*; dec. KE z 6.12.2016 r. w sprawie M.8124 *Microsoft/LinkedIn*; dec. KE z 18.07.2018 r. w sprawie AT.40099 *Google Android*.

Platformy wielostronne pośredniczą w kontaktach między różnymi grupami użytkowników. Silna pozycja rynkowa platform wynika z faktu, że wykorzystują one interakcje pomiędzy różnymi grupami użytkowników platformy (tzw. pośredni efekt sieciowy). W przypadku platform handlowych, wzrost liczebności sprzedających na platformie wywołuje wzrost atrakcyjności platformy wśród kupujących i stanowi bodziec do dołączenia do platformy. Z kolei dołączenie kolejnych kupujących zwiększa atrakcyjność platformy dla sprzedawców (Anusz, 2021). Analogiczny mechanizm zachodzi w serwisach społecznościowych, gdzie dołączanie kolejnych użytkowników zwiększa atrakcyjność dla reklamodawców lub przedsiębiorców traktujących serwis społecznościowy jako kanał reklamowy. Często usługi platform wielostronnych są dostępne dla konsumentów za darmo, co ma na celu przyciągnięcie innej grupy użytkowników, korzystających z usług platformy odpłatnie<sup>4</sup>. Precyzyjna ocena siły rynkowej platform wielostronnych jest więc utrudniona, m.in. ze względu na wzajemne oddziaływanie grup jej użytkowników, różnicowanie polityki cenowej operatora dla grup klientów platformy (Szmigielski, 2016) oraz fakt czy użytkownicy korzystają z jednej platformy (*singlehoming*), czy z wielu konkurencyjnych serwisów jednocześnie (*multihoming*) (Rochet i Tirole, 2003).

Zgodnie z projektem zawiadomienia schemat analizy pozycji rynkowej w ramach platformy obejmuje wyznaczenie jednego lub wielu rynków właściwych dla poszczególnych grup użytkowników platformy. Za przyjęciem definicji odrębnych rynków produktowych w konkretnym przypadku przemawiają znaczne różnice w substytucyjności po każdej stronie platformy. W tym celu należy badać w szczególności różnice pomiędzy dostawcami produktów substytucyjnych dla każdej grupy użytkowników platformy, stopień zróżnicowania produktów po każdej stronie lub ich postrzegania przez każdą grupę użytkowników, rodzaj platformy (transakcyjna typu Amazon lub pośrednicząca w kontaktach typu LinkedIn) i czynniki behawioralne dotyczące zachowań użytkowników, np. czy korzystają oni z jednej, czy wielu platformy jednocześnie.

## 1. Sprawa *Microsoft/LinkedIn*

W sprawie *Microsoft/LinkedIn* Komisja przyjęła jedną definicję rynku produktowego obejmującą różne grupy użytkowników platformy, tj. osoby poszukujące pracy i podmioty rekrutujące do pracy. Badanie rynku nie dało jednoznacznej odpowiedzi czy poszukujący pracy uznają branżowe serwisy z ogłoszeniami o pracę, wersje on-line ogłoszeń o pracę w gazetach, ogłoszenia o pracę na stronach pracodawców i na stronach agencji rekrutujących za substytut usług rekrutowania oferowanych przez LinkedIn<sup>5</sup>. Podobnie brakowało jednoznacznego stanowiska wśród pracodawców odnośnie do stopnia substytucyjności LinkedIn i wymienionych wyżej form pośrednictwa pracy w internecie<sup>6</sup>. Pomimo ograniczonej substytucyjności usług LinkedIn i innych form pośrednictwa pracy, Komisja nie wprowadziła dodatkowej segmentacji produktowej po stronie pracodawców i pracowników, przyjmując dla LinkedIn jedną definicję rynku produktowego jako rynku usług rekrutacji on-line<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> Projekt zawiadomienia, pkt 97.

<sup>5</sup> Dec. KE z 6.12.2016 r. w sprawie M.8124 *Microsoft/LinkedIn*, pkt 144.

<sup>6</sup> *Ibidem*, pkt 145.

<sup>7</sup> *Ibidem*, pkt 147.

## 2. Sprawy Amazon Marketplace i Amazon Buy Box

W sprawie Amazon Marketplace i Amazon Buy Box Komisja wyodrębniła osobny rynek produktowy po stronie sprzedawców korzystających z platformy Amazon – rynek produktowy usług platform dla sprzedawców umożliwiających dotarcie do kupujących (*markets for marketplace services for retailers to reach consumers*)<sup>8</sup>. Do takiej definicji rynku doprowadziła analiza substytucyjności pomiędzy sprzedażą na platformach a sprzedażą we własnych sklepach internetowych, w mediach społecznościowych i porównywarkach cenowych oraz w sklepach stacjonarnych.

Komisja uznała, że inne kanały sprzedaży nie stanowią dla sprzedawców alternatywy względem platformy, lecz są względem niej komplementarne. Przykładowo w porównaniu ze sprzedażą we własnym sklepie internetowym, platforma handlowa o ugruntowanej pozycji rynkowej daje natychmiastowy dostęp do dużej grupy konsumentów, wywołując większy ruch klientów przy mniejszym zaangażowaniu i niższych kosztach<sup>9</sup>.

Komisja pozostawiła jako otwartą definicję rynku produktowego po stronie kupujących, gdyż postępowanie dotyczyło praktyk Amazon względem sprzedawców<sup>10</sup>. Uwzględniła jednak, że siła rynkowa Amazon względem sprzedawców wynika m.in. z ogromnego znaczenia platformy dla kupujących, o czym świadczy fakt, że jest zdecydowanie najczęściej odwiedzaną witryną handlową w Niemczech, Francji i Hiszpanii<sup>11</sup> i dysponuje silną marką detaliczną cieszącą się dużym zaufaniem klientów<sup>12</sup>. Komisja zauważyła również, że obawa przed utratą klienta na rzecz alternatywnego kanału sprzedaży przy wzroście ceny danego produktu oferowanego na Amazon jest ograniczona tym, że z reguły klienci zamawiają na Amazon wiele produktów. Według Komisji przy wzroście ceny na Amazon, klienci najprawdopodobniej wybiorą ten sam produkt u innego sprzedawcy lub jego substytut w ramach Amazon. Usługa Prime stworzyła dla kupujących silną zachętę do koncentrowania zakupów na Amazon, o czym świadczy rosnąca liczba użytkowników usługi Prime i bardziej dynamiczny wzrost średnich wydatków użytkowników Prime od wzrostu wydatków pozostałych klientów Amazon<sup>13</sup>.

### III. Analiza substytucyjności po stronie kupujących na platformie

Warto jednak rozważyć istotną kwestię, w jakim stopniu substytucyjność po jednej stronie użytkowników platformy powinna być uwzględniana w analizie posiadania pozycji dominującej i jej ewentualnego nadużycia na rynku właściwym w drugiej grupie użytkowników platformy. Zgodnie bowiem z projektem zawiadomienia: „(...) Jeżeli w odniesieniu do produktów oferowanych po każdej stronie platformy zdefiniowano odrębne rynki, w ocenie konkurencji można nadal uwzględniać efekty sieciowe i ograniczenia z drugiej strony platformy<sup>14</sup> [podkreślenie Autora]”. W projekcie zawiadomienia Komisja stwierdza m.in., że przy ocenie substytucyjności należy szczególnie uwzględniać elementy pozacenowe, w tym dowody na hipotetyczną substytucyjność i na ograniczenia konkurencji oparte na opiniach branżowych, bariery lub koszty przestawienia

<sup>8</sup> Dec. KE z 20.12.2022 r. w sprawie AT.40462 Amazon Marketplace i AT.40703 Amazon Buy Box, pkt 80.

<sup>9</sup> Ibidem, pkt 68.

<sup>10</sup> Ibidem, pkt 78.

<sup>11</sup> Ibidem, pkt 88.

<sup>12</sup> Ibidem, pkt 89.

<sup>13</sup> Ibidem, pkt 94.

<sup>14</sup> Projekt zawiadomienia, pkt 95.

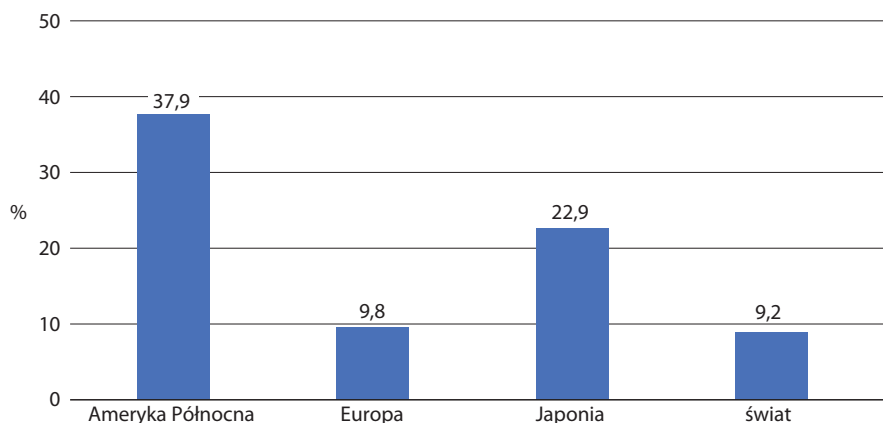
się, takie jak interoperacyjność z innymi produktami i cechy licencyjne. Komisja może również badać reakcje klientów na niewielki, lecz odczuwalny i trwały spadek jakości (*small but significant non-transitory decrease of quality*)<sup>15</sup>.

W decyzji w sprawach *Amazon Marketplace* i *Amazon Buy Box* wymienione są okoliczności wskazujące, że rola platformy Amazon po stronie kupujących jest mniejsza niż wskazywałaby na to liczba wejść na platformę. Dwie trzecie uczestników badania przeprowadzonego przez stowarzyszenie konsumentów niemieckiego landu Nadrenii-Westfalii przyznało, że rozpoczyna proces zakupowy od przeglądania ofert na Amazon, a ceny na Amazon często nie są najniższe<sup>16</sup>. Może to oznaczać, że odwiedziny na stronie Amazon nie przekładają się w istotnym stopniu na decyzje zakupowe (tzw. wskaźnik konwersji). Ponadto program Prime i oferty Buy Box zostały wprowadzone w celu podniesienia wskaźnika konwersji wśród kupujących na Amazon<sup>17</sup>. Niski wskaźnik konwersji świadczy o tym, że platforma Amazon jest istotnym źródłem informacji handlowych dla kupujących, lecz nie kontroluje ich zachowań, gdyż mogą oni szybko sprawdzić oferty u alternatywnych dostawców, np. w porównywarkach cenowych czy w wyszukiwarce.

Warto podkreślić, że dostępnych jest wiele narzędzi analitycznych pozwalających szczegółowo analizować zachowania klientów w internecie. Wiele sklepów internetowych korzysta z oprogramowania<sup>18</sup> analizującego parametry zachowań klientów, np. strony internetowe, z których przeszli do e-sklepu, czas spędzony i strony odwiedzane w danym e-sklepie, liczbę stron odwiedzanych w trakcie jednej sesji. Są to informacje jakościowe użyteczne w analizie substytucyjności w celu ustalenia siły rynkowej danej platformy lub sklepu internetowego. Dane te pokazują m.in. przebieg procesu zbierania informacji przez klienta dokonującego zakupu na platformie. Stopień substytucyjności zakupów na platformie i w innych kanałach sprzedaży w wymiarze ilościowym można również weryfikować udziałem każdego kanału dystrybucji w zakupach poszczególnych grup produktów.

Na marginesie należy dodać, że w świetle dostępnych danych udział Amazon w detalicznym handlu elektronicznym w Europie we wrześniu 2020 r. wynosił 9,8% (zob. rys. 1), co nie wskazuje na pozycję dominującą Amazon po stronie detalicznych zakupów on-line.

**Rysunek 1.** Udział Amazon w handlu elektronicznym w różnych częściach świata we wrześniu 2020 roku



Źródło: Statista, [www.statista.com/statistics/1183515/amazon-market-share-region-worldwide/](https://www.statista.com/statistics/1183515/amazon-market-share-region-worldwide/) (27.02.2023).

<sup>15</sup> Ibidem, pkt 98.

<sup>16</sup> Dec. KE z 20.12.2022 r. w sprawie AT.40462 *Amazon Marketplace* i AT.40703 *Amazon Buy Box*, przypis 49.

<sup>17</sup> Ibidem, pkt 47.

<sup>18</sup> Np. Google Analytics.

Dostępne są zatem dane i parametry, które pozwalają na szczegółową analizę substytucyjności po stronie kupujących, która powinna być prowadzona przy ustalaniu definicji rynku produktowego. Analiza ta może prowadzić do przyjęcia szerokiej definicji rynku produktowego z perspektywy kupujących, np. rynku sprzedaży detalicznej danej kategorii produktów lub usług obejmującego kanały sprzedaży on-line i stacjonarne lub jedynie on-line. Przyjęcie szerszej definicji rynku produktowego po stronie kupujących może mieć z kolei istotne znaczenie dla wyników całościowej analizy pozycji rynkowej platformy.

#### IV. Rynki produktów pierwotnych i wtórnych

Do analizy konkurencji panującej na rynkach cyfrowych Komisja wykorzystuje również podejście stosowane w odniesieniu do produktów pierwotnych (*primary product*) i produktów wtórnych (*secondary product*). Produkty wtórne umożliwiają korzystanie z produktu pierwotnego. Przykładem produktów wtórnych są materiały eksploatacyjne, np. tusz do drukarek, części zamienne do samochodów oraz usługi serwisowe. W praktyce decyzyjnej Komisji występują trzy podejścia w odniesieniu do rynków wtórnych. Pierwsze podejście to przyjęcie jednej definicji rynku produktowego jako rynku systemowego obejmującego produkt pierwotny i produkt wtórny. Przykładem takiego podejścia jest rynek sprzedaży urządzeń i ich serwisowania<sup>19</sup>. Drugie podejście to zdefiniowanie obok rynku produktu pierwotnego wielu odrębnych rynków produktów wtórnych związanych z każdą marką produktu pierwotnego. Przykładowo, w sprawie *Watch Repair* Komisja uznała, że istnieją odrębne rynki części zamiennych do poszczególnych marek luksusowych zegarków<sup>20</sup>. W trzecim podejściu możliwe jest wyznaczenie jednego rynku produktu pierwotnego i odrębnego rynku produktu wtórnego bez dodatkowej segmentacji odpowiadającej różnicom między produktami pierwotnymi. Przykładem jest sprawa *Assa Abloy/Agta Record*, w której Komisja przyjęła jeden wspólny rynek usług serwisowych do różnych rodzajów drzwi<sup>21</sup>.

#### V. Rynki w ramach ekosystemów cyfrowych i sprawa *Google Android*

Funkcjonowanie gospodarki cyfrowej opiera się w dużym stopniu na tzw. ekosystemach cyfrowych, które można zdefiniować jako zespoły współpracujących aplikacji i urządzeń, działających w oparciu o wspólny system operacyjny. Ekosystemy cyfrowe składają się z produktu głównego i kilku cyfrowych produktów wtórnych, których konsumpcja jest związana z produktem głównym poprzez powiązania technologiczne lub interoperacyjność<sup>22</sup>.

Podobnie jak w analizie rynków produktów pierwotnych i wtórnych, przy ekosystemach cyfrowych Komisja może przyjąć łączne definicje rynków produktowych obejmujące produkt główny i produkty wtórne lub odrębne definicje tych rynków. Komisja będzie przy tym uwzględniać takie elementy, jak: efekty sieciowe, koszty przestawienia się i decyzje o korzystaniu z jednej platformy lub wielu platform równolegle w przypadku tego samego produktu. Jeżeli produkty wtórne (cyfrowe)

<sup>19</sup> Np. rynek produktowy obejmujący turbiny gazowe i ich późniejsze serwisowanie przyjęty w decyzji Komisji Europejskiej z 8 września 2015 r. w sprawie M.7278 *General Electric/Alstom (Thermal Power – Renewable Power & Grid Business)*, pkt 147.

<sup>20</sup> Dec. KE z 29 lipca 2014 r. w sprawie AT.39097 *Watch Repair*, pkt. 91–93.

<sup>21</sup> Dec. KE z 27 lutego 2020 r. w sprawie M.9408 *ASSA ABLOY/AGTA RECORD*, pkt 130.

<sup>22</sup> Projekt zawiadomienia, pkt 103.

są oferowane jako pakiet, Komisja może również ocenić czy ten pakiet może sam w sobie stanowić rynek właściwy<sup>23</sup>.

Ilustracją powyższej metodologii definiowania rynku jest sprawa *Google Android*, w której Komisja badała funkcjonowanie ekosystemu narzędzi cyfrowych funkcjonujących w oparciu o mobilny system operacyjny Android<sup>24</sup>. Komisja wyróżniła następujące odrębne rynki produktowe:

- 1) rynek objętych licencją inteligentnych mobilnych systemów operacyjnych – w 2005 r. Google nabył dewelopera mobilnego systemu operacyjnego Android. Stosowanie systemu Android na urządzeniu mobilnym wymaga nabycia licencji od Google. Udział Google w tym rynku na świecie (bez Chin) Komisja oszacowała na ponad 96%<sup>25</sup>. Rynek ten charakteryzuje się wysokimi barierami wejścia spowodowanymi wysokimi kosztami i efektem sieciowym: większa liczba użytkowników danego mobilnego systemu operacyjnego stanowi zachętę do tworzenia nowych aplikacji pod ten system, co z kolei podnosi jego atrakcyjność i przyciąga kolejnych użytkowników. Komisja uznała, że mobilny system operacyjny Android nie należy do tego samego rynku, co systemy operacyjne, na których działają urządzenia Apple czy Blackberry, gdyż systemy te nie są udostępniane na podstawie licencji producentom urządzeń;
- 2) rynek sklepów z aplikacjami dla systemu Android – sklep Google Play Store zajmuje pozycję dominującą na światowym rynku (bez Chin) sklepów z aplikacjami przeznaczonymi dla mobilnego systemu operacyjnego Android. Ponad 90% aplikacji na urządzenia z systemem Android jest pobieranych z tego sklepu. Rynek ten charakteryzuje się wysokimi barierami wejścia<sup>26</sup>;
- 3) rynki ogólnych wyszukiwarek internetowych – Komisja ustaliła, że wyszukiwarka Google ma silną pozycję dominującą na krajowych rynkach ogólnych wyszukiwarek internetowych we wszystkich 31 państwach członkowskich EOG (udział ponad 90%)<sup>27</sup>.

W oparciu o powyższą segmentację rynków produktowych, Komisja ustaliła, że Google nadużywał pozycji dominującej poprzez sprzedaż producentom urządzeń mobilnych swoich aplikacji wyłącznie w pakiecie obejmującym aplikację Google Play Store, aplikację wyszukiwarki internetowej Google i przeglądarkę internetową Chrome. Komisja ustaliła, że produktem wiążącym jest aplikacja sklepu Google Play Store, której użytkownicy smartfonów nie mogli legalnie sami pobrać. Stwarzało to konieczność preinstalacji aplikacji Google Play Store przez producentów urządzeń. W praktyce w każdym smartfonie z systemem Android należącym do Google, trzy kluczowe aplikacje dla korzystania z internetu pochodzą również od Google.

## VI. Udział w rynku właściwym i inne wskaźniki pozycji rynkowej

W świetle obwieszczenia z 1997 r. głównym wskaźnikiem siły rynkowej przedsiębiorcy jest udział danego przedsiębiorcy w całkowitej wartości sprzedaży przedsiębiorców na danym rynku właściwym. Udział w rynku właściwym jest statycznym miernikiem pozycji rynkowej, który kładzie nacisk wyłącznie na warunki konkurencji panujące wewnątrz określonych rynków produktowych, pomijając presję konkurencyjną z rynków powiązanych. Udział rynkowy nie informuje o pozostałych źródłach presji konkurencyjnej, tj. substytucyjności podażowej i możliwości wejścia na rynek nowych graczy.

<sup>23</sup> Pkt 103 projektu zawiadomienia.

<sup>24</sup> Dec. KE z 18 lipca 2018 r. w sprawie AT.40099 *Google Android*.

<sup>25</sup> Ibidem, pkt 446.

<sup>26</sup> Ibidem, pkt 591 i nast.

<sup>27</sup> Ibidem, pkt 681.



Dodatковым mankamentem udziału rynkowego w gospodarce cyfrowej jest to, że nie informuje on o ryzyku „przechylenia się” rynku w kierunku monopolu ze względu na silne efekty sieciowe (*tipping*). Ponadto w przypadku platform wielostronnych z darmowym dostępem trudno wskazać jeden udział rynkowy, który wszechstronnie uwzględniałby wszystkie źródła siły rynkowej (OECD, 2022).

Projekt zawiadomienia uwzględni specyfikę gospodarki cyfrowej w tym zakresie, wskazując dodatkowe wskaźniki świadczące o pozycji przedsiębiorcy na rynkach cyfrowych, takie jak liczba aktywnych użytkowników (*active users*) serwisu internetowego, liczba wejść na stronę, liczba pobrań i aktualizacji, wielkość lub wartość transakcji zawartych za pośrednictwem serwisu internetowego, np. platformy wielostronnej. Komisja posługiwała się tymi wskaźnikami m.in. w sprawach *Facebook/WhatsApp*<sup>28</sup>, *Google Search Shopping*<sup>29</sup>, *Google Android*<sup>30</sup>, *Meta/Kustomer*<sup>31</sup>.

W kontekście gospodarki cyfrowej istotna jest również uwaga Komisji, iż udziały w rynku są mniej wiarygodnym wskaźnikiem władzy rynkowej w przypadku produktów zróżnicowanych, gdy na wybór klienta w istotnym stopniu wpływają pozacenowe atrybuty produktów, np. projekt, wizerunek marki, specyfikacje techniczne, trwałość, poziom obsługi lub jakakolwiek inna cecha szczególna<sup>32</sup>. Niewątpliwie cechą szczególną gospodarki cyfrowej jest rozszerzenie konkurowania poza tradycyjne parametry ceny i jakości produktu. W warunkach sprzedaży wielokanałowej ważnym kryterium decydującym o wyborze dostawcy danego produktu jest poziom obsługi, wygoda i szybkość dostawy, możliwość obejrzenia produktu w punkcie stacjonarnym, dostępność fachowego doradztwa czy możliwość zwrotu w punkcie stacjonarnym.

Zgodnie z projektem zawiadomienia wskaźnikiem pozycji rynkowej przedsiębiorstw może być również poziom wydatków na badania i rozwój lub liczba patentów<sup>33</sup>. Wskaźnik ten będzie dotyczył branży cechujących się dużymi inwestycjami w badania i rozwój. Liczba patentów może być jedynie dodatkowym wskaźnikiem siły rynkowej, gdyż patent samodzielnie nie przesądza o uzyskaniu silnej pozycji rynkowej.

W mojej ocenie wskaźnikiem o analogicznym charakterze do wydatków na badania i rozwój mogą być również wydatki przedsiębiorcy na marketing i reklamę, a w szczególności reklamę internetową. Wydatek reklamowy, podobnie jak wydatek na badania i rozwój, nie daje gwarancji dodatkowego przychodu, lecz w realiach internetu znaczenie promocji jako czynnika wpływającego na wysokość przychodu przedsiębiorcy w tzw. marketing mix (*product, place, price, promotion*) znacząco wzrosła (Dominici, 2009).

## VII. Okres referencyjny danych rynkowych

W świetle projektu zawiadomienia udziały rynkowe powinny być obliczane w okresach jedno- lub dwuletnich w oparciu o dane rynkowe za co najmniej ostatnie trzy lata. Komisja zaznaczyła również, że okres referencyjny może być krótszy bądź dłuższy od roku na rynkach charakteryzujących się nierównomiernym lub nieregularnym popytem lub sezonowością podaży lub popytu<sup>34</sup>. Uwaga

<sup>28</sup> Dec. KE z 3 października 2014 r. w sprawie M.7217 *Facebook/WhatsApp*.

<sup>29</sup> Dec. KE z 27 czerwca 2017 r. w sprawie AT.39740 *Google Search (Shopping)*.

<sup>30</sup> Dec. KE z 18 lipca 2018 r. w sprawie AT.40099 *Google Android*.

<sup>31</sup> Dec. KE z 27 stycznia 2022 r. w sprawie M. 10262 *Meta/Kustomer*.

<sup>32</sup> Projekt zawiadomienia, pkt 84.

<sup>33</sup> Ibidem, pkt 107.

<sup>34</sup> Ibidem, pkt 111.

ta może być istotna dla analizy konkurencji na rynkach z dużym udziałem sprzedaży w kanale on-line. Jednym z wymiarów konkurowania w sprzedaży internetowej jest zróżnicowanie narzędzi marketingowych (np. reklama w wyszukiwarkach, reklamy w mediach społecznościowych, spersonalizowana komunikacja) i możliwość bezpośredniego docierania do odbiorców potencjalnie zainteresowanych treściami reklamowymi. Jednocześnie internetowe kampanie reklamowe są z reguły nastawione na wywołanie zainteresowania odbiorców i uzyskanie wzrostu sprzedaży w bardzo krótkim okresie (np. kilku dni lub kilku tygodni)<sup>35</sup>. W efekcie, sprzedaż w kanale on-line cechuje się dużą zmiennością w krótkich okresach, co powinno być uwzględnione w analizie konkurencji poprzez badanie udziałów w wielu krótkich następujących po sobie okresach zamiast w jednym długim. Wysoka zmienność udziałów rynkowych w krótkich okresach, np. w kolejnych miesiącach lub kwartałach stanowi cenną informację nt. dynamiki konkurencji w danym segmencie, która umyka przy zastosowaniu uśrednionego udziału rocznego. Przykładowo, przyjęcie rocznego okresu referencyjnego może prowadzić do wniosku, że udział w rynku na poziomie 45% świadczy o posiadaniu pozycji dominującej przez danego przedsiębiorcę. Jeżeli jednak w kolejnych miesiącach lub kwartałach udział tego przedsiębiorcy wahał się w przedziale od 25 do 55%, to skala wahań wskazuje raczej, że pozycja przedsiębiorcy jest podważalna przez konkurentów. Jak już wspomniano, dostępnych jest wiele narzędzi analitycznych umożliwiających szczegółowy monitoring sprzedaży w internecie.

## VIII. Komentarz

Nowe sekcje dotyczące gospodarki cyfrowej, które pojawiły się w projekcie zawiadomienia podsumowują dorobek decyzyjny Komisji z najgłośniejszych spraw ostatnich lat dotyczących potentatów z Doliny Krzemowej. Oprócz wcześniejszej uwagi szczegółowej dotyczącej analizy substytucyjności wśród kupujących na platformach wielostronnych, lektura dokumentu nasuwa ogólną wątpliwość, na ile nowe wskazówki będą pomocne dla przeciętnych przedsiębiorców, np. producentów i dystrybutorów towarów oferowanych konsumentom, w samodzielnej ocenie pozycji rynkowej. Konkurowanie w warunkach gospodarki cyfrowej przybrało nowe formy ze względu na wzrost znaczenia reklamy internetowej, dezintermediację i bezpośredni kontakt z ostatecznym klientem, wielokanałowość sprzedaży, wysoką przejrzystości rynku, wzrost znaczenia usług okołosprzedażowych, większą możliwość różnicowania produktów i usług. Wobec wieloaspektowości i dynamiki konkurowania w gospodarce cyfrowej analiza konkurencji oparta na statycznej definicji rynku właściwego i udziału rynkowego może prowadzić do nadmiernych uproszczeń, w szczególności do błędnego przypisania przedsiębiorcy siły rynkowej. To kwestia o fundamentalnym znaczeniu, gdyż decyduje m.in. o możliwości uznania danego porozumienia ograniczającego konkurencję za tzw. porozumienie bagatelne w rozumieniu art. 7 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (udziały w rynku właściwym nie większe niż 5 lub 10%), możliwości skorzystania z blokowego wyłączenia wertykalnego (udziały w rynku właściwym nie

<sup>35</sup> Wypowiedź Rafała Jakackiego, Head of e-commerce home.pl, nt. kampanii promocyjnych w okresie tzw. Black Friday: „Nasi klienci sprzedali więcej produktów i uzyskali wyższy przychód, ponieważ przygotowali swoje sklepy na okres wzmożonego handlu. W pierwszej kolejności zwiększyli budżety na reklamę internetową. Sprzedaż w czterodniowym okresie od Black Friday do Cyber Monday [podkreślenie Autora] wzrosła o ponad 43% w porównaniu z poprzednimi dniami (przy jednoczesnym spadku kosztu samej reklamy). Dodatkowo większość sklepów realizowała różnego rodzaju promocje przez cały listopad, co wpłynęło na ogólny wzrost sprzedaży w całym miesiącu, a nie tylko w czasie 4-dniowej promocji”. Źródło: Sprzedaż podczas Black Friday i Cyber Monday – jak poradziły sobie sklepy internetowe w Polsce? Pozyskano z: <https://blog.home.pl/2022/12/black-friday-i-cyber-monday-polska-wyniki-sklepy/> (24.01.2023).

większe niż 30%)<sup>36</sup> czy o stwierdzeniu posiadania pozycji dominującej (udział w rynku właściwym powyżej 40%). Wieloaspektowość i dynamika konkurowania w gospodarce cyfrowej wskazuje, że przewaga konkurencyjna w gospodarce cyfrowej jest uzyskiwana raczej w krótkich okresach i nie prowadzi do uzyskania siły rynkowej w stopniu umożliwiającym zachowanie w dużym stopniu niezależne od konkurentów i kontrahentów. W efekcie możliwość skorzystania z wertykalnego wyłączenia blokowego nie powinna być uzależniona wyłącznie od posiadania wskaźnika udziału w rynku na określonym poziomie.

Komisja wprawdzie wskazuje w projekcie zawiadomienia dodatkowe wskaźniki pozycji rynkowej, jednak niejasne pozostaje, jaką wagę należy im przypisywać i czy udział rynkowy nadal będzie mieć rozstrzygające znaczenie przy ustaleniu poziomu ryzyka antymonopolowego. W szczególności cenne byłyby wskazówki czy przekroczenie istotnych progów udziału w rynku (powyżej 30% lub 40% średniorocznego udziału rynkowego), może być zrelatywizowane przez takie czynniki, jak:

- 1) szczególnie niska marża albo marża o wysokiej amplitudzie wahań w krótkich okresach (OECD, 2022);
- 2) sprzedaż o wysokiej amplitudzie wahań w krótkich okresach;
- 3) posiadanie relatywnie niskiego budżetu reklamowego w porównaniu z konkurentami i wysokością opłat reklamowych (ACCC, 2021);
- 4) posiadanie dużych zbiorów informacji o użytkownikach (*Big Data*) uzyskanych ze względu na usługi oferowane za darmo (Oxera, 2018); G7 United Kingdom, 2021);
- 5) zachowania użytkowników strony, np. relatywnie niska liczba transakcji przy wysokiej liczbie wejść na stronę, co może wynikać z wysokiej pozycji w wyszukiwarkach lub skuteczności reklamy internetowej przy jednoczesnej nieatrakcyjności oferty (np. wysokie ceny).

Brak konkretnych wskazówek w projekcie zawiadomienia nie powinien jednak zniechęcać przedsiębiorców do stosowania nowych miar pozycji rynkowej. W realiach cyfrowych doszło wprawdzie do zdywersyfikowania parametrów konkurowania, ale pojawiły się również narzędzia umożliwiające pomiar tych parametrów. W związku z tym uważam, że rosnącą rolę w analizie konkurencji przez przedsiębiorców i organy ochrony konkurencji powinna odgrywać analityka internetowa będąca systemem narzędzi do zbierania i analizowania danych o sprzedaży w internecie i o zachowaniach internautów.

## Bibliografia

- ACCC. (2021). *Digital advertising services inquiry – Final report*. Pozyskano z: <https://www.accc.gov.au/publications/digital-advertising-services-inquiryfinal-report> (4.01.2023).
- Anusz, A. (2021). Problematyka wyznaczania rynku właściwego na przykładzie przedsiębiorców cyfrowych funkcjonujących w ramach rynków dwustronnych. *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, LXXXIII(1). <https://doi.org/10.14746/rpeis.2021.83.1.14>.
- Dominici, G. (2009). From Marketing Mix to e-Marketing Mix: a literature overview and classification. *International Journal of Business and Management*, 4(9), <https://doi.org/10.5539/ijbm.v4n9p17>.

<sup>36</sup> Rozporządzenie Komisji (UE) 2022/720 z dnia 10 maja 2022 r. w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych (Dz. Urz. UE L 134, art. 3 ust. 1).

- European Commission. (2018). Antitrust: Commission fines Google €4.34 billion for illegal practices regarding Android mobile devices to strengthen dominance of Google's search engine. *Press release 18 July 2018*. Pozyskano z: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP\\_18\\_4581](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_18_4581) (2.01.2023).
- G7 United Kingdom. (2021). *Compendium of approaches to improving competition in digital markets*, 29 November 2021. Pozyskano z: <https://www.gov.uk/government/publications/2022-compendium-of-approaches-to-improving-competition-in-digital-markets> (3.02.2023).
- Komisja Europejska. (2022). Competition: Commission seeks feedback on draft revised Market Definition Notice. *Press release of 8 November 2022*. Pozyskano z: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_22\\_6528](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_6528) (9.02.2023).
- OECD. (2022). *The Evolving Concept Of Market Power In The Digital Economy*. Pozyskano z: <https://www.oecd.org/daf/competition/the-evolving-concept-of-market-power-in-the-digital-economy-2022.pdf> (6.12.2022).
- Oxera. (2018). *Market power in digital platforms*. Pozyskano z: [https://ec.europa.eu/competition/information/digitisation\\_2018/contributions/oxera/oxera\\_market\\_power\\_in\\_digital\\_markets.pdf](https://ec.europa.eu/competition/information/digitisation_2018/contributions/oxera/oxera_market_power_in_digital_markets.pdf) (5.12.2022).
- Rochet, J. i Tirole, J. (2003). Platform Competition in Two-Sided Markets. *Journal of the European Economic Association*, 1(4), <https://doi.org/10.1162/154247603322493212>.
- Szmigielski, A. (2016). Problemy i wyzwania związane z zastosowaniem unijnych narzędzi prawa konkurencji do rynku wyszukiwarek internetowych. *Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ*, 6(28).

Wojciech Lewandowski\*

## Stosowanie prawa konkurencji do sportu przez krajowe organy ochrony konkurencji na przykładzie aktualnej działalności Prezesa UOKiK

### Spis treści

- I. Informacje ogólne
- II. Stosowanie prawa konkurencji Unii Europejskiej do sportu
- III. Podział kompetencji między krajowymi organami ochrony konkurencji i Komisji Europejskiej
- IV. Aktualna działalność Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów
  1. Decyzja w sprawie ligi koszykówki
    - 1.1. Przesłanki stosowania prawa konkurencji do sportu – podmiotowe, wyznaczenie rynku właściwego i wpływu na handel między państwami członkowskimi
    - 1.2. Ograniczenie konkurencji – rodzaj praktyki, interes publiczny, zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji
    - 1.3. Usprawiedliwienie ograniczeń konkurencji
  2. Postępowanie w sprawie ligi żużla
- V. Komentarz
- VI. Podsumowanie

### Streszczenie

Od wejścia w życie rozporządzenia 1/2003<sup>1</sup> stosowanie traktatowych reguł ochrony konkurencji na rynku wewnętrznym jest zdecentralizowane. Krajowe organy ochrony konkurencji powinny przejąć część obowiązków związanych z egzekwowaniem postanowień Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej w zakresie prawa antymonopolowego, by zapewnić ich skuteczność na szczeblu krajowym. Jak wynika ze sprawy AT.40208 *International Skating Union* prowadzonej przez Komisję Europejską, działalność organów krajowych w odniesieniu do sportu może być polem doświadczalnym w kwestii oceny niektórych praktyk międzynarodowych federacji sportowych i krajowych związków sportowych pod kątem zgodności z prawem unijnym. Z tego względu działania podejmowane wobec jednego krajowego związku sportowego przez krajowy organ ochrony konkurencji mogą być przedmiotem zainteresowania dla innych takich organów w innych państwach członkowskich UE i dla Komisji oraz przyczyniać się do ustanowienia ogólnounijnego standardu stosowania art. 101 i art. 102 TFUE do sportu. W tym kontekście aktualna działalność Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: UOKiK) może stać się wzorem lub

\* Doktor, adiunkt w Zakładzie Prawa Europejskiego Instytutu Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk. ORCID: 0000-0002-3909-6519; e-mail: w.lewandowski@inp.pan.pl.

Edition of that article was financed under Agreement Nr RCN/SP/0326/2021/1 with funds from the Ministry of Education and Science, allocated to the "Rozwoj czasopism naukowych" programme.

<sup>1</sup> Rozporządzenie Rady (WE) nr 1/2003 z 16.12.2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu (Dz. Urz. UE L 001, 4.01.2003, s. 1–25).

punktem odniesienia dla przyszłych kierunków rozwoju tego obszaru stosowania prawa konkurencji w całej UE. Niniejszy artykuł przedstawia analizę bieżącej działalności UOKiK w wymiarze stosowania prawa konkurencji do ligi koszykówki i związanych z tym problemów prawnych, także w porównawczym kontekście międzynarodowym.

**Słowa kluczowe:** prawo konkurencji; prawo sportowe; UOKiK; porozumienie ograniczające konkurencję; liga koszykówki.

**JEL:** K210, L440

## I. Informacje ogólne

Stosowanie przepisów prawa konkurencji UE do sportu nie jest całkiem nowym obszarem badawczym. Pierwsze oznaki zainteresowania Komisji Europejskiej<sup>2</sup> i Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej<sup>3</sup> (TSUE) tą dziedziną działalności społeczno-gospodarczej były sygnalizowane już w połowie lat dziewięćdziesiątych<sup>4</sup>. Przełomowy pod tym względem był z pewnością wyrok TSUE z 2006 r. w sprawie *Meca-Medina i Majcen*, w którym Trybunał wprost zastosował zakaz porozumień ograniczających konkurencję, objęty wówczas artykułem 81 Traktatu o Wspólnotach Europejskich, do reguł antydopingowych obowiązujących w rywalizacji sportowej<sup>5</sup>. Od 2017 roku unijne prawo konkurencji coraz częściej jest stosowane w kontekście sportu, a decyzja KE w sprawie International Skating Union (ISU) z grudnia 2017 r. zapoczątkowała nowy okres w prawie sportowym UE, który charakteryzuje się kontrolą zgodności regulacji sportowych z prawem konkurencji UE przed Trybunałem Sprawiedliwości Unii Europejskiej (Kolasiński, 2019a; Agafonova, 2019). Wymienić tu można chociażby postępowania w sprawach *ISU*<sup>6</sup>, *Europejskiej Superligi*<sup>7</sup>, *FIFA*<sup>8</sup> i *Royal Antwerp Football Club*<sup>9</sup>. We wszystkich tych sprawach pojawia się odniesienie do przepisów prawa konkurencji i zgodności regulacji sportowych z art. 101 lub art. 102 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE). Liczba postępowań rośnie z każdym rokiem, niemniej przyspieszenie tego trendu ma ścisły związek z wybuchem pandemii COVID-19. Zmusiła ona wiele podmiotów do czasowego wstrzymania aktywności sportowej, ograniczyła ich dochody i zaburzyła normalny tok i cykl rozgrywanych zawodów (Garcia i in., 2020). Dlatego poszukiwanie nowej ścieżki rozwiązywania powstałych na tym tle sporów, także przy wykorzystaniu prawa konkurencji jako narzędzia prawnego umożliwiającego ochronę zagrożonych interesów (Kolasiński, 2013), można wskazać jako jeden z bezpośrednich wpływów pandemii COVID-19 na europejski model sportu. Podobnie wygląda kontekst działalności UOKiK, którego dwa postępowania prowadzone

<sup>2</sup> Wówczas Komisji Wspólnot Europejskich.

<sup>3</sup> Wówczas Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości.

<sup>4</sup> Mimo że rozstrzygnięcie w sprawie *Bosman* było wydane w oparciu o przepisy swobód rynku wewnętrznego, to w swojej opinii wydanej w tej samej sprawie Rzecznik Generalny, C.O. Lenz, wspominał o możliwości stosowania do sportu także przepisów prawa konkurencji, co przełożyło się na zwiększoną aktywność Komisji.

<sup>5</sup> Wyrok TS z 18.07.2006 r., C-519/04 P *Meca-Medina i Majcen przeciwko Komisji* (ECLI:EU:C:2006:492).

<sup>6</sup> Sprawa C-124/21 P *International Skating Union przeciwko Komisji*. Dostępna jest opinia Rzecznika Generalnego Rantosa z 15.12.2022 r. (ECLI:EU:C:2022:988) i wcześniejszy wyrok Sądu z 16.12.2020 r. w sprawie T-93/18 *International Skating Union przeciwko Komisji* (ECLI:EU:T:2020:610).

<sup>7</sup> Sprawa C-333/21 *European Superleague Company*. Dostępna jest opinia Rzecznika Generalnego Rantosa z 15.12.2022 r. (ECLI:EU:C:2022:993).

<sup>8</sup> Sprawa C-650/22 *Fédération internationale de football association (FIFA)/BZ*.

<sup>9</sup> Sprawa C-680/21 *Royal Antwerp Football Club*. Dostępna jest opinia Rzecznika Generalnego Szpunara z 9.03.2023 r. (ECLI:EU:C:2023:188).

w obszarze sportu<sup>10</sup> dotyczą praktyk podmiotów zaangażowanych w organizację rozgrywek sportowych wdrażanych „w odpowiedzi” na wyzwania związane z pandemią.

Niniejszy artykuł został podzielony na pięć części w celu ukazania kontekstu działalności UOKiK w kwestii sportu. W pierwszej z nich skrótowo omówiono charakterystykę stosowania prawa konkurencji UE do sportu. W drugiej – zaprezentowano podział kompetencji w zdecentralizowanym systemie egzekwowania prawa konkurencji UE w kontekście działalności krajowych organów konkurencji wobec praktyk związków krajowych. W trzeciej zaś przedstawiono decyzję Prezesa UOKiK nr DOK-1/2022 z 20 października 2022 r. w sprawie ligi koszykówki. W czwartej części omówiono natomiast konsekwencje wynikające z tej decyzji w kontekście różnic i podobieństw w stosunku do praktyki innych krajowych organów ochrony konkurencji i Komisji. Piąta część artykułu stanowi podsumowanie rozważań.

## II. Stosowanie prawa konkurencji Unii Europejskiej do sportu

Warunkiem stosowania prawa konkurencji UE (zakazu praktyk ograniczających konkurencję na rynku wewnętrznym) do działalności związanej ze sportem jest spełnienie wszystkich przesłanek określonych w art. 101 lub art. 102 TFUE (Rincón, 2005). Niezbędne jest przede wszystkim stwierdzenie spełnienia wymogów określonych dla podmiotowej przesłanki „przedsiębiorstwa” lub „związku przedsiębiorstw”. Dla celów analizy tej przesłanki w pierwszej kolejności bada się czy analizowana działalność sportowa może być postrzegana jako wykonywanie działalności o charakterze gospodarczym (w szerokim rozumieniu). Przy czym posługuje się najczęściej funkcjonalną interpretacją pojęcia „przedsiębiorstwa” wypracowaną w orzecznictwie TSUE i pomocniczo wskazuje się na rynki właściwe dla działalności sportowej (nie tylko w kontekście określenia występowania pozycji dominującej). Następnie określa się, czy działania federacji lub związków sportowych (niekiedy także klubów) wywierają „wpływ na handel między Państwami Członkowskimi” – w tym kontekście analiza często nie wykracza poza potwierdzenie występowania tego wpływu ze względu na kwestie geograficznego zasięgu działalności większości międzynarodowych federacji sportowych (skala globalna) lub objęcie zakresem stosowania regulacji przyjmowanych przez związek całego rynku krajowego, co przekłada się na kwestie dostępu do niego przez podmioty trzecie (więc wpływa na transgraniczną działalność i w tym wymiarze dotyczy kwestii „pomiędzy Państwami Członkowskimi”). Dla celów interpretacji tej przesłanki przyjmuje się także szeroką definicję „handlu” obejmującą każdy rodzaj gospodarczo motywowanej aktywności, nie tylko klasycznie rozumianą wymianę dóbr i usług (Van Rompuy, 2015). Z praktyki decyzyjnej Komisji i orzecznictwa TSUE wynika, że potwierdzenie tych przesłanek nie przysparza większych trudności i nie budzi kontrowersji, szczególnie gdy weźmie się pod uwagę znaczący stopień komercjalizacji obecnej rywalizacji sportowej i jej, z reguły, wyraźnie odpłatny charakter dla uczestników (Lewandowski, 2018).

<sup>10</sup> Rozpoczęte w kwietniu 2021 r. postępowanie dotyczące ligi koszykówki zakończone wydaniem w październiku 2022 r. decyzji nr DOK-1/2022 z 20.10.2022 r. oraz rozpoczęte we wrześniu 2021 r. postępowanie wyjaśniające dotyczące ligi żużla, które doprowadziło do sformułowania przez Prezesa UOKiK formalnych zastrzeżeń w maju 2022 r. (w kwietniu 2023 r. postępowanie jest wciąż prowadzone). Zob. Komunikat prasowy UOKiK z 12.04.2021 r. – *Prezes UOKiK stawia zarzuty ograniczenia konkurencji klubom koszykarskim*. Pozyskano z: [https://uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news\\_id=17402&print=1](https://uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=17402&print=1) (23.04.2023); Komunikat prasowy UOKiK z 14.09.2021 r. – *Żużel – postępowanie wyjaśniające Prezesa UOKiK*. Pozyskano z: [https://uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news\\_id=17812](https://uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=17812) (23.04.2023); Komunikat prasowy UOKiK z 24.05.2022 r. – *Żużel – Prezes UOKiK postawił zarzuty ograniczenia konkurencji*. Pozyskano z: [https://uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news\\_id=18547](https://uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=18547) (23.04.2023).

Formy praktyk podejmowanych przez federacje sportowe, związki krajowe lub kluby przyjmują dwojaką postać – są to działania wielostronne, obejmujące skoordynowaną współpracę między uczestnikami rywalizacji sportowej (np. wspólne uzgodnienie regulaminu dopuszczalności do zawodów) lub działania jednostronne wobec innych podmiotów zaangażowanych w rywalizację sportową (np. ustalanie zasad dotyczących autoryzacji wydarzeń organizowanych przez podmioty trzecie) (Van Rompuy, 2015; Lewandowski, 2018; Szyszczak, 2018). Linia podziału nie jest ostra ze względu na piramidalną strukturę organizacji sportu w Europie, z której wynika zaangażowanie podmiotów z niższych szczebli w przyjmowanie regulacji ustalanych na wyższych szczeblach (np. związki krajowe aprobujące zmiany w statucie/regulaminie kontynentalnej federacji sportowej). Z tego względu przypisanie działań realizowanych w ramach organizacji zawodów sportowych jako praktyki objętej przesłankami porozumienia, uzgodnienia lub decyzji związku przedsiębiorstw<sup>11</sup> (czyli praktyk objętych zakresem stosowania art. 101 TFUE) lub nadużywania pozycji dominującej<sup>12</sup> (czyli praktyk objętych zakresem stosowania art. 102 TFUE) podlega ocenie w konkretnych okolicznościach i ma stosunkowo elastyczny charakter. W niektórych przypadkach, związanych z wyraźną delegacją ustawową wyłącznych kompetencji do organizacji rozgrywek na rzecz związku krajowego, możliwe jest także uznanie praktyk tych związków za objęte zakresem stosowania art. 106 TFUE<sup>13</sup>, obejmującym zakaz stosowania środków sprzecznych z normami traktatów dla przedsiębiorstw publicznych, przedsiębiorstw, którym przyznano prawa specjalne lub wyłączne i przedsiębiorstw zobowiązanych do zarządzania usługami świadczonymi w ogólnym interesie gospodarczym lub mającymi charakter monopolu skarbowego (Materna, 2009).

W celu stwierdzenia naruszenia zakazów zawartych w art. 101 lub art. 102 TFUE w sprawach związanych ze sportem organy krajowe i KE powinny zastosować trzystopniowy test (Kienapfel i Stein, 2007), który składa się z następujących etapów:

- 1) spełnianie przesłanek „przedsiębiorstwa” lub „związku przedsiębiorstw”, ograniczenia konkurencji i wpływu na handel między państwami członkowskimi;
- 2) spełnienie kryteriów tzw. testu *Wouters*;
- 3) spełnienie przesłanek usprawiedliwienia ograniczeń konkurencji objętych przesłankami art. 101 ust. 3 TFUE (w przypadku porozumień ograniczających konkurencję) lub doktryną obiektywnego uzasadnienia w stosunku do ograniczeń objętych art. 102 TFUE (w przypadku jednostronnych praktyk przedsiębiorstw mających pozycję dominującą na rynku).

Istotną charakterystyką związaną ze stosowaniem prawa konkurencji UE do sportu jest drugi etap powyższego testu i analiza kryteriów tzw. testu *Wouters* wypracowanego przez TSUE i implementowanego do sportu w wyroku *Meca-Medina i Majcen* (Pijetlovic, 2017). Zgodnie z dominującym w literaturze poglądem stanowi on dodatkowy „bezpiecznik” zapewniający elastyczność prawa konkurencji UE w obszarze sportu i ograniczenie nadmiernej ingerencji prawa konkurencji w autonomię samoregulacyjną federacji sportowych. Jego wymogi są związane z powszechną w prawie UE zasadą proporcjonalności i obejmują ogólny kontekst, w jakim zostały przyjęte regulacje, istnienie legitymowanego celu, który realizują, kryterium niezbędności i adekwatności, a także proporcjonalność *sensu stricto* (Pijetlovic, 2016; Van Rompuy, 2015). Test *Wouters* umożliwia

<sup>11</sup> W wyr. TS z 18.07.2006 r., C-519/04 P *David Meca-Medina i Igor Majcen przeciwko Komisji* (ECLI:EU:C:2006:492) praktyki Międzynarodowego Komitetu Olimpijskiego zostały określone jako „decyzja związku związków przedsiębiorstw”.

<sup>12</sup> Wyr. TS z 1.07.2008 r., C-49/07 *Motosykletystiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE) przeciwko Elliniko Dimosio* (ECLI:EU:C:2008:376).

<sup>13</sup> Wyr. TS z 1.07.2008 r. w sprawie C-49/07 *Motosykletystiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE) przeciwko Elliniko Dimosio* (ECLI:EU:C:2008:376).



także wzięcie pod uwagę szerszego wachlarza celów niż wyłącznie gospodarcze, realizację innych rodzajów polityki UE poprzez stosowanie prawa konkurencji (przede wszystkim celów polityki sportowej UE określonych w art. 165 TFUE) i uwzględnienie tzw. specyfiki sportu w ramach stosowania prawa konkurencji UE (Weatherill, 2014). Ostatnie z wymienionych pojęć zostało uznane w prawie UE<sup>14</sup> i jest szeroko stosowane przez instytucje UE dla uzasadnienia odmiennego, niż do innych dziedzin życia społeczno-gospodarczego, podejścia do sportu (Szyszczak, 2018a). Uzasadnieniem takiego odmiennego podejścia w kontekście prawa konkurencji są pewne istotne różnice między klasyczną konkurencją gospodarczą a konkurencją sportową (najczęściej wskazuje się na konieczność zapewnienia porównywalności wyników, równowagi między uczestnikami, niezbędny element porozumienia co do reguł rywalizacji, współzależność między uczestnikami i brak dążenia do usunięcia innych podmiotów z rynku by przejąć ich udział) (Kolasiński, 2019). Brak uwzględnienia tych różnic mógłby spowodować daleko idące konsekwencje dla uczestników rywalizacji i wypaczyć sens konkurencji sportowej. Z tego względu sport jest traktowany odmiennie, a niektóre jego cechy szczególne mogą być okolicznościami łagodzącymi (analizowanymi na etapie badania kontekstu i legitymowanego celu praktyk tych podmiotów przy ocenie praktyk federacji i związków sportowych). Niemniej, co jasno wynika z orzecznictwa TSUE, „specyfika sportu” nie oznacza generalnego wyłączenia tej dziedziny spod zakresu stosowania prawa konkurencji. Badanie przesłanek art. 101 ust. 3 TFUE i doktryny obiektywnego uzasadnienia ma mniejsze znaczenie praktyczne dla omawianych zagadnień.

Jednocześnie, co podkreśla się głównie w literaturze, specyfika sportu przejawia się w odmiennym stosowaniu procedur związanych z egzekwowaniem prawa konkurencji do sportu niż w przypadku innych dziedzin życia społeczno-gospodarczego. Na tym tle szczególnie warto wskazać, że postępowania w obszarze sportu prowadzone przez Komisję rzadko prowadzone są z urzędu, rzadko też kończą się nałożeniem kar finansowych w przypadku stwierdzenia naruszeń (Kornbeck, 2019). Komisja często kończy postępowania przyjęciem decyzji zobowiązaniowej (w rozumieniu art. 9 rozporządzenia 1/2003), a skutkami prowadzonych postępowań najczęściej są zmiany problematycznych regulacji przekładające się na poprawę funkcjonowania federacji sportowych w wymiarze przejrzystości, rozliczalności, obiektywności, unikania arbitralności, wzmocnienie praw jednostek i ogólnie pojętego *governance* (Duval i Van Rompuy, 2016). Dlatego niekiedy formułowane są tezy o „konstytucyjnym” wymiarze prawa konkurencji w sporcie, w ramach którego prawo konkurencji UE może wyznaczać dla federacji sportowych i związków krajowych nieprzekraczalną granicę ich uprawnień do samodzielnego decydowania o regulowanych dyscyplinach. Tym samym może równoważyć ich władzę nad jednostkami i zapewniać zewnętrzne źródło kontroli społecznej i prawnej nad ich działaniami (Lewandowski, 2022). Ta perspektywa odnosi się nie tylko do działań podejmowanych przez Komisję na poziomie całej UE, lecz także wymiaru działań podejmowanych na szczeblu krajowym przez krajowe organy ochrony konkurencji.

<sup>14</sup> Poprzez sformułowanie „szczególny charakter sportu” użyte w art. 165 TFUE.

### III. Podział kompetencji między krajowymi organami ochrony konkurencji i Komisją Europejską

Rozporządzenie 1/2003 odgrywa kluczową rolę w stosowaniu unijnego prawa konkurencji, w szczególności do sportu. Stanowi ono podstawę prawną prowadzenia postępowań przez KE w sprawie naruszenia art. 101 i 102 TFUE, określa zakres jej uprawnień dochodzeniowych, a także poszczególne etapy postępowania (wszcześnie, etap pisemny, ewentualny etap ustny oraz decyzja KE). Rozporządzenie 1/2003 określa właściwą procedurę i prawa procesowe KE i osób fizycznych, ale również nakreśla podział kompetencji między organami unijnymi i krajowymi. Zgodnie z zasadą pomocniczości krajowe organy ochrony konkurencji mogą od 2004 r. bezpośrednio i w pełnym zakresie stosować art. 101 i art. 102 TFUE na podstawie przepisów rozporządzenia 1/2003. W literaturze zauważa się, że wraz z wejściem w życie tego aktu prawnego pojawiło się nowe forum dla spraw dotyczących stosowania unijnego prawa konkurencji do sportu (Van Rompuy, 2015). W obecnym kształcie unijny system ochrony konkurencji jest więc zdecentralizowany (Duval i Van Rompuy, 2016a), choć niekiedy podkreśla się, że stosowanie prawa konkurencji zostało *de facto* przeniesione z poziomu krajowego na unijny (zwłaszcza w sprawach dotyczących praktyk podmiotów o ponadnarodowym zasięgu działalności) (Scholten, 2017).

Nie oznacza to jednak, że w sprawach prowadzonych przez organy krajowe stosowane są wyłącznie przepisy prawa krajowego (Kowalik-Bańczyk, 2010; Minkiewicz 2014) – decydującym kryterium wyboru właściwego reżimu prawnego, a tym samym klauzulą kolizyjną między reżimem unijnym ochrony konkurencji i krajowym, jest przesłanka wpływu na handel między państwami członkowskimi (Kowalik-Bańczyk, 2008). W kontekście tej przesłanki warto podkreślić, iż z orzecznictwa TSUE jasno wynika, że nie jest konieczne wykazanie rzeczywistego wpływu badanej praktyki – wystarczające jest wykazanie, że taki wpływ jest potencjalnie możliwy<sup>15</sup>. Powtórzyć można też, że rozumienie pojęcia „wpływu na handel między państwami członkowskimi” prezentowane przez TSUE jest szerokie – może to być wpływ potencjalny lub rzeczywisty, bezpośredni lub pośredni, możliwy do zidentyfikowania w sposób przewidywalny z wystarczającym stopniem prawdopodobieństwa na podstawie obiektywnych kryteriów. Do spełnienia tego warunku wystarczy również wpływ na sam wzorzec zachowania uczestników rynku. Wpływ ten musi być także odczuwalny. Jednocześnie samo pojęcie „handlu” jest interpretowane szeroko<sup>16</sup>. Przykładowo, w decyzji KE w sprawie *ISU* przesłanka wpływu na handel między państwami członkowskimi została potwierdzona ze względu na globalny zasięg regulacji stanowionych przez ISU w ramach wykonywania autonomii samoregulacyjnej (Lewandowski, 2018). Pozwala to na sformułowanie ogólnego wniosku, że większość przypadków związanych z działalnością federacji sportowych i związków krajowych będzie spełniała te wymogi – na poziomach zarówno krajowym, jak i ponadnarodowym – co przekłada się na możliwość równoległego stosowania prawa konkurencji na poziomie UE i krajowym (Kornbeck, 2020). Odnosi się to w szczególności do działalności związanej ze stanowieniem regulacji wiążących uczestników rywalizacji sportowej na ponadnarodowym

<sup>15</sup> Wyr. TS z 30.06.1966 r., C-56-65, *Société Technique Minière (L.T.M.) przeciwko Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.)* (ECLI:EU:C:1966:38); wyr. TS z 1.02.1978 r., C-19/77 *Miller International Schallplatten GmbH przeciwko Komisji* (ECLI:EU:C:1978).

<sup>16</sup> Zawiadomienie Komisji – Wytyczne w sprawie pojęcia wpływu na handel zawartego w art. 81 i 82 Traktatu (Dz. U. UE C 101 z 27.4.2004, s. 81–96). Pozyskano z: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=celex%3A52004XC0427%2806%29> (23.04.2023).

poziomie, koordynacji zachowania związków krajowych, ale też w odniesieniu do praktyk związków krajowych ograniczonych do terytorium jednego państwa członkowskiego<sup>17</sup>.

Z powyższych względów, to który organ – unijny czy krajowy – będzie rozstrzygał sprawę związaną ze stosowaniem prawa konkurencji do sportu jest najczęściej wyznaczane przez inicjatywę podmiotu składającego skargę do organu ochrony konkurencji i zasięg praktyki będącej przedmiotem postępowania<sup>18</sup>. Najczęściej skarżoną praktyką są regulacje przyjmowane na różnych szczeblach rozgrywkowych, w związku z tym zakres (krajowy lub unijny) pokrywa się także z rodzajem podmiotu, którego regulacje są przedmiotem skargi (krajowy związek sportowy lub europejska/międzynarodowa federacja) i przekłada się na to, który organ będzie prowadził postępowanie. Przykładowo, w sprawie *ISU* to z inicjatywy skarżących łyżwiarzy szybkiej sprawa przeciwko międzynarodowej federacji właściwej w sprawie łyżwiarstwa (ISU) została skierowana do KE ze względu na powszechne stosowanie skarżonych rozwiązań w różnych dyscyplinach i łatwy do wykazania interes unijny. W tych sprawach, w których aktywne były organy krajowe, skarżący z reguły wskazywali działania jednego związku krajowego i ich lokalny wpływ i zasięg. Do wiodących z poziomu krajowego należały w ostatnim czasie sprawy (Pijetlovic, 2018):

- 1) *Global Champions League* prowadzona przez organ ochrony konkurencji w Belgii dotycząca jeździectwa i organizacji alternatywnych zawodów<sup>19</sup>;
- 2) dotycząca hiszpańskiego związku koszykówki i przepisów licencyjnych ograniczających dostęp do rozgrywek profesjonalnej ligi koszykarskiej<sup>20</sup>;
- 3) *Show Jumping Ireland* prowadzona przez organ ochrony konkurencji w Irlandii dotycząca jeździectwa i organizacji alternatywnych zawodów<sup>21</sup>;
- 4) dotycząca wstrzymania wynagrodzeń dla profesjonalnych zawodników w lidze koszykówki w Litwie<sup>22</sup>;
- 5) *European Basketball League*<sup>23</sup> i *NRWTV Triathlon*<sup>24</sup> w Niemczech dotyczące organizacji alternatywnych rozgrywek przez podmioty trzecie (prowadzone w ramach prywatnej egzekucji przed sądami powszechnymi);
- 6) *SBF przeciwko KKV* (sporty motorowe – Lindholm, 2013) i *SKKF*<sup>25</sup> (kulturystyka) w Szwecji dotyczące organizacji alternatywnych rozgrywek sportowych przez podmioty trzecie;

<sup>17</sup> Wyr. TS z 28.02.2013 r., C-1/12 *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas p. Autoridade da Concorrência* (ECLI:EU:C:2013:127).

<sup>18</sup> Oddzielnie należy interpretować procedurę prejudycjalną, w ramach której TSUE odpowiada na pytania sądów krajowych związane ze stosowaniem prawa konkurencji do sportu, jak np. sprawa Europejskiej Superligi.

<sup>19</sup> Komunikat prasowy nr 6/2018 Belgische Mededingingsautoriteit/Autorité belge de la Concurrence z 16.04.2018, The Competition College of the BCA imposed penalty payments on the FEI, the SPRL Global Champions League and the SPRL Tops Trading Belgium. Pozyskano z: [https://www.abc-bma.be/sites/default/files/content/download/files/20180416\\_press\\_release\\_6\\_bca\\_0.pdf](https://www.abc-bma.be/sites/default/files/content/download/files/20180416_press_release_6_bca_0.pdf) (24.04.2023).

<sup>20</sup> Dec. Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) Expte. S/DC/0558/15 ACB z 11.04.2017 w sprawie *Asociación de Clubes de Baloncesto*. Pozyskano z: [https://www.cnmc.es/sites/default/files/1610441\\_0.pdf](https://www.cnmc.es/sites/default/files/1610441_0.pdf) (24.04.2023).

<sup>21</sup> Komunikat prasowy Competition and Consumer Protection Commission (CCPC) z 1.05.2012, *Show Jumping Ireland amend allegedly restrictive rule*. Pozyskano z: <https://www.ccpc.ie/business/enforcement/civil-competition-enforcement/closed-investigations/show-jumping-ireland-restrictive-rule/> (24.04.2023).

<sup>22</sup> Komunikat prasowy Konkurencijos Taryba z 18.11.2021, *By agreeing not to pay players' salaries Lithuanian Basketball League and its clubs infringed Competition Law*. Pozyskano z: <https://kt.gov.lt/en/news/by-agreeing-not-to-pay-players-salaries-lithuanian-basketball-league-and-its-clubs-infringed-competition-law> (24.04.2023).

<sup>23</sup> Artykuł w *Asser International Sports Law Blog* z 15.06.2016. *FIBA/Euroleague: Basketball's EU Competition Law Champions League- first leg in the Landgericht München*. By Marine Montejo. Pozyskano z: <https://www.asser.nl/SportsLaw/Blog/post/fiba-euroleague-basketball-s-eu-competition-law-champions-league-first-leg-in-the-landgericht-munchen-by-marine-montejo> (24.04.2023).

<sup>24</sup> Postanowienie OLG Düsseldorf z 2.04.2013 w sprawie *VI – U (Kart) 9/13*. Pozyskano z: <https://openjur.de/u/633726.pdf> (24.04.2023).

<sup>25</sup> Artykuł w *Asser International Sports Law Blog* z 12.09.2014. *Sport and EU Competition Law: uncharted territories – (I) The Swedish Bodybuilding case*. By Ben Van Rompuy. Pozyskano z: <https://www.asser.nl/SportsLaw/Blog/post/sport-and-eu-competition-law-uncharted-territories-i-the-swedish-bodybuilding-case-by-ben-van-rompuy> (24.04.2023).

7) *FISE*<sup>26</sup> (jeździectwo) i *Gargano Corse/ACI* (sporty motorowe)<sup>27</sup> we Włoszech dotyczące organizacji alternatywnych rozgrywek sportowych przez podmioty trzecie.

Komisja w swojej niedawnej praktyce decyzyjnej otwarcie zachęcała do korzystania przez pokrzywdzonych z krajowej ścieżki ochrony, wskazując, że krajowe organy ochrony konkurencji i sądy krajowe są „dobrze usytuowane” do rozstrzygania sporów związanych z prawem konkurencji i działaniami federacji sportowej. Komisja podkreśliła także, że w sprawach sportowych organy i sądy krajowe i Komisja Europejska „mają swoją właściwą pozycję na polu gry, grają najlepiej jak potrafią, i powinni pozwolić innym zajmować się swoimi zadaniami”<sup>28</sup>. Do stosowania ścieżki krajowej zachęca również Międzynarodowy Komitet Olimpijski w odniesieniu do działań Narodowych Komitetów Olimpijskich (Szyszczak, 2018a). Z analiz przeprowadzanych w literaturze wynika, że większość postępowań prowadzonych przez krajowe organy ochrony konkurencji w sprawach związanych ze sportem dotyczy regulacji związków krajowych odnoszących się do sankcjonowania udziału zawodników w imprezach nieorganizowanych przez sam związek (tzw. klauzule lojalnościowe) oraz odmowy dostępu do zawodów na szczeblu krajowym (dyskryminacja ze względu na narodowość) (Pijetlovic, 2018; Kornbeck, 2020; Van Rompuy, 2015; Agafonova, 2019). Istotnym obszarem działalności krajowych organów ochrony konkurencji jest dorobek w zakresie zgodności z unijnym prawem konkurencji działalności stricte komercyjnej federacji sportowych i związków krajowych, takiej jak ochrona znaków towarowych, sprzedaż praw do transmisji telewizyjnych czy własność drużyn sportowych (Krześniak, 2016).

W praktyce niemieckiej pojawiły się także wyróżniające się rozstrzygnięcia dotyczące sponsoringu i klauzul ograniczających swobodę uczestników w zakresie wykorzystywania odniesień do wielkich wydarzeń sportowych, takich jak Igrzyska Olimpijskie. Istotnym kierunkiem działania dla krajowego organu ochrony konkurencji w Niemczech stało się też rozwiązanie regulujące strukturę własnościową klubów piłkarskich na dwóch najwyższych szczeblach rozgrywkowych w tamtejszej lidze (tzw. zasada 50+1). Przy analizowaniu tych spraw *Bundeskartellamt*<sup>29</sup> ocenił proporcjonalność zakazów i surowości kar, istnienie legitymowanych celów (zachowanie istotnego znaczenia społecznego piłki nożnej, zachowanie więzi z lokalną społecznością drużyn zawodowych, częściowo niedochodowy charakter zespołów sportowych, osiągnięcie równowagi pomiędzy uczestnikami zawodów, ochrona słusznych interesów wizerunkowych federacji sportowych przed tzw. *ambush marketingiem*), a także kwestie dotyczące przewidywalności procedur, podziału kompetencji na poziomie krajowym i ponadnarodowym oraz ogólne i nieostre sformułowanie zakazanych odniesień (Motyka-Mojkowski i Cukurov, 2020).

Podstawą prawną wykorzystywaną do postępowań antymonopolowych w sprawach sportu prowadzonych na szczeblu krajowym był głównie Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. I tak, najczęściej sprawy dotyczące ograniczania innym podmiotom dostępu do rynku organizacji

<sup>26</sup> Komunikat prasowy Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato z 16.10.2019 A378E – ICA: Italian Federation of Equestrian Sports (FISE) fined Euro 450 thousand. Pozyskano z: <https://en.agcm.it/en/media/press-releases/2019/10/A378E> (24.04.2023).

<sup>27</sup> Komunikat prasowy Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato z 07.12.2007 A396 – Investigation launched into ACI in motor sport. Pozyskano z: <https://en.agcm.it/en/media/press-releases/2007/12/alias-1688> (24.04.2023).

<sup>28</sup> Komunikat prasowy Komisji Europejskiej z 08.12.2017, Statement by Commissioner Vestager on the International Skating Union infringing EU competition rules by imposing restrictive penalties on athletes. Pozyskano z: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/STATEMENT\\_17\\_5190](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/STATEMENT_17_5190) (23.04.2023).

<sup>29</sup> Komunikat prasowy Bundeskartellamt z 31.05.2021. Bundeskartellamt provides preliminary assessment of DFL's 50+1 ownership rule. Pozyskano z: [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2021/31\\_05\\_2021\\_50plus1.html;jsessionid=78805DEEE1333DB2C9C460AE83C7575\\_2\\_cid362?nn=3591568](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2021/31_05_2021_50plus1.html;jsessionid=78805DEEE1333DB2C9C460AE83C7575_2_cid362?nn=3591568) (23.04.2023); Komunikat prasowy Bundeskartellamt z 08.03.2023. DFL offers commitments in the 50+1 proceeding. Pozyskano z: [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2023/08\\_03\\_2023\\_DFL.html](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2023/08_03_2023_DFL.html) (23.04.2023).

zawodów na szczeblu krajowym były rozpatrywane w oparciu o art. 101 TFUE, natomiast nadużycia powstałe przy sprawowaniu kontroli nad organizacją imprez i warunkami ich komercjalizacji analizowano w świetle zakazu praktyk eksploatacyjnych naruszających zakaz nadużywania pozycji dominującej, tj. art. 102 TFUE (Van Rompuy, 2015). Jednocześnie można zauważyć, że krajowe organy ochrony konkurencji, stosując prawo konkurencji UE, częściej niż KE wykazywały tendencję do traktowania sportu na równi z innymi sektorami gospodarki. Przejawiało się to m.in. analizą przesłanek art. 101 ust. 3 TFUE zamiast stosowania testu *Wouters* (Szyszczak, 2018). Niewątpliwie stanowi to jeden z elementów charakterystycznych dla egzekwowania prawa unijnego przez krajowe organy konkurencji w sprawach dotyczących sportu.

W takiej sytuacji, ze względu na omówioną powyżej nieostrość przesłanki wpływu na handel i rozproszoną aktywność organów krajowych stosowanie krajowego lub unijnego poziomu ochrony i reżimu prawnego jest niekiedy nieco przypadkowe (Dobosz, 2018; Botta i in., 2015). Wyzwaniem staje się nie tylko uwzględnienie różnic między krajowymi reżimami prawnymi, lecz także jednoczesne zapewnienie spójności systemu i jednolitości wdrażania prawa konkurencji UE w obszarze sportu niezależnie od poziomu rozgrywek i przynależności państwowej. Uniknięcie fragmentaryzacji będzie możliwe dzięki zapewnieniu dwóch elementów: spójności rezultatów i spójności między organami. Spójność rezultatów będzie zapewniona, jeśli stosowanie prawa krajowego nie będzie prowadziło do odmiennych rezultatów niż postępowania prowadzone na podstawie prawa UE. Spójność między organami będzie zapewniona wówczas, gdy prawo konkurencji UE będzie jednolicie interpretowane przez organy krajowe i przez KE. Taka podwójna spójność będzie się także pozytywnie przekładać na pewność prawa i wzmacniać zaufanie do organów ochrony konkurencji.

Jednym ze sposobów realizujących ten cel, wykorzystywanych przez KE i przez organy krajowe (a także sądy krajowe) jest dialog na podstawie art. 15 rozporządzenia 1/2003, który ma szczególne znaczenie dla zapewnienia jednolitości stosowania unijnego prawa konkurencji wobec sportu w sprawach dotyczących działalności krajowych związków. W literaturze wskazuje się, że spójność systemu ochrony jest zapewniana także poprzez orientowanie się przez organy krajowe na wyznaczane przez KE metody argumentacji i metodologię określania np. rynków właściwych. Jednocześnie, w ramach swoistego „sprzężenia zwrotnego” KE obserwuje i inspirowane przykładami z praktyki organów krajowych, wykorzystując wnioski z poziomu krajowego do prowadzenia postępowań na poziomie UE (KE otwarcie nawiązywała do tego przy okazji sprawy *ISU*) (Szyszczak, 2018; Lewandowski, 2018). Kolejnym sposobem koordynacji działalności organów krajowych jest wykorzystanie Europejskiej Sieci Konkurencji (*European Competition Network – ECN*), służącej wymianie doświadczeń (Kozak, 2020; Błachucki, 2020). To ten m.in. instrument został wykorzystany przez UOKiK do kontaktu z KE i z litewskim odpowiednikiem w sprawie dotyczącej ligi koszykówki.

## IV. Aktualna działalność Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

Na tle dotychczasowego orzecznictwa krajowych organów ochrony konkurencji w UE, niedawne postępowania przed UOKiK dotyczyły nietypowej kwestii wynagrodzeń sportowców. Mogą one więc stanowić polski wkład do ogólnoeuropejskiej debaty na temat stosowania prawa konkurencji w odniesieniu do kwestii pracowniczych (w takich obszarach, jak układy zbiorowe pracy czy limity wynagrodzeń). Jednocześnie komentowane rozstrzygnięcie w sprawie dotyczącej ligi koszykówki (i drugie postępowanie prowadzone w odniesieniu do ligi żużla) jest ciekawym przykładem wykorzystania prawa konkurencji jako narzędzia wzmacniającego prawa jednostek wobec kolektywnych podmiotów gospodarczych, gdyż UOKiK podkreślał ten wymiar ochrony słabszej strony relacji ekonomicznej pomiędzy ligami, klubami i sportowcami.

### 1. Decyzja w sprawie ligi koszykówki

Wydana przez Prezesa UOKiK w dniu 20 października 2022 r. decyzja nr DOK-1/2022 (sygn. DOK-1.410.2.2021.AG.JS) stanowi kompleksowe rozstrzygnięcie sprawy prowadzonej wobec praktyk ligi koszykówki i klubów w nią zaangażowanych. W komparycji decyzji Prezes UOKiK uznał za praktykę ograniczającą konkurencję na polskim rynku zakupu usług świadczonych przez profesjonalnych zawodników koszykówki zawarcie przez 17 podmiotów (16 klubów sportowych i Polskiej Ligi Koszykówki SA<sup>30</sup>) porozumienia polegającego na dokonywaniu ustaleń w odniesieniu do zasad rozliczania sezonu 2019/2020 z zawodnikami. Praktyki klubów sportowych i PLK zostały uznane za niezgodne z prawem krajowym (art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów; dalej: uokik<sup>31</sup>) i unijnym (art. 101 ust. 1 lit. a) TFUE). Prezes UOKiK nałożył kary finansowe na wszystkich uczestników porozumienia w łącznej wysokości 940 440,50 zł i obciążył ich kosztami postępowania. W uzasadnieniu Prezes UOKiK dookreślił, że wszyscy adresaci decyzji (kluby z czynnym udziałem PLK) uzgodnili wspólny sposób działania wobec wcześniejszego zakończenia sezonu 2019/2020 (decyzja podjęta na skutek ograniczeń związanych z powstrzymaniem rozwoju pandemii COVID-19 w Polsce). Poniżej przedstawiono omówienie kluczowych elementów decyzji w odniesieniu do omawianych zagadnień.

#### 1.1. Przesłanki stosowania prawa konkurencji do sportu – podmiotowe, wyznaczenie rynku właściwego i wpływu na handel między państwami członkowskimi

Prezes UOKiK dokonał klasyfikacji prawnej uczestników postępowania w punktach 62–67 omawianej decyzji. Na potrzeby postępowania przeanalizował spełnianie przez adresatów decyzji kryteriów definicji „przedsiębiorcy” z uokik (art. 4 pkt 1) oraz „przedsiębiorstwa” z art. 101 TFUE. W tym celu wskazał, że obie definicje posługują się odwołaniem do wykonywania działalności gospodarczej. Zgodnie z polskim stanem prawnym działalność gospodarcza jest to „zorganizowana działalność zarobkowa, wykonywana we własnym imieniu i w sposób ciągły”, natomiast w prawie unijnym działalność gospodarcza obejmuje swoim zakresem oferowanie dóbr i usług. W tym kontekście prawnym Prezes UOKiK uznał, że przesłanki konieczne do uznania uczestników postępowania za „przedsiębiorców (przedsiębiorstwa)” zostały spełnione ze względu na formę prawną

<sup>30</sup> Dalej: PLK.

<sup>31</sup> T.j. Dz. U. 202, poz. 275.

(spółki prawa handlowego) i zaangażowanie w prowadzenie działalności gospodarczej polegającej „m.in. na uczestnictwie w profesjonalnych rozgrywkach koszykówki (Kluby) lub organizacji takich rozgrywek (PLK)”. W tej raczej oszczędnej analizie Prezesa UOKiK zauważalny jest brak dokonywanego rozróżnienia na „przedsiębiorców” i „przedsiębiorstwa” zgodnie z reżimem krajowym lub unijnym i wymienne posługiwanie się definicjami działalności gospodarczej do stwierdzenia statusu uczestników postępowania. Jednocześnie rozstrzygnięcie polegające na uznaniu klubów i PLK za podmioty objęte zakresem stosowania krajowego i unijnego prawa konkurencji nie budzi większych zastrzeżeń merytorycznych. W realiach angażowania się w komercyjne przedsięwzięcie sportowe (jakim niewątpliwie jest profesjonalna liga koszykówki w Polsce) z udziałem sponsorów i elementem odpłatności taki wynik analizy nie powinien nikogo dziwić, mimo zgłaszanych przez jeden z klubów okoliczności formalnego braku działalności nastawionej na zysk. Nawet jeśli generowanie nadwyżki przychodów przez klub sportowy nie jest jego głównym przedmiotem działalności, taki podmiot może być uznany za przedsiębiorstwo, jeśli rywalizacja sportowa, w którą się angażuje ma wymiar ekonomiczny.

W dalszej części (pkt 68–82) decyzji Prezes UOKiK określił rynek właściwy wyznaczający obszar zaangażowania ekonomicznego klubów i PLK w omawianej sprawie. W tym celu wskazał na definicję unijną (rynku w wymiarze produktowym i geograficznym, przy uwzględnieniu substytutowości oferowanych dóbr i usług) i krajową (art. 4 ust. 9 uokik), ponownie wymiennie posługując się obiema koncepcjami. W odniesieniu do prawa UE Prezes UOKiK wskazał na rynek produktowy (usługi świadczone przez profesjonalnych koszykarzy) i geograficzny (obszar Polski) i zaznaczył występowanie wpływu na handel między państwami członkowskimi. Podobnie został zdefiniowany rynek właściwy w kontekście prawa krajowego (rynek zakupu usług świadczonych przez profesjonalnych zawodników koszykówki). W rozbudowanej analizie funkcjonowania rynku zakupu usług koszykarzy (*de facto* rynku transferowego), przy uwzględnieniu jego sezonowości, rotacyjności, różnic płacowych, odrębności płciowej, wykorzystania usług sportowców (w kontekście zarówno rywalizacji sportowej, jak i celów marketingowych) i różnych szczebli rozgrywkowych, Prezes UOKiK wyznaczył rynek w wymiarze krajowym, pozostawiając otwartym czy rynek geograficzny mógłby być szerszy niż terytorium Polski (umiędzynarodowienie ligi nie oznaczające jednak automatycznego uznania szerszego wymiaru geograficznego rynku – decydującymi elementami pozostają charakter krajowy rozgrywek i położenie siedzib wszystkich klubów uczestniczących w rozgrywkach wyłącznie na obszarze Polski), a produktowo zawierać więcej niż najwyższą klasę rozgrywkową w Polsce. Jednocześnie Prezes UOKiK wskazał, że ta definicja ma charakter uproszczony, zgodnie z orzecznictwem Sądu Najwyższego dotyczącym zakresu wyznaczania rynków właściwych przy porozumieniach ograniczających konkurencję ze względu na cel.

W kontekście wpływu na handel między państwami członkowskimi Prezes UOKiK ograniczył się do przywołania szerokiej definicji tego pojęcia z orzecznictwa TSUE i wytycznych Komisji zawartych w komunikacie „Wytyczne w sprawie pojęcia wpływu na handel zawartego w art. 81 i 82 Traktatu”<sup>32</sup> i podkreślenia, że zgodnie z ustaloną praktyką istnieje „mocne domniemanie” występowania wpływu na handel, jeżeli naruszenie odnosi się do obszaru całego państwa członkowskiego. Prezes UOKiK ocenił, że wpływ na handel między państwami członkowskimi w omawianej

<sup>32</sup> Zawiadomienie Komisji – Wytyczne w sprawie pojęcia wpływu na handel zawartego w art. 81 i 82 Traktatu (Dz.U. UE C 101 z 27.4.2004, s. 81–96). Pozyskano z: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=celex%3A52004XC0427%2806%29> (23.04.2023).

sprawie występował i miał charakter „przynajmniej potencjalnie odczuwalny”. Stosowanie unijnego poziomu ochrony zostało potwierdzone ze względu na zasięg geograficzny praktyki – obszar całej Polski, co doprowadziło do „odtworzenia podziału jednego rynku unijnego na rynki krajowe i tym samym utrudnienia wzajemnego przenikania się rynków” w UE – a także ze względu na niedyskryminacyjny charakter praktyki – objęci zostali nią też zawodnicy z innych niż Polska państw członkowskich, wobec czego praktyka miała wpływ na konkurowanie przez kluby z Polski bezpośrednio z klubami koszykarskimi innych państw członkowskich.

## **1.2. Ograniczenie konkurencji – rodzaj praktyki, interes publiczny, zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji**

Praktyką analizowaną przez Prezesa UOKiK było wspólne i skoordynowane postępowanie klubów wobec zawodników, polegające na jednostronnym (w relacji klub – zawodnik) wypowiedzeniu umów wiążących ich ze sobą przy jednoczesnym braku wypłaty całości wynagrodzenia przysługującego za sezon 2019/2020. Z omawianej decyzji jednoznacznie wynika, że o takim uzgodnionym postępowaniu klubów poinformowana została PLK, która wyraziła na to zgodę i jednocześnie zmieniła własny regulamin dotyczący udzielania licencji na grę w najwyższej klasie rozgrywkowej, by umożliwić skuteczne przeprowadzenie opisanej procedury.

Co charakterystyczne dla spraw związanych z prawem konkurencji w sporcie, adresaci decyzji nie podejmowali żadnych działań, żeby jakkolwiek ukryć swoje intencje lub zawiązać porozumienie w bardziej zakamuflowanej postaci i najprawdopodobniej nie mieli świadomości naruszania przepisów prawa konkurencji. Mimo że nie zostało to rozstrzygnięte wprost w decyzji, to świadczy o tym zebrany materiał dowodowy obejmujący m.in. zapis rozmowy przedstawicieli klubów w komunikatorze WhatsApp czy posty zainteresowanych klubów w mediach społecznościowych, wyraźnie i publicznie podkreślające element współdziałania i koordynacji działań (pkt 46 decyzji). Jednocześnie z dokumentów zgromadzonych przez Prezesa UOKiK wynika, że praktyka została podjęta z uzasadnieniem trudnej sytuacji finansowej klubów w obliczu ograniczeń w przemieszczaniu się osób w celu przeciwdziałania pandemii COVID-19, co przełożyło się na konieczność przedwczesnego zakończenia rozgrywek (połowa marca zamiast końca czerwca 2020 r.), wycofywanie się sponsorów i niemożność świadczenia usług przez kluby i przez zawodników. Wyraźnie podkreślono także konieczność zastosowania jednolitego rozwiązania i stworzenia wspólnego stanowiska, aby przeciwdziałać potencjalnym roszczeniom zawodników i ich agentów, stratom wizerunkowym i wzmocnić pozycję klubów przed negocjacjami (pkt 55 decyzji). Kluby uzyskały dla swoich działań akceptację PLK, które dostosowało wymogi regulaminu dotyczące udzielania licencji i dopuszczania do rozgrywek w kolejnych sezonach, tak by na skutek podjętych działań żadna z drużyn nie miała przeszkód formalnych w kontynuowaniu startów w rozgrywkach najwyższej ligi. Kluby m.in. wystosowały jednakowo brzmiące oświadczenia i posługiwały się podobnymi sformułowaniami i uzasadnieniem w kontaktach z zawodnikami (pkt 90–93 decyzji).

Działania klubów i PLK zostały uznane przez Prezesa UOKiK za porozumienie i praktykę uzgodnioną w rozumieniu art. 101 TFUE i porozumienie w rozumieniu art. 6 uokik ze względu na wyrażanie zgodności woli przez adresatów decyzji oraz podjęcie skoordynowanych działań wobec zawodników. Zgodnie z ustaleniami Prezesa UOKiK „kluby, przy pomocy PLK, ustaliły cenę zakupu usług świadczonych przez zawodników, poprzez ustalenie, że nie wypłacą im całego



należnego wynagrodzenia za sezon 2019/2020” i w tym celu wymieniały się informacjami wzajemnymi (pkt 89 decyzji).

Postępowanie klubów i PLK wyraźnie wskazuje, zdaniem organu, na element zgodności woli co do treści i formy oświadczenia, sposobu komunikacji z zawodnikami i szerszą publicznością, a także co do uzasadnienia podejmowanych działań. Prezes UOKiK zauważył, że wszystkie kontakty między adresatami decyzji służyły „koordynacji działań między klubami i zawierały uzgodnienie co do sposobu działania na rynku odnośnie do ceny zakupywanych przez nich usług zawodników”. Jednocześnie, co wyraźnie zostało podkreślone w omawianej decyzji, przedmiotem postępowania nie była kwestia wywiązania się przez kluby ze zobowiązań kontraktowych wobec zawodników ani prawo do wypowiedzenia umów w związku z nadzwyczajnymi okolicznościami wywołanymi pandemią COVID-19, a wspólne ustalenie jednolitego sposobu postępowania. Jednocześnie porozumienie zawarte przez kluby i PLK zostało zakwalifikowane jako porozumienie ograniczające konkurencję ze względu na cel. Dlatego Prezes UOKiK analizował jedynie treść ustaleń poczynionych przez przedstawicieli klubów i wyrażoną przez nich jednomyślność i akceptację (poprzez publikację tożsamego oświadczenia na kanałach w mediach społecznościowych), a nie okoliczności faktycznego wywiązania się z podjętych ustaleń. Z omawianej decyzji wynika, że Prezes UOKiK traktował zawarte porozumienie jako porozumienie horyzontalne, nawet mimo udziału w nim PLK, która funkcjonuje na rynku wyższego rzędu (organizacja rozgrywek, w ramach której zamawia usługi od uczestniczących klubów). Tego typu zakwalifikowanie porozumień zawieranych przez uczestników rywalizacji sportowej jest dosyć powszechne, choć nieoczywiste (Budziński i Szymanski, 2015).

W tym kontekście szczególną rolę odgrywała PLK, która nie była stroną bezpośrednio zobowiązaną kontraktowo wobec zawodników lub klubów, natomiast postępowanie klubów było uzgadniane z jej przedstawicielami, a podjęte działania po stronie PLK (zmiana regulaminu, udzielanie doradztwa i pomocy prawnej klubom) świadczyły o akceptacji ustaleń podjętych na poziomie klubów. Tym samym PLK „przystąpiła” do porozumienia zawartego przez kluby (Prezes UOKiK wskazuje nawet, że „odgrywała znaczącą rolę” w jego ustaleniu) i usunęła przeszkody formalne, z którymi mogłaby się wiązać jego realizacja. Tym samym, Prezes UOKiK uznał, że swoimi działaniami PLK ułatwiła klubom zawarcie porozumienia i tym samym stanowiła jego stronę (nawet mimo funkcjonowania na osobnym rynku właściwym niż kluby).

Analizując cele zawartego porozumienia, Prezes UOKiK podkreślił, że ich przedmiotem było „istotne zmniejszenie niepewności uczestników porozumienia co do działań innych klubów rywalizujących ze sobą o usługi zawodników koszykówki” – ten sam cel przyświecał im przy rozwiązywaniu kontraktów z zawodnikami, a także działaniom PLK, pomagającej klubom w realizacji ustaleń. Ten cel w odczuciu Prezesa UOKiK kwalifikuje się jako zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji na rynku, a więc działanie sprzeczne z zakazem zawartym w art. 101(1) TFUE i art. 6 uokik. Prezes UOKiK podkreślił, że ograniczenie konkurencji o usługi zawodników przekładało się bezpośrednio na działalność gospodarczą klubów, ponieważ poziom usług świadczonych przez zawodników ma „bezpośrednie przełożenie na pozycję klubu w ligach rozgrywkowych koszykówki oraz wzrost jego popularności wśród kibiców i sponsorów, co jest kluczowe dla zwiększenia przychodów”. Przyjęcie ustaleń w ramach porozumienia pozwoliło klubom wyeliminować potencjalną przewagę konkurentów w zaoferowaniu zawodnikom lepszych

warunków i wpłynęło na postrzeganie wszystkich drużyn (niezależnie od ich jednostkowej sytuacji) przez zawodników w ramach negocjacji kontraktowych i transferowych.

Prezes UOKiK zaobserwował, że takie postępowanie przełożyło się na uzyskanie przewagi nad zawodnikami. Wynikało to z ich osłabionej pozycji negocjacyjnej („złamanie” ich oporu wobec zastosowanych rozwiązań) oraz powszechnego stosowania klauzul arbitrażowych wyłączających możliwość dochodzenia wynagrodzenia przed sądami powszechnymi, co mogło przyczynić się do wzmocnienia efektu antykonkurencyjnego. Brak zróżnicowania działań podejmowanych przez kluby miał służyć zrównaniu ich sytuacji, wzmocnić je wizerunkowo (także w stosunku do sponsorów) i wzmocnić argumentację o niezbędności podejmowanych kroków. Łatwo wyobrazić sobie sytuację, w której jeden klub podejmujący takie działania zostałby napiętnowany przez zawodników, agentów, publiczność i sponsorów – przyjęcie solidarnego (horyzontalnie) podejścia przez wszystkie kluby wytwarzało wrażenie, że ich działania są spowodowane obiektywną sytuacją zewnętrzną dotyczącą ich wszystkich w jednakowym stopniu. Tym samym doszło do braku zróżnicowania działań w zależności od indywidualnej sytuacji każdego z klubów – pozwoliło to na poprawienie pozycji klubów znajdujących się w najtrudniejszej finansowo sytuacji, ale kosztem wszystkich zawodników, niezależnie od wysokości ich kontraktów i długości trwania, negatywnie wpływając na ich stabilność finansową i przewidywalność sytuacji prawnej i ekonomicznej. Innymi słowy, kluby wykorzystały swoją siłę rynkową do umocnienia przewagi ekonomicznej względem zawodników.

Prezes UOKiK podkreślił, że kluby, dokonując ustaleń, przeszły od stanu, w którym inni uczestnicy ligi są samodzielnie podejmującymi decyzje rywalami rynkowymi do stanu, w którym przestali oni stanowić „zagrożenie, stanowili mniejsze zagrożenie lub wręcz udzielali aktywnego wsparcia w dochodzeniu do wspólnego celu”, Tym samym skoordynowanie kształtowania sytuacji rynkowej przez kluby negatywnie wpłynęło na drugą stronę rynku – zawodników i stanowiło naruszenie ze względu na cel. W tym kontekście Prezes UOKiK dokonał oceny „treści postanowień, celów, do których zmierza porozumienie, kontekstu gospodarczego i prawnego, w jaki się wpisuje, a także charakteru dóbr lub usług, których to porozumienie dotyczy, jak również warunków funkcjonowania i struktury spornego rynku”. W tym wymiarze Prezes UOKiK odwołał się do zmian gospodarczych wywołanych pandemią COVID-19, wskazując jednak, że nie stanowią one uzasadnienia dla nieprzestrzegania zakazów wyrażonych w wiążących przepisach prawa (art. 101 TFUE i art. 6 uokik), a w sektorze sportowym „nie istnieją żadne regulacje prawne” wskazujące na uzasadnienie dla ustalania wysokości należnego zawodnikom wynagrodzenia. Te stwierdzenia Prezes UOKiK poparł analizą charakteru usług (reprezentowanie klubu w rozgrywkach koszykówki), warunki (najwyższa klasa rozgrywkowa w Polsce w tej dyscyplinie) oraz strukturę rynku (brak alternatyw dla profesjonalnych koszykarzy) i sformułował wniosek, że są one podatne na typowe mechanizmy rynkowe. W związku z tym, ustalenia dotyczące cen „standardowo oddziaływały na rynek” i celem porozumienia było zaburzenie tego oddziaływania i rywalizacji między przedsiębiorcami. Te okoliczności w ocenie Prezesa UOKiK przesądzały o uznaniu praktyki podjętej przez kluby i PLK za porozumienie ograniczające konkurencję ze względu na cel.

### 1.3. Usprawiedliwienie ograniczeń konkurencji

Dla stwierdzenia naruszenia prawa konkurencji Prezes UOKiK przeanalizował również czy wskazywane przez adresatów decyzji okoliczności usprawiedliwiające podejmowanie przez ograniczeń konkurencji były spełnione. W tym celu Prezes UOKiK przeanalizował:

- 1) regułę *de minimis*,
- 2) zastosowanie wyłączenia grupowego,
- 3) spełnienie warunków wyłączenia indywidualnego.

Odnośnie do pierwszej kwestii Prezes UOKiK zauważył, iż naruszenie będące przedmiotem decyzji może wpływać na handel między państwami członkowskimi i spełnia przesłanki określone w art. 101 TFUE i ma w związku z tym charakter odczuwalny w rozumieniu prawa unijnego. Z perspektywy prawa krajowego ocena spełnienia przesłanek *de minimis* była także negatywna ze względu na brak możliwości zastosowania tej reguły do porozumień cenowych.

Z kolei odnośnie do zastosowania wyłączenia grupowego Prezes UOKiK zauważył, iż żadne z rozporządzeń – ani polskich, ani unijnych, określających katalog porozumień zwolnionych grupowo – nie wyłącza porozumienia, takiego jak zawarte przez kluby i PLK spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję.

Co do możliwości spełnienia warunków wyłączenia indywidualnego, Prezes UOKiK przeanalizował spełnienie przesłanek określonych w art. 101 ust. 3 TFUE i analogicznych przepisów prawa krajowego (art. 8 ust. 1 uokik). Organ podkreślił, że ciężar dowodowy w tym zakresie spoczywa na przedsiębiorstwie (przedsiębiorcy) i po przeanalizowaniu argumentów niektórych klubów uznał warunki określone w przepisach za niespełnione. Przede wszystkim odnosiło się to do przesłanki polepszenia poziomu efektywności, w odniesieniu do której Prezes UOKiK stwierdził, że zachowanie płynności finansowej przez kluby jest niewystarczające, ponieważ nie stanowi korzyści dla całego rynku. W zakresie zapewnienia słusznej części zysków z porozumienia dla podmiotów bezpośrednio lub pośrednio nim dotkniętych Prezes UOKiK wskazał, że żadna ze stron nie wskazała jakie korzyści z porozumienia odnieśli zawodnicy (Prezes UOKiK oddalił argument, że taką korzyścią była możliwość dalszego zakupu biletów na mecze koszykówki przez konsumentów, uznając iż istniałaby ona niezależnie od istnienia porozumienia). Porozumienie zostało uznane za niespełniające wymogów niezbędności – przede wszystkim o niezbędności nie świadczyła incydentalność porozumienia ani okoliczność wspólnego podjęcia działań przez wszystkie kluby, niezależnie od ich indywidualnego położenia. Prezes UOKiK uznał zatem, że przesłanki wyłączenia indywidualnego nie zostały spełnione kumulatywnie (trzy z czterech zostały ocenione negatywnie) i niemożliwe jest wyłączenie porozumienia klubów i PLK spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję. Jako okres trwania naruszenia Prezes UOKiK wskazał okres od połowy marca do sierpnia 2020 r. (od podjęcia działań przez kluby i PLK w celu nawiązania porozumienia do rozpoczęcia nowego sezonu, w którym przestały obowiązywać uzgodnione naruszenia).

Na podstawie poczynionych ustaleń i po stwierdzeniu umyślności, w świetle znacznego stopnia naruszenia oraz uwzględniając okoliczności łagodzące, Prezes UOKiK zadecydował o nałożeniu kar pieniężnych na adresatów decyzji na podstawie art. 106 uokik (kary nie przekroczyły ustawowego 10% obrotów za rok poprzedzający nałożenie kary, a nawet były istotnie niższe). Prezes UOKiK podkreślił przy tym, że wymierzone kary stanowią dolegliwy i adekwatny

środek bez przekształcania ich w instrument represyjny. Najwyższa wymierzona kara wyniosła 130 779,73 zł i została nałożona na PLK. Najniższa, w wysokości 10 808,82 zł, została nałożona na jeden z klubów.

## 2. Postępowanie w sprawie ligi żużla

Jedynie sygnalizacyjnie warto także w tym miejscu przywołać fakt wszczęcia przez Prezesa UOKiK postępowania w odniesieniu do domniemyanych ograniczających konkurencję praktyk w lidze żużla, związku motorowego (Polski Związek Motorowy) i Ekstraligi Żużlowej. Z informacji prasowych z 14 września 2021 r. oraz 24 maja 2022 r. (cyt. wyżej) wynika, iż przedmiotem postępowania są regulacje określające maksymalny pułap indywidualnego wynagrodzenia żużlowców, które w zarzutach naruszenia konkurencji zgodnie ze wstępną oceną Prezesa UOKiK, wyrażoną w postanowieniu o wszczęciu postępowania antymonopolowego może wyłączać konkurencję między klubami o usługi najlepszych zawodników. W tym postępowaniu w dacie oddania artykułu do publikacji nie została podjęta jeszcze decyzja.

## V. Komentarz

Tytułem komentarza do omawianej decyzji (i aktualnej aktywności UOKiK w obszarze sportu) warto podkreślić kilka elementów wspólnych i kilka kwestii, które wyraźnie odróżniają praktykę polskiego urzędu od innych postępowań w tym sektorze gospodarki prowadzonych na szczeblu unijnym lub krajowym. Przede wszystkim warto zwrócić uwagę na przedmiot postępowania prowadzonego przez UOKiK. Jak przedstawiono powyżej, była to praktyka klubów i PLK skierowana przeciwko interesom ekonomicznym sportowców. W praktyce innych europejskich krajowych organów konkurencji i Komisji Europejskiej nie jest to najczęstszy przypadek. Z wyjątkiem analogicznej sprawy prowadzonej przez litewski odpowiednik UOKiK<sup>33</sup>, w zasadzie wszystkie sprawy dotyczyły raczej praktyk podejmowanych przez federacje sportowe w celu ochrony ich monopolu – regulacyjnego, organizacyjnego lub wizerunkowego. Przy czym zdecydowana większość spraw była prowadzona w kontekście odmowy lub całkowitego zamknięcia dostępu do rynku poprzez różne działania podejmowane przez federacje i/lub związki krajowe. Tak więc omawiana decyzja, wydana w sprawie związanej z eksploatacją ekonomiczną sportowców przez kluby stanowi ciekawy i odmienny od praktyki międzynarodowej przypadek.

Taki zakres postępowania wpłynął niewątpliwie na bardzo „gospodarczą” perspektywę przyjętą przez UOKiK. W kontekście innych spraw związanych ze sportem często wskazuje się na ich pozagospodarcze cele, omawiany we wcześniejszej części konstytucyjny wymiar prawa konkurencji, ekonomiczna sfera chronionych interesów stanowi zaś pretekst do dokonania zmian w szerszym wymiarze. Ta perspektywa nie została podzielona przez Prezesa UOKiK w uzasadnieniu do wydanej decyzji, gdzie (zaskakująco) niewiele uwagi poświęcono kwestiom przejrzystości zarządzania ligą koszykówki, możliwości udziału sportowców w podejmowaniu decyzji odnośnie do stosowanych rozwiązań regulacyjnych czy innych kwestii wykraczających poza bezpośrednią sferę interesów ekonomicznych. Takie stanowisko, które można określić mianem ortodoksyjnego,

<sup>33</sup> Komunikat prasowy Konkurencijos taryba z 18.11.2021. By agreeing not to pay players' salaries Lithuanian Basketball League and its clubs infringed Competition Law. Pozyskano z: <https://kt.gov.lt/en/news/by-agreeing-not-to-pay-players-salaries-lithuanian-basketball-league-and-its-clubs-infringed-competition-law> (23.04.2023).

jest dość charakterystyczne dla krajowych organów konkurencji, które częściej niż KE podkreślają gospodarczy wymiar interesów chronionych przez prawo konkurencji w sprawach odnoszących się do sportu i przyjmują perspektywę opartą na wpisywaniu zjawisk obecnych w sporcie w wykładnię klasycznych koncepcji, pojęć i teorii prawa antymonopolowego, zamiast dostosowywać je do charakterystyki sektora sportowego.

W przypadku omawianej decyzji jest to ewidentne poprzez zawartość uzasadnienia. A raczej bardzo zauważalny brak w tej części rozstrzygnięcia – na żadnym etapie analizy Prezes UOKiK nie odwoływał się do koncepcji specyfiki sportu. Brak podkreślania „szczególnych cech sportu” i odniesień do odmiennych cech rywalizacji sportowej w stosunku do rywalizacji gospodarczej przekładał się na podjęcie surowego stanowiska przez Prezesa UOKiK wobec uzgodnień podejmowanych przez kluby i PLK. W przypadku zakwestionowanej przez Prezesa UOKiK praktyki ewidentnym jest cel uczestników porozumienia ochrony ich interesów gospodarczych, a nie sportowych. Natomiast wysuwane przez uczestników postępowania argumenty odnoszące się do sportowych celów nawiązanych ustaleń (zapewnienie równowagi konkurencyjnej między uczestnikami) zostały w bardzo lakoniczny sposób oddalane przez Prezesa UOKiK. Wydaje się, że realizacja niektórych założeń, którymi kierował się Prezes UOKiK, doprowadziłaby do niekorzystnych ze sportowego punktu widzenia konsekwencji – przykładowo indywidualne podejście klubów do zwalniania i utrzymywania zawodników przełożyłoby się na pozostanie „w grze” wyłącznie najsilniejszych ekonomicznie i gospodarczo klubów, co mogłoby znacząco wpłynąć na atrakcyjność rozgrywek i nieprzewidywalność wyników. Jednocześnie działania podjęte przez kluby niekoniecznie musiały zostać uznane za dopuszczalne, gdyby Prezes UOKiK szerzej uwzględnił specyfikę sportu w swoich rozważaniach (Lindholm, 2010).

Odpowiedź na ten hipotetyczny przykład mogłoby (i powinno) przynieść przeprowadzenie testu *Wouters*, składającego się z analizy ogólnego kontekstu, istnienia legitymowanego celu, niezbędności i proporcjonalności przyjmowanych rozwiązań. Analizy tych wymogów jednak zabrakło i jest to niewątpliwie zaskakująca okoliczność. Szczególnie, że Prezes UOKiK wyraźnie odwoływał się równoległe do prawa krajowego i unijnego, a stosowanie testu *Wouters* do analizy praktyk odnoszących się do sportu jest ustalonym w orzecznictwie TSUE i praktyce KE elementem analizy czy doszło do naruszenia. Nie jest on przewidziany w przepisach TFUE, niemniej jest uznawany przez sądy unijne jako stały element stosowania art. 101 do decyzji związków przedsiębiorstw, zwłaszcza w sprawach związanych ze sportem<sup>34</sup>. W świetle art. 3 rozporządzenia 1/2003 i powiązania stosowania norm krajowych z unijnymi, zastosowanie procedury przez organ krajowy nie powinno odbiegać od zasad i procedur wyznaczanych przez organy unijne. Całkowity brak uwzględnienia jego wymogów mógł mieć bowiem wpływ na ostateczny wynik rozstrzygnięcia. Jego brak może zatem stanowić istotne naruszenie formalne, które może wpływać na ważność decyzji. Jednocześnie ciekawym poznawczo pytaniem jest próba zastanowienia się czy przeprowadzenie tego badania mogłoby wpłynąć na odmienny rezultat końcowy. Z praktyki stosowania prawa konkurencji UE wynika, że wymogi testu *Wouters* badane są przez Komisję przed analizą skutków lub celu ograniczenia konkurencji. Pozytywne spełnienie wszystkich przesłanek skutkuje wyłączeniem praktyki spod zakresu stosowania prawa konkurencji UE (Weatherill, 2014a).

<sup>34</sup> Wyr. TS z 18.07.2006 r., C-519/04 P *Meca-Medina i Majcen przeciwko Komisji* (ECLI:EU:C:2006:492).

Obiektywna ocena praktyk podjętych przez kluby i PLK wskazuje na problem z uznaniem zastosowanego rozwiązania za niezbędne i proporcjonalne (kontekst, w jakim działały kluby i PLK nie był problematyczny dla Prezesa UOKiK, a cel w postaci stabilności finansowej uczestników były w przeszłości uznawane przez TSUE na szczeblu UE za legitymowane). Rozwiązanie kontraktów i wstrzymanie wypłaty wynagrodzenia w stosunku do wszystkich zawodników jednocześnie, niezależnie od ich sytuacji materialnej, wskazuje na brak podjęcia próby znalezienia możliwie łagodnego rozwiązania. Jednak istotą naruszenia wskazaną przez Prezesa UOKiK było nawiązanie współpracy i kolektywne działanie wszystkich uczestników, a nie brak niezbędności i proporcjonalności. Sprawia to, że literalne odczytanie formy naruszenia, które sformułował Prezes UOKiK teoretycznie mogłoby objąć swoim zakresem wszystkie regulacje sportowe i uzgadniane wspólnie mechanizmy funkcjonowania rozgrywek – jak wskazano powyżej porozumienie uczestników co do reguł gry jest nieodłącznym elementem rywalizacji sportowej. Powstaje zatem pytanie, co kierowało Prezesem UOKiK, że postanowił tak zdecydowanie wystąpić w ochronie interesów sportowców w tej kwestii, pozostając biernym w wielu innych kwestiach i dyscyplinach, w których rozwiązania przyjmowane przez kluby, ligi i federacje uderzają w interesy gospodarcze uczestników. Skoro fakt kolektywnego podjęcia działań nie jest obiektywnym wyróżnikiem omawianych ustaleń, to było nim coś innego.

W tym kontekście przydatne może być uwzględnienie perspektywy na prawo konkurencji wykraczającej poza czysto prawną analizę. Badacze zajmujący się analizą związków między nie-liberalnymi systemami politycznymi i prawem konkurencji wskazują na zmianę w zakresie celów, którym ma służyć stosowanie prawa konkurencji i podporządkowanie tego instrumentu prawnego nie-liberalnym koncepcjom gospodarczym i założeniom odnośnie do roli państwa. W tym kontekście prawo konkurencji przestaje odgrywać rolę zapewnienia warunków do idealnej konkurencji między podmiotami gospodarczymi, a staje się instrumentem ingerencji państwa w sferę stosunków gospodarczych by zrealizować istotne politycznie cele (Bernatt, 2022). Tę perspektywę, wykorzystującą założenia *law and political economy*, można zastosować w omawianej sprawie, ponieważ wyraźnym celem przyświecającym Prezesowi UOKiK (podkreślanym w uzasadnieniu do decyzji) stała się ochrona jednostek i słabszej ekonomicznie strony relacji kluby – zawodnicy (Kolasiński, 2010). Wpisuje się to w podkreślaną często w innych obszarach życia gospodarczego w Polsce tendencję do postrzegania państwa jako przeciwwładzy dla sił i mechanizmów rynkowych (Becker, 2007). A także pewnego rodzaju „aktywizm” Prezesa UOKiK – w sferze sportu jest to tym bardziej zaskakujące, że organ ten dotychczas należał do najmniej aktywnych krajowych organów ochrony konkurencji.

Jednocześnie, co także warto podkreślić w tym kontekście, prawo konkurencji zostało zastosowane w omawianym postępowaniu niejako w zastępstwie prawa pracy. Co prawda, jego zastosowanie nie doprowadziło do przywrócenia stosunku zatrudnienia między klubami i zawodnikami ani nie zrekomensowało bezpośrednio pogorszenia sytuacji ekonomicznej sportowców. Natomiast sedno problemu prawnego między zawodnikami i klubami odnosiło się przede wszystkim do rozwiązania obowiązujących kontraktów i wstrzymania wypłaty wynagrodzenia, a więc kwestii dotyczących stosunku zatrudnienia (niezależnie od podstawy prawnej – kontraktu cywilnoprawnego, umowy zlecenie czy umowy o pracę) (Disney, 2007). W tym kontekście Prezes UOKiK nie uznał zawodników bezpośrednio za przedsiębiorców (przedsiębiorstwa) pokrzywdzonych działaniami

innych przedsiębiorców (przedsiębiorstw), ale jako teorię szkody wskazał naruszenie interesu publicznego poprzez ograniczenie konkurencji o usługi zawodników. Interes pracowniczy zawodników został zatem naruszony jedynie pośrednio, i tym samym do dochodzenia swoich praw związanych z zatrudnieniem muszą oni wykorzystywać odrębne instrumenty prawne i postępowania sądowe. Prezes UOKiK jednocześnie wyraźnie podkreślił, że zasadność podjętych działań nie stanowiła przedmiotu jego oceny, a więc mimo podjęcia działań wobec praktyk związanych z zatrudnieniem, przedmiot ochrony z perspektywy prawa konkurencji pozostaje odrębny. Ten wątek może być potencjalnie bardzo istotny dla ochrony praw pracowniczych sportowców<sup>35</sup>, wymaga jednak pogłębienia w ramach dalszych rozważań, na które nie ma już miejsca w tym artykule.

## VI. Podsumowanie

Podsumowując powyższe rozważania warto wskazać na oryginalność podejścia zaprezentowanego przez UOKiK w zastosowaniu prawa konkurencji do rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy. Pominięcie wykorzystania testu *Wouters*, wyraźna ekonomiczna perspektywa i równoległe (momentami nonszalanckie) stosowanie prawa unijnego i krajowego stanowią o specyfice podejścia zaprezentowanego przez UOKiK. Merytorycznie rozstrzygnięcie nie budzi zastrzeżeń (co do efektu końcowego), chociaż literalne odczytanie niektórych fragmentów uzasadnienia mogłoby świadczyć o braku rozpoznania przez Prezesa UOKiK specyficznych cech rywalizacji sportowej odróżniających ją od rywalizacji gospodarczej.

Niemniej warto mieć na względzie, że obecny moment w rozwoju europejskiego modelu sportu jest przełomowy, a prawo konkurencji odgrywa w tym bardzo istotną rolę. Jednocześnie należy podkreślić, że UOKiK, wraz z innymi krajowymi organami ochrony konkurencji, poprzez stosowanie prawa konkurencji do sportu, współkształtuje ten model organizacji rozgrywek. Mimo działania w skali państw członkowskich i na poziomie obejmującym krajowy poziom zmagania, ustalenia poczynione na podstawie przepisów prawa unijnego mogą mieć wpływ na kształt relacji między uczestnikami rywalizacji sportowej w UE. Tym samym, znacząco (?) wpływać na przyszłe losy kluczowych elementów tego modelu, takich jak relacje między zawodnikami i klubami, a także dystrybucję władzy gospodarczej pomiędzy nimi. Pozostaje obserwować dalszy kierunek działań krajowych organów konkurencji i ich ewentualne przełożenie na praktykę decyzyjną Komisji na poziomie ponadnarodowym, by móc jednoznacznie przesądzić czy omawiana w niniejszym tekście decyzja będzie miała szersze konsekwencje, czy będzie stanowiła wyłącznie lokalny koloryt.

## Bibliografia

- Agafonova, R. (2019). International Skating Union versus European Commission: Is the European sports model under threat? *The International Sports Law Journal*, (19).
- Becker, U. (2007). Verbandsautonomie und Gemeinschaftsrecht im Sport – Zur Anwendung des primärrechtlichen Wirtschaftsrecht am Beispiel der Transfer-, Vertrags- und Anti-Dopingbestimmungen. W: R. Pitschas, A. Uhle, J. Aulehner (red.), *Wege gelebter Verfassung in Recht und Politik: Festschrift für Rupert Scholz zum 70. Geburtstag*. Berlin: Duncker & Humblot.

<sup>35</sup> Przykładowo, czy jeśli regulamin rozgrywek przyjęty przez wszystkich uczestników wskazuje na kontrakt b2b jako jedyną możliwą formę zatrudnienia sportowców, to możliwe jest stwierdzenie naruszenia prawa konkurencji (porozumienie wszystkich uczestników rynku ograniczające konkurencję o usługi zawodników) bez rozstrzygnięcia o zasadności takich postanowień z perspektywy prawa pracy.

- Bernatt, M. (2022). *Populism and Antitrust. The Illiberal Influence of Populist Government on the Competition Law System*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Błachucki, M. (red.). (2020). *International Cooperation of Competition Authorities in Europe. From Bilateral Agreements to Transgovernmental Networks*. Warszawa: Publishing House of ILS PAS.
- Botta, M., Svetlicinii, A. i Bernatt, M. (2015). The assessment of the effect on trade by the national competition authorities of the „new” Member States: Another legal partition of the Internal Market? *Common Market Law Review*, 52(5).
- Budzinski, O. i Szymanski, S. (2015). Are restrictions of competition by sports associations horizontal or vertical in nature? *Journal of Competition Law & Economics*, 11(2).
- Disney, R. (2007). Remuneration of sports stars: implications for regulation. W: B. Bogusz, A. Cygan, E. Szyszczak (red.). *The Regulation of Sport in the European Union*. Cheltenham, Northampton: Edward Elgar Publishing Ltd.
- Dobosz, K. (2018). *Jednolitość stosowania prawa konkurencji Unii Europejskiej przez organy i sądy państw członkowskich*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Duval, A. i Van Rompuy, B. (2016). Introduction. W: A. Duval, B. Van Rompuy (red.), *The Legacy of Bosman*. Haga: Springer.
- Duval, A. i Van Rompuy, B. (2016a). Protecting Athletes’ Right to a Fair Trial Through EU Competition Law: The Pechstein Case. W: C. Paulussen, T. Takács, V. Lazić, B. Van Rompuy (red.), *Fundamental Rights in International and European Law*. Haga: Springer.
- Garcia, B., James, M., Koller, D., Lindholm, J., Mavromati, D., Parrish, R. i Rodenberg, R. (2020). The impact of Covid-19 on sports: a mid-way assessment. *The International Sports Law Journal*, (20).
- Kienapfel, P. i Stein, A. (2007). The application of Articles 81 and 82 EC in the sport sector. *Competition Policy Newsletter*, (3).
- Kolasiński, M.K. (2013). Perspectives of applying competition law to sport in Poland: remarks in the light of the Constitutional Court ruling of October 19, 2010. *International Sports Law Review*, 13(1).
- Kolasiński, M.K. (2019). Characteristics of sport-related relevant markets and their consequences. *European Competition Law Review*, 40(12).
- Kolasiński, M.K. (2019a). International Skating Union’s Eligibility Rules: Participation in Unauthorized Events as a Reason for Excluding Athletes from Sports Competitions by Leading Sport Federations. *European Competition and Regulatory Law Review*, 3(1).
- Kolasiński, M.K. (2020). Who can protect Polish professional athletes against abuses by leading sports entities? *International Sports Law Review*, 20(1).
- Kornbeck, J. (2019). Specificity, Monopoly and Solidarity in the European Commission’s ISU (International Skating Union) Decision: Anything New Under the Sun? *Journal of European Competition Law & Practice*, 10(2).
- Kornbeck, J. (2020). What can sports governing bodies do to comply with EU antitrust rules while maintaining territorial exclusivity? *The International Sports Law Journal*, 20(3–4).
- Kowalik-Bańczyk, K. (2008). Pojęcie „wpływu na handel” jako kryterium stosowania przez sądy krajowe wspólnotowego prawa konkurencji. *Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego*, (2).
- Kowalik-Bańczyk, K. (2010). Pojęcie wpływu na handel w decyzjach Prezesa UOKiK. *Europejski Przegląd Sądowy*, (5).
- Kozak, M. (2020). Mutual trust as a backbone of EU Antitrust Law. *Market and Competition Law Review*, 4(1).
- Krześniak, E. (2016). *Kluby i organizacje sportowe w prawie polskim na tle rozwiązań zagranicznych*. Warszawa: Wolters Kluwer.



- Lewandowski, W. (2018). Od piramidy do kolumnady – decyzja Komisji Europejskiej w sprawie Międzynarodowej Unii Łyżwiarskiej jako punkt zwrotny w rozwoju europejskiego modelu sportu. *Europejski Przegląd Sądowy*, (11).
- Lewandowski, W. (2022). Constitutional dimension of the competition law of the EU in sports. W: V. Smejkal (red.), *EU Antitrust: Hot Topics & Next Steps*. Proceedings of the International Conference held in Prague on January 24–25.
- Lindholm, J. (2010). The Problem with Salary Caps Under European Union Law: The Case Against Financial Fair Play. *Texas Review of Entertainment and Sports Law*, 12(2).
- Lindholm, J. (2013). The Impact of SBF v KKV on Sport: Swedish Fender-Bender or European Pileup? *European Competition Law Review*, 34(7).
- Materna, G. (2009). Stowarzyszenie sportowe jako przedsiębiorstwo z art. 82 i art. 86 TWE. *Europejski Przegląd Sądowy*, (12).
- Minkiewicz, M. (2014). Pojęcie wpływu na handel i reguła konwergencji w praktyce stosowania prawa UE przez polskie sądy i Prezesa UOKiK. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, 3(3).
- Motyka-Mojkowski, M. i Cukurov, D. (2020). Restrictions of Sport Sponsorship from a Competition Law Perspective – Recent Example from Germany. *Journal of European Competition Law & Practice*, 10(10).
- Pijetlovic, K. (2016). EU Competition Law and Organisational Rules. W: A. Duval, B. Van Rompuy (red.), *The Legacy of Bosman*. Haga: Springer.
- Pijetlovic, K. (2017). EU sports law: a uniform algorithm for regulatory rules. *The International Sports Law Journal*, 17(1–2).
- Pijetlovic, K. (2018). European model of sport: alternative structures. W: J. Anderson, R. Parrish, B. Garcia (red.), *Research Handbook on EU Sports Law and Policy*. Cheltenham, Northampton: Edward Elgar Publishing.
- Rincón, A. (2005). EC Competition and Internal Market Law: On the Existence of a Sporting Exemption and its Withdrawal. *Journal of Contemporary European Research*, 3(3).
- Scholten, M. (2017). Mind the trend! Enforcement of EU law has been moving to Brussels. *Journal of European Public Policy*, 24(9).
- Szyszczyk, E. (2018). Application of EU competition rules to sport. W: J. Anderson, R. Parrish, B. Garcia (red.), *Research Handbook on EU Sports Law and Policy*. Cheltenham, Northampton: Edward Elgar Publishing.
- Szyszczyk, E. (2018a). Competition and Sport: No Longer So Special? *Journal of European Competition Law & Practice*, 9(3).
- Van Rompuy, B. (2012). *Economic efficiency: the sole concern of modern antitrust policy? Non-efficiency considerations under article 101 TFEU*. Dordrecht: Wolters Kluwer.
- Van Rompuy, B. (2015). The Role of EU Competition Law in Tackling Abuse of Regulatory Power by Sports Associations. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 22(2).
- Weatherill, S. (2014). 'Fair Play Please!': Recent Developments in the Application of EC Law to Sport. W: S. Weatherill, *European Sports Law – Collected Papers* (s. 201–234). Haga: Springer.
- Weatherill, S. (2014a). Resisting the Pressures of 'Americanization': The Influence of European Community Law on the 'European Sport Model'. W: S. Weatherill, *European Sports Law – Collected Papers*. Haga: Springer.

## O potrzebie zmian legislacyjnych w zakresie zasad funkcjonowania powiatowych (miejskich) rzeczników konsumentów

### Spis treści

- I. Wprowadzenie
- II. Podstawy prawne funkcjonowania powiatowych (miejskich) rzeczników konsumentów i ich ewolucja w czasie
  1. Rys historyczny
  2. Aktualny stan prawny
- III. Postulowane przez rzeczników konsumentów zmiany legislacyjne
  1. Zasady finansowania
  2. Zasoby organizacyjno-kadrowe
  3. Wolność słowa
  4. Ustawowe zwolnienie rzeczników konsumentów z kosztów sądowych i kosztów zastępstwa procesowego
  5. Samorząd zawodowy rzeczników konsumentów
  6. Współpraca rzeczników konsumentów z Prezesem UOKiK
- IV. Stanowisko Prezesa UOKiK względem zmian postulowanych przez rzeczników konsumentów
  1. Zasoby organizacyjno-kadrowe
  2. Wsparcie organizacyjne
  3. Zadania i kompetencje
- V. Ocena stanowiska Prezesa UOKiK
  1. Obszary ujęte w stanowisku Prezesa UOKiK
    - 1.1. Zasoby organizacyjno-kadrowe
    - 1.2. Wsparcie organizacyjne
    - 1.3. Zadania i kompetencje
  2. Obszary nieujęte w stanowisku Prezesa UOKiK a postulowane przez rzeczników konsumentów
  3. Inne obszary
- VI. Wnioski

### Streszczenie

Instytucja powiatowego (miejskiego) rzecznika konsumentów uregulowana jest w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów. Instytucja ta funkcjonuje w polskim porządku prawnym już od ponad 20 lat. Przez ten okres wprowadzano kilka zmian legislacyjnych, które miały usprawnić jej

\* Doktor nauk prawnych; Wydział Ekonomiczno-Socjologiczny Uniwersytetu Łódzkiego, Instytut Finansów, Katedra Bankowości Centralnej i Pośrednictwa Finansowego; radca prawny; od 2017 r. Miejski Rzecznik Konsumentów w Łodzi. ORCID: 0000-0003-2274-269X; e-mail: anna.mloston@uni.lodz.pl.

Edition of that article was financed under Agreement Nr RCN/SP/0326/2021/1 with funds from the Ministry of Education and Science, allocated to the "Rozwoj czasopism naukowych" programme.

działanie. Pomimo istotnych zmian otoczenia prawnego, nie doczekała się jednak gruntowanej reformy. Aktualnie na linii rzecznicy konsumentów – Prezes UOKiK toczy się dyskusja na temat kolejnych zmian w zasadach funkcjonowania powiatowego (miejskiego) rzecznika konsumentów. Celem niniejszego artykułu jest przedstawienie głównych wątków tej dyskusji oraz ocena proponowanych w niej nowych rozwiązań prawnych.

**Słowa kluczowe:** prawo administracyjne; prawo ochrony konsumentów; konsument; organ ochrony konsumentów; UOKiK; samorząd terytorialny; rzecznik konsumentów.

**JEL:** K23

## I. Wprowadzenie

Pismem z dnia 27 września 2022 r. (znak: DPR.071.115.2022) Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: Prezes UOKiK) zwrócił się do Komisji Wspólnej Rządu i Samorządu Terytorialnego – Zespołu ds. Administracji Publicznej i Bezpieczeństwa Obywateli (dalej: KWRiST)<sup>1</sup>, o umożliwienie zainicjowania na forum KWRiST dyskusji dotyczącej możliwości reformy funkcjonowania powiatowych i miejskich rzeczników konsumentów. Odpowiedzią na ww. pismo było zorganizowanie przez Związek Powiatów Polskich<sup>2</sup> w dniu 21 października 2022 r. konsultacji on-line z powiatami i miastami członkowskimi<sup>3</sup>. Do udziału w nich zostali zaproszeni powiatowi i miejscy rzecznicy konsumentów. Konsultacje cieszyły się dużym zainteresowaniem. Wzięło w nich udział niemal 140 powiatowych i miejskich rzeczników konsumentów<sup>4</sup>, którzy wysunęli liczne propozycje reform instytucji rzecznika konsumentów<sup>5</sup>. W efekcie powstało pismo Związku Powiatów Polskich z dnia 22 listopada 2022 r. (znak: Or.A.071/2537/2022) do KWRiST, zawierające postulaty zmian ustawowych zgłoszone przez rzeczników konsumentów, wśród których znalazły się w szczególności: nowe zasady finansowania działalności rzeczników konsumentów (w części ze środków uzyskiwanych przez Prezesa UOKiK z kar pieniężnych nakładanych na przedsiębiorców, w części ze środków uzyskiwanych przez rzeczników konsumentów z kar pieniężnych nakładanych na przedsiębiorców, którzy nie udzielili odpowiedzi na wystąpienie rzecznika), powiązanie wysokości etatu rzecznika z liczbą mieszkańców powiatu, zagwarantowanie rzecznikom wolności słowa, ustawowe zwolnienie rzecznika z opłat sądowych i kosztów zastępstwa procesowego, powołanie samorządu zawodowego rzeczników konsumentów, usprawnienie komunikacji między rzecznikami a Prezesem UOKiK w sprawach, w których rzecznicy potrzebują wsparcia (takich jak realizacja zadań w zakresie ochrony konsumenta, szkolenia dla rzeczników, zaopatrzenie w materiały edukacyjne, przekazywanie sprawozdań rzeczników wyłącznie w formie

<sup>1</sup> Podstawę działania KWRiST stanowią przepisy ustawy z dn. 6.02.2005 r. o Komisji Wspólnej Rządu i Samorządu Terytorialnego oraz o przedstawicielach Rzeczypospolitej Polskiej w Komitecie Regionów Unii Europejskiej (Dz. U. Nr 90, poz. 759). KWRiST stanowi forum wypracowania wspólnego stanowiska rządu i samorządu terytorialnego w sprawach związanych z funkcjonowaniem samorządu terytorialnego i z polityką państwa wobec samorządu – szerzej zob. <http://www.kwrst.mswia.gov.pl/kw/komisja/o-komisji/8600,Komisja-Wspolna-Rzadu-i-Samorządu-Terytorialnego.html> (19.02.2023).

<sup>2</sup> Związek Powiatów Polskich jest stowarzyszeniem powiatów, którego celem jest m.in. obrona wspólnych interesów powiatów oraz kształtowanie wspólnej polityki powiatów – zob. §1 Statutu ZPP. Pozyskano z: <https://www.zpp.pl/storage/files/2019-08/f1279f02a4d049293eb7f9b76465375e3312.pdf> (19.02.2023).

<sup>3</sup> Szerzej zob. <https://zpp.pl/arttykul/2703-reforma-funkcjonowania-powiatowychmiejskich-rzecznikow-praw-konsumentow-konsultacje> (19.02.2023).

<sup>4</sup> W tym Autorka niniejszego artykułu.

<sup>5</sup> Szerzej zob. <https://www.zpp.pl/arttykul/2732-powiatowi-rzecznicy-praw-konsumenta-apeluj-a-o-zmiany> (19.02.2023).

elektronicznej)<sup>6</sup>. Po analizie tego pisma, Prezes UOKiK wystąpił do Rady Ministrów z propozycją konkretnych zmian, a następnie przedstawił je podczas spotkania KWRiST. Zgodnie z projektowanymi przez Prezesa UOKiK zmianami:

- „rzecznik konsumentów musiałby mieć wykształcenie prawnicze (przepisy przejściowe objęłyby osoby, które dziś nie spełniają tego warunku) i doświadczenie w stosowaniu prawa;
- rzecznik byłby obowiązkowo zatrudniony na pełnym etacie;
- w każdym powiecie powyżej 100 tys. mieszkańców musiałoby powstać biuro rzecznika (w którym byłaby zatrudniona – oprócz rzecznika – przynajmniej jedna osoba);
- nie można by łączyć obowiązków rzecznika z innym zatrudnieniem w starostwie oraz ze stanowiskami politycznymi;
- w razie nieobecności rzecznika starosta/prezydent musiałby wyznaczyć zastępstwo;
- rzecznik mógłby upoważnić pracownika do działania w jego imieniu;
- rzecznik nie miałby obowiązku wspierać konsumentów w sprawach bagatelnych;
- powstałoby narzędzie elektroniczne wspierające rzeczników w podejmowaniu działań i baza danych o sprawach podejmowanych przez rzeczników;
- rzecznik miałby silniejszą pozycję przy żądaniu wyjaśnień od przedsiębiorców (terminy, prawo do żądania dokumentów, dostęp do tajemnicy, sankcje za nieudzielenie informacji lub wprowadzenie w błąd)”<sup>7</sup>.

W dniu 8 grudnia 2022 r. Prezes UOKiK skonsultował propozycje tych zmian z Krajową Radą Rzeczników Konsumentów. Aktualnie trwają prace mające na celu opracowanie propozycji legislacyjnej na poziomie Rady Ministrów<sup>8</sup>. Efekty tych prac mają być ponownie skonsultowane z Krajową Radą Rzeczników Konsumentów<sup>9</sup>.

Opisany we wprowadzeniu proces legislacyjny mający na celu reformę instytucji powiatowego (miejskiego) rzecznika konsumentów wymaga komentarza. Po pierwsze, zasadne jest bliższe omówienie historycznych i aktualnych regulacji prawnych dotyczących rzecznika konsumentów. Po drugie, ważne jest wskazanie przepisów, które obecnie zostały wytypowane przez rzeczników konsumentów do reformy oraz ustalenie przyczyn niezbędnych zmian. Po trzecie, należy przedstawić propozycje zmiany tych przepisów sformułowane przez Prezesa UOKiK i ocenić czy są zasadne i czy w pełni odzwierciedlają postulaty zgłoszone przez rzeczników konsumentów w czasie dyskusji na forum Związku Powiatów Polskich. Ponadto zasadne jest rozważenie czy dyskusja nad zmianami regulacji prawnych objęła wszystkie problemy związane z funkcjonowaniem rzeczników konsumentów.

<sup>6</sup> Pismo dostępne na: <https://www.zpp.pl/storage/library/2022-11/a8d23ef5177260280697e57d9ac18a8d.pdf> (19.02.2023).

<sup>7</sup> Komunikat dla rzeczników konsumentów w Newsletterze dla rzeczników konsumentów i Inspekcji Handlowej z 9.01.2023 r. (niepublikowany).

<sup>8</sup> Ibidem.

<sup>9</sup> Pismo Prezesa UOKiK z 31.01.2023 r. (znak: DOZIK-5.071.2.2023.LP) do Przewodniczącej Krajowej Rady Rzeczników Konsumentów (niepublikowane).

## II. Podstawy prawne funkcjonowania powiatowych (miejskich) rzeczników konsumentów i ich ewolucja w czasie

Przeanalizowanie zgłaszanych postulatów zmian ustawowych w zakresie funkcjonowania powiatowych (miejskich) rzeczników konsumentów należy zacząć od zaprezentowania rysu historycznego instytucji, jej ewolucji w czasie oraz aktualnych przepisów prawnych.

### 1. Rys historyczny

Instytucję powiatowego (miejskiego) rzecznika konsumentów wprowadziła do polskiego porządku prawnego z dniem 1 stycznia 1999 r. ustawa z dnia 24 lipca 1998 r. o zmianie niektórych ustaw określających kompetencje organów administracji publicznej (Dz. U. 1998 Nr 106, poz. 668). Na mocy art. 14 pkt 3 ww. ustawy do ustawy z dnia 25 lutego 1958 r. o Państwowej Inspekcji Handlowej<sup>10</sup> dodany został art. 6 ust. 2 o treści: „Zadania ochrony konsumenta w zakresie określonym ustawą oraz innymi przepisami sprawują również organy jednostek samorządu terytorialnego” oraz art. 6 ust. 3 o treści: „W szczególności zadania jednostek samorządu terytorialnego w zakresie ochrony konsumenta wykonuje powiatowy (miejski) rzecznik konsumentów, powoływany i odwoływany przez radę powiatu (radę miasta na prawach powiatu) na zasadach określonych odrębnymi przepisami, które ustalają również szczegółowy zakres jego działania i przysługujące mu uprawnienia”. Ustawa ta na mocy art. 61 wprowadziła równocześnie zmiany w ustawie z 24 lutego 1990 r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym<sup>11</sup>, polegające na dodaniu do tej ustawy rozdz. 5a „Powiatowy (miejski) rzecznik konsumentów”. W rozdziale tym znalazły się raptem 4 artykuły regulujące działalność rzecznika. Były to:

- art. 21c, który stanowił, że zadania samorządu powiatowego w zakresie ochrony praw konsumenta wykonuje powiatowy (miejski) rzecznik konsumentów, zwany dalej „rzecznikiem konsumentów” (ust. 1) oraz, że powiaty mogą, w drodze porozumienia, utworzyć jedno wspólne stanowisko rzecznika konsumentów (ust. 2);
- art. 21d, który stanowił, że rzecznika konsumentów powołuje i odwołuje rada powiatu (rada miasta na prawach powiatu) (ust. 1) oraz że rzecznika konsumentów powołuje się spośród osób z wyższym wykształceniem i co najmniej pięcioletnią praktyką zawodową (ust. 2);
- art. 21e, który stanowił, że do zadań rzecznika konsumentów w szczególności należy:
  - 1) zapewnienie konsumentom bezpłatnego poradnictwa i informacji prawnej w zakresie ochrony ich interesów;
  - 2) wytaczanie powództw na rzecz konsumentów oraz wstępowanie, za ich zgodą, do toczącego się postępowania w sprawach o ochronę interesów konsumentów;
  - 3) składanie wniosków w sprawie stanowienia i zmiany przepisów prawa miejscowego w zakresie ochrony interesów konsumentów;
  - 4) współdziałanie z właściwymi terytorialnie delegaturami Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów oraz organizacjami, do których zadań statutowych należy ochrona interesów konsumentów;

<sup>10</sup> Dz. U. 1969 Nr 26, poz. 206; Dz. U. 1975 Nr 16, poz. 91; Dz. U. 1990 Nr 14, poz. 88; Dz. U. 1991 Nr 65, poz. 279; Dz. U. 1996 Nr 106, poz. 496.

<sup>11</sup> Dz. U. 1997 Nr 49, poz. 318; Nr 118, poz. 754; Nr 121, poz. 770.

ponadto wskazywał, że rzecznik konsumentów może udzielać obywatelom także w innych formach pomocy prawnej w zakresie ochrony praw konsumentów (ust. 2);

- art. 21f, który stanowił, że zarząd powiatu, na wniosek rzecznika konsumentów, może zlecać prowadzenie bezpłatnego poradnictwa konsumenckiego działającym na obszarze powiatu organizacjom, do których zadań statutowych należy ochrona interesów konsumentów.

Ustawa o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym została uchylona z dniem 1 kwietnia 2001 roku. W okresie od 1 kwietnia 2001 r. do 20 kwietnia 2007 r. funkcjonowanie powiatowych (miejskich) rzeczników konsumentów regulowały przepisy art. 34–39 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów<sup>12</sup>, a po uchyleniu tej ustawy, tj. od dnia 21 kwietnia 2007 r., funkcjonowanie tej instytucji regulowały przepisy art. 39–44 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, które zostały umieszczone w Dziale IV Rozdział 2 tej ustawy pt. „Samorząd terytorialny i organizacje konsumenckie”<sup>13</sup>. Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów z dnia 15 grudnia 2000 r. nie wpłynęła na istotę instytucji rzecznika, jednakże przyczyniła się do doprecyzowania zasad jej funkcjonowania. I tak, w ustawie tej:

- dodano do dotychczasowych regulacji regulacje doprecyzujące zasady usytuowania organizacyjnego rzecznika (art. 34 ust. 2 i 3) i zatrudniania go w starostwie powiatowym (art. 36);
- rozszerzono zadania rzecznika o występowanie do przedsiębiorców w sprawach ochrony praw i interesów konsumentów (art. 36 ust. 1 pkt 3), współdziałanie z właściwymi miejscowo delegaturami Urzędu, organami Inspekcji Handlowej oraz organizacjami konsumenckimi (art. 36 ust. 1 pkt 4) oraz wykonywanie innych zadań określonych w ustawie lub w przepisach odrębnych (art. 36 ust. 1 pkt 5);
- wprowadzono ustawowy obowiązek przedsiębiorcy, do którego zwrócił się rzecznik konsumentów, udzielania rzecznikowi wyjaśnień i informacji będących przedmiotem wystąpienia oraz ustosunkowania się do uwag i opinii rzecznika (art. 37 ust. 4) i jednocześnie wprowadzono do ustawy przepis karny, zgodnie z którym nieudzielenie przez przedsiębiorcę wyjaśnień i informacji rzecznikowi stanowi wykroczenie (art. 106a<sup>14</sup>);
- przyznano rzecznikowi status oskarżyciela publicznego w sprawach o wykroczenia na szkodę konsumentów (art. 37 ust. 3);
- doprecyzowano zasady występowania rzecznika w procesie cywilnym (art. 37 ust. 5);
- nałożono na rzecznika obowiązek przedkładania radzie powiatu (miasta) do zatwierdzenia rocznego sprawozdania ze swojej działalności w roku poprzednim w terminie do dnia 31 marca każdego roku (art. 38);
- ustanowiono Krajową Radę Rzeczników Konsumentów jako organ opiniodawczo-doradczy Prezesa UOKiK (art. 38a<sup>15</sup>).

W ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów z dnia 16 lutego 2007 r. i ustawach ją nowelizujących dokonano doprecyzowania lub zmian tylko niektórych z dotychczasowych rozwiązań dotyczących rzeczników konsumentów. Przede wszystkim:

<sup>12</sup> T.j. Dz. U. 2005 Nr 244, poz. 2080.

<sup>13</sup> T.j. Dz. U. 2021, poz. 275.

<sup>14</sup> Przepis dodany do ustawy z dniem 1.05.2004 r. na mocy art. 1 pkt 51 ustawy z dn. 16.04.2004 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz zmianie niektórych innych ustaw (Dz. U. 2004 Nr 93, poz. 891).

<sup>15</sup> Przepis dodany do ustawy z dniem 15.12.2002 r. na mocy art. 1 pkt 5 ustawy z dn. 5.07.2002 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. 2002 Nr 129, poz. 1102).

- ustalono, że katalog zadań rzecznika konsumentów jest zamknięty (art. 42 ust. 1 in fine)<sup>16</sup>;
- dokonano zmiany zasad wyboru i zatrudniania rzeczników konsumentów (art. 40) – począwszy od 1 stycznia 2009 r. rzecznicy konsumentów są pracownikami samorządowymi, podporządkowanymi bezpośrednio staroście (prezydentowi miasta), zatrudnionymi na podstawie umowy o pracę (art. 40 ust. 1, 2, 3 i 5<sup>17</sup>);
- w powiatach powyżej 100 tys. mieszkańców i w miastach na prawach powiatu wprowadzono możliwość wykonywania przez rzecznika zadań przy pomocy wyodrębnionego biura (art. 40 ust. 4<sup>18</sup>);
- zmieniono zasady sprawozdawczości rzeczników, tj. obecnie rzecznik konsumentów, w terminie do dnia 31 marca każdego roku, przedkłada staroście (prezydentowi miasta) do zaopiniowania roczne sprawozdanie ze swojej działalności w roku poprzednim oraz przekazuje je Prezesowi UOKiK w terminie 7 dni od zaopiniowania przez starostę (prezydenta miasta) (art. 43 ust. 1<sup>19</sup>);
- zmieniono przepisy dotyczące składu i zasad powoływania członków Krajowej Rady Rzeczników Konsumentów (art. 44 ust. 4 i 5<sup>20</sup>).

## 2. Aktualny stan prawny

Analiza dotychczasowych przepisów regulujących funkcjonowanie rzecznika konsumentów wskazuje, że zasadnicze cele i zasady funkcjonowania tej instytucji pozostają niezienne od ponad 20 lat, a dokonywane zmiany regulacji prawnych służyły jedynie doprecyzowaniu rozwiązań przyjętych z chwilą ustanowienia tej instytucji. Podsumowując, w aktualnym stanie prawnym zasady funkcjonowania powiatowego (miejskiego) rzecznika konsumentów określone zostały w ustawie z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej: uokik), w Dziale V Rozdział 2 pt. „Samorząd terytorialny i organizacje konsumenckie”, w artykułach 39–44. W świetle tej ustawy:

- rzecznik konsumentów jest organem ochrony konsumentów (por. art. 1 ust. 3<sup>21</sup>);
- rzecznik konsumentów wykonuje zadania samorządu powiatowego w zakresie ochrony konsumentów (art. 39 ust. 1);
- rzecznik konsumentów jest pracownikiem samorządowym bezpośrednio podporządkowanym staroście (prezydentowi miasta), który nawiązuje z nim stosunek pracy (art. 40 ust. 1 i 3);
- rzecznikiem konsumentów może być osoba posiadająca wyższe wykształcenie, w szczególności prawnicze lub ekonomiczne, i co najmniej pięcioletnią praktykę zawodową (art. 40 ust. 2);

<sup>16</sup> W brzmieniu obowiązującym od 18.01.2015 r., nadanym przez art. 1 pkt 21 ustawy z dn. 10.06.2014 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. 2014, poz. 945).

<sup>17</sup> W brzmieniu określonym przez art. 52 ustawy z dn. 21.11.2008 r. o pracownikach samorządowych (Dz. U. 2008 Nr 223, poz. 1458).

<sup>18</sup> Przepis wprowadzony do ustawy z chwilą jej wejścia w życie, tj. 21.03.2007 r., początkowo umieszczony w art. 40 ust. 5, z dniem 1.01.2009 r., na mocy art. 52 ustawy z dn. 21.11.2008 r. o pracownikach samorządowych (Dz. U. 2008 Nr 223, poz. 1458), przeniesiony do art. 40 ust. 4.

<sup>19</sup> Art. 43 zmieniony przez art. 1 pkt 7 ustawy z dn. 4.07.2019 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. 2019, poz. 1667) zmieniającej nin. ustawę z dniem 3.01.2020 r.

<sup>20</sup> Art. 44 ust. 4 zmieniony przez art. 1 pkt 8 lit. a) ustawy z dn. 4.07.2019 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. 2019, poz. 1667) zmieniającej nin. ustawę z dniem 3.01.2020 r.

<sup>21</sup> Szerzej nt. statusu prawnego rzecznika konsumentów i sporów wobec przypisania mu statusu organu administracji publicznej/organu powiatu – zob. Młostoń-Olszewska, 2022, s. 105–117.

- rzecznika konsumentów wyodrębnia się organizacyjnie w strukturze starostwa powiatowego (urzędu miasta), przy czym w powiatach powyżej 100 tys. mieszkańców rzecznik może wykonywać swoje zadania przy pomocy wyodrębnionego biura (art. 40 ust. 4);
- zadania rzecznika określone są zarówno w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów, jak i w ustawach szczególnych; do zadań tych należy:
  - 1) zapewnienie bezpłatnego poradnictwa konsumenckiego i informacji prawnej w zakresie ochrony interesów konsumentów (art. 42 ust. 1 pkt 1);
  - 2) składanie wniosków w sprawie stanowienia i zmiany przepisów prawa miejscowego w zakresie ochrony interesów konsumentów (art. 42 ust. 1 pkt 2);
  - 3) występowanie do przedsiębiorców w sprawach ochrony praw i interesów konsumentów (art. 42 ust. 1 pkt 3);
  - 4) współdziałanie z Prezesem UOKiK, organami Inspekcji Handlowej oraz organizacjami konsumenckimi (art. 42 ust. 2);
  - 5) wykonywanie innych zadań określonych w ustawie lub w przepisach odrębnych (art. 42 ust. 1 pkt 5), do których zalicza się w szczególności: wytaczanie powództw na rzecz konsumentów oraz wstępowanie, za ich zgodą, do toczącego się postępowania w sprawach o ochronę interesów konsumentów (art. 42 ust. 2) albo wydawanie istotnego dla sprawy poglądu w takim postępowaniu (art. 42 ust. 5 w zw. z art. 63 ustawy z 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego<sup>22</sup>); wytaczanie powództw w trybie ustawy z 17 grudnia 2009 r. o dochodzeniu roszczeń w postępowaniu grupowym<sup>23</sup>; wytaczanie powództw w interesie publicznym w trybie art. 12 ust. 2 pkt 4 ustawy z 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym<sup>24</sup>;
  - 6) występowanie w roli oskarżyciela publicznego w sprawach o wykroczenia na szkodę konsumentów (art. 42 ust. 3);
- w terminie do 31 marca każdego roku rzecznik konsumentów przedkłada do zaopiniowania staroście (prezydentowi miasta) swoje roczne sprawozdanie, a następnie przekazuje je Prezesowi UOKiK (art. 43 ust. 1 i 2);
- przy Prezesie UOKiK działa Krajowa Rada Rzeczników Konsumentów, która jest stałym organem opiniodawczo-doradczym Prezesa UOKiK w zakresie spraw związanych z ochroną praw konsumentów na szczeblu samorządu powiatowego (art. 44).

Efektywność wykonywania przez rzecznika konsumentów jego zadań gwarantuje art. 114 ust. 1 uokik stanowiący, że przedsiębiorca, który narusza obowiązek udzielenia rzecznikowi wyjaśnień i informacji będących przedmiotem wystąpienia rzecznika lub ustosunkowania się do uwag i opinii rzecznika popełnia wykroczenie zagrożone karą grzywny, nie mniejszą niż 2000 złotych.

<sup>22</sup> T.j. Dz. U. 2021, poz. 1805 (dalej: k.p.c.).

<sup>23</sup> T.j. Dz. U. 2020, poz. 446.

<sup>24</sup> T.j. Dz. U. 2007, poz. 2070 (dalej: upnpr).



### III. Postulowane przez rzeczników konsumentów zmiany legislacyjne

Jak wskazano we wstępie niniejszego artykułu<sup>25</sup>, w czasie konsultacji, które odbyły się na forum Związku Powiatów Polskich w dniu 21 października 2022 r., rzecznicy konsumentów zgłosili postulaty dotyczące zmian zasad funkcjonowania instytucji rzecznika konsumentów, tj. sposobu finansowania i organizacji pracy, które poniżej pokrótce je zaprezentuję.

#### 1. Zasady finansowania

Aktualne rozwiązania prawne nie zapewniają rzecznikowi konsumentów własnego budżetu. Działalność rzecznika jest finansowana z budżetu powiatu. W skali kraju jedynie w sporadycznych wypadkach rzecznicy konsumentów dysponują środkami finansowymi dedykowanymi bezpośrednio ich działalności, które mogliby przeznaczać na realizację swoich zadań, np. na wydanie materiałów edukacyjnych dla konsumentów czy obsługę prawną procesów sądowych (UOKiK, 2019a, s. 20 i 95). W ocenie rzeczników ich sytuacja finansowa mogłaby ulec poprawie, gdyby część środków z kar finansowych nakładanych na przedsiębiorców przez Prezesa UOKiK była przeznaczana na ich działalność. Wypada zauważyć, że jest to rozwiązanie prawne już stosowane w przypadku innych instytucji. Zgodnie z art. 112 ust. 2 uokik kary pieniężne nałożone przez Prezesa UOKiK na podmiot rynku finansowego stanowią przychód Funduszu Edukacji Finansowej, o którym mowa w ustawie z dnia 5 sierpnia 2015 r. o rozpatrywaniu reklamacji przez podmioty rynku finansowego, o Rzeczniku Finansowym i o Funduszu Edukacji Finansowej<sup>26</sup>, z przeznaczeniem na finansowanie edukacji finansowej konsumentów<sup>27</sup>.

Ponadto poprawę sytuacji finansowej rzeczników konsumentów mogłaby przynieść zmiana zasad karania przedsiębiorców za nieustosunkowanie się do wystąpienia rzecznika. Obecnie czyn ten stanowi wykroczenie określone w art. 114 ust. 1 uokik, a środki z nałożonych przez sądy karne grzywnien trafiają do budżetu państwa. Gdyby dokonać zmiany ustawowej poprzez przyznanie rzecznikowi konsumentów prawa wydawania decyzji administracyjnej w takiej sprawie i nałożenia kary pieniężnej, przychody z kar pieniężnych trafiałyby do budżetu powiatów i mogły zasilić działalność rzeczników konsumentów. Takie rozwiązanie wpłynęłoby zresztą motywująco na rzeczników, przyczyniając się do podejmowania przez nich działań w celu egzekwowania od przedsiębiorców ich obowiązku informacyjnego.

#### 2. Zasoby organizacyjno-kadrowe

Oprócz odpowiedniego finansowania, warunkiem właściwego wykonywania przez rzeczników konsumentów ich zadań jest posiadanie odpowiednich zasobów kadrowych. Jakkolwiek obecnie w art. 40 ust. 4 uokik istnieje regulacja, że w powiatach powyżej 100 tys. mieszkańców rzecznik może wykonywać swoje zadania przy pomocy wyodrębnionego biura, to w praktyce okazuje się, że jest ona niewystarczająca do zapewnienia rzecznikom odpowiednich kadr. Brak obligatoryjności w zakresie powoływania biura rzecznika powoduje, że w wielu powiatach, których dotyczy wskazany przepis, biura rzecznika nie są powoływane. Co więcej, jest wiele powiatów, w których

<sup>25</sup> Zob. pismo Związku Powiatów Polskich z 22.11.2022 r. (znak: Or.A.071/2537/2022) do KWRiST.

<sup>26</sup> T.j. Dz. U. 2022, poz. 187.

<sup>27</sup> Zob. art. 43h ustawy z dn. 5.08.2015 r. o rozpatrywaniu reklamacji przez podmioty rynku finansowego, o Rzeczniku Finansowym i o Funduszu Edukacji Finansowej (t.j. Dz. U. 2022, poz. 187).

rzecznik konsumentów pracuje tylko na część etatu, niekiedy łącząc tę pracę z wykonywaniem innej pracy w starostwie powiatowym (urzędzie miasta), także takiej, która może wywołać konflikt interesów. Są powiaty, w których nie powołano rzecznika (UOKiK, 2019a, s. 14 i 20). Przepisy uokik nie przewidują żadnej sankcji w wypadku niepowołania rzecznika lub biura rzecznika.

Problem braków kadrowych jest sygnalizowany przez rzeczników od wielu lat. Wprowadzenie do uokik przepisu o możliwości powoływania biur rzecznika (21 marca 2007 r.) nie poprawiło sytuacji kadrowej, o czym świadczą dane zawarte w sprawozdaniach UOKiK dotyczących funkcjonowania powiatowych (miejskich) rzeczników konsumentów z lat 2008 (UOKiK, 2009, s. 4, 23) i 2009 (UOKiK, 2010, s. 4, 23) i te opublikowane 10 lat później – za lata 2017 (UOKiK, 2019, s. 13–14, 62–63) i 2018 r. (UOKiK, 2019a, s. 10–15, 95), z których wynika m.in., że tylko 30% uprawnionych rzeczników wykonuje swoje zadania przy pomocy biur.

Stąd postulowane przez rzeczników zmiany polegające na wprowadzeniu obowiązku powoływania rzecznika w powiecie, obowiązku utworzenia biura rzecznika w powiatach powyżej 100 tys. mieszkańców oraz powiązania wysokości etatów w biurze z liczbą mieszkańców powiatu. Wypada zauważyć, że rozwiązanie tego rodzaju zostało zastosowane m.in. w art. 8 ust. 2 w zw. z art. 20 ust. 4 ustawy z dnia 5 sierpnia 2015 r. o nieodpłatnej pomocy prawnej, nieodpłatnym poradnictwie obywatelskim oraz edukacji prawnej<sup>28</sup>, gdzie do określenia liczby punktów nieodpłatnej pomocy prawnej w powiecie zastosowano mnożnik zależny od liczby mieszkańców powiatu<sup>29</sup>.

### 3. Wolność słowa

Warunkiem właściwego wykonywania przez rzecznika jego zadań jest przyznanie mu także odpowiedniej ochrony prawnej w zakresie wolności słowa. Jakkolwiek powiatowy (miejski) rzecznik konsumentów jest funkcjonariuszem publicznym w rozumieniu przepisów art. 115 § 13 pkt 4 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny<sup>30</sup> i z tego tytułu korzysta z ochrony prawnokarnej przewidzianej dla funkcjonariuszy publicznych (Koroluk i Powałowski, 2014, s. 1136, tak samo: Radwański, 2016, s. 781) (np. w zakresie przestępstwa znieważenia funkcjonariusza publicznego – zob. art. 226 § 1 tej ustawy), to powyższe nie rozwiązuje wszystkich problemów związanych ze sprawowaniem funkcji rzecznika. Do ustawowych zadań rzecznika należy występowanie do przedsiębiorców w sprawach ochrony praw i interesów konsumentów (art. 42 ust. 1 pkt 3 uokik). W ramach takich wystąpień rzecznik zwraca się o udzielenie wyjaśnień i informacji oraz formułuje uwagi i opinie (por. art. 42 ust. 4 uokik), co z oczywistych względów może nie spotykać się z pozytywną reakcją przedsiębiorcy. Co istotne, rzecznicy konsumentów coraz częściej występują do przedsiębiorców w zawiłych sprawach, w których wartość przedmiotu sporu jest znaczna (np. w sprawach finansowych czy deweloperskich). Nierzadko mają do czynienia z profesjonalnymi pełnomocnikami reprezentującymi przedsiębiorcę. Bywa, że sprawy mają charakter

<sup>28</sup> T.j. Dz. U. 2021, poz. 945.

<sup>29</sup> Na marginesie warto odnotować, że według danych podanych przez Ministerstwo Sprawiedliwości, w kraju działa ok. 1500 punktów nieodpłatnej pomocy prawnej i nieodpłatnego poradnictwa obywatelskiego (w roku 2018 było ich 1524, w roku 2019 – 1529) w sytuacji, gdy z danych opublikowanych przez UOKiK wynika, że w 2018 r. w kraju działało 349 rzeczników konsumentów. Jednocześnie w 2018 r. łączna ilość porad i informacji prawnych udzielonych przez rzeczników konsumentów była wyższa niż łączna ilość porad udzielonych przez ww. punkty (w 2018 r. rzecznicy konsumentów udzielili 475 929 porad, a ww. punkty udzieliły 452 584 porad), przy czym rzecznicy konsumentów udzielają poradnictwa wyłącznie w sprawach konsumenckich, a ww. punkty we wszystkich dziedzinach prawa – zob. Ocena Ministra Sprawiedliwości z realizacji zadań z zakresu nieodpłatnej pomocy prawnej i nieodpłatnego poradnictwa obywatelskiego oraz edukacji prawnej za 2019 r., s. 2 i 34. Pozyskano z: <https://www.gov.pl/web/nieodplatna-pomoc/ocena-ministra-sprawiedliwosci-z-realizacji-zadan-za-2019-r> (4.03.2023). Zob. także UOKiK, 2019a, s. 10 i 12 – dot. sprawozdania za 2018 rok, jako że tego roku dotyczy ostatnie opublikowane przez UOKiK sprawozdanie zbiorcze z działalności powiatowych (miejskich) rzeczników konsumentów.

<sup>30</sup> T.j. Dz. U. 2022, poz. 1138.

medialny i rzecznik proszony jest o wypowiedzi dla prasy czy telewizji, albo wręcz sam dąży do nagłośnienia sprawy z uwagi na ochronę interesów lokalnej społeczności. Nie jest sytuacją pożądaną, by rzecznik powstrzymywał się od wykonywania swoich zadań ze względu na obawy przed próbami pociągania go do odpowiedzialności karnej lub cywilnoprawnej. Nie jest także zasadne, by rzecznik obawiał się krytycznych wypowiedzi wobec swojego pracodawcy w zakresie, w jakim ten kieruje działalnością instytucji świadczących usługi dla konsumentów. Składanie względem rzecznika skarg, zawiadomień o przestępstwie czy groźenie spowodowaniem procesu cywilnego o ochronę dóbr osobistych może w istocie mieć na celu jedynie nękanie rzecznika i w efekcie zniechęcenie go do podejmowania działań w danej sprawie. Z tego względu postulowane jest przyznanie rzecznikowi konsumentów ochrony prawnej poprzez ustawowe zagwarantowanie mu wolności słowa, np. na wzór rozwiązania stosowanego na gruncie ustawy z 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych<sup>31</sup>, a ponadto zagwarantowanie wolności od osobistej odpowiedzialności cywilnej za naruszenie dobra osobistego innej osoby dokonane w ramach wykonywanej funkcji publicznej. Innymi słowy konieczne są przepisy gwarantujące rzecznikowi konsumentów immunitet formalny i materialny w odniesieniu do odpowiedzialności karnej i cywilnej.

#### **4. Ustawowe zwolnienie rzeczników konsumentów z kosztów sądowych i kosztów zastępstwa procesowego**

Zgodnie z art. 42 ust. 2 uokik w zw. z art. 63<sup>3</sup> k.p.c. rzecznik konsumentów może wytaczać powództwa na rzecz konsumentów oraz wstępować, za ich zgodą, do toczącego się postępowania w sprawach o ochronę interesów konsumentów. W takim przypadku do rzecznika stosuje się odpowiednio przepisy o prokuratorze (art. 63<sup>4</sup> k.p.c.). Rzecznik konsumentów jest zwolniony z obowiązku uiszczania kosztów sądowych w sprawach dotyczących ochrony indywidualnych interesów konsumentów (art. 96 ust. 11 ustawy z 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych<sup>32</sup>). W ocenie rzeczników konsumentów zwolnienie z kosztów sądowych nie jest jednak wystarczające. Zasadniczą barierą w korzystaniu przez rzeczników konsumentów z uprawnienia do wszczynania postępowań sądowych jest ryzyko zasądzenia od rzecznika, a w istocie powiatu, który rzecznika zatrudnia, kosztów zastępstwa procesowego drugiej strony procesu. Problem ten widoczny jest zwłaszcza w przypadku postępowań grupowych, w których, ze względu na specyfikę tych postępowań, mogą wziąć udział konsumenci nie tylko z danego powiatu, lecz także z całego kraju. Władze powiatów nie chcą brać finansowej odpowiedzialności za procesy sądowe, które nie dotyczą mieszkańców ich powiatu. W efekcie rzecznicy zgłaszają, że nie są w stanie uzyskać od władz powiatu zgody na podjęcie aktywności procesowej w tym obszarze.

Zgodnie z art. 63<sup>4</sup> k.p.c. w sprawach o ochronę interesów konsumentów do rzecznika stosuje się odpowiednio przepisy o prokuratorze, a zatem powinno się stosować do rzecznika także przepis art. 106 k.p.c., który stanowi, że udział prokuratora w sprawie nie uzasadnia zasądzenia zwrotu kosztów na rzecz Skarbu Państwa ani od Skarbu Państwa (Gronowski, 1999, s. 464; Modzelewska-Wąchal, 2002, s. 206). Zasada ta w praktyce wywołuje jednak wiele wątpliwości,

<sup>31</sup> Tj. Dz. U. 2022, poz. 1166. Art. 11 tej ustawy stanowi, że radca prawny przy wykonywaniu czynności zawodowych korzysta z wolności słowa i pisma w granicach określonych przepisami prawa i rzeczową potrzebą (ust. 1). Nadużycie wolności, o której mowa w ust. 1, stanowiące ściganą z oskarżenia prywatnego zniewagę lub zniesławienie strony, jej pełnomocnika lub obrońcy, kuratora, świadka, biegłego lub tłumacza, podlega ściganiu tylko w drodze dyscyplinarnej (ust. 2).

<sup>32</sup> Tj. Dz. U. 2022, poz. 1125.

o czym świadczy fakt, że w kwestii jej interpretacji musiał wypowiedzieć się SN<sup>33</sup>, który przesądził, iż zasada odpowiedzialności za wynik procesu aktualizuje się tylko w sytuacji, gdy rzecznik wytacza powództwo w interesie publicznym na podstawie art. 12 ust. 2 pkt 4 upnpr, nie dotyczy natomiast przypadków, gdy rzecznik konsumentów wytacza powództwo na rzecz oznaczonej osoby. W ocenie rzeczników interpretacja zaprezentowana przez SN nie jest wystarczającą gwarancją w zakresie zwolnienia od obowiązku zwrotu kosztów zastępstwa procesowego, dlatego też postulują o wyraźne wyartykułowanie jej w ustawie, ze wskazaniem, że ma ona zastosowanie także do postępowań grupowych. Trzeba podkreślić, że aktualnie art. 24 ust. 1 ustawy o dochodzeniu roszczeń w postępowaniu grupowym nie wyłącza zastosowania w postępowaniu grupowym przepisu art. 7 k.p.c., a w konsekwencji art. 55–60 i 106 k.p.c. ani też art. 63<sup>3</sup>–63<sup>4</sup> k.p.c. o powiatowym (miejskim) rzeczniku konsumentów. Tak więc reprezentantem grupy w postępowaniu grupowym może być i prokurator, i rzecznik konsumentów. Istotne jest potwierdzenie przez ustawodawcę, że w postępowaniu grupowym pozycja procesowa rzecznika konsumentów nie jest odmienna od pozycji prokuratora.

## 5. Samorząd zawodowy rzeczników konsumentów

Krajowa Rada Rzeczników Konsumentów jest stałym organem opiniodawczo-doradczym Prezesa UOKiK w zakresie spraw związanych z ochroną praw konsumentów na szczeblu samorządu powiatowego (art. 44 ust. 2 uokik). Katalog zadań tej Rady jest otwarty (art. 44 ust. 3 uokik). W praktyce Rada służy przede wszystkim jako forum wymiany informacji między Prezesem UOKiK a rzecznikami konsumentów. W ocenie rzeczników potencjał Rady nie jest dobrze wykorzystany. Powinna ona służyć nie tylko Prezesowi UOKiK, lecz także stanowić *sui generis* organ samorządu zawodowego rzeczników konsumentów, uprawniony w szczególności do reprezentowania ich interesów w sporach z pracodawcami. Warto zauważyć, że już w 2010 r. środowisko rzeczników zgłaszało postulaty wyposażenia Rady w kompetencje do wyrażania zgody na zwolnienie z pracy osoby piastującej funkcję rzecznika (Piszcz, 2017, s. 371). Posiedzenia Rady powinny być zwoływane zawsze, kiedy wymaga tego interes rzeczników konsumentów, a nie tylko wtedy, gdy zdecyduje o tym Prezes UOKiK (por. § 1 ust. 1 aktualnego Regulaminu Pracy Krajowej Rady Rzeczników Konsumentów<sup>34</sup>). W rezultacie rzecznicy konsumentów postulują zmiany legislacyjne w zakresie zmiany statusu i zadań Rady oraz stosowne zmiany regulaminu określającego tryb jej pracy.

## 6. Współpraca rzeczników konsumentów z Prezesem UOKiK

Jako jeden z istotnych postulatów rzecznicy konsumentów zgłaszają ponadto usprawnienie komunikacji między rzecznikami a Prezesem UOKiK. Co istotne rzecznicy kładą nacisk, aby usprawnienie komunikacji dotyczyło działań Prezesa UOKiK podejmowanych na rzecz rzeczników (a nie odwrotnie), takich jak szkolenia, zaopatrzenie w materiały edukacyjne, przekazywanie przez rzeczników sprawozdań wyłącznie w formie elektronicznej. Rzecznicy zgłaszają ponadto, że realizują na rzecz Prezesa UOKiK liczne zadania, w szczególności przekazują na bieżąco

<sup>33</sup> Post. z 17.04.2013 r., V CZ 124/12, OSNC-ZD 2014, Nr 3, poz. 42; zob. ponadto odpowiedź Ministerstwa Sprawiedliwości z 28.06.2018 r. na interpelację nr 22778 w sprawie pozycji procesowej powiatowych (miejskich) rzeczników konsumentów wykonujących zadania ustawowe w zakresie ochrony procesowej praw konsumentów indywidualnych. Pozyskano z: <https://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/InterpelacjaTresc.xsp?key=46A9E27B>, (5.03.2023).

<sup>34</sup> Pozyskano z: <https://uokik.gov.pl/download.php?id=943> (5.03.2023).

liczne zawiadomienia o praktykach naruszających interesy konsumentów, natomiast nie otrzymują w zamian wystarczającego wsparcia ze strony Prezesa UOKiK, w szczególności, gdy zwracają się o pomoc w sprawach, jakie prowadzą (np. prośby o informacje na temat działań podejmowanych przez Prezesa UOKiK w takich sprawach, o interpretację przepisu).

W przepisach uokik brakuje jasności, jeśli chodzi o współpracę między Prezesem UOKiK a rzecznikami konsumentów. Z art. 31 pkt 5 uokik wynika, że do zadań Prezesa UOKiK należy współpraca z krajowymi i międzynarodowymi organami i organizacjami, do których zakresu działania należy ochrona konkurencji i konsumentów. Z art. 31 pkt 7 uokik wynika, że do zadań Prezesa UOKiK należy także współpraca z organami samorządu terytorialnego, w zakresie wynikającym z rządowej polityki konsumenckiej. Żaden przepis uokik w sposób wyraźny nie przyznaje rzecznikom konsumentów statusu organu ochrony konsumentów, w tym statusu organu samorządu terytorialnego (powiatowego), co wydaje się niedopatrzeniem ustawodawcy, które powinno być przy okazji nowelizacji uokik poprawione.

#### **IV. Stanowisko Prezesa UOKiK względem zmian postulowanych przez rzeczników konsumentów**

Na postulaty rzeczników konsumentów Prezes UOKiK odpowiedział bardzo szybko, bo już w przeciągu dwóch miesięcy. Z informacji zwrotnej Prezesa UOKiK, jaka została przekazana rzecznikom konsumentów<sup>35</sup>, wynika, że Prezes UOKiK planuje pracę nad nowelizacją w trzech obszarach, tj.:

- 1) zasobów organizacyjno-kadrowych,
- 2) wsparcia organizacyjnego,
- 3) zadań i kompetencji rzeczników konsumentów.

##### **1. Zasoby organizacyjno-kadrowe**

Odnosząc się do zasobów organizacyjno-kadrowych, Prezes UOKiK postuluje, po pierwsze, wprowadzenie regulacji o obowiązku zatrudnienia rzecznika konsumentów obligatoryjnie na cały etat. Prezes UOKiK proponuje ponadto zwiększenie niezależności rzeczników poprzez zakaz łączenia obowiązków rzecznika z innym zatrudnieniem w starostwie oraz ze stanowiskami politycznymi.

Po drugie, Prezes UOKiK zgłasza postulat obligatoryjnego powoływania biura rzecznika w powiatach powyżej 100 tys. mieszkańców, przy czym w biurze takim, oprócz rzecznika, powinna być zatrudniona co najmniej jedna osoba.

Po trzecie, Prezes UOKiK postuluje profesjonalizację rzeczników, tj. obowiązek zatrudniania na stanowisku rzecznika konsumentów wyłącznie osób z wykształceniem prawniczym, mających doświadczenie w stosowaniu prawa.

Wreszcie Prezes UOKiK postuluje wprowadzenie przepisów dotyczących obowiązku wyznaczania przez starostę (prezydenta miasta) zastępcy rzecznika konsumentów oraz uprawniających rzecznika konsumentów do udzielania upoważnień do działania w jego imieniu.

<sup>35</sup> Komunikat dla rzeczników konsumentów w Newsletterze dla rzeczników konsumentów i Inspekcji Handlowej z 9.01.2023 r. (niepublikowany).

## 2. Wsparcie organizacyjne

W kwestii wsparcia organizacyjnego Prezes UOKiK postuluje, aby powstało narzędzie elektroniczne wspierające rzeczników w podejmowaniu działań (nie precyzując jednak, na czym miałyby polegać funkcjonalność tego urządzenia) i baza danych o sprawach podejmowanych przez rzeczników.

## 3. Zadania i kompetencje

W odniesieniu do zadań i kompetencji rzeczników Prezes UOKiK proponuje wprowadzenie przepisu przyznającego rzecznikowi konsumentów prawo odmowy realizacji zadań z uwagi na bagatelny charakter sprawy.

Prezes UOKiK zgłosił jednakże postulat doprecyzowania przepisów związanych z pozyskiwaniem przez rzecznika konsumentów informacji od przedsiębiorców poprzez przyznanie rzecznikom prawa określenia terminu udzielenia przez przedsiębiorcę odpowiedzi na wystąpienie rzecznika, prawa żądania dokumentów, prawa żądania informacji objętych tajemnicą oraz nakładania sankcji za nieudzielenie informacji lub wprowadzenie w błąd.

## V. Ocena stanowiska Prezesa UOKiK

W odniesieniu do obszarów, nad którymi Prezes UOKiK zamierza podjąć prace legislacyjne należy zgłosić kilka uwag krytycznych. Ponadto, nawet pobieżna analiza tych zagadnień wykazuje, że nie wszystkie z postulatów zgłoszonych przez rzeczników konsumentów zostały przez niego uwzględnione. Wreszcie, można wskazać na obszary, które aktualnie nie zostały zasygnalizowane przez rzeczników i nad którymi Prezes UOKiK nie pracuje, zasługujące jednak na uwagę w toku podjętych prac legislacyjnych.

### 1. Obszary ujęte w stanowisku Prezesa UOKiK

#### 1.1. Zasoby organizacyjno-kadrowe

Postulaty Prezesa UOKiK dotyczące wprowadzenia regulacji o obowiązku zatrudnienia rzecznika konsumentów obligatoryjnie na cały etat i zwiększenia niezależności rzecznika poprzez zakaz łączenia obowiązków rzecznika z innym zatrudnieniem w starostwie oraz ze stanowiskami politycznymi zasadniczo należy ocenić pozytywnie. Odzwierciedlają one postulaty rzeczników. Trzeba jednak zauważyć, że przyjęta metodologia, tj. obowiązek zatrudniania konkretnej osoby na jeden pełen etat rzecznika i zakaz łączenia pracy z rzecznika z innym zatrudnieniem w starostwie, może w praktyce generować wiele problemów związanych chociażby z wykorzystywaniem przez rzecznika urlopu wychowawczego poprzez obniżenie wymiaru czasu pracy (por. art. 186<sup>7</sup> ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy<sup>36</sup>). Ponadto należy mieć na względzie, że co do zasady zawarcie z jednym pracownikiem więcej niż jednej umowy o pracę jest prawnie dopuszczalne. W proponowanych rozwiązaniach legislacyjnych uwaga powinna zatem skupić się na tym, aby w każdym powiecie zadania rzecznika były wykonywane co najmniej w wymiarze czasu pracy odpowiadającym jednemu całemu etatowi, co jednak w określonych sytuacjach nie musi

<sup>36</sup> T.j. Dz. U. 2022, poz. 1510.

oznaczać, że będą wykonywane przez jedną i tę samą osobę. Ponadto wydaje się, że nie ma potrzeby wprowadzania zakazu łączenia pracy z innymi stanowiskami pracy w starostwie (np. radcy prawnego), istotne jest tylko to, by stanowiska pracy, na których zatrudniona jest osoba wykonująca funkcję rzecznika, nie generowały konfliktu interesów. Ryzyko powstania konfliktu interesów powinno być motywem wprowadzenia zakazu łączenia stanowisk niezależnie czy rzecznik pracuje wyłącznie w starostwie, czy także w innych miejscach (np. w spółkach miejskich).

W odniesieniu do postulatu Prezes UOKiK obligatoryjnego powoływania biura rzecznika w powiatach powyżej 100 tys. mieszkańców, w którym oprócz rzecznika powinna być zatrudniona co najmniej jedna osoba, od razu pozostaje zauważyć, że w propozycji Prezesa UOKiK zabrakło powiązania liczby etatów w biurze rzecznika z liczbą mieszkańców w powiecie. Nie ma w niej także nic na temat sankcji dla powiatów, które nie powołały rzecznika, nie otworzyły biura rzecznika ani nie zatrudniły co najmniej jednej osoby w takim biurze. Wyegzekwowanie ww. obowiązków wydaje się możliwe np. poprzez zacieśnienie współpracy Prezesa UOKiK z wojewodami. Zgodnie z art. 12 ustawy z 23 stycznia 1990 r. o wojewodzie i administracji rządowej w województwie<sup>37</sup> wojewoda sprawuje nadzór nad działalnością jednostek samorządu terytorialnego i ich związków na zasadach określonych w odrębnych ustawach. Zgodnie z art. 9 ust. 2 tej ustawy wojewoda jest obowiązany do udzielania właściwemu centralnemu organowi administracji rządowej<sup>38</sup>, w wyznaczonym terminie, żądanych przez niego informacji i wyjaśnień. Gdyby w przepisach uokik znalazł się przepis dający możliwość nakładania kar pieniężnych na powiaty za brak realizacji obowiązków dotyczących rzecznika konsumentów, to kontrola wykonania tych obowiązków i nakładanie kar mogłoby zostać powierzone wojewodom. Środki z kar pieniężnych powinny zasilić wyodrębniony fundusz, z którego finansowana będzie działalność innych rzeczników, zwłaszcza tych z powiatów ościennych względem powiatu, w którym nie ma rzecznika.

Dalej, Prezes UOKiK postuluje profesjonalizację rzeczników, tj. obowiązek zatrudniania na stanowisku rzecznika konsumentów wyłącznie osób z wykształceniem prawniczym, mających doświadczenie w stosowaniu prawa. Nie jest to postulat zupełnie nowy, gdyż był on już dyskutowany wcześniej w środowisku rzeczników i uznany wówczas za kontrowersyjny (zob. Czaplinski i Kapnik, 2018, s. 111). Należy rozważyć czy wymóg zatrudnienia na stanowisku rzecznika konsumentów wyłącznie osoby z wykształceniem prawniczym rzeczywiście jest konieczny, tym bardziej że wymogu posiadania wykształcenia prawniczego nie stawia się Rzecznikowi Praw Obywatelskich (ma on „wyróżniać się wiedzą prawniczą” – zob. art. 2 ustawy z 15 lipca 1987 r. o Rzeczniku Praw Obywatelskich<sup>39</sup>) ani Rzecznikowi Finansowemu (zob. art. 13 ustawy o rozpatrywaniu reklamacji przez podmioty rynku finansowego, o Rzeczniku Finansowym i o Funduszu Edukacji Finansowej), ani samemu Prezesowi UOKiK (zob. art. 29 ust. 3a uokik). Z doświadczenia wiadomo, że aktualnie istnieje poważny problem z pozyskaniem pracowników do pracy w administracji samorządowej. Zbyt wygórowane wymogi dotyczące wykształcenia rzecznika mogą skutkować nieobsadzeniem tego stanowiska z uwagi na brak zgłoszenia się na konkurs odpowiedniego kandydata. Jeśli wymóg wykształcenia prawniczego miałby być utrzymany, to jednocześnie zasadne wydaje się

<sup>37</sup> T.j. Dz. U. 2023, poz. 190.

<sup>38</sup> Zatem także Prezesowi UOKiK – por. art. 29 ust. 1 uokik.

<sup>39</sup> Dz. U. 2020, poz. 627.

wprowadzenie regulacji prawnych gwarantujących rzecznikowi konsumentów minimalne wynagrodzenie, odpowiednie do kwalifikacji i sprawowanej funkcji.

Wreszcie Prezes UOKiK postuluje wprowadzenie przepisów dotyczących obowiązku wyznaczania przez starostę (prezydenta miasta) zastępcy rzecznika konsumentów oraz uprawniających rzecznika konsumentów do udzielania upoważnień do działania w jego imieniu. Przepisów takich dotychczas brakuje w uokik, co wywołuje wiele problemów prawnych i praktycznych. Kwestia ta była wcześniej sygnalizowana przez samych rzeczników (UOKiK, 2019a, s. 95), a także w piśmiennictwie (Czapliński i Kapnik, 2018, s. 111), dlatego propozycję Prezesa UOKiK należy ocenić pozytywnie. Wydaje się, że formułując ww. propozycję Prezes UOKiK wziął pod uwagę, że rzecznik konsumentów jest pracownikiem samorządowym, zatrudnionym na podstawie umowy o pracę. Zasadniczo więc w przypadku nieobecności rzecznika konsumentów starosta (prezydent miasta) ma możliwość zatrudnienia w miejsce rzecznika konsumentów osoby pełniącej jego obowiązki (zob. art. 21 ustawy z dnia 21 listopada 2008 r. o pracownikach samorządowych<sup>40</sup>), ewentualnie zawarcia na podstawie przepisu art. 25 § 1 kodeksu pracy umowy o pracę z inną osobą na czas określony w celu zastępstwa (odnośnie tej drugiej możliwości zob. Radwański, 2016, s. 790). Wydaje się zatem, że chodzi tu jedynie o zobligowanie starosty (prezydenta miasta) do podejmowania takich działań w razie potrzeby. Przy pracach nad nowelizacją należałoby jednak kwestię tę doprecyzować, bo zagadnienie to budzi wątpliwości w piśmiennictwie (zob. Radwański, 2016, s. 788), a ponadto zastanowić się, których rzeczników ma dotyczyć regulacja dotycząca zastępcy rzecznika, a których regulacja dotycząca upoważniania przez rzecznika pracowników do działania w jego imieniu (czy tylko rzecznika konsumentów mającego swoje biuro?).

## 1.2. Wsparcie organizacyjne

W tym punkcie Prezes UOKiK postuluje, aby powstało narzędzie elektroniczne wspierające rzeczników w podejmowaniu działań (nie precyzując jednak, na czym miałyby polegać funkcjonalność tego urządzenia) i baza danych o sprawach podejmowanych przez rzeczników. Niewątpliwie wskazane rozwiązania technologiczne mogą przyczynić się do polepszenia jakości pracy rzeczników poprzez umożliwienie im stałej wymiany doświadczeń z innymi rzecznikami i UOKiK. Wydaje się jednak, że zgłoszona propozycja nie w pełni odzwierciedla postulaty rzeczników dotyczące większego zaangażowania się Prezesa UOKiK w pracę rzeczników poprzez np. wyposażenie w materiały edukacyjne, zorganizowanie szkoleń, pomoc merytoryczną przy prowadzeniu postępowań.

## 1.3. Zadania i kompetencje

W odniesieniu do zadań i kompetencji rzeczników Prezes UOKiK proponuje wprowadzenie przepisu przyznającego rzecznikowi konsumentów prawo odmowy realizacji zadań z uwagi na bagatelny charakter sprawy. Zaproponowane rozwiązanie należy ocenić pozytywnie – jest ono zgodne z postulatami wcześniej zgłaszanymi przez rzeczników konsumentów, aby efektywnie zarządzać posiadanymi zasobami i nie podejmować postępowań w sprawach błahych, o ile nie mają znaczenia dla interesu publicznego (UOKiK, 2019a, s. 96).

Prezes UOKiK zgłosił jednak postulat doprecyzowania przepisów związanych z pozyskiwaniem przez rzecznika konsumentów informacji od przedsiębiorców poprzez przyznanie rzecznikom

<sup>40</sup> T.j. Dz. U. 2022, poz. 530.



prawa określenia terminu udzielenia przez przedsiębiorcę odpowiedzi na wystąpienie rzecznika, prawa żądania dokumentów, prawa żądania informacji objętych tajemnicą oraz nakładania sankcji za nieudzielenie informacji lub wprowadzenie w błąd. I ten postulat należy ocenić pozytywnie, tym bardziej że z jednej strony przyczynia się do poprawy jakości pracy rzeczników, z drugiej zaś – jest źródłem gwarancji proceduralnych dla przedsiębiorców. Stanowi on odpowiedź na postulaty zgłaszane wcześniej w piśmiennictwie. Przykładowo w literaturze został wyrażony pogląd, iż w ramach żądania od przedsiębiorcy informacji rzecznik może zwracać się także o przekazanie dokumentów (tak Radwański, 2016, s. 802). Zasadne jest jednak, aby powyższe uprawnienie zostało wyraźnie wyartykułowane w przepisie art. 42 ust. 1 pkt 3 uokik na wzór rozwiązania przyjętego w art. 50 ust. 1 uokik, będącego podstawą gromadzenia informacji przez Prezesa UOKiK. Podobnie postulowano w literaturze zapewnienie rzecznikowi konsumentów dostępu do tajemnic (w szczególności bankowej i ubezpieczeniowej) (por. Czapliński i Kapnik, 2018, s. 111). Mogłoby to być dokonane na przykład na wzór rozwiązań stosowanych względem Rzecznika Finansowego. Aktualnie rzecznicy konsumentów nie mają dostępu do tajemnic, co bardzo utrudnia prowadzenie postępowań, szczególnie że praktyka przedsiębiorców w zakresie udostępnienia danych „za zgodą konsumenta” jest bardzo różnorodna. Analiza postulatu Prezesa UOKiK nie wyjaśnia do końca, co miał myśli, deklarując poprawienie przepisów w zakresie sankcji nakładanych przez przedsiębiorców – czy chodzi tu o postulat związany ze zmianą procedury nakładania sankcji (zamiast grzywny, kara administracyjna?), czy raczej o doprecyzowanie w ww. zakresie przepisu art. 42 ust. 1 pkt 3 uokik, stanowiącego podstawę występowania rzecznika konsumentów do przedsiębiorcy oraz przepisu art. 114 uokik (aktualnie niektórzy autorzy opowiadają się bowiem przeciwko możliwości przypisania odpowiedzialności za czyn z art. 114 ust. 1 uokik innym poza osobami fizycznymi przedsiębiorcom – tak Radwański, 2016, s. 802–803<sup>41</sup>). Kwestia ta ma istotne znaczenie, dlatego powinna zostać przez Prezesa UOKiK wyjaśniona.

## **2. Obszary nieujęte w stanowisku Prezesa UOKiK a postulowane przez rzeczników konsumentów**

Dokonując oceny stanowiska Prezesa UOKiK, pozostaje zauważyć, że dotychczas nie wzięto pod uwagę w toku prac nad zmianami legislacyjnymi postulatów rzeczników dotyczących: dofinansowania ich działalności z kar nakładanych przez Prezesa UOKiK, zagwarantowania rzecznikom wolności słowa i całkowitego zwolnienia z kosztów procesu ani także zmian zasad działania Krajowej Rady Rzeczników Konsumentów, czy też doprecyzowania przepisów o statusie prawnym rzecznika konsumentów i zasadach współpracy Prezesa UOKiK z rzecznikami. Pomięcie tych zagadnień należy ocenić negatywnie, tym bardziej że zmiany te, w zakresie, w jakim dotyczą kwestii finansowych i organizacyjnych, mogłyby wpłynąć na podniesienie jakości pracy rzeczników i zwiększenie ich aktywności (zwłaszcza w obszarze procesowym). Doprecyzowanie statusu prawnego rzeczników konsumentów poprzez przyznanie im w uokik statusu organu powiatu – organu ochrony konsumentów podkreśliłoby zaś rangę rzeczników i ich niezależność względem pozostałych organów samorządu. Regulacje dotyczące wolności słowa oraz przyznanie Krajowej

<sup>41</sup> Najnowszym argumentem przemawiającym na korzyść tego poglądu może być fakt, że z dniem 1.01.2023 r. na mocy art. 2 ustawy z dn. 1.12.2022 r. o zmianie ustawy o prawach konsumenta oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. 2022, poz. 2581) dodany został do kodeksu wykroczeń art. 139c § 2, który wyraźnie wskazuje, że jeżeli przedsiębiorcą jest podmiot niebędący osobą fizyczną, odpowiedzialność przewidzianą w art. 139c §1 ponosi osoba kierująca przedsiębiorstwem lub osoba upoważniona do zawierania umów z konsumentami. Tego rodzaju doprecyzowania art. 114 uokik nie zawiera.

Radzie Rzeczników Konsumentów statusu *sui generis* organu samorządu zawodowego wzmocniłyby ochronę prawną rzeczników konsumentów. Wskazane regulacje są bardzo potrzebne dla należytego wykonywania przez rzeczników ich zadań.

### 3. Inne obszary

Poza tym poza zakresem dotychczasowej dyskusji na linii rzecznicy konsumentów – Prezes UOKiK znalazło się istotne zagadnienie, które powinno być do niej włączone, takie jak nałożenie na rzeczników konsumentów obowiązku przekazywania Prezesowi UOKiK sprawozdania w ujednoliconej, określonej przez prawo formie (zob. uwagi zgłaszane wcześniej w: Czapliński i Kapnik, 2018, s. 112). Wskazane rozwiązanie byłoby korzystne dla Prezesa UOKiK, który otrzymywałby od wszystkich rzeczników jednorodny zakres informacji, z którego mógłby efektywnie korzystać. Wydaje się, że zmiana w ww. obszarze nie stanowiłaby źródła sporów między Prezesem UOKiK a rzecznikami, gdyż jedynie nadaje moc prawną dotychczasowej praktyce<sup>42</sup>.

W drugiej kolejności wypada zauważyć, że w aktualnej dyskusji zabrakło rozważań o formie, w jakiej nowe regulacje dotyczące rzeczników mają być dokonane, tzn. czy wystarczające jest wprowadzenie kolejnych zmian do uokik, czy raczej zasadne jest stworzenie odrębnej ustawy o rzeczniku konsumentów, która kompleksowo uregulowałaby instytucję rzecznika i postępowanie przed rzecznikiem, w tym w postępowaniach o wykroczenia na szkodę konsumentów<sup>43</sup>. Trzeba przypomnieć, że w czasie sprawowania funkcji Prezesa UOKiK przez Marka Niechciała prowadzone były prace, które doprowadziły do opracowania przez środowisko rzeczników konsumentów projektu odrębnej ustawy o rzeczniku konsumentów<sup>44</sup>. Prace zostały jednak przerwane w związku ze zmianami personalnymi w składzie kierownictwa UOKiK oraz pandemią COVID-19. Obecna inicjatywa Prezesa UOKiK, Tomasza Chróstnego, stanowi w istocie długo oczekiwaną kontynuację prac zapoczątkowanych w tamtym czasie, dotychczas jednak brakuje wyraźnej informacji Prezesa UOKiK względem propozycji stworzenia odrębnej ustawy o rzeczniku konsumentów. Wydaje się, że aktualnie diskutowane zmiany wystarczy wprowadzić w drodze kolejnej nowelizacji uokik, co nie powinno jednak wyłączyć rzeczowej dyskusji o możliwości stworzenia docelowo osobnej regulacji dotyczącej rzecznika konsumentów.

Wreszcie, należy postulować, by prowadzone prace legislacyjne stały się powodem dokonania zmian porządkujących w ustawie z 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych<sup>45</sup>. Zgodnie z art. 96 ust. 1 pkt 7 tej ustawy rzecznik konsumentów nadal jest zwolniony z obowiązku uiszczania kosztów w sprawach dotyczących praktyk ograniczających konkurencję oraz praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów w sytuacji, gdy aktualnie rzecznik konsumentów nie ma uprawnień do wszczynania spraw sądowych dotyczących takich praktyk. Uprawnienie takie miał do dnia 20 kwietnia 2007 r. w okresie obowiązywania ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (zob. art. 84 ust. 1 pkt 4, art. 100a ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 85 ust. 1 i art. 100b ust. 1 i w zw. z art. 78 ust. 1 tej ustawy).

<sup>42</sup> Jeśli chodzi o sprawozdanie rzecznika konsumentów, to zarówno Prezes UOKiK, jak i Krajowa Rada Rzeczników Konsumentów już od 1.01.2017 r. zalecają, by sporządzano je z wykorzystaniem tabeli, której wzór dostępny jest na: [https://www.uokik.gov.pl/informacje\\_dla\\_rzecznikow\\_konsumentow.php#faq1681](https://www.uokik.gov.pl/informacje_dla_rzecznikow_konsumentow.php#faq1681) (23.04.2023).

<sup>43</sup> Zgodnie z art. 42 ust. 3 uokik rzecznik konsumentów jest oskarżycielem publicznym w sprawach o wykroczenia na szkodę konsumentów, jednak niestety żaden przepis *expressis verbis* nie przyznaje mu uprawnień do przeprowadzania czynności wyjaśniających w takim postępowaniu, co w praktyce może powodować niemożliwość realizacji wskazanego zadania (szerzej zob. Małolepszy i Młostoń-Olszewska, 2022, s. 239).

<sup>44</sup> W dniu 28.01.2018 r. odbyło się w siedzibie UOKiK spotkanie grupy roboczej, składającej się z pracowników UOKiK i grupy rzeczników konsumentów (w tym autorki niniejszego artykułu), poświęcone tej inicjatywie, na którym dyskutowano założenia nowej ustawy.

<sup>45</sup> T.j. Dz. U. 2022, poz. 1125.

## VI. Wnioski

Po analizie postulatów zgłoszonych przez rzeczników i Prezesa UOKiK nasuwa się wniosek, że zasadniczym powodem podjęcia decyzji o reformie instytucji rzecznika konsumentów nie są istniejące rozwiązania prawne, a ich brak. W pracy rzeczników uwidaczniają się coraz częściej sytuacje, które nakazują podjęcie inicjatywy w celu przyznania rzecznikom określonych gwarancji ustawowych – zarówno w zakresie sposobu wykonywania zadań, zasobów kadrowych i finansowych, a ponadto ochrony osoby rzecznika. Podjęcie prac nad zmianami prawnymi w zakresie funkcjonowania rzeczników konsumentów należy ocenić pozytywnie. Dyskusja, jaka aktualnie toczy się na linii rzecznicy konsumentów – Prezes UOKiK pokazuje, że w wielu obszarach oczekiwania obu stron co do kształtu nowych regulacji są zbieżne. Są jednak obszary, które dotychczas nie zostały uwzględnione przez Prezesa UOKiK przy planach nowelizacji (albo nie odzwierciedlają postulatów rzeczników), takie jak dofinansowanie działalności rzecznika przez Prezesa UOKiK, egzekwowanie od powiatów obowiązku powoływania rzecznika i biura rzecznika, zagwarantowanie rzecznikom wolności słowa i całkowitego zwolnienia z kosztów procesu, zmiana charakteru i zasad działania Krajowej Rady Rzeczników Konsumentów, doprecyzowanie statusu prawnego rzeczników konsumentów i zasad współpracy Prezesa UOKiK z rzecznikami. Nie są znane powszechnie powody, dla których ww. obszary zostały dotychczas pominięte przez Prezesa UOKiK w toku prac. Być może, pomimo pozytywnej reakcji na postulaty rzeczników, Prezes UOKiK nie do końca zrozumiał ich intencje. Poza tym poszerzonej dyskusji wymagają istotne zagadnienia, takie jak uprawnienie rzecznika do pozyskiwania od przedsiębiorców informacji i dokumentów, zapewnienie rzecznikowi konsumentów dostępu do tajemnic (w szczególności bankowej i ubezpieczeniowej), czy nałożenie na rzecznika konsumentów obowiązku przekazywania Prezesowi UOKiK sprawozdania w określonej formie. Zasadne jest także wznowienie dyskusji nad tym czy potrzebna jest odrębna ustawa o rzeczniku konsumentów, a także dokonanie przy okazji nowelizacji zmian porządkujących w innych ustawach. Pozostaje żywić nadzieję, że dalsza wspólna dyskusja przyczyni się do wypracowania kompleksowych rozwiązań, które będą zadowalające dla obu stron dyskusji.

### Bibliografia

- Czapliński, M. i Kapnik, A. (2018). Co dalej z rzecznikami konsumentów? Rozważania w przededniu 20-lecia instytucji. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, 6(7), 104–118. <https://doi.org/10.7172/2299-5749.IKAR.6.7.8>.
- Gronowski, S. (1999). *Ustawa antymonopolowa. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck.
- Informacja Związku Powiatów Polskich z 2.11.2022 r. Pozyskano z: <https://www.zpp.pl/arttykul/2732-powiatowi-rzecznicy-praw-konsumenta-apeluja-o-zmiany> (19.02.2023).
- Informacje nt. działalności Komisji Wspólnej Rządu i Samorządu Terytorialnego. Pozyskano z: <http://www.kwrist.mswia.gov.pl/kw/komisja/o-komisji/8600,Komisja-Wspolna-Rzadu-i-Samorzadu-Terytorialnego.html> (19.02.2023).
- Koroluk, S. i Powalowski, A. (2014). W: T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Wyd. 2. Warszawa: C.H. Beck.

- Małolepszy, A. i Młostoń-Olszewska, A. (2022). Uprawnienia procesowe powiatowego (miejskiego) rzecznika konsumentów w postępowaniu w sprawach o wykroczenia – wybrane zagadnienia praktyczne na gruncie wykroczenia z art. 114 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów. *Studia Prawnoustrojowe*, (55), 237–250. <https://doi.org/10.31648/sp.7191>
- Młostoń-Olszewska, A. (2022). Powiatowy (miejski) rzecznik konsumentów jako organ administracji publicznej. Głosa do postanowienia Naczelnego Sądu Administracyjnego z 12 listopada 2019 r., I OSK 2617/19. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, 1(11), 105–117. <https://doi.org/10.7172/2299-5749.IKAR.1.11>
- Modzelewska-Wąchal, E. (2002). *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: Twigger.
- Newsletter dla rzeczników konsumentów i Inspekcji Handlowej z 9.01.2023 r.
- Ocena Ministra Sprawiedliwości z realizacji zadań z zakresu nieodpłatnej pomocy prawnej i nieodpłatnego poradnictwa obywatelskiego oraz edukacji prawnej za 2019 r. Pozyskano z: <https://www.gov.pl/web/nieodplatna-pomoc/ocena-ministra-sprawiedliwosci-z-realizacji-zadan-za-2019-r> (4.03.2023).
- Odpowiedź Ministerstwa Sprawiedliwości z 28.06.2018 r. na interpelację nr 22778 w sprawie pozycji procesowej powiatowych (miejskich) rzeczników konsumentów wykonujących zadania ustawowe w zakresie ochrony procesowej praw konsumentów indywidualnych. Pozyskano z: <https://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/InterpelacjaTresc.xsp?key=46A9E27B> (5.03.2023).
- Pismo Prezesa UOKiK z 31.01.2023 r. (znak: DOZIK-5.071.2.2023.LP) do Przewodniczącej Krajowej Rady Rzeczników Konsumentów, niepubl.
- Pismo Związku Powiatów Polskich z 22.11.2022 r. Pozyskano z: <https://www.zpp.pl/storage/library/2022-11/a8d23ef5177260280697e57d9ac18a8d.pdf>.
- Piszczyński, A. (2017). Organy opiniodawcze i doradcze polskiego organu ochrony konkurencji. W: M. Bernatt, A. Jurkowska-Gomułka, M. Namysłowska, A. Piszczyński (red.), *Wyzwania dla ochrony konkurencji i regulacji rynku. Księga jubileuszowa dedykowana profesorowi Tadeuszowi Skocznemu*. Warszawa: C.H. Beck.
- Radwański, M. (2016). W: A. Stawicki i E. Stawicki (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Regulamin Pracy Krajowej Rady Rzeczników Konsumentów. Pozyskano z: <https://uokik.gov.pl/download.php?id=943> (5.03.2023).
- Statut Związku Powiatów Polskich. Pozyskano z: <https://www.zpp.pl/storage/files/2019-08/f11279f02a-4d049293eb7f9b76465375e3312.pdf> (19.02.2023).
- UOKiK. (2009). *Funkcjonowanie powiatowych (miejskich) rzeczników konsumentów w roku 2008*. Warszawa: UOKiK.
- UOKiK. (2010). *Funkcjonowanie powiatowych (miejskich) rzeczników konsumentów w roku 2009*. Warszawa: UOKiK.
- UOKiK. (2019). *Działania powiatowych i miejskich rzeczników konsumentów w roku 2017*. Warszawa: UOKiK.
- UOKiK. (2019a). *Działania powiatowych i miejskich rzeczników konsumentów w roku 2018*. Warszawa: UOKiK.
- Wzór tabeli do sporządzania sprawozdania rzeczników konsumentów. Pozyskano z: [https://www.uokik.gov.pl/informacje\\_dla\\_rzecznikow\\_konsumentow.php#faq1681](https://www.uokik.gov.pl/informacje_dla_rzecznikow_konsumentow.php#faq1681) (23.04.2023).
- Zaproszenie Związku Powiatów Polskich na konsultacje w dniu 21.10.2022 r. Pozyskano z: <https://zpp.pl/artukul/2703-reforma-funkcjonowania-powiatowychmiejskich-rzecznikow-praw-konsumentow-konsultacje> (19.02.2023).

1  
K  
A  
R  
Marcin Kulesza\*

## Zakres obowiązków i uprawnień przeszukującego i przeszukiwanego w toku przeszukania przez Prezesa UOKiK – omówienie postanowienia Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z 22 listopada 2022 r. w sprawie XVII Amz 92/22

### Spis treści

- I. Wstęp
- II. Zarzuty przeszukiwanego
  1. Zarzut pierwszy
  2. Zarzut drugi
  3. Zarzut trzeci
- III. Stan faktyczny
- IV. Oddalenie zażalenia i argumentacja Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów
  1. Informacje i dowody a zakres przedmiotowy przeszukania
  2. Zakłócenie działalności przeszukiwanego
  3. Prawo do obrony i rejestracja czynności przeszukania
- V. Krótki komentarz

### Streszczenie

Artykuł przedstawia omówienie postanowienia Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z 22 listopada 2022 r. w sprawie XVII Amz 92/22 oddalającego zażalenie przeszukiwanego na czynności przeszukania, dotyczącego zgodności pozyskiwanego materiału dowodowego z zakresem przedmiotowym przeszukania, możliwości utrwalania czynności przeszukania przez przeszukiwanego (w tym z punktu widzenia ochrony osób trzecich po stronie przeszukujących) oraz zakłócenia funkcjonowania przeszukiwanego przez zabezpieczenie niezbędnego sprzętu i dostępu do poczty elektronicznej. Postanowienie może być istotne z punktu widzenia prawa przeszukiwanych do obrony w postępowaniach przez Prezesem UOKiK.

**Słowa kluczowe:** egzekwowanie prawa; konkurencja; obowiązki i uprawnienia; postępowanie wyjaśniające; praktyki ograniczające konkurencję; prawa człowieka; prawo administracyjne; prawo do obrony; procedura; przeszukiwanie; zakres przedmiotowy przeszukania.

**JEL:** K21, K23, K38, K40, K41, K42

\* Doktor nauk prawnych; prawnik w praktyce ochrony konkurencji i konsumentów kancelarii Wardyński i Wspólnicy. ORCID: 0000-0002-1569-2244; e-mail: marcin.kulesza@wardynski.com.pl. Niniejszy artykuł wyraża wyłącznie własne poglądy autora.

Edition of that article was financed under Agreement Nr RCN/SP/0326/2021/1 with funds from the Ministry of Education and Science, allocated to the "Rozwój czasopism naukowych" programme.

## I. Wprowadzenie

Przedmiotem niniejszego artykułu jest omówienie postanowienia Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: SOKiK) z 22 listopada 2022 r. w sprawie XVII Amz 92/22<sup>1</sup>. Postanowienie zostało wydane na skutek zażalenia przeszukiwanego (spółki jawnej) na czynności przeszukania przez Prezesa UOKiK na podstawie postanowienia SOKiK z 29 września 2022 r., XVII Amo 77/22. Żalący skarżył następujące czynności przeszukiujących (szczegółowe przytoczenie zarzutów poniżej):

- 1) pozyskanie z informatycznych nośników danych i wyselekcjonowanie do pozyskania jako materiał dowodowy korespondencji z poczty elektronicznej, dokumentów i innych materiałów przeszukiwanego (w tym mających charakter prywatny lub osobisty) o zakresie przedmiotowym nieobjętym zakresem przedmiotowym przeszukania;
- 2) utrudnianie przeszukiwanemu utrwalania obrazu i dźwięku czynności przeszukania; przeszukujący stwierdzili, że takie działanie może utrudniać przeszukiwanie oraz budzi wątpliwości ze względu na ochronę biorącej udział w przeszukaniu po stronie przeszukiujących osoby trzeciej niebędącej pracownikiem UOKiK;
- 3) prowadzenie czynności przeszukania w sposób zakłócający funkcjonowanie przeszukiwanego poprzez zabezpieczenie w jedynym pomieszczeniu biurowym w siedzibie przeszukiwanego niezbędnego do funkcjonowania sprzętu elektronicznego i zablokowania dostępu do służbowej poczty elektronicznej, nieuzasadnione potrzebami przeszukania.

Zażalenie zostało oddalone w całości (ustalenia SOKiK i uzasadnienie poniżej).

Analiza uzasadnienia postanowienia wskazuje, że choć co do zasady jest ono słuszne, a wiele stwierdzeń SOKiK zasługuje wprost na aprobatę, to można mieć wątpliwości co do niektórych argumentów SOKiK.

Z tego względu oraz mając na uwadze doniosłość w zakresie sprecyzowania obowiązków i uprawnień przeszukiwanego w kontekście jego prawa do obrony warto zwrócić uwagę na to postanowienie.

Jak wspomniano powyżej, artykuł przedstawia treść zarzutów przeszukiwanego wobec czynności objętych zażaleniem, ustalenia faktyczne dokonane przez SOKiK oraz jego argumentację prawną, a także – choć tekst ten nie rości sobie praw do statusu glosy – krótki komentarz.

## II. Zarzuty przeszukiwanego

Jak wynika z treści uzasadnienia postanowienia, żalący przedstawił trzy zarzuty wobec czynności przeszukania.

### 1. Zarzut pierwszy

Przeszukiwany stwierdził, że przeszukujący pozyskali z nośników danych i selekcjonowali do pozyskania jako materiał dowodowy korespondencję z poczty elektronicznej przeszukiwanego, dokumenty i inne materiały (w tym o charakterze prywatnym lub osobistym) o zakresie przedmiotowym wykraczającym poza zakres przedmiotowy przeszukania wskazany w postanowieniu SOKiK z 29 września 2022 r. o zgodzie na przeszukiwanie. Zdaniem żalącego naruszyło to:

<sup>1</sup> LEX nr 3445886; Legalis nr 2848681. Pozyskano z: [http://orzeczenia.ms.gov.pl/content/\\$N/154505000005127\\_XVII\\_Amz\\_000092\\_2022\\_Uz\\_2022-12-01\\_001](http://orzeczenia.ms.gov.pl/content/$N/154505000005127_XVII_Amz_000092_2022_Uz_2022-12-01_001).

- 1) art. 105p uokik poprzez prowadzenie czynności przeszukania wykraczających poza zakres przedmiotowy przeszukania określony w postanowieniu SOKiK z 29 września 2022 r., XVII Amo 77/22, jako pozyskanie dowodów „na okoliczność ustalania cen odsprzedaży produktów będących w ofercie (...) Sp. z o.o. przez (...) Sp. z o.o. oraz przedsiębiorców prowadzących sprzedaż tej spółki”;
- 2) art. 105a ust. 4 pkt 6 w zw. z art. 105q pkt 1 uokik poprzez prowadzenie przez przeszukujących czynności przeszukania wykraczających poza zakres udzielonego im upoważnienia, które na s. 5 postanowienia SOKiK z 29.09.2022 r. jako „zakres przedmiotowy przeszukania” wskazywało pozyskanie dowodów „na okoliczność ustalania cen odsprzedaży produktów będących w ofercie (...) Sp. z o.o. przez (...) Sp. z o.o. oraz przedsiębiorców prowadzących sprzedaż tej spółki”;
- 3) art. 105b ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 105q pkt 1 uokik poprzez pozyskanie z nośników informatycznych danych bez uwzględnienia, że przeszukujący żądać mogą udostępnienia tylko danych związanych z przedmiotem przeszukania;
- 4) art. 7 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej<sup>2</sup> oraz art. 8 EKPC poprzez naruszenie wynikającego z tych przepisów prawa do nienaruszalności mieszkania (lokalu) wskutek pozyskania w trakcie przeszukania informacji, na których pozyskanie Prezes UOKiK nie miał zgody SOKiK;
- 5) art. 47 KPP i art. 6 EKPC poprzez naruszenie wynikającego z tych przepisów prawa do skutecznej ochrony sądowej wymagającej prowadzenia przeszukania w granicach zgody uzyskanej od właściwego sądu.

## 2. Zarzut drugi

Zdaniem żalącego przeszukujący utrudniali przeszukiwanemu utrwalanie w formie obrazu i dźwięku czynności przeszukania. Przeszukujący stwierdzili, że takie działanie przeszukiwanego utrudnia przeszukanie. Ich zdaniem nie było ponadto możliwe ze względu na ochronę biorącej udział w przeszukaniu po stronie przeszukujących osoby niebędącej pracownikiem UOKiK, a firmy zewnętrznej. Miało to naruszyć:

- 1) art. 105d ust. 1 i art. 105b ust. 1 w zw. z art. 105q pkt 1 uokik „poprzez ich błędną wykładnię na skutek uznania, że uprawnienia przeszukującego i odpowiadające im obowiązki przeszukiwanego wykluczają korzystanie przez przeszukiwanego z przysługującego mu prawa do obrony poprzez dokumentowanie czynności przeszukania”;
- 2) art. 6 k.p.a. „poprzez utrudnianie – pomimo braku ku temu podstawy prawnej – właścicielowi przeszukiwanego przedsiębiorcy działań będących realizacją przez Powoda [przeszukiwanego – przyp. aut.] jej prawa do obrony a polegających na dokumentowaniu czynności przeszukania”;
- 3) art. 8 ustawy – Prawo przedsiębiorców<sup>3</sup> „poprzez utrudnianie właścicielowi przeszukiwanego przedsiębiorcy działań będących realizacją przez Powoda [żalącego – przyp. aut.] (...) prawa do obrony a polegających na dokumentowaniu czynności przeszukania – co naruszało wyrażoną w tym przepisie zasadę, że przedsiębiorca może podejmować wszelkie działania,

<sup>2</sup> Dz. Urz. UE 2007 C 303/1; dalej: KPP.

<sup>3</sup> Ustawa z dn. 6.03.2018 r. – Prawo przedsiębiorców (t.j. Dz. U. 2023, poz. 221, ze zm.).

z wyjątkiem tych, których zakazują przepisy prawa oraz, że przedsiębiorca może być obowiązany do określonego zachowania tylko na podstawie przepisów prawa”;

- 4) art. 8 k.p.a. i art. 12 ustawy – Prawo przedsiębiorców „poprzez prowadzenie przeszukania w sposób naruszający zaufanie do władzy publicznej i zasadę proporcjonalności wskutek utrudniania właścicielowi przeszukiwanego przedsiębiorcy działań będących realizacją prawa do obrony a polegających na dokumentowaniu czynności przeszukania”;
- 5) art. 47 KPP i art. 6 EKPC „poprzez naruszenie wynikającego z tych przepisów (...) prawa do skutecznej środka prawnego przed sądem oraz do umożliwienia przygotowania obrony, czego realizacja wymaga umożliwienia Powodowi [przeszukiwanemu – przyp. aut.] dokumentowania czynności podejmowanych przez przeszukujących”;
- 6) art. 3 dyrektywy 2019/1<sup>4</sup> „poprzez prowadzenie przeszukania w ramach postępowania wyjaśniającego dotyczącego możliwości naruszenia art. 101 TFUE w sposób niezgodny z ogólnymi zasadami prawa Unii oraz KPP”.

### 3. Zarzut trzeci

Prowadzenie czynności przeszukania, zdaniem żalącego, zakłócało funkcjonowanie przeszukiwanego poprzez zabezpieczenie w jednym pomieszczeniu biurowym w siedzibie przeszukiwanego niezbędnego do jego bieżącego funkcjonowania sprzętu elektronicznego i zablokowanie dostępu do firmowej poczty elektronicznej „trzech osób na okres do czwartego dnia przeszukania, co nie było uzasadnione potrzebami przeszukania i zwrócenie tego sprzętu dopiero po wielokrotnej interwencji (...)”. Według przeszukiwanego naruszyło to:

- 1) art. 52 ustawy – Prawo przedsiębiorców w zw. z art. 105q pkt 2 uokik „poprzez niewykonywanie czynności przeszukania w sposób sprawny i możliwie niezakłócający funkcjonowania przedsiębiorcy”;
- 2) art. 51 ustawy – Prawo przedsiębiorców w zw. z art 105q pkt 2 uokik „poprzez nieuwzględnienie, że przeszukania przeprowadza się ‘w godzinach pracy lub w czasie faktycznego wykonywania działalności gospodarczej przez przedsiębiorcę’”;
- 3) art. 12 ustawy – Prawo przedsiębiorców oraz art. 8 k.p.a. „poprzez nieprowadzenie przeszukania w sposób budzący zaufanie przedsiębiorców do władzy publicznej w poszanowaniu zasady proporcjonalności”.

## III. Stan faktyczny

Poza przytoczoną powyżej treścią zarzutów żalącego nie znamy stanu faktycznego przedstawionego przez niego w zażaleniu. W tym zakresie musimy polegać wyłącznie na ustaleniach faktycznych dokonanych przez SOKiK. Poniżej przytaczam jedynie najistotniejsze okoliczności. Są one konieczne dla oceny rozumowania SOKiK w dalszej części.

Jak stwierdził SOKiK, jego postanowienie z 29 września 2022 r., XVII Amo 77/22, w sprawie zgody na przedmiotowe przeszukanie w toku postępowania wyjaśniającego prowadzonego przez Prezesa UOKiK wyznaczyło jako zakres przedmiotowy przeszukania znalezienie i uzyskanie informacji „z akt, ksiąg, pism, wszelkiego rodzaju dokumentów lub informatycznych nośników danych,

<sup>4</sup> Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/1 z 11.12.2018 r. mająca na celu nadanie organom ochrony konkurencji państw członkowskich uprawnień w celu skuteczniejszego egzekwowania prawa i zapewnienia należytego funkcjonowania rynku wewnętrznego (Dz. Urz. UE 2019 L 11/3).



urządzeń oraz systemów informatycznych oraz innych przedmiotów, za okres od 31 stycznia 2002 r. mogących stanowić dowód **na okoliczność ustalania cen odsprzedaży** [podkr. SOKiK – przyp. aut.], produktów będących w ofercie (...) Sp. z o.o., przez A. S. Sp. z o.o. oraz przedsiębiorców prowadzących sprzedaż produktów tej spółki, co może naruszać art. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej”.

Na podstawie tej zgody Prezes UOKiK podjął przeszukanie trwające sześć dni (z pominięciem przypadającego w trakcie weekendu i świąta), w godzinach pracy przeszukiwanego.

Przeszukujący zabezpieczyli 21 urządzeń elektronicznych. Żalący wskazał, że chodziło o „11 komputerów, tablety oraz 4 telefony komórkowe, które upoważnieni pracownicy powoda przeszukiwali i z których kopiowali pliki związane z zakresem przeszukania”. Przeszukiwanie tych nośników odbywało się w gabinecie prezesa i właściciela przeszukiwanego, w którym poza godzinami pracy przeszukiwanego wspomniany sprzęt przechowywano. Nie było innego pomieszczenia, które mogło pełnić taką funkcję. Drugie pomieszczenie w siedzibie przeszukiwanego to sklep stacjonarny przeznaczony do obsługi klientów.

SOKiK ustalił, że sprzęt „był sukcesywnie zwracany pracownikom spółki”. Pierwszy komputer zwrócono już pierwszego dnia przeszukania; pracownik, którego było to narzędzie pracy, mógł powrócić do czynności. Kolejnego dnia zwrócono komputer (laptop) właściciela przeszukiwanego oraz komputer z salonu sprzedaży. „Większość przeszukiwanych urządzeń zwrócono 4 dnia przeszukania”. Komputer stacjonarny prezesa (właściciela) przeszukiwanego zwrócono piątego dnia przeszukania (po weekendzie). Zgodnie z ustaleniami SOKiK „teoretycznie istniała możliwość zwrotu tego komputera już 28 października, jednak wiązałoby się to z późniejszym zwrotem pozostałego sprzętu, wobec czego R. B. [właściciel przeszukiwanego – przyp. aut.] wyraził zgodę na jego zatrzymanie jeszcze na kolejny dzień przeszukania”.

Właściciel przeszukiwanego, początkowo nieobecny, wezwany telefonicznie przez przeszukujących (o 9:52) stawiał się w siedzibie przeszukiwanego (o 11:07) i przekazał telefon komórkowy używany do celów służbowych. Przeszukujący stwierdzili, że „nie ma w nim zapisanych żadnych danych (w tym kontaktów, wiadomości sms), za wyjątkiem 5 połączeń telefonicznych wykonanych tego samego dnia, po godzinie 10:36 (czyli ponad godzinę po rozpoczęciu przeszukania w siedzibie (...)). Na telefonie tym nie było także zarejestrowanego połączenia telefonicznego. podczas którego pracownicy UOKiK kontaktowali się z R. B. [właścicielem przeszukiwanego – przyp. aut.] po rozpoczęciu przeszukania”.

W toku składanych wyjaśnień właściciel przeszukiwanego poinformował, że „korzysta z 4 telefonów komórkowych, w ten sposób, że przekłada do nich kartę SIM, którą posiada w jednym egzemplarzu. Jednocześnie przyznał, że pierwszego dnia przeszukania przed przybyciem do siedziby (...) przełożył kartę SIM z telefonu (...) do telefonu (...), który to telefon przekazał przeszukującym. (...). (...) Wyjaśnił także, że nie ma zapisanych numerów w przekazanym przeszukującym telefonie, gdyż zna je na pamięć. Ostatecznie R. B. (1) [właściciel przeszukiwanego – przyp. aut.] przywiózł do siedziby spółki 26.10.2022 r. [drugiego dnia przeszukania – przyp. aut.] jeszcze 2 telefony komórkowe”. Przeszukujący pozyskali z tych telefonów dane o połączeniach telefonicznych, a z jednego z nich dane o komunikatach tekstowych. „Celem przeszukujących przy pozyskaniu tych danych było zweryfikowanie twierdzeń R. B. (1) dotyczących tego, którego z telefonów rzeczywiście używa do celów służbowych, a także udokumentowanie wszelkich

działań podejmowanych na tych urządzeniach przez przeszukiwanego, po powzięciu przez niego wiedzy o rozpoczęciu przeszukania”.

Przeszukujący skopiowali „dowody z nośników elektronicznych, wskazane szczegółowo w zażaleniu, a które dotyczą także zasad wykorzystania internetu w dystrybucji produktów S., w tym korzystania z witryn internetowych osób trzecich i porównywarek cenowych”. Jak podkreślił SOKiK, powyższa informacja pochodzi z notatek „z selekcji danych elektronicznych w toku przeszukania, z zastrzeżeniami powoda (...) wraz z wydrukami plików elektronicznych, do których powód zgłaszał zastrzeżenia”.

W toku przeszukania właściciel przeszukiwanego „zgłosił chęć dokumentowania przebiegu przeszukania poprzez nagrywanie obrazu i dźwięku”, na co przeszukujący, mimo wątpliwości co do dopuszczalności rejestracji obrazu i dźwięku przez przeszukiwanego, wyjaśnionych z „centralą”, wyrazili zgodę. Poinformowali jednocześnie przeszukiwanego, że „wśród członków zespołu przeszukujących znajduje się M. K., który nie jest pracownikiem Urzędu, a ponadto pouczyli przeszukiwanego o tym, że swoim działaniem nie może utrudniać przeszukania”. Właściciel przeszukiwanego rozpoczął nagrywanie czynności przeszukania trzeciego dnia przeszukania. Co istotne, początkowo nagrywał jedną kamerą, ale od czwartego dnia przeszukania korzystał z dwóch kamer, „z których jedna była umieszczona na statywie w pomieszczeniu, gdzie przeszukujący przeglądali dane z nośników elektronicznych, a druga kamera była wykorzystywana do nagrywania czynności” przeszukujących przez właściciela przeszukiwanego „z ręki”.

Dopiero w dalszej części uzasadnienia SOKiK dodał ponadto, że początkowo przeszukiwany odmawiał wydania przeszukującym hasła dostępu do poczty elektronicznej, oraz że „niektóre czynności przeszukujących zostały podjęte z opóźnieniem z tego powodu, że spółka, a zasadniczo jej prezes, z opóźnieniem dostarczyła niektóre sprzęty elektroniczne, które podlegały przeszukaniu”.

Również dopiero w dalszej części uzasadnienia wspomniano, że przeszukiwanego przy przeszukaniu wspierali profesjonalni pełnomocnicy.

SOKiK stwierdził, że stan faktyczny nie był przedmiotem sporu między żalącym i Prezesem UOKiK.

#### **IV. Oddalenie zażalenia i argumentacja Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów**

SOKiK uznał, że zażalenie nie zasługuje na uwzględnienie. Zdaniem Sądu „nie doszło w toku przeszukania do naruszenia prawa, które mogłyby skutkować uchYLENIEM w całości wszystkich czynności przeszukania dokonanych przez Prezesa UOKiK jako wykraczających poza zakres przedmiotowy przeszukania (...), ani też które mogłyby skutkować uznaniem, że dowody uzyskane w toku przeszukania nie mogą być wykorzystane w prowadzonym postępowaniu wyjaśniającym (...), ani w innych postępowaniach prowadzonych przez Prezesa UOKiK, nie w postępowaniach prowadzonych na podstawie innych przepisów”.

SOKiK stwierdził, że kwestionowane przez żalącego czynności przeszukania nie naruszyły kluczowych dla rozstrzygnięcia przepisów art. art. 105b, 105d i 105e uokik oraz art. art. 12, 51 i 52 ustawy – Prawo przedsiębiorców.

## 1. Informacje i dowody a zakres przedmiotowy przeszukania

SOKiK zgodził się z żalącym, że Prezes UOKiK może prowadzić przeszukanie tylko w odniesieniu do „takich dowodów, które są związane przedmiotowo z zakresem przeszukania określonym w postanowieniu Sądu o wyrażeniu zgody na przeszukanie i tylko z takich dowodów sporządzać notatki, kopie i odpisy”, co stanowi „jedną z podstawowych gwarancji ochrony praw przedsiębiorcy w toku przeszukania”. Przy tym udostępnione do przeszukania, zgodnie z art. 105n i art. 105b ust. 1 pkt 2 uokik, akta, księgi, pisma, dokumenty oraz ich odpisy i wyciągi, korespondencja przesyłana pocztą elektroniczną, informatyczne nośniki danych, inne urządzenia zawierające dane informatyczne lub systemy informatyczne podlegają selekcji pod kątem przedmiotu przeszukania określonego w postanowieniu SOKiK w przedmiocie zgody na przeszukanie.

Na podstawie analizy zakwestionowanych w zażaleniu dowodów wyselekcjonowanych przez przeszukających SOKiK stwierdził, że informacje w nich zawarte mieszczą się w przedmiocie przeszukania. Sąd podkreślił przy tym, że zebrane przez przeszukających dowody nie muszą być dowodami bezpośrednio wskazującymi na praktyki objęte zakresem przedmiotowym postanowienia SOKiK w sprawie zgody na przeszukanie. Jak stwierdził Sąd, „w tym kontekście (...) nie można wykluczyć, że dowody wprost nie wskazujące na uzgadnianie cen i ich kontrolowanie (ale wskazujące na kontrolowanie li tylko ograniczeń wykorzystania internetu w dystrybucji produktów (...), w tym korzystania z witryn internetowych osób trzecich i porównywarek cenowych) – nie będą jednak ostatecznie stanowić także pośrednich dowodów na kontrolowanie cen odsprzedaży produktów (...) przez dystrybutorów w internecie, a co najmniej jak słusznie zauważył Prezes UOKiK stwarzania możliwości kontroli uzgodnionych cen odsprzedaży za pośrednictwem internetu”. SOKiK powołał się przy tym na „orzecznictwo, także TSUE” (nie określając go bliżej), zgodnie z którym „dla ustalenia niedozwolonej praktyki możliwe jest odwoływanie się do dowodów pośrednich, jeśli można z nich wywieść w sposób logiczny fakt zawarcia takiego porozumienia”. „Dlatego przy gromadzeniu dowodów na wstępnym etapie postępowania dotyczącego podejrzonej zmywy istnieje konieczność zachowania pewnego zakresu swobody uznania Prezesa UOKiK, bez której przepisy dotyczące poszukiwania dowodów naruszenia konkurencji w toku przeszukania byłyby pozbawione jakiegokolwiek skuteczności”.

Można zatem, zdaniem SOKiK, „zgromadzone dowody dotyczące m.in. kontrolowania cen produktów (...) w porównywarek internetowych, czy wzajemnej kontroli przez dealerów systemu sprzedaży produktów (...) w internecie traktować jako dowody pośrednio związane z zakresem przeszukania określonym w postanowieniu sądu o wyrażeniu zgody na przeszukanie, a tym samym Sąd stoi na stanowisku, że zbieranie tych dowodów przez organ, mieściło się w zakresie objętym przedmiotem przeszukania określonym w postanowieniu Sądu. Należy przy tym kategorycznie stwierdzić, że kwestionowane dowody nie są tego rodzaju, aby w sposób oczywisty nie pozostawały w związku z przedmiotem kontroli”. SOKiK podkreślił przy tym treść art. 105o uokik, w którym mowa o „informacjach mogących stanowić dowód w sprawie”.

SOKiK zauważył na marginesie zakaz *fishing expeditions* (wzmiankując przy tym powoływany przez obie strony wyrok Sądu z 6 września 2013 r. w sprawach połączonych T-289/11, T-290/11 i T-521/11<sup>5</sup>), stwierdzając jedynie, że zakaz ten „nie może być przedmiotem oceny w sprawie

<sup>5</sup> Wyr. Sądu w sprawach połączonych T-289/11, T-290/11 i T-521/11 *Deutsche Bahn i inni* (ECLI:EU:T:2013:404).

niniejszej, skoro pozwany [Prezes UOKiK – przyp. aut.] w ramach postępowania wyjaśniającego prowadził postępowanie w kierunku li tylko podejrzenia zawarcia porozumienia cenowego”, a miałby zastosowanie, „gdyby Prezes UOKiK zdecydował się na postawienie przedsiębiorcy zarzutu zawarcia innego niż cenowe porozumienia”.

SOKiK stwierdził ponadto, że dowody w postaci treści na telefonach komórkowych właściciela przeszukującego mogły być zgromadzone i selekcjonowane, także ze względu na konieczność oceny czy osoba ta nie utrudniała lub uniemożliwiała przeszukania. „Gdyby na tym etapie wyeliminować możliwość zgromadzenia informacji o przebiegu postępowania, to oznaczałoby to przyzwolenie dla przedsiębiorców do potencjalnych ingerencji w treść dowodów czy nawet ich niszczenia, bez możliwości nałożenia sankcji w przypadku braku lub wyzbycia się przez organ tych potencjalnych dowodów ingerencji”.

W podsumowaniu SOKiK stwierdził, że zgromadzenie dowodów kwestionowanych przez żalącego „było uzasadnione okolicznościami faktycznymi, w szczególności zachowaniem” właściciela przeszukiwanego.

## 2. Zakłócenie działalności przeszukiwanego

Oddalając zarzut żalącego w przedmiocie prowadzenia przeszukania w sposób zakłócający działalność przeszukiwanego, SOKiK podkreślił, że zgodnie z art. 105e ust 1 pkt 2 i 3 uokik przeszukiwany ma obowiązek udostępnić w miarę możliwości samodzielnie zamknięte pomieszczenie, jeżeli jest to niezbędne do przeprowadzenia przeszukania, oraz zapewnić wydzielone miejsce do przechowywania dokumentów i zabezpieczonych przedmiotów. Sąd zaznaczył, że przeszukujący zajęli jedno z dwóch pomieszczeń w siedzibie przeszukiwanego (gabinet właściciela), przy czym, zdaniem SOKiK, „nie sposób (...) przyjąć, że przeszukujący mogliby w inny sposób niż rzeczywiście zrealizowany przeprowadzić czynności przeszukania”. SOKiK uznał za niesporne, że przeszukiwany mógł w czasie przeszukania prowadzić działalność sklepu stacjonarnego.

Warte zauważenia jest następujące stwierdzenie SOKiK: „nie sposób (...) obarczać Prezesa UOKiK brakiem możliwości dokonywania przez spółkę realizacji internetowych zamówień czy dokonywania przez nią płatności z wykorzystaniem kluczowych dla spółki programów i aplikacji dostępnych z poziomu komputera stacjonarnego prezesa, który nie mógł być wydany po jego zabezpieczeniu aż do 4 dnia przeszukania. W tej kwestii należy wskazać także na pewną niefrasobliwość po stronie spółki, skoro tylko z poziomu jednego urzędu możliwe było dokonywanie kluczowych dla firmy operacji (bez zabezpieczenia alternatywnej możliwości np. na wypadek awarii, kradzieży itp. tego sprzętu). Wątpliwym wydaje się również, że powód faktycznie nie mógł zrealizować zapłaty bez użycia komputera z gabinetu prezesa, skoro każdą operację bankową można wykonać w oddziale banku, ponosząc z tego tytułu niewielkie tylko dodatkowe opłaty”.

Przeszukanie trwało sześć dni. Zdaniem SOKiK ponadto taki czas przeszukania nie był nadmiernie długi, zwłaszcza biorąc pod uwagę, że w postanowieniu wyrażającym zgodę na jego przeprowadzenie termin końcowy określono na aż sześć miesięcy (przeszukanie podjęte pod koniec października 2022 r. mogłoby się skończyć 28 kwietnia 2023 r.).

Ostatecznie SOKiK uznał, że uciążliwość przeszukania dla działalności przeszukiwanego nie wykraczała „ponad przeciętną miarę, jaka wiąże się z przeszukiwaniem sprzętu elektronicznego w pomieszczeniu biurowym u przedsiębiorcy. W opisanym stanie faktycznym, przeszukanie,

zdaniem Sądu, przebiegało w sposób sprawny i maksymalny sposób niezakłócający funkcjonowania przedsiębiorcy, jak tego wymagał przepis art. 52 prawa przedsiębiorców”.

SOKiK uznał, że przeszukanie było zgodne z art. 8 EKPC, zgodnie z którego ust. 2 „przewidziano możliwość ingerencji władzy publicznej w korzystanie z tego prawa [do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego (nienaruszalności lokalu) – przyp. aut.] w przypadkach przewidzianych przez ustawę i koniecznych w demokratycznym społeczeństwie z uwagi m.in. na ochronę bezpieczeństwa państwowego, bezpieczeństwa publicznego oraz dobrobytu gospodarczego kraju, ochronę porządku i zapobieganie przestępstwom”. Ponadto, powołując orzecznictwo ETPC<sup>6</sup>, SOKiK podkreślił, że „nawet szeroka ingerencja władzy publicznej w prawa jednostki może być uznana za uzasadnioną, jeżeli została zrekomensowana zapewnieniem tej jednostce adekwatnych i skutecznych wystarczających w okolicznościach danej sprawy gwarancji ochrony przed arbitralnością i nadużyciem władzy”, przez co przyjąć należy, że uznał przedmiotowe przeszukanie tym sposobem za uzasadnione.

### 3. Prawo do obrony i rejestracja czynności przeszukania

Odnośnie do realizacji przez przeszukiwanego prawa do obrony SOKiK stwierdził przede wszystkim, że następuje to m.in. przez dokumentowanie czynności przeszukania, a żalący nie był tej możliwości pozbawiony. SOKiK ustalił bowiem jako bezsporną okoliczność, że nie zabroniono mu nagrywania czynności i korzystał on z tej możliwości.

W kontekście pouczenia przeszukiwanego przez przeszukujących o nieutrudnianiu nagrywaniem czynności przeszukania oraz o tym, że wśród przeszukujących znajduje się osoba niebędąca pracownikiem UOKiK, co, zdaniem żalącego miało wywołać „efekt mrożący”, SOKiK stwierdził, że mimo to przeszukiwany te czynności podjął. Sąd zaznaczył jednak, że „wprawdzie zachowanie przeszukujących nie powinno prowadzić do tego typu wątpliwości u przeszukiwanych przedsiębiorców, w szczególności przeszukujący nie powinni wykorzystywać pouczenia jako groźby zastosowania potencjalnie sankcji w celu uzyskania ustępstw ze strony przedsiębiorcy”. To w tym kontekście SOKiK podkreślił, że presję przeszukujących i związane z nią wątpliwości przeszukiwanego co do możliwości rejestracji czynności wyeliminowali obecni jego profesjonalni pełnomocnicy.

Odnośnie do kwestii przeszukującego niebędącego pracownikiem UOKiK SOKiK stanął na stanowisku, że „osoba przybrana do czynności urzędowych powinna mieć w tej kwestii status funkcjonariusza publicznego”. Podkreślił jednak brak w tej kwestii jednoznacznych przepisów, czy choćby regulacji na poziomie wyjaśnień („instrukcji”) Prezesa UOKiK. Za kluczową uznał ochronę wizerunku na podstawie RODO<sup>7</sup>. Na tej podstawie podzielił stanowisko, że wątpliwości przeszukujących w tym zakresie i konsultacje z „centralą” „nie były nieuzasadnione”.

Podsumowując uwagi dotyczące tego zarzutu, SOKiK stwierdził, że prawo żalącego do obrony zostało zachowane przez umożliwienie mu rejestracji czynności przeszukania, a tym samym nie można uznać, że czynności te zostały podjęte z naruszeniem prawa, czy że dowody uzyskane w wyniku przeszukania nie mogą być wykorzystane.

<sup>6</sup> Wymieniając „wyrok ETPCz z 21.12.2010 r. w sprawie (...) przeciwko Francji, wyrok ETPCz z 15.02.2011 r. w sprawie (...) przeciwko Finlandii, też powołany wyżej wyrok ETPCz z 2.10.2014 r. w sprawie (...) przeciwko Republice Czeskiej [wcześniej mowa o „sprawie nr 97/11 (...) przeciwko Republice Czeskiej” – przyp. aut.]”. Można zakładać, że chodzi o wyr. z 21.12.2010 r. w sprawie 29613/08 *Primagaz przeciwko Francji*, z 15.02.2011 r. w sprawie 56716/09 *Harju przeciwko Finlandii* lub w sprawie 56720/09 *Heino przeciwko Finlandii* oraz z 2.10.2014 r. w sprawie 97/11 *Delta Pekarny przeciwko Republice Czeskiej*.

<sup>7</sup> Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z 27.04.2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych) (Dz. Urz. UE 2016 L 119/1).

## V. Krótki komentarz

Omawiane postanowienie, choć niekorzystne dla żalącego, uznać należy za ogólnie słuszne, a przede wszystkim za istotne z punktu widzenia dookreślenia obowiązków i uprawnień w toku przeszukania na podstawie przepisów uokik po stronie tak przeszukiwanego, jak i przeszukujących.

Zauważyć należy pewne kwestie domagające się jednoznacznej aprobaty lub mogące budzić wątpliwości.

Po pierwsze, omawiane postanowienie jest szczególnie ciekawe ze względu na kwestię rejestracji obrazu i dźwięku czynności przeszukania przez przeszukiwanego. SOKiK poddał analizie zachowanie uczestników przeszukania w tym kontekście, jednak nie zakwestionował w żaden sposób prawa przeszukiwanego do tego sposobu dokumentowania czynności przeszukania. Stanowi to potwierdzenie obecnego w doktrynie stanowiska (Turno, 2016), zgodnie z którym nie ma przeszkód, aby przebieg całości kontroli lub poszczególnych czynności w jej toku był rejestrowany również przez kontrolowanego (przeszukiwanego).

W tej samej kwestii, po drugie, aprobaty wymaga jednoznaczne stwierdzenie SOKiK, że w zakresie przysługujących przeszukiwanym uprawnień związanych z ich prawem do obrony, jak prawo do dokumentowania, w tym rejestracji czynności przeszukania, „zachowanie przeszukujących nie powinno prowadzić do (...) wątpliwości u przeszukiwanych przedsiębiorców, w szczególności przeszukujący nie powinni wykorzystywać pouczenia jako groźby zastosowania potencjalnie sankcji w celu uzyskania ustępstw ze strony przedsiębiorcy”.

Ponadto, po trzecie, należy jednoznacznie zaaprobować i podzielić wyartykułowane również w kontekście rejestracji przebiegu przeszukania przez przeszukiwanego stanowisko SOKiK odnośnie do statusu osoby trzeciej niebędącej pracownikiem UOKiK, przybranej do czynności przeszukania jako ekspert. Niewątpliwie ekspert będący upoważnioną do udziału w przeszukaniu osobą trzecią ma bowiem taki sam, a co najmniej zbliżony, status jak pracownicy UOKiK prowadzący czynności przeszukania. Osoba ta jest upoważniona przez Prezesa UOKiK do działania w jego imieniu w toku przeszukania (art. 105 ust. 2 pkt 3 uokik), zatem nie powinno budzić wątpliwości, że z punktu widzenia przeszukiwanego, wykonując czynności przeszukania, ma co do zasady ten sam status, co prowadzący je pracownicy UOKiK. Zgodnie z art. 105 ust. 2 uokik osobie takiej, jak każdej osobie upoważnionej do udziału w kontroli, przysługują uprawnienia kontrolującego, można więc przyjąć, że funkcjonuje ona w takim samym, a co najmniej podobnym reżimie, jak przeszukujący (kontrolujący) pracownicy UOKiK (Bernatt i Materna, 2014; Turno, 2016). Nie podzielałam zatem stanowiska SOKiK, że istnienie wątpliwości przeszukujących w tym zakresie „nie może budzić zastrzeżeń”, a konsultacje z „centralą” „nie były nieuzasadnione”, szczególnie że należy doprecyzować tę kwestię w przepisach uokik lub ustawy – Prawo przedsiębiorców. Moim zdaniem brakuje podstaw, także prawnych, do tego rodzaju wątpliwości.

Po czwarte, w kontekście zakresu przedmiotowego dowodów w zestawieniu z zakresem oznaczonym w postanowieniu SOKiK w przedmiocie zgody na przeszukanie, przyznać należy, czego w szczegółach w omawianym postanowieniu zabrakło, że istotnie poza zakres przedmiotowy przeszukania nie wykracza pozyskiwanie informacji i dokumentów, które ostatecznie nie będą stanowiły dowodów naruszenia<sup>8</sup> ani związanych z działaniami przeszukiwanego przedsiębiorcy

<sup>8</sup> Wyr. SOKiK z 11.08.2003 r., XVII AmA 130/02, LEX nr 3390228, Legalis nr 2396095.

pośrednio, a także że kopiowanie zawartości dysków komputerów przedsiębiorcy i podobnych urzędzeń, w tym całych skrzynek poczty elektronicznej lub folderów, nawet gdy umożliwia to uzyskanie przez przeszukujących dostępu do informacji nieistotnych z punktu widzenia przedmiotu przeszukania, jest dopuszczalne pod warunkiem zachowania zasady proporcjonalności i zapewnienia ochrony poufności komunikacji między przeszukiwanym a wykwalifikowanym prawnikiem (Materna, 2014).

Wreszcie, po piąte, można mieć wątpliwości co do bezwzględności obowiązku zapewnienia przeszukującym przez przeszukiwanego odrębnego pomieszczenia do przeprowadzenia przeszukania, którą to bezwzględność – w przypadku samej niezbędności z punktu widzenia przeszukujących – SOKiK wydaje się sugerować. W odróżnieniu od obowiązku zapewnienia wydzielonego miejsca (ale już nie pomieszczenia; wystarczający jest sejf lub zamykana szafa; zob. Turno, 2016) do przechowywania dokumentów i zabezpieczonych przedmiotów, który ma charakter bezwzględny (art. 105e ust. 1 pkt 3 uokik), przeszukiwany (kontrolowany) jest zobowiązany zapewnić przeszukującym (kontrolującym) samodzielne, zamknięte pomieszczenia jedynie względnie. Warunkowane jest to niezbędnością takiego pomieszczenia do przeprowadzenia kontroli, a przede wszystkim możliwościami po stronie przeszukiwanego. SOKiK, zauważając te przesłanki, nie zbadał ich spełnienia, ograniczając się jedynie w kontekście przesłanki niezbędności do pozbawionego bliższego uzasadnienia stwierdzenia, że „nie sposób (...) przyjąć, że przeszukujący mogliby w inny sposób niż rzeczywiście zrealizowany przeprowadzić czynności przeszukania”. Uważam, że obie przesłanki tego obowiązku należało zbadać, zwłaszcza że w świetle stanu faktycznego sprawy spełnienie przesłanki możliwości po stronie przeszukiwanego mogło być wątpliwe.

## Bibliografia

- Bernatt, M. i Materna, G. (2014). Komentarz do art. 105a. W: T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Materna, G. (2014). Komentarz do art. 105e. W: T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Turno, B. (2016). Komentarz do art. 105b i komentarz do art. 105e. W: A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer.

Anna Kutułow ska\*

## Glosa do wyroku Trybunału Sprawiedliwości w sprawie C-721/20 *DB Station & Service*<sup>1</sup>

### Spis treści

- I. Uwagi ogólne
- II. Zwięzłe omówienie stanu faktycznego
- III. Komentarz
  1. Zastosowanie poglądu Trybunału Sprawiedliwości wyrażonego w sprawie *CTL Logistics i Koleje Mazowieckie*
  2. Dopuszczalność dochodzenia roszczeń odszkodowawczych na podstawie art. 102 TFUE w sprawach z zakresu regulacji sektora transportu kolejowego
- IV. Wnioski

### Streszczenie

Glosa dotyczy wyroku Trybunału Sprawiedliwości wydanego w sprawie *C-721/20 DB Station & Service*. Omówiono w niej także inne orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości mające związek ze wskazanym postępowaniem, jak również relewantne przepisy unijnej regulacji sektora transportu kolejowego i unijnego prawa konkurencji. Glosa obejmuje zasadniczo zagadnienia dotyczące dostępu do obiektów infrastruktury usługowej i usług związanych z koleją.

**Słowa kluczowe:** obiekty infrastruktury usługowej; usługi związane z koleją; sektor transportu kolejowego; art. 102 TFUE; dochodzenie roszczeń odszkodowawczych.

**JEL:** K23

## I. Uwagi ogólne

Kwestia dostępu do obiektów infrastruktury usługowej i świadczonych w nich usług związanych z koleją<sup>2</sup> nie była pierwotnie przedmiotem działań liberalizacyjnych, ukierunkowanych na wprowadzenie mechanizmów konkurencyjnych na rynkach transportu kolejowego. Pierwsze propozycje regulacyjne w tym zakresie znalazły się w przepisach dyrektywy 2001/14/WE, która

\* Doktor w dziedzinie nauk społecznych w dyscyplinie nauki prawne; radca prawny w Ministerstwie Infrastruktury. ORCID: 0000-0002-7077-8593. Poglądy zaprezentowane w niniejszym artykule są wyłącznie moją osobistą opinią, której nie należy utożsamiać z oficjalnym stanowiskiem ministra właściwego do spraw transportu.

Edition of that article was financed under Agreement Nr RCN/SP/0326/2021/1 with funds from the Ministry of Education and Science, allocated to the "Rozwój czasopism naukowych" programme.

<sup>1</sup> Wyr. TSUE z 27.10.2022 r. w sprawie *C-721/20 DB Station & Service* (ECLI:EU:C:2022:832); dalej: wyrok w sprawie *DB Station*.

<sup>2</sup> Na łamach niniejszego artykułu będę posługiwała się nomenklaturą właściwą dla dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2012/34/UE z dnia 21.11.2012 r. w sprawie utworzenia jednolitego europejskiego obszaru kolejowego (Dz. Urz. UE L 343 z 14.12.2012, str. 32, ze zm.); dalej: dyrektywa 2012/34/UE, oraz rozporządzenia wykonawczego Komisji (UE) 2017/2177 z dnia 22.11.2017 r. w sprawie dostępu do obiektów infrastruktury usługowej i usług związanych z koleją (Dz. Urz. UE L 307 z 23.11.2017, str. 1); dalej: rozporządzenie 2017/2177. Pomimo że dyrektywa 2001/14/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego 2001 r. w sprawie alokacji zdolności przepustowej infrastruktury kolejowej i pobierania opłat za użytkowanie



zawierała podstawowe mechanizmy służące rozwiązywaniu problemów z dostępem do infrastruktury punktowej<sup>3</sup>.

Zgodnie z art. 5 ust. 1 dyrektywy 2001/14/WE dostęp do urządzeń wskazanych w pkt 2 załącznika II powołanego aktu unijnego prawa pochodnego, jak również realizowanych w ich ramach usług związanych z koleją miał opierać się na niedyskryminacyjnych zasadach. W zamian za skorzystanie z tych zasobów przedsiębiorstwa kolejowe były zobowiązane do wnoszenia odpowiednich opłat na rzecz operatorów obiektów infrastruktury usługowej<sup>4</sup>, przy kalkulowaniu których brano pod uwagę aktualny poziom konkurencji w transporcie kolejowym<sup>5</sup>.

Nad przestrzeganiem obowiązku udostępniania obiektów infrastruktury usługowej i świadczenia w nich usług związanych z koleją nadzór sprawował krajowy organ kontrolny (krajowy organ regulacyjny) wyposażony w kompetencję do rozpoznawania skarg wniesionych przez wnioskodawców<sup>6</sup> potraktowanych nieuczciwie, dyskryminująco lub w jakikolwiek inny sposób poszkodowanych przez zarządcę infrastruktury albo przedsiębiorstwo kolejowe w zakresie dotyczącym m.in. systemu pobierania opłat, a także ich poziomu lub struktury<sup>7</sup>. Natomiast jego działalność nadzorczą we wskazanym zakresie konkretyzowała się w drodze decyzji podjętej w terminie maksymalnie dwóch miesięcy<sup>8</sup>, która mogła zostać poddana następczej kontroli sądowej<sup>9</sup>.

W ramach tak ukształtowanych, unijnych reguł dostępu do obiektów infrastruktury usługowej i świadczonych w nich usług związanych z koleją na szczególną uwagę zasługuje rozstrzygnięcie TSUE<sup>10</sup> podjęte w sprawie C-721/20 zainicjowanej pytaniami prejudycjalnymi, które zostały przedłożone w związku ze sporem między *DB Station & Service AG* (dalej: *DB Station*) a *OEDG Ostdeutsche Eisenbahn* (dalej: *OEDG*). Dotyczył on wysokości opłat pobieranych przez *DB Station* za korzystanie z obiektów infrastruktury usługowej i świadczonych w nich usług związanych z koleją, a także możliwości ich oceny zarówno przez krajowy organ regulacyjny w świetle przepisów dyrektywy 2001/14/WE, jak i przez krajowe sądy cywilne w oparciu o art. 102 TFUE<sup>11</sup>.

---

infrastruktury kolejowej oraz przyznawania świadectw bezpieczeństwa (Dz. Urz. UE L 75 z 15.03.2001, str. 29, ze zm.); dalej: dyrektywa 2001/14/WE, nie zawierała zarówno definicji legalnej „usług związanych z koleją”, jak i nie nadawała obiektom, w których wskazane usługi są świadczone, odrębnej kategorii pojęciowej, to bezsprzecznie stanowiła ona pierwszy akt unijnego prawa pochodnego odnoszący się do problematyki dostępu do usług realizowanych w specjalnie do tego przygotowanych budynkach, instalacjach lub wykonywanych za pośrednictwem określonych urządzeń. Dopuszczalność przyjęcia takiego założenia wydaje się potwierdzać sam unijny prawodawca, ponieważ zarówno dyrektywa 2001/14/WE, jak i dyrektywa 2012/34/UE – stanowiąca podstawę do wydania rozporządzenia 2017/2177 – zawiera taki sam sposób podziału usług związanych z koleją. Oba akty unijnego prawa pochodnego wyróżniają usługi świadczone w określonych obiektach (zob. pkt 2 załącznika II do dyrektywy 2001/14/WE oraz pkt 2 załącznika II do dyrektywy 2012/34/UE), usługi dodatkowe (zob. pkt 3 załącznika II do dyrektywy 2001/14/WE oraz pkt 3 załącznika II do dyrektywy 2012/34/UE) oraz pomocnicze (zob. pkt 4 załącznika II do dyrektywy 2001/14/WE oraz pkt 4 do załącznika II do dyrektywy 2012/34/UE).

<sup>3</sup> Przez infrastrukturę punktową rozumieć należy obiekty infrastruktury usługowej oraz świadczone w nich usługi związane z koleją, tj. usługi podstawowe (usługi świadczone w którymkolwiek obiekcie infrastruktury usługowej wymienionym w pkt 2 załącznika II do dyrektywy 2012/34/UE, zob. art. 3 pkt 1 rozporządzenia 2017/2177), pomocnicze (zob. pkt 3 załącznika II do dyrektywy 2012/34/UE) i dodatkowe (pkt 4 załącznika II do dyrektywy 2012/34/UE).

<sup>4</sup> Zgodnie z art. 3 pkt 12 dyrektywy 2012/34/UE za operatora obiektu infrastruktury usługowej należy uznać każdy podmiot publiczny lub prywatny odpowiedzialny za zarządzanie co najmniej jednym obiektem infrastruktury usługowej lub świadczący przedsiębiorstwom kolejowym jedną lub więcej usług, o których mowa w pkt 2–4 załącznika II do dyrektywy 2012/34/UE.

<sup>5</sup> Art. 7 ust. 7 dyrektywy 2001/14/WE.

<sup>6</sup> Przedsiębiorstwa kolejowe, międzynarodowe ugrupowania przedsiębiorstw kolejowych, a także – o ile państwa członkowskie przewidziały taką możliwość – osoby lub podmioty prawne pełniące służbę publiczną lub posiadające interes w nabywaniu zdolności przepustowej infrastruktury kolejowej, np. organy władzy państwowej, nadawcy, spedytorzy towarowi i operatorzy transportu kombinowanego w celu realizacji przewozów kolejowych, zob. art. 2 lit. b dyrektywy 2001/14/WE.

<sup>7</sup> Art. 30 ust. 2 lit. c–e dyrektywy 2001/14/WE. Na marginesie należy zaznaczyć, że – w przeciwieństwie do art. 56 ust. 1 lit. e–g dyrektywy 2012/34/UE – redakcja art. 30 ust. 2 lit. a–e dyrektywy 2001/14/WE zastosowana przez unijnego prawodawcę nie przyznawała *explicite* krajowym organom regulacyjnym kompetencji do rozpatrywania skarg dotyczących problemów z dostępem do obiektów infrastruktury usługowej i świadczonych w nich usług związanych z koleją.

<sup>8</sup> Art. 30 ust. 5 zd. 2 dyrektywy 2001/14/WE.

<sup>9</sup> *Ibidem*, ust. 6: „Państwa Członkowskie podejmą środki konieczne do zapewnienia, żeby decyzje podejmowane przez organ kontrolny podlegały kontroli sądowej”.

<sup>10</sup> Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

<sup>11</sup> Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE C 202 z 7.06.2016, str. 1).

## II. Zwięźle omówienie stanu faktycznego

DB Station, jako operator ok. 5400 stacji pasażerskich, zajmuje się udostępnianiem tych obiektów zainteresowanym przedsiębiorstwom kolejowym. Od 2005 r. wskazana spółka wprowadziła nowy cennik powodujący wzrost opłat za korzystanie ze stacji pasażerskich i świadczonych w nich usług. Ich wysokość została poddana kontroli niemieckiego organu regulacyjnego (*Bundesnetzagentur*) w związku ze skargą wniesioną przez OEDG, który stwierdził nieważność powołanego cennika. DB Station nie zgodziła się jednak ze wskazaną decyzją i zaskarżyła ją do sądu administracyjnego, niemniej do czasu wydania glosowanego wyroku TSUE nie uzyskała ona ostatecznego rozstrzygnięcia. OEDG, nie czekając na uprawomocnienie się decyzji niemieckiego organu regulacyjnego, wytoczyła DB Station powództwa przed sądem cywilnym (*Landgericht Berlin*), na podstawie których domagała się zwrotu uiszczonych opłat za dostęp do stacji pasażerskich w zakresie, w jakim przekraczały one opłaty naliczone w oparciu o stawki ustalone w poprzednio obowiązującym cenniku. Sąd cywilny uwzględnił roszczenia OEDG, natomiast DB Station wniosła odwołanie od wskazanych rozstrzygnięć do sądu odsyłającego (*Kammergericht Berlin*). Rozpoznając je, sąd odsyłający powziął jednak wątpliwości co do ewentualnej kolizji między kontrolą tego rodzaju opłat, dokonywaną przez krajowy organ regulacyjny na podstawie przepisów regulacji sektorowej, a weryfikacją tych samych należności przez sąd cywilny na podstawie art. 102 TFUE i krajowego prawa konkurencji. Dlatego postanowił przedłożyć TSUE dwa pytania prejudycjalne. Na ich podstawie sąd odsyłający w pierwszej kolejności zmierzał do ustalenia dopuszczalności, na gruncie przepisów dyrektywy 2001/14/WE<sup>12</sup>, badania przez sądy cywilne nałożonych opłat zgodnie z kryteriami określonymi w art. 102 TFUE lub w krajowym prawie konkurencji niezależnie od nadzoru sprawowanego przez krajowy organ regulacyjny, a następnie – w przypadku udzielenia odpowiedzi twierdzącej na pierwsze pytanie – do możliwości przeprowadzania takiej kontroli także wówczas, kiedy przedsiębiorstwa kolejowe mogą wystąpić do krajowego organu regulacyjnego z wnioskiem o weryfikację opłat nałożonych przez operatora stacji pasażerskich, i do wskazania czy w takiej sytuacji sąd cywilny powinien zawiesić rozpoznanie sprawy do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia tej kwestii przez krajowy organ regulacyjny<sup>13</sup>. Należy jednak zaznaczyć, że TSUE w uwagach wstępnych analizowanego wyroku przeformułował pierwsze z pytań prejudycjalnych, wskazując, że wątpliwość sądu odsyłającego odnosi się faktycznie do tego, czy „(...) art. 30 dyrektywy 2001/14/WE należy interpretować w ten sposób, iż stoi on na przeszkodzie orzekaniu przez sądy krajowe, niezależnie od nadzoru sprawowanego przez właściwy organ kontrolny, w przedmiocie żądania zwrotu opłat za infrastrukturę opartego na art. 102 TFUE i równocześnie na krajowym prawie konkurencji”<sup>14</sup>.

Po rozważeniu okoliczności faktycznych i prawnych sporu między DB Station a OEDG TSUE uznał ostatecznie, że art. 30 dyrektywy 2001/14/WE należy interpretować w ten sposób, że „(...) nie stoi on na przeszkodzie stosowaniu przez sądy krajowe art. 102 TFUE i równocześnie krajowego prawa konkurencji w celu rozpoznania żądania zwrotu opłat za infrastrukturę, jednakże pod warunkiem, iż właściwy organ kontrolny rozstrzygnął uprzednio w przedmiocie zgodności z prawem

<sup>12</sup> Art. 4, 7–12 i 30 dyrektywy 2001/14/WE.

<sup>13</sup> Wyr. w sprawie *DB Station*, pkt 36.

<sup>14</sup> *Ibidem*, pkt 44.

spornych opłat. W tych okolicznościach na sądach ciąży obowiązek lojalnej współpracy i są one zobowiązane do uwzględnienia decyzji wydanych przez ten organ jako elementu oceny i do uzasadnienia własnych orzeczeń w świetle całości przedłożonych im akt sprawy<sup>15</sup>.

### III. Komentarz

#### 1. Zastosowanie poglądu Trybunału Sprawiedliwości wyrażonego w sprawie

##### **CTL Logistics<sup>16</sup> oraz Koleje Mazowieckie<sup>17</sup>**

Powołując się na swoją dotychczasową praktykę orzeczniczą w sprawie *CTL Logistics*, zaaprobowaną w sprawie *Koleje Mazowieckie*<sup>18</sup>, TSUE przypomniał, że właściwość organu regulacyjnego w zakresie rozpoznawania odwołań od decyzji zarządców infrastruktury lub przedsiębiorstw kolejowych dotyczących zagadnień wymienionych w art. 30 ust. 2 lit. a–f dyrektywy 2001/14/WE ma charakter wyłączny, z zastrzeżeniem możliwości następczej kontroli sądowej jego rozstrzygnięć<sup>19</sup>. Należy jednak podkreślić, że przytoczony pogląd został wyrażony w oparciu o analizę konkretnych okoliczności prawnych, które – w mojej ocenie – różniły się od tych, charakterystycznych dla sporu między DB Station a OEDG. Otóż w sprawie *CTL Logistics* postępowanie zostało wszczęte bez uprzedniego zwrócenia się do organu kontrolnego, a podstawą weryfikacji opłat za dostęp do odpowiedniej infrastruktury<sup>20</sup> i w konsekwencji orzekania o poziomie ich zwrotu przez sąd cywilny był określony przepis niemieckiego kodeksu cywilnego nakazujący stosowanie przy ocenie zasady słuszności. Jej wynikiem mogło być stwierdzenie niesłuszności danej opłaty i tym samym skorygowanie jej nadmiernego lub nieproporcjonalnego charakteru w orzeczeniu sądowym<sup>21</sup>. Natomiast w sprawie *DB Station* – pomimo że OEDG również ubiegała się o zwrot opłat za udostępnianie infrastruktury<sup>22</sup> – podstawą prawną roszczeń był bezpośrednio skuteczny art. 102 TFUE, przejawiający się zasadniczo dostępnością krajowej drogi sądowej dla podmiotów powołujących się na jego naruszenie (zob. Jurkowska-Gomułka, 2013, s. 108 i przywołane tam orzecznictwo).

Wziąwszy pod uwagę powyższe spostrzeżenia można stwierdzić, że TSUE nie rozważył w sposób wyczerpujący wszystkich aspektów sprawy *CTL Logistics*<sup>23</sup>, co zasadniczo doprowadziło go do powielenia zawartej w niej argumentacji, bez uwzględnienia okoliczności sporu powstałego między DB Station a OEDG. O ile trudno zakwestionować wnioski TSUE co do kompetencji wyłącznej organu regulacyjnego w zakresie stosowania zasad płynących z dyrektywy 2001/14/WE i transponujących je przepisów krajowych, w tym rozstrzygania o legalności opłat za dostęp do obiektów infrastruktury usługowej i świadczonych w nich usług związanych z koleją, o tyle należy stanowczo podkreślić, że wskazana kompetencja sama w sobie nie implikuje uprawnienia do przy-

<sup>15</sup> Wyr. w sprawie *DB Station*, pkt 90.

<sup>16</sup> Wyr. TSUE z 9.11.2017 r. w sprawie C-489/15 *CTL Logistics* (ECLI:EU:C:2017:834), pkt 97; dalej: wyrok w sprawie *CTL Logistics*.

<sup>17</sup> Wyr. TSUE z 8.07.2021 r. w sprawie C-120/20 *Koleje Mazowieckie*, (ECLI:EU:C:2021:553), pkt 54; dalej: wyrok w sprawie *Kolei Mazowieckich*.

<sup>18</sup> Wyr. w sprawie *CTL Logistics*, pkt 86 i wyr. w sprawie *Kolei Mazowieckich*, pkt 48.

<sup>19</sup> Wyr. w sprawie *DB Station*, pkt 55.

<sup>20</sup> W wyr. w sprawie *CTL Logistics* spór dotyczył opłat za dostęp do infrastruktury kolejowej udostępnianej przedsiębiorstwom kolejowym w ramach minimalnego pakietu dostępu, nie zaś obiektów infrastruktury usługowej.

<sup>21</sup> Wyr. w sprawie *CTL Logistics*, pkt 64.

<sup>22</sup> W tym przypadku infrastruktury punktowej.

<sup>23</sup> Warto wskazać, że TSUE w pkt 77 wyr. w sprawie *DB Station*, co prawda, zwrócił uwagę, że podstawa prawna roszczeń przedsiębiorstw kolejowych w sprawach *DB Station* i *CTL Logistics* jest inna, niemniej ta konstatacja nie doprowadziła Trybunału do zachowania większej uważności przy ocenie okoliczności prawnych i faktycznych.

znawania odszkodowania w związku z nienależnymi opłatami pobranymi przez operatora obiektu infrastruktury usługowej. Co istotne, zaprezentowana teza wynika także z rozstrzygnięcia w sprawie CTL Logistics, zgodnie z którym „(...) zwrot opłat na podstawie przepisów prawa cywilnego może wchodzić w grę [podkreślenie własne], tylko jeżeli zgodnie z przepisami prawa krajowego bezprawny charakter opłaty w świetle uregulowania dotyczącego dostępu do infrastruktury kolejowej został stwierdzony uprzednio przez organ kontroli lub sąd, który poddał kontroli decyzję tego organu, i pod warunkiem, że to żądanie zwrotu może być przedmiotem powództwa do krajowych sądów cywilnych [podkreślenie własne], a nie skargi przewidzianej w tym uregulowaniu”<sup>24</sup>.

## 2. Dopuszczalność dochodzenia roszczeń odszkodowawczych na podstawie art. 102 TFUE w sprawach z zakresu regulacji sektora transportu kolejowego

Oprócz recypowania z wyroku w sprawie *CTL Logistics* rozważań dotyczących kompetencji wyłącznej organu regulacyjnego na gruncie przepisów dyrektywy 2001/14/WE, TSUE zainspirował się również wskazanym wyrokiem w zakresie wniosków w przedmiocie realizowania przez krajowy organ regulacyjny celu polegającego na zapewnianiu uczciwej konkurencji w sektorze transportu kolejowego<sup>25</sup>. W tym kontekście należy wskazać, że osiągnięcie stanu niezakłóconej konkurencji bezsprzecznie stanowi jeden z elementów składających się na istotę regulacji w sektorze transportu kolejowego (Szydło, 2008, s. 239)<sup>26</sup>, niemniej stanowisko TSUE o zapewnieniu stosowania art. 102 TFUE za pośrednictwem odwołania od decyzji zarządy infrastruktury lub przedsiębiorstwa kolejowego w oparciu o art. 30 ust. 2 dyrektywy 2001/14/WE oraz następczej kontroli sądowej<sup>27</sup>, a tym bardziej o dopuszczalności powołania się przez przedsiębiorstwo kolejowe w treści takiego środka zaskarżenia na naruszenie art. 102 TFUE<sup>28</sup>, nie zasługuje na aprobatę. Zgodnie bowiem z art. 10 ust. 7 dyrektywy 91/440/WE<sup>29</sup> organ regulacyjny powołany na podstawie art. 30 dyrektywy 2001/14/WE monitoruje konkurencję na rynku przewozów kolejowych, jednakże „[b]ez uszczerbku dla przepisów wspólnotowych i krajowych dotyczących polityki konkurencji i instytucji odpowiedzialnych w tym zakresie (...)”<sup>30</sup>. Powołany przepis należy – w mojej ocenie – odczytywać jako dopuszczalność paralelnego stosowania prawa konkurencji oraz regulacji sektorowej w sprawach dostępu do obiektów infrastruktury usługowej i usług związanych z koleją, z zastrzeżeniem poszanowania roli krajowego organu regulacyjnego i krajowego organu antymonopolowego odpowiednio w zakresie kształtowania i ochrony konkurencji w sektorze transportu kolejowego<sup>31</sup>. W praktyce oznacza to, że dyrektywa sektorowa nie może pozbawić organów zobowiązanych do wdrażania reguł konkurencji, a tym bardziej sądów krajowych, kompetencji do ich stosowania.

<sup>24</sup> Wyr. w sprawie *CTL Logistics*, pkt 97.

<sup>25</sup> Wyr. w sprawie *CTL Logistics*, pkt 96 oraz wyr. w sprawie *DB Station*, pkt 66.

<sup>26</sup> Podobny pogląd, na tle sprawy *DB Station*, został wyrażony w literaturze zagranicznej. Zgodnie z powołanym stanowiskiem, stosowania art. 102 TFUE nie należy mylić z faktem, że regulacja sektorowa przyczynia się do realizacji celów wynikających z prawa konkurencji, stąd obowiązek organu kontrolnego do brania ich pod uwagę tak, żeby jego rozstrzygnięcia były spójne również z celami właściwymi dla prawa konkurencji (zob. Idot, 2022, s. 2).

<sup>27</sup> Wyr. w sprawie *DB Station*, pkt 67.

<sup>28</sup> Ibidem, pkt 68.

<sup>29</sup> Dyrektywa Rady z dnia 29 lipca 1991 r. w sprawie rozwoju kolei wspólnotowych (Dz. Urz. UE L 237 z 24.08.1991, str. 25, ze zm.).

<sup>30</sup> Podobne sformułowanie zostało zawarte również w art. 56 ust. 2 i 9 dyrektywy 2012/34/UE.

<sup>31</sup> Do kwestii paralelnego stosowania regulacji sektorowej oraz prawa konkurencji odwołała się również rzecznik generalna w swojej opinii. Zob. opinia Rzecznik Generalnej Tamary Čápeky przedstawiona w dniu 7.04.2022 r. w sprawie C-721/20 *DB Station & Service AG p. OEDG Ostdeutsche Eisenbahn GmbH* (ECLI:EU:C:2022:288), pkt 78.

W tym kontekście, zwłaszcza na gruncie orzecznictwa TSUE<sup>32</sup>, w późniejszym zaś okresie – odpowiednich przepisów rozporządzenia 1/2003<sup>33</sup>, uprawnienie do bezpośredniego stosowania art. 102 TFUE zostało przyznane sądom krajowym odgrywającym zasadniczą rolę w dziedzinie stosowania unijnych reguł konkurencji<sup>34</sup>. Pogląd ten pozostaje aktualny także po przyjęciu dyrektywy 2014/104/UE<sup>35</sup>, zgodnie z którą art. 102 TFUE wywołuje bezpośrednie skutki w stosunkach między jednostkami i nakłada na dane jednostki prawa oraz obowiązki. Za ich egzekwowanie odpowiadają sądy krajowe, w tym przyznają poszkodowanym – w wyniku naruszenia prawa – odszkodowania. W celu zapewnienia jednak pełnej skuteczności art. 102 TFUE niezbędne jest, „(...) aby każdy – jednostki, w tym konsumenci i przedsiębiorstwa, jak również organy publiczne – mógł dochodzić przed sądem krajowym odszkodowania z tytułu wyrządzonej mu szkody wynikającej z naruszenia tych [norm prawnych]”<sup>36</sup>.

W konsekwencji, jak słusznie stwierdził TSUE, wyłączna właściwość przyznana organowi kontrolnemu w art. 30 dyrektywy 2001/14/WE nie stoi na przeszkodzie rozpoznawaniu przez sądy krajowe roszczeń odszkodowawczych, w związku z pobieraniem nienależnych opłat za dostęp do obiektów infrastruktury usługowej i świadczonych w nich usług związanych z koleją, opartych na art. 102 TFUE<sup>37</sup>.

Należy jednak podkreślić, że bezpośrednie stosowanie art. 102 TFUE, wynikające z powyżej zaprezentowanego stanowiska TSUE, zostało niejako uzależnione od wydania przez krajowy organ regulacyjny decyzji stwierdzającej niezgodność opłat pobieranych przez operatorów obiektów infrastruktury usługowej („(...) pod warunkiem, iż właściwy organ kontrolny rozstrzygnął uprzednio w przedmiocie zgodności z prawem spornych opłat”<sup>38</sup>). Co istotne, TSUE nie pozostał w tym twierdzeniu konsekwentny, ponieważ złagodził je, wskazując, że uprzednie rozstrzygnięcie organu kontrolnego nie wiąże sądów krajowych, a jedynie kreuje po ich stronie obowiązek rozważenia<sup>39</sup> tych decyzji i uzasadnienia własnych orzeczeń w świetle ustaleń faktycznych i prawnych dokonanych przez organ kontrolny, zwłaszcza w zakresie zagadnień odnoszących się do regulacji sektorowej<sup>40</sup>. Tym samym potwierdził on również dotychczasową linię orzeczniczą uznającą, że przepisy regulacji sektorowej zasadniczo stanowią ważny element dla oceny możliwości zastosowania art. 102 TFUE do zachowań przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą w danym sektorze sieciowym<sup>41</sup>.

<sup>32</sup> Zob. przegląd orzecznictwa w zakresie prywatnego egzekwowania art. 101 i 102 TFUE m.in. w: Jurkowska-Gomułka, 2013, rozdział III pkt 3.2.1. i 3.2.3.2.

<sup>33</sup> Związczą art. 6 rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu, Dz. Urz. UE L 1 z 4.01.2003, str. 1; dalej: rozporządzenie 1/2003.

<sup>34</sup> Motyw 7. rozporządzenia 1/2003. Podobnie kwestię tę ujmuje Zawiadomienie Komisji w sprawie współpracy pomiędzy Komisją i sądami państw członkowskich UE odnośnie do stosowania art. 81 i 82 WE (Dz. Urz. UE C 2004 z 27.04.2004, str. 54), pkt 4: „W zależności od funkcji, jakie przypisuje im prawo krajowe, sądy krajowe mogą stosować art. [101 i 102 TFUE] w postępowaniu administracyjnym, cywilnym lub karnym. W szczególności gdy osoba fizyczna lub prawna zwraca się do sądu krajowego o ochronę jej praw indywidualnych, sądy krajowe odgrywają szczególną rolę w egzekwowaniu art. [101 i 102 TFUE], która to rola różni się od zadań Komisji lub krajowych organów ochrony konkurencji w zakresie egzekwowania tych przepisów w interesie publicznym. Faktycznie sądy krajowe mogą stosować art. [101 i 102 TFUE], unieważniając umowy lub przyznając odszkodowanie za poniesione szkody”.

<sup>35</sup> Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/104/UE z 26.11.2014 r. w sprawie niektórych przepisów regulujących dochodzenie roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszenia prawa konkurencji państw członkowskich i Unii Europejskiej, objęte przepisami prawa krajowego (Dz. Urz. UE L 349 z 5.12.2014, str. 1); dalej: dyrektywa 2014/104/UE.

<sup>36</sup> Motyw 3. dyrektywy 2014/104/UE. W treści normatywnej dyrektywy 2014/104/UE wskazanemu motywowi odpowiada zasadniczo art. 3 ust. 1 i 2.

<sup>37</sup> Wyr. w sprawie *DB Station*, pkt 79.

<sup>38</sup> *Ibidem*, pkt 81 i 90.

<sup>39</sup> Ang. *to take into consideration*, fr. *prendre en consideration*.

<sup>40</sup> Wyr. w sprawie *DB Station*, pkt 83.

<sup>41</sup> Wyr. TSUE z 14.10.2010 r. w sprawie C-280/08 P *Deutsche Telekom AG p. Komisji* (ECLI:EU:C:2010:603), pkt 244; wyr. TSUE z 25.03.2021 r. w sprawie C-152/19 P *Deutsche Telekom AG p. Komisji* (ECLI:EU:C:2021:238), pkt 57.

Jednocześnie należy jednak podkreślić, że w żadnym przepisie dyrektywy 2001/14/WE prawodawca unijny nie przesądził o prejudycjalności decyzji organów kontrolnych wydanych na podstawie przepisów dyrektywy 2001/14/WE. W konsekwencji wymóg oczekiwania na prawomocne zakończenie postępowań w sprawie decyzji właściwego organu kontrolnego wydaje się być nieuprawniony<sup>42</sup>.

#### IV. Wnioski

Wyrok TSUE w sprawie *DB Station* zasadniczo podtrzymuje dotychczasową, utrwaloną praktykę orzecniczą w zakresie zarówno interpretacji poszczególnych przepisów dyrektywy 2001/14/WE, jak i zagadnień związanych z unijnym (krajowym) prawem konkurencji. Kluczowym wnioskiem TSUE, który wysuwa się na pierwszy plan w powołanym rozstrzygnięciu jest potwierdzenie przenikania się regulacji sektora transportu kolejowego oraz prawa antymonopolowego. Obie grupy norm prawnych powinny jednak podlegać interpretacji prowadzącej do poszanowania obu porządków w taki sposób, aby reguły prawa konkurencji mogły być stosowane paralelnie w sektorach sieciowych, a w konsekwencji z uwzględnieniem zarówno kompetencji organów odpowiedzialnych za ich wdrażanie, jak i sądów krajowych, które posiadają uprawnienie do bezpośredniego stosowania art. 102 TFUE, zasadniczo mającego pełne zastosowanie na rynkach regulowanych (Dunne, 2021, s. 2).

Niezależnie od aspektów związanych z relacją między regulacją sektora transportu kolejowego a regułami prawa konkurencji, należy podkreślić, że wyrok TSUE w sprawie *DB Station* może nie mieć istotnego znaczenia praktycznego z uwagi na fakt, że w interesie przedsiębiorstwa kolejowego, podejmującego próbę podważenia wysokości opłat za dostęp do infrastruktury punktowej i świadczonych w jej ramach usług związanych z koleją ustalonych przez danego operatora obiektu infrastruktury usługowej, jest uzyskanie rozstrzygnięcia stwierdzającego niezgodność tych opłat z obowiązującym prawem w jak najkrótszym czasie<sup>43</sup>, a dopiero w dalszej kolejności wniesienie powództwa do sądu cywilnego w celu uzyskania odszkodowania (Idot, 2022, s. 2).

#### Bibliografia

- Dunne, N. (2021). *The Role of Regulation in EU Competition Law Assessment*. LSE Working Papers.
- Idot, L. (2022). Concurrence Articulation avec la régulation sectorielle. *L'actualité du droit de l'Union européenne. Europe*, (12).
- Jurkowska-Gomułka, A. (2013). *Publiczne i prywatne egzekwowanie zakazów praktyk ograniczających konkurencję*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego.
- Szydło, M. (2008). Regulacja sektorowa a ogólne prawo antymonopolowe. *Problemy Zarządzania*, 6(1/19), 237–257.

<sup>42</sup> Zaprezentowany punkt widzenia podzielił TSUE w pkt 85 i 86 wyr. w sprawie *DB Station*. Wskazał on, że sądy krajowe rozpatrujące żądanie zwrotu potencjalnie nadpłaconych opłat za dostęp do infrastruktury kolejowej na podstawie art. 102 TFUE „(...) nie są zobowiązane do oczekiwania na zakończenie postępowań sądowych w sprawie decyzji właściwego organu kontrolnego”, zob. pkt 85. wyroku w sprawie *DB Station*.

<sup>43</sup> Zgodnie z art. 30 ust. 4 zd. 2 dyrektywy 2001/14/WE krajowy organ regulacyjny powinien podjąć decyzję we wskazanym zakresie w terminie wynoszącym maksymalnie dwa miesiące od otrzymania wszystkich informacji. Natomiast, na podstawie art. 56 ust. 9 dyrektywy 2012/34/UE, krajowy organ regulacyjny „(...) rozpatruje wszelkie skargi (...) w ciągu miesiąca od otrzymania skargi. Podejmuje decyzje w odniesieniu do każdej skargi (...) oraz informuje właściwe strony o swojej decyzji wraz z uzasadnieniem w ustalonym z góry rozsądnym terminie, a w każdym razie nie później niż w ciągu sześciu tygodni od otrzymania wszystkich stosownych informacji”.

Szymon Murek\*

# Czym jest utworzenie wspólnego przedsiębiorcy? Uwagi na kanwie wyroku Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z 21 listopada 2022 r., XVII AmA 11/21 (*Gazprom*)

## Spis treści

- I. Wprowadzenie
- II. Stan faktyczny sprawy
- III. Omówienie stanowiska Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów
- IV. Uwagi autora i podsumowanie

## Streszczenie

Artykuł dotyczy wyroku Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w sprawie z odwołania od decyzji Prezesa UOKiK w sprawie *Nord Stream 2 (Gazprom i inni)*. Omawia przede wszystkim stanowisko sądu co do rodzajów transakcji stanowiących utworzenie wspólnego przedsiębiorcy, koncepcję obejścia prawa na gruncie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, a także polityczny i ekonomiczny wymiar sprawy.

**Słowa kluczowe:** koncentracja; utworzenie wspólnego przedsiębiorcy; joint venture; Nord Stream 2.

**JEL:** K21, K42

## I. Wprowadzenie

Bodaj żadna z decyzji wydanych w ostatnich latach przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: UOKiK lub Urząd) nie spotkała się z takim zainteresowaniem społecznym, jak wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w sprawie z odwołania od decyzji Prezesa UOKiK w sprawie *Nord Stream 2 (Gazprom i inni)*. Emocje te były podzielane zarówno przez praktyków prawa konkurencji (których interesowały przede wszystkim rozważania dotyczące definicji „koncentracji” w prawie polskim), jak i osoby niezwiązane bliżej z zagadnieniami antymonopolowymi, które elektryzował jednak geopolityczny kontekst sprawy. Nie ulega wątpliwości, że polski rząd od lat w sposób negatywny odnosił się do projektu budowy gazociągu Nord Stream 2 i podejmował szereg wysiłków dyplomatycznych, mających opóźnić lub utrudnić uruchomienie

\* LL.M. (Queen Mary University of London); adwokat izby warszawskiej, senior associate w dziale prawa konkurencji kancelarii Sołtysiński, Kawecki & Szlęzak. ORCID: 0000-0002-0285-0362. Za pomoc w przygotowaniu artykułu autor chciałby podziękować p. Oskarowi Borzymowi – studentowi prawa na Uniwersytecie Warszawskim.

Edition of that article was financed under Agreement Nr RCN/SP/0326/2021/1 with funds from the Ministry of Education and Science, allocated to the “Rozwoj czasopism naukowych” programme.

przesyłu gazu drugą nitką gazociągu Nord Stream (NKU, 2021). Było to spowodowane możliwym osłabieniem roli Polski jako państwa tranzytowego dla gazu ziemnego sprowadzanego z Rosji do krajów Europy Zachodniej, ale również generalnymi obawami o zacieśnienie europejskiej współpracy gospodarczej z Federacją Rosyjską (Jakóbiak, 2021).

Na płaszczyźnie prawnej należy jednak zdecydowanie oddzielić ocenę budowy infrastruktury służącej do przesyłu gazu przez spółkę akcyjną prawa szwajcarskiego – Nord Stream 2 AG (dalej: NS2 AG) z siedzibą w Zug – od rozstrzygnięcia czy założenie NS2 AG stanowiło utworzenie wspólnego przedsiębiorcy (tj. jedną z form koncentracji wskazanych w artykule 13 ust. 2 ustawy z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów; dalej: uokik<sup>1</sup>). W mojej ocenie istotna część publicznej debaty na temat słuszności podjęcia interwencji administracyjnej przez Prezesa UOKiK dotyczyła oceny samego projektu budowy drugiej nitki gazociągu Nord Stream. O ile oczywiście nie sposób pominąć politycznego i ekonomicznego wymiaru tego projektu, o tyle w kontekście działań podjętych przez UOKiK warto jednak skupić się na najistotniejszej kwestii – tj. rozstrzygnięciu czy działania podjęte przez Gazprom i europejskich konsorcjantów rzeczywiście doprowadziły do utworzenia wspólnego przedsiębiorcy w rozumieniu uokik, czyli podlegały obowiązkowi uzyskania zgody organu antymonopolowego.

## II. Stan faktyczny sprawy

Źródłem sprawy, w której Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: SOKiK) wydał komentowany wyrok<sup>2</sup>, należy upatrywać już w roku 2015. Pod jego koniec do UOKiK wpłynął wniosek o wyrażenie zgody na dokonanie koncentracji przedsiębiorców, polegającej na utworzeniu wspólnego przedsiębiorcy przez PAO Gazprom (Federacja Rosyjska), E.ON Global Commodities SE (później „Uniper Global Commodities SE”, Niemcy), ENGIE SA (Francja), OMV Nord Stream II Holding AG (Szwajcaria), Shell Exploration and Production (LXXI) B.V. (Holandia) oraz Wintershall Nederland B.V. (Holandia) (dalej łącznie: konsorcjanci). Zamiarem przedsiębiorców było objęcie utworzenia spółki prawa szwajcarskiego, w której wszyscy konsorcjanci mieli objąć udziały. Działalność nowo utworzonego przedsiębiorcy miała obejmować w szczególności zaprojektowanie, finansowanie, budowę oraz eksploatację dwóch równoległych rurociągów podmorskich z rosyjskiego wybrzeża Morza Bałtyckiego do punktu wyjścia nieopodal Greifswald w Niemczech. Za pomocą rurociągów pochodzący z Federacji Rosyjskiej gaz ziemny miał być przesyłany do europejskich odbiorców.

Po kilku tygodniach Prezes UOKiK wydał postanowienie o przedłużeniu o cztery miesiące terminu zakończenia sprawy – została wszczęta tak zwana druga faza postępowania. W ocenie organu zaszła konieczność przeprowadzenia badania rynkowego wpływu planowanej transakcji na polski rynek dostaw gazu wyższego szczebla, w tym m.in. zapoznanie się z opiniami uczestników i regulatora rynku. W komunikacie wskazano na konieczność zbadania dokładnej pozycji rynkowej Gazpromu oraz przyszłej możliwości podjęcia przez tę spółkę działań w odniesieniu do innych podmiotów<sup>3</sup>. Prezes UOKiK nie wskazał przy tym na pozostałych konsorcjantów, a jedynie na PAO Gazprom.

<sup>1</sup> Ustawa z dn. 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tj. Dz. U. 2021, poz. 275 z późn. zm.).

<sup>2</sup> Wyr. SOKiK z 21.11.2022 r., XVII AmA 11/21 (LEX nr 3446794).

<sup>3</sup> Komunikat Prezesa UOKiK z 4.02.2016, Pozyskano z: [https://uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news\\_id=12171](https://uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=12171) (6.03.2023).



Po upływie kolejnych kilku miesięcy organ wydał zastrzeżenia wobec koncentracji, uzasadniając je posiadaną przez Gazprom pozycją dominującą na polskim rynku dostaw gazu ziemnego, która zostałaby jeszcze umocniona, jeśli doszłoby do wyrażenia zgody na planowaną koncentrację. Poza odwołaniem się do umocnienia pozycji dominującej Prezes UOKiK nie przedstawił przy tym właściwie żadnej argumentacji dotyczącej domniemanej teorii szkody – to jest na czym dokładnie miałyby polegać istotne ograniczenie konkurencji na rynku, stanowiące zgodnie z art. 19 uokik jedną przesłankę do wydania decyzji zakazującej dokonanie koncentracji<sup>4</sup>. Konsorcjanci niezwłocznie dokonali wycofania wniosku koncentracyjnego, chcąc prawdopodobnie uniknąć wydania przez organ spodziewanej decyzji negatywnej. W konsekwencji postępowanie administracyjne zostało umorzone, a konsorcjanci nie uzyskali wymaganej zgody polskiego organu antymonopolowego na utworzenie wspólnego przedsiębiorcy.

W obliczu braku uzyskania zgody UOKiK, Gazprom i pozostałe koncerny rozpoczęły realizację nowego projektu. W nowym planie biznesowym spółka NS2 AG miała pozostać podmiotem zaangażowanym w zaprojektowanie, finansowanie, budowę oraz eksploatację gazociągu. Kluczowa zmiana polegała jednak na zmianie struktury udziałowej tego podmiotu – tj. jedynym udziałowcem miał zostać Gazprom, a pozostali konsorcjanci mieli zaangażować się w przedsięwzięcie, zawierając z NS2 AG umowy finansowania. W oficjalnym komunikacie Urząd poinformował, że ocenia zmianę parametrów transakcji jako próbę obejścia obowiązku uzyskania zgody na dokonanie koncentracji<sup>5</sup>. Postępowanie wszczęte przez organ miało więc na celu ustalenie czy konsorcjanci w istocie dokonali utworzenia wspólnego przedsiębiorcy bez wymaganej zgody. Po trwającym ponad dwa lata postępowaniu<sup>6</sup> organ orzekł, że za pomocą zawartych umów finansowania konsorcjanci osiągnęli ten sam cel biznesowy, którym był objęty pierwotny zamiar koncentracji, wobec czego świadomie dokonali utworzenia wspólnego przedsiębiorcy bez zgody UOKiK. Z tego powodu organ zdecydował o nałożeniu maksymalnych możliwych kar pieniężnych na konsorcjantów, których wysokość przekroczyła 29 miliardów złotych. Nakazał również przedsiębiorcom rozwiązanie umów finansowania<sup>7</sup>.

Według mojej najlepszej wiedzy jest to najwyższa kara pieniężna nałożona kiedykolwiek przez jakikolwiek antymonopolowy organ na świecie – przewyższająca nawet głośne decyzje Komisji Europejskiej dotyczące Google<sup>8</sup>.

<sup>4</sup> Komunikat Prezesa UOKiK z 22.07.2016, Pozyskano z: [https://uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news\\_id=12476](https://uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=12476) (6.03.2023).

<sup>5</sup> Komunikat Prezesa UOKiK z 9.05.2018 r. Pozyskano z: [https://uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news\\_id=14322](https://uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=14322) (6.03.2023).

<sup>6</sup> *Nota bene* – w trakcie którego dwóch konsorcjantów zostało ukaranych drakońskimi karami pieniężnymi za brak współpracy z UOKiK. Zob. dec. Prezesa UOKiK z 7.11.2019 r., DKK-217/2019 (*Engie Energy Management Holding Switzerland AG*), w której nałożono karę pieniężną w wysokości 172 milionów złotych; dec. Prezesa UOKiK z 29.07.2020 r., DKK-141/2020 (*PJSC Gazprom*), w której nałożono karę pieniężną w wysokości 213 milionów złotych.

<sup>7</sup> Dec. Prezesa UOKiK z 6.10.2020 r., DKK-178/2020 (*PJSC Gazprom, Uniper Gas Transportation & Finance B.V., Engie Energy Management Holding Switzerland AG, OMV Gas Marketing Trading & Finance B.V., Shell Exploration and Production (LXXI) B.V., Wintershall Dea Nederland Transport and Trading B.V.*).

<sup>8</sup> Dec. KE z 27.06.2017 r., AT.39740 (*Google Shopping*), w której nałożono karę pieniężną w wysokości 2,42 miliarda euro; dec. KE z 18.07.2018 r., AT.40099 (*Google Android*), w której nałożono karę pieniężną w wysokości 4,34 miliarda euro.

### III. Omówienie stanowiska Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

Ukarane podmioty złożyły odwołania od decyzji UOKiK. Podniesiono przede wszystkim następujące argumenty:

- a) NS2 AG od początku posiadało i miało nadal posiadać tylko jednego akcjonariusza, wobec czego nie może być mowy o „utworzeniu wspólnego przedsiębiorcy”, skoro domniemane joint venture stanowi w istocie spółkę, w której 100% udziałów posiada Gazprom;
- b) zawarcie umów finansowania nie stanowi formy koncentracji wskazanej w art. 13 uokik, a zatem nie wymaga zgody UOKiK, a uprawnienia przyznane podmiotom finansującym są dalekie od uprawnień, które przysługiwałyby im, gdyby zgodnie z pierwotnie zgłoszonym Urzędowi zamiarem stali się udziałowcami NS2 AG;
- c) UOKiK nie zbadał dostatecznie skutków rynkowych domniemanej koncentracji, posiłkując się jedynie danymi historycznymi, wobec czego nie wykazał, że domniemana koncentracja mogłaby doprowadzić do istotnego ograniczenia konkurencji;
- d) decyzja miała charakter precedensowy – to znaczy Urząd nie wydał nigdy wcześniej decyzji stwierdzającej, że do utworzenia wspólnego przedsiębiorcy może dojść przy braku objęcia udziałów w rzekomym joint venture przez więcej niż jednego przedsiębiorcę ani nie komunikował możliwości przyjęcia takiej interpretacji we własnych Wyjaśnieniach w sprawie kryteriów i procedury zgłaszania zamiaru koncentracji Prezesowi UOKiK z 2015 r. (dalej: Wyjaśnienia)<sup>9</sup>.

W wyroku z 21 listopada 2022 r. (sygn. akt XVII AmA 11/21) SOKiK uchylił zaskarżoną decyzję w całości i stwierdził, że została wydana z rażącym naruszeniem prawa. Warto zaznaczyć, że w tym samym dniu sąd wydał również tożsame wyroki w sprawach z odwołań innych niż Gazprom konsorcjantów – tj. SOKiK konsekwentnie przyjął, że żaden z przedsiębiorców nie przeprowadził koncentracji bez wymaganej zgody UOKiK<sup>10</sup>.

W dosyć lakonicznym uzasadnieniu SOKiK przyjął, że powód nie utworzył wspólnego przedsiębiorcy, wobec czego nie był zobligowany do uzyskania zgody na przeprowadzenie koncentracji – co przesądziło o przyjęciu, że decyzja została wydana z rażącym naruszeniem prawa i skutkowało jej uchyleniem.

Sąd odwołał się w uzasadnieniu do definicji przedsiębiorcy wynikającej z art. 4 pkt 1 uokik – tj. w ocenie SOKiK „utworzenie przedsiębiorcy” należy interpretować wąsko – tj. nie jest utworzeniem przedsiębiorcy zawiązanie określonej struktury prawnej (w tym przypadku umów finansowania), które nie prowadzi do powołania nowego podmiotu będącego „przedsiębiorcą” w rozumieniu uokik. SOKiK w analizie prawnej poszedł jednak krok dalej i wskazał, że wewnętrznie sprzeczne jest twierdzenie pozwanego, jakoby konsorcjanci utworzyli wspólnego przedsiębiorcę, skoro podmiot ten (NS2 AG) w dacie zawarcia umów finansowania już istniał.

Na uwagę zasługują również rozważania SOKiK dotyczące rzekomego obejścia prawa przez konsorcjantów. Zdaniem sądu bez znaczenia pozostaje czy zrealizowali oni pierwotny cel utworzenia joint venture, a nadrzędną zasadą w obrocie pozostaje gwarantowana konstytucyjnie zasada wolności gospodarczej, odstępstwo od której wymaga formy ustawowej oraz wystąpienia

<sup>9</sup> <https://uokik.gov.pl/download.php?id=1269>

<sup>10</sup> Wyr. SOKiK z 21.11.2022, XVII AmA 12/21 (LEX nr 3446791); wyr. SOKiK z 21.11.2022, XVII AmA 13/21 (LEX nr 3446792); wyr. SOKiK z 21.11.2022, XVII AmA 14/21 (LEX nr 3446793); wyr. SOKiK z 21.11.2022, XVII AmA 15/21 (LEX nr 3447252); wyr. SOKiK z 21.11.2022, XVII AmA 16/21 (LEX nr 3447254).

ważnego interesu publicznego. Skoro art. 13 uokik nie zawiera żadnego ograniczenia dla przedsiębiorców w zakresie realizacji celów gospodarczych, przyjęcie prawnie dopuszczalnej formy ich wypełnienia nie może być uznane za „obejście prawa”, lecz jest działaniem w sferze dozwolonej prawem. W konsekwencji, w ocenie sądu należało przyjąć, zgodnie z art. 7 Konstytucji RP, że organy administracji (w tym UOKiK) mogą działać wyłącznie na podstawie i w granicach prawa. Podjęcie działań przeciwdziałających skutkom obejścia prawa nie posiada zdaniem SOKiK waloru przyznanej ustawowo kompetencji, a więc nie mieściło się w dopuszczalnym zakresie działania „na podstawie i w granicach prawa”.

Warto zauważyć również, że SOKiK pominął przy tym w analizie rozważania na temat skutków rynkowych domniemanej koncentracji i nie odniósł się do szerokiego materiału dowodowego w tym zakresie, przyjmując, że skoro nie doszło do utworzenia wspólnego przedsiębiorcy, kwestia ta pozostaje irrelevantna dla treści wyroku.

#### IV. Uwagi autora i podsumowanie

Bezsprzecznie najistotniejszą częścią wyroku jest wyraźne podkreślenie przez SOKiK, że zawarcie umów finansowania nie może zostać uznane za działanie tworzące wspólnego przedsiębiorcę ani za obejście prawa, które *de facto* prowadzi do tych samych skutków rynkowych. W mojej ocenie przyjęcie odmiennego stanowiska przez SOKiK sankcjonowałoby precedensowe i bardzo daleko idące stanowisko organu, które mogłoby mieć niezwykle istotne skutki dla obrotu gospodarczego – na przykład w kontekście powszechnych umów finansowania, w których instytucje finansowe udzielają przedsiębiorcom pożyczek. Wydaje się, że czytelną i akceptowalną granicą między utworzeniem wspólnego przedsiębiorcy a podjęciem innej formy współpracy gospodarczej, która nie wymaga zgłoszenia UOKiK, jest objęcie udziałów przez więcej niż jednego przedsiębiorcę w tworzonej spółce. Moim zdaniem SOKiK zajął w tym kontekście racjonalne stanowisko, które jest w dodatku zgodne z wieloletnią i ustabilizowaną praktyką samego Urzędu (Skoczny, 2014, komentarz do art. 13).

Nie sposób jednak nie zauważyć, że w uzasadnieniu wyroku sąd wykonał jeszcze dodatkowy krok – tj. wprost wskazał, że nie mogło dojść do utworzenia wspólnego przedsiębiorcy, skoro spółka, która w ocenie Urzędu miała nim być, istniała już w momencie zawierania umów finansowania:

„Pozwany w toku postępowania administracyjnego nie ustalił nawet kiedy powstała spółka (...), jaką przyjęła formę prawną i jaka była jej siedziba, a więc podstawowej przesłanki dla wykazania naruszenia obowiązku wynikającego z art. 13 ust. 1 w zw. z art. 13 ust. 2 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Równocześnie z ustaleń Prezesa UOKiK wynika, że spółka o takiej nazwie była stroną umów zawartych w dniu (Tajemnica przedsiębiorstwa) (...), (...), (...), (...) i (...), a zatem w dacie zarzucanej koncentracji już istniała. Co więcej, nabycie udziałów w tej spółce było przedmiotem zgłoszenia wniosku o zgodę na dokonanie koncentracji z dnia 8 grudnia 2015 r. Logicznie sprzeczne z tym jest więc twierdzenie pozwanego, że powyższe umowy zmierzały dopiero do jej utworzenia, skoro spółka (...) istniała jeszcze przed podpisaniem umów z dnia (Tajemnica przedsiębiorstwa)”.

W mojej ocenie uprawniony jest więc wniosek, że SOKiK w analogiczny sposób oceniłby sytuację, w której przedsiębiorcy następczo nabywaliby udziały w istniejącym podmiocie (a nie zawierali umowy finansowania). Teza ta podważa wieloletnią interpretację i praktykę UOKiK w zakresie oceny zamiaru koncentracji przedsiębiorców, wprost wskazaną w Wyjaśnieniach. Dokument ten wskazuje, że w ocenie Urzędu: „Do utworzenia wspólnego przedsiębiorcy dojdzie w wypadku, gdy spółka już istniejąca w ramach grupy kapitałowej jednego z założycieli nie prowadziła dotychczas działalności lub też gdy, po dokonaniu koncentracji spółka ta zamierza istotnie zmienić lub rozszerzyć przedmiot działalności”<sup>11</sup>. Usankcjonowanie tak wąskiej interpretacji art. 13 ust. 2 pkt 3 uokik przez SOKiK oznaczałoby, że istotna zmiana lub rozszerzenie przedmiotu działalności wspólnego przedsiębiorcy (np. poprzez rozpoczęcie działalności na nowych rynkach produkcyjnych) nie podlegałyby już zgłoszeniu zamiaru koncentracji<sup>12</sup>.

Komentowany wyrok z jednej strony utrzymuje więc bezpieczny i ugruntowany *status quo*, w którym „wspólny przedsiębiorca” może być utworzony jedynie w przypadku objęcia udziałów w spółce przez więcej niż jednego udziałowca. Z drugiej jednak – kwestionuje praktykę Urzędu dotyczącą oceny koncentracji, w których dochodzi do zmiany formy działalności wspólnego przedsiębiorcy. Wyczekuję wyroku Sądu Apelacyjnego, który najprawdopodobniej poruszy tę kwestię, jak również tego, czy wyrok SOKiK wpłynie na zaktualizowanie Wyjaśnień oraz w jakim stopniu zmieni praktykę przedsiębiorców co do zgłoszeń zamiaru koncentracji.

Swoiste *postscriptum* dla realizacji celu gospodarczego przez konsorcjantów napisała polityka – tj. inwazja Federacji Rosyjskiej na Ukrainę i będące jej następstwem decyzje polityczne i gospodarcze. Pierwszym krokiem utrudniającym start projektu Nord Stream 2 było wycofanie przez niemieckie Federalne Ministerstwo Gospodarki i Klimatu wcześniej złożonego raportu o braku zagrożenia dla bezpieczeństwa dostaw, w wyniku czego niemiecka Federalna Agencja Sieci zatrzymała proces certyfikacji gazociągu Nord Stream 2. Bez tej certyfikacji instalacja gazociągu nie mogła zostać uruchomiona (Business Insider Polska, 2022). W dalszej kolejności, rosyjska agresja skłoniła rządy państw członkowskich UE do przyspieszenia działań na rzecz zerowej emisji dwutlenku węgla netto, w tym poprzez odejście od zakupów rosyjskiego gazu<sup>13</sup>. Podważyło to ekonomiczne argumenty przemawiające za uruchamianiem gazociągu i właściwie uniemożliwiło wszelkie perspektywy politycznego wsparcia wewnątrz UE – w tym Niemiec – dla jego uruchomienia. Również sama spółka NS2 AG, która miała być w ocenie UOKiK wspólnym przedsiębiorcą, wpadła w poważne kłopoty finansowe, które doprowadziły do uruchomienia postępowania w sprawie upadłości (PAP, 2022). Dodatkowo, we wrześniu 2022 r. doszło do uszkodzenia samego gazociągu, prawdopodobnie na skutek celowych działań sabotażowych (Kardaś, Łoskot-Strachota i Łochowski, 2022).

Powyższe okoliczności, w połączeniu z niesprzyjającym klimatem politycznym do rozwijania relacji gospodarczych państw zachodnioeuropejskich z Rosją, poddają w wątpliwość możliwość uruchomienia gazociągu Nord Stream 2 w dającej się przewidzieć przyszłości. Jak wskazałem powyżej, SOKiK nie odniósł się w zasadzie do skutków rynkowych domniemanej koncentracji,

<sup>11</sup> Wyjaśnienia, s. 20.

<sup>12</sup> Warto odnotować, że podejście SOKiK jest bliższe interpretacji Komisji Europejskiej dotyczącej zgłoszeń zamiaru przedsiębiorców – tj. nie wymaga zgody Komisji Europejskiej sama „istotna zmiana lub rozszerzenie przedmiotu działalności wspólnego przedsiębiorcy”.

<sup>13</sup> Komisja Europejska, *REPowerEU: przystępna cenowo, bezpieczna i zrównoważona energia dla Europy*. Pozyskano z: [https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/european-green-deal/repowereu-affordable-secure-and-sustainable-energy-europe\\_pl](https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/european-green-deal/repowereu-affordable-secure-and-sustainable-energy-europe_pl) (6.03.2023).

przyjmując, że w ogóle do niej nie doszło. Interesujące byłoby jednak zapoznanie się w obecnej sytuacji z rozważaniami SOKiK w kontekście obiektywnego braku możliwości wystąpienia skutków rynkowych domniemanej koncentracji. Nieco teoretyzując, jeśli celem decyzji miało być zapobieżenie negatywnym skutkom rynkowym uruchomienia drugiej nitki gazociągu Nord Stream, to drastyczna zmiana okoliczności gospodarczych, która zaszła w okresie między wydaniem decyzji a wyroku, powinna być wzięta pod uwagę przez sąd, gdyby ten miał przyjąć, że do utworzenia wspólnego przedsiębiorcy jednak doszło.

## Bibliografia

- Banasiński, C. i Piontek, E. (red.). (2009). *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Business Insider Polska. (2022, 22 lutego). *Niemcy wstrzymują certyfikację Nord Stream 2. „Bardzo ciężkie dni i godziny dla Europy”*. Business Insider. Pozyskano z: <https://businessinsider.com.pl/gospodarka/niemcy-wstrzymuja-certyfikacje-nord-stream-2-bardzo-ciezkie-dni-i-godziny-dla-europy/p0qzhcz> (6.03.2023).
- Jakóbk, W. (2021, 26 lipca). *Jakóbk: Bajka o Polsce, co Nord Stream 2 nie chciała*. Biznes Alert. Pozyskano z: <https://biznesalert.pl/nord-stream-2-gazociag-jamalski-pieremyczka-energetyka-gaz/> (6.03.2023).
- Kardaś, Sz., Łoskot-Strachota, A. i Żochowski, P. (2022, 29 września). *Dywersja na gazociągach Nord Stream 1 i Nord Stream 2*. Ośrodek Studiów Wschodnich. Pozyskano z: <https://www.osw.waw.pl/pl/publikacje/analizy/2022-09-29/dywersja-na-gazociagach-nord-stream-1-i-nord-stream-2> (6.03.2023).
- NKU. (2021, 26 lipca). *Nord Stream 2 krajową udreka. „Inwestycja wbrew interesom Polski”*. Money.pl. Pozyskano z: <https://www.money.pl/gospodarka/nord-stream-2-krajowa-udreka-inwestycja-wbrew-interesom-polski-6665336863238912a.html> (6.03.2023).
- PAP. (2022, 1 marca). *Spółka Nord Stream 2 AG ogłosiła upadłość*. *Dziennik Gazeta Prawna*. Pozyskano z: <https://www.gazetaprawna.pl/wiadomosci/swiat/artykuly/8369855,spolka-nord-stream-2-ag-oglosila-upadlosc.html> (6.03.2023).
- Skoczny, T. (red.). (2014). *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck.

## Sprawozdanie z webinarium INP PAN pn. „Zasada *ne bis in idem* w prawie konkurencji i regulacji sektorowej – w kierunku większej ochrony przed podwójnym oskarżeniem i ukaraniem?”, Warszawa, 6 grudnia 2022 roku

W dniu 6 grudnia 2022 r. odbyło się zorganizowane przez Zakład Prawa Konkurencji Instytutu Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk otwarte seminarium on-line pn. „Zasada *ne bis in idem* w prawie konkurencji i regulacji sektorowej – w kierunku większej ochrony przed podwójnym oskarżeniem i ukaraniem?”. Spotkanie otworzył i poprowadził dr hab. Grzegorz Materna, prof. INP PAN, referaty wygłosiło zaś troje zaproszonych prelegentów, tj. prof. dr hab. Monika Szwarc (INP PAN), dr Kamil Dobosz (Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie) oraz mgr Artur Szmigielski (INP PAN).

Pierwszy z prelegentów, dr Kamil Dobosz, przedstawił uczestnikom spotkania referat na temat „Najnowsze orzecznictwo TSUE wobec zasady *ne bis in idem* w prawie konkurencji – rewidacja czy afirmacja”. Na początku przybliżył on uregulowanie omawianej zasady w art. 50 Karty Praw Podstawowych UE<sup>1</sup> (dalej: KPP), przesłanki determinujące jej zastosowanie, a także zarys historyczny orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości (dalej: TS) w zakresie stosowania zasady *ne bis in idem* sprzed marca 2022 roku<sup>2</sup>. Prelegent przypomniał, że kluczowe z punktu widzenia rozpatrywanej zasady jest wydanie w tej samej sprawie sekwencyjnie dwóch rozstrzygnięć o charakterze karnym, nawet jeśli w pierwszym rozstrzygnięciu doszłoby, używając języka prawa karnego, do uniewinnienia oskarżonego. Ważne jest przy tym, aby rozstrzygnięcie to uzyskało walor prawomocności. Prelegent przypomniał także, że na potrzeby prawa konkurencji kryterium *idem* interpretowane było swoiście. Wymagano mianowicie łącznego spełnienia trzech przesłanek: tożsamości podmiotowej, tożsamości przedmiotowej i również tożsamości chronionego interesu prawnego.

Po tym wprowadzeniu prelegent przystąpił do omówienia zmian w antymonopolowym orzecznictwie TS w kwestii zakazu dwukrotnego merytorycznego rozpoznawania tej samej sprawy. Do zmian tych doszło, zdaniem prelegenta, w związku z dwoma wydanymi w marcu 2022 r. wyrokami TS w sprawach *bpost*<sup>3</sup> oraz *Nordzucker*<sup>4</sup>. Dr Kamil Dobosz podkreślił przy tym różnice między omawianymi wyrokami. Ten w sprawie C-151/20 *Nordzucker* dotyczył relacji postępowań prowadzonych przez dwa krajowe organy konkurencji (austriacki oraz niemiecki), a konkretnie interwencji organu austriackiego w sprawie naruszeń wywołujących skutek na terytorium Austrii, nad którymi pochylił się już wcześniej niemiecki organ ochrony konkurencji. Trybunał stwierdził, że w tej sprawie brakuje kumulatywnej realizacji przesłanek *ne bis in idem*. Wynikało to z różnego,

<sup>1</sup> Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej, 2012/C 326/02.

<sup>2</sup> Prelegent przypomniał następujące wyroki, w których TS odwoływał się do zasady *ne bis in idem*: wyr. TS z 14.02.2012 r. w sprawie C-17/10 *Toshiba Corporation* (ECLI:EU:C:2012:72); wyr. TS z 18.05.2006 r. w sprawie C-397/03 P *Archer Daniels* (ECLI:EU:C:2006:328); wyr. TS z 29.06.2006 r. w sprawie C-289/04 P *Showa Denko* (ECLI:EU:C:2006:431); wyr. TS z 3.04.2019 r. w sprawie C-617/17 *PZU* (ECLI:EU:C:2019:283); wyr. TS z w połączonych sprawach C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P, C-219/00 P *Aalborg Portland i in.* (ECLI:EU:C:2004:6).

<sup>3</sup> Wyr. TS z 22.03.2022 r. w sprawie C-117/20 *bpost* (ECLI:EU:C:2022:202).

<sup>4</sup> Wyr. TS z 22.03.2022 r. w sprawie C-151/20 *Nordzucker* (ECLI:EU:C:2022:203).

w przypadku każdego z ww. organów, zakresu terytorialnego interwencji. Według TS jeżeli pierwszy z organów antymonopolowych zastosował art. 101 TFUE<sup>5</sup> i odpowiadające mu krajowe przepisy prawa konkurencji do stwierdzenia antykonkurencyjnego celu lub skutku na terytorium pierwszego państwa członkowskiego (tu: Niemiec), drugi z organów był uprawniony do zbadania sprawy na podstawie art. 101 TFUE i odpowiadających mu przepisów prawa krajowego ze względu na antykonkurencyjny cel lub skutek zachowania na terytorium tego państwa (tu: terytorium Austrii). Wyrok ten stanowił również rewizję wobec dotychczasowego orzecznictwa, ze względu na odejście od kryterium tożsamości chronionego interesu jako jednej z przesłanek stosowania zasady *ne bis in idem*.

Obok powyższego wyroku prelegent przedstawił sprawę C-117/20 *bpost*. Jej istota dotyczyła wydania przez krajowy organ antymonopolowy po ponad półtorej roku od wydania decyzji przez organ regulacyjny dla rynku pocztowego, wobec tego samego podmiotu (*bpost*) i za te same zachowania decyzji stwierdzającej naruszenie zakazu nadużywania pozycji dominującej. Trybunał uznał, że przepisy KPP nie stoją na przeszkodzie wymierzeniu osobie prawnej kar przez każdy z organów. Nie odstąpiono jednak od kryterium interesu (celu) jako przesłanki stosowania zasady *ne bis in idem*. W sprawie *bpost* TS zweryfikował takie cele, tj. po stronie organu regulacyjnego była to ochrona przed naruszeniami przepisów mających za przedmiot liberalizację danego rynku (tu: rynek pocztowy), po drugiej – była to ochrona europejskich przepisów prawa konkurencji poprzez zakaz nadużywania pozycji dominującej oraz zapewnienie niezakłóconej konkurencji na tym rynku. TS w treści wyroku wskazał, że organy krajowe powinny mieć możliwość wyboru pewnych reakcji prawnych, za pomocą różnych procedur, które razem mogą stanowić spójną całość, pod warunkiem, że nie będą one nad wymiar uciążliwe dla jednostki. Z uwagi na to, TS stwierdził, że w przypadku różnych celów interesu ogólnego, w ramach analizy proporcjonalności kumulacji postępowań i sankcji, kumulacja może zostać uzasadniona pod warunkiem, że postępowania są komplementarne i że dodatkowe obciążenie, jakie stanowi wspomniana kumulacja, może być uzasadnione dwoma realizowanymi celami<sup>6</sup>. Prelegent podkreślił, że w wyroku *bpost* TS sformułował warunki, kiedy możliwe jest prowadzenie interwencji przez różne organy, tj. istnienie przepisów umożliwiających kumulację postępowań oraz zapewnienie koordynacji pomiędzy tymi organami. Taka koordynacja pomiędzy organami powinna jednak zostać zamknięta w krótkim czasie. Zdaniem prelegenta nie lada wyzwanie będzie stanowiło dokładne określenie ostatniej przesłanki wskazującej na czas postępowań, zauważywszy, iż w sprawie *bpost* TS uznał, że okres 1,5 roku spełnia tę przesłankę. Biorąc pod uwagę wątpliwości dotyczące definicji prowadzenia postępowań w „krótkim czasie”, konieczności prawomocności orzeczeń, a także problemu podwójnej karalności prelegent wskazał, że nowe odczytanie zasady *ne bis in idem* przez TS znacząco ogranicza pewność prawa.

Kolejna prelegentka, prof. dr hab. Monika Szwarc, przedstawiła referat na temat „Dopuszczalność ograniczenia *ne bis in idem* w prawie Unii Europejskiej – jak pogodzić ogień z wodą”. Pani Profesor rozpoczęła swoją prezentację od przypomnienia definicji zasady *ne bis in idem* w art. 54 Konwencji Wykonawczej do układu z Schengen<sup>7</sup>, art. 50 KPP oraz art. 4 ust. 1 Protokołu nr 7

<sup>5</sup> Wersja skonsolidowana: Dz. Urz. UE C 326 z 26.10.2012.

<sup>6</sup> Wyr. TS z 22.03.2022 r. w sprawie C-117/20 *bpost* (ECLI:EU:C:2022:202), pkt 49.

<sup>7</sup> Konwencja Wykonawcza do układu z Schengen z dnia 14 czerwca 1985 roku (Dz. Urz. L 239, 22/09/2000 P. 0019 – 0062).

do EKPC<sup>8</sup>. Następnie prof. Szwarc zadała kluczowe dla dalszej dyskusji pytanie o to, czy możliwe jest ujednoczenie zasady *ne bis in idem* w prawodawstwie w odniesieniu do wszystkich obszarów prawa. Odwołując się do kryteriów zastosowania tej zasady w sprawach *Engel*<sup>9</sup> oraz *Bonda*<sup>10</sup>, prof. Szwarc przedstawiła problem tożsamości czynu (*idem*) jako tożsamości zdarzenia poprzez porównanie kryteriów zgodności w przywołanych przez nią sprawach. Prelegentka zwróciła uwagę, że postępujące rozszerzanie – zgodnie z dotychczasowym orzecznictwem – zastosowania zasady *ne bis in idem* prowadziłoby do ograniczenia możliwości prowadzenia różnych postępowań w przypadku „zderzenia” odpowiedzialności karnej oraz administracyjnej. Podejście to koryguje wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (ETPC) w sprawie *A. i B. p. Norwegii*<sup>11</sup> oraz wyrok TS w sprawie *C-524/15 Menci*<sup>12</sup>. Prelegentka porównała zarazem podejście ETPC i TS. Według prof. Szwarc wyrok ETPC pokazuje ewolucję oceny tożsamości czynu. Sprawa tocząca się przed ETPC dotyczyła oszustwa związanego z płatnością VAT (niezadeklarowanie kwot organom podatkowym), a kary na skarżących nałożone zostały zarówno w postępowaniu podatkowym, jak i karnym. Trybunał uznał te postępowania za wystarczająco ściśle powiązane co do meritum i co do czasu, co doprowadziło ETPC do uznania, że oba te postępowania razem stanowiły spójną reakcję na to samo naruszenie, a w konsekwencji – że nie nastąpiło naruszenie art. 4 Protokołu nr 7 do EKPC. Odmienne podejście przyjął TS w wyroku w sprawie *Menci*, choć stan faktyczny oraz prawny był porównywalny ze sprawą *A. i B. p. Norwegii*. Po ustaleniu karnego charakteru administracyjnej sankcji nałożonej przez włoski organ podatkowy, a następnie zbadaniu tożsamości czynu TS stwierdził, że kumulacja postępowań stanowi ograniczenie zasady *ne bis in idem*. Wpłynęło to na możliwość kumulacji postępowań na enumeratywnie określonych warunkach (określonych w art. 52 ust. 1 KPP), tj. ograniczenie prawa zostało ustanowione ustawą, a jednocześnie szanuje istotę tego prawa oraz cechuje się proporcjonalnością. W związku z powyższym, prelegentka uznała, że unijny Trybunał zagwarantował szerokie zastosowanie zasady *ne bis in idem*, przy jednoczesnym dopuszczeniu jego ograniczania na podstawie art. 52 ust. 1 KPP.

W świetle stanowiska TS prowadzenie postępowania karnego w sprawie, w której nałożono już niepodlegającą zaskarżeniu sankcję administracyjną o charakterze karnym, choć może wchodzić w zakres zastosowania zasady *ne bis in idem*, nie narusza art. 50 KPP, gdy kary te zmierzają do realizacji celu interesu ogólnego uzasadniającego kumulację postępowań i sankcji, służąc celom dodatkowym oraz zawierają zasady zapewniające koordynację ograniczającą ciężary ponoszone przez karanego w wyniku kumulacji postępowań i gwarantującą, że surowość wszystkich nałożonych sankcji odpowiada zasadzie proporcjonalności. W ten sposób ciężar argumentacji przenosi się dopiero na etap samego karania. Przekształca to zasadę *ne bis in idem* w narzędzie miarkowania kary. Zdaniem prof. Szwarc ostatecznie prowadzi to do pozbawienia ochrony jednostki poprzez możliwość skorzystania z zasady *ne bis in idem* dopiero na końcowym etapie, jakim jest nałożenie kary.

Ostatni referat pt. „Zastosowanie zasady *ne bis in idem* wobec jednoczesnego stosowania Aktu o rynkach cyfrowych (DMA) oraz przepisów prawa konkurencji” przedstawił mgr Artur

<sup>8</sup> Protokół Nr 7 do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzony dnia 22 listopada 1984 r. w Strasburgu.

<sup>9</sup> Wyr. ETPC z 23.11.1976 r. w sprawie *Engel i inni v. Holandia*, 5100/71.

<sup>10</sup> Wyr. TS z 5.06.2012 r. w sprawie *C-489/10 Bonda* (ECLI:EU:C:2012:319).

<sup>11</sup> Wyr. ETPC z 15.11.2016 r. w sprawie *A i B v. Norwegia*, (Skargi: nr 24130/11 i 29758/11).

<sup>12</sup> Wyr. TS z 20.03.2018 r. w sprawie *C-524/15 Menci* (ECLI:EU:C:2018:197).



Szmigielski. Prelegent podkreślił aktualność poruszanej problematyki, co wynika z rosnącego zainteresowania organów ochrony konkurencji interwencjami wobec podmiotów działających na rynkach cyfrowych (w tym wobec tzw. strażników dostępu, *gatekeeperów*). Prelegent przypomniał, że przepisy Aktu o Rynkach Cyfrowych (DMA)<sup>13</sup> nie zastępują reguł konkurencji (mają być stosowane „bez uszczerbku dla art. 101 i 102 TFUE”), jednak w rzeczywistości obowiązki nałożone tym Aktem na przedsiębiorców bazują na dotychczasowych sprawach antymonopolowych. Zwiększa to ryzyko równoległego stosowania DMA, unijnych i krajowych reguł konkurencji oraz specyficznych regulacji krajowych. Prelegent odnotował, że Akt o rynkach cyfrowych ma respektować zasadę *ne bis in idem*, co mają zapewnić zawarte w jego treści normy kolizyjne, takie jak zakaz nakładania przez państwa członkowskie na *gatekeeperów* dodatkowych obowiązków w celu zapewnienia kontestowalnych i uczciwych rynków czy zakaz podejmowania przez organy krajowe decyzji sprzecznych z decyzją przyjętą przez KE na podstawie DMA. Mgr Szmigielski podkreślił, że ostateczny tekst DMA został skorygowany w stosunku do wcześniejszego projektu już po wyrokach TS w sprawach C-151/20 *Nordzucker* oraz C-117/20 *bpost*, tak aby uwzględnić wynikające z nich wymogi związane z respektowaniem zasady *ne bis in idem*.

W dalszej części swojego wystąpienia prelegent wyszczególnił dwa scenariusze zbiegu przepisów DMA i przepisów prawa konkurencji, kiedy mógłby powstać problem podwójnego karania. Pierwszy scenariusz wiąże się z możliwością prowadzenia przez Komisję Europejską odrębnych postępowań w tej samej sprawie na podstawie DMA i na podstawie unijnego prawa konkurencji. Scenariusz ten prelegent uznał jednak za mało prawdopodobny. Drugi scenariusz, w którym mógłby aktualizować się problem podwójnego karania, prelegent wiąże z sytuacją, w której postępowaniu na podstawie DMA prowadzonemu przez KE towarzyszy postępowanie na gruncie krajowego oraz unijnego prawa konkurencji prowadzone przez organ lub organy krajowe. W takich przypadkach zdaniem prelegenta mogłoby realnie dojść do nałożenia dwóch sankcji w charakterze karnym, co spełniłoby zarówno warunek *bis* (dwa postępowania prowadzące do nałożenia kary), jak i warunek *idem* (tożsamość sprawcy i faktów). Taka kumulacja postępowań mogłaby zostać uzasadniona zgodnie z omawianym w trakcie seminarium aktualnym orzecznictwem TS. Dopuszcza ono bowiem ograniczenie zastosowania zasady *ne bis in idem*, gdy służy to osiągnięciu celu uzupełniającego w stosunku do celu ochrony niezakłóconej konkurencji, występuje proporcjonalność skumulowanych sankcji oraz koordynacja postępowań, a także ścisły związek czasowy pomiędzy postępowaniami. Wystąpienie zakończyło się przedstawieniem przesłanek koordynacji postępowań organów NCA oraz KE, a także przytoczeniu słuchaczom wątpliwości (jeszcze nierozstrzygniętych) związanych z przestrzeganiem zasady *ne bis in idem* wynikających z wprowadzenia nowej regulacji.

Ostatnia część seminarium rozpoczęła się od refleksji prof. G. Materny, że obecne polskie uregulowania z zakresu ochrony konkurencji – biorąc za przykład wyłączenie antymonopolowej odpowiedzialności menedżerów w sprawach zmów przetargowych – zapewniają wyższy standard ochrony przed podwójnym karaniem niż wynikający z zaprezentowanego orzecznictwa. Z tym twierdzeniem zgodziła prof. M. Szwarc, podkreślając, że po wyroku TS w sprawie C-524/15 *Menci* zasada *ne bis in idem* została pozbawiona funkcji gwarancyjnej. Analiza przeniesiona została

<sup>13</sup> Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2022/1925 z dnia 14 września 2022 r. w sprawie kontestowalnych i uczciwych rynków w sektorze cyfrowym oraz zmiany dyrektyw (UE) 2019/1937 i (UE) 2020/1828 (akt o rynkach cyfrowych) (Dz. Urz. UE L 265 z 12.10.2022, s. 1–66).

aktualnie na etap oceny nadmierności sankcji, co jednak według prelegentki jest już zupełnie inną zasadą (proporcjonalności). Kolejno na zwiększenie znaczenia proporcjonalności kar w stosunku do zasady pewności prawa zwrócił uwagę dr K. Dobosz. Prelegent podkreślił, że nakładanie kar na przedsiębiorców może wpływać na ich decyzje biznesowe w przypadku potencjalnie różnych wysokości kar od dwóch różnych organów, co rzutowałoby m.in. na ich decyzje w sprawie zaskarżenia wydanych orzeczeń przez organy pod kątem opłacalności ich przyjęcia lub odwoływania się. W takim wypadku mogliby spekulować, kara którego z organów byłaby dla przedsiębiorców korzystniejsza, co również jego zdaniem może znacząco ograniczyć zasadę pewności prawa. Z przedmówcami zgodził się mgr A. Szmiński. Odnosząc się jednak do orzecznictwa sprzed wyroku w sprawie C-117/20 *bpost*, zauważył zdecydowany postęp, jeśli chodzi o stosowanie zasady *ne bis in idem* poprzez wzrost gwarancji jej realizacji na gruncie prawa konkurencji. Na koniec pomiędzy panelistami wywiązała się dyskusja nad zagadnieniem proporcjonalności kary oraz zasadnością stosowania *ne bis in idem* jako instrumentu służącemu miarkowaniu kar.

### **Kamil Flis**

aplikant radcowski, Kancelaria Hansberry Tomkiel

E-mail: [k.flis@hansberrytomkiel.com](mailto:k.flis@hansberrytomkiel.com)

**Amendments and implementations, or competition law in the era of changes  
(from the Editors-in-Chief)**

**Articles**

**Paulina Korycińska-Rządca, Eva Zorková**, Harmonisation of the powers of NCAs in EU Member States. A few remarks on the basis of the experiences of the Czech Republic and Poland after the deadline for the transposition of the ECN+ Directive has passed

**Table of contents**

- I. Introduction
- II. Transposition of the ECN+ Directive in the Czech Republic and Poland
- III. NCAs' investigative powers
  1. Initial remarks
  2. Power to inspect business and non-business premises
    - 2.1. EU legal framework
    - 2.2. The Czech Republic
    - 2.3. Poland
  3. Information requests
    - 3.1. EU legal framework
    - 3.2. The Czech Republic
    - 3.3. Poland
  4. Interviews
    - 4.1. EU legal framework
    - 4.2. The Czech Republic
    - 4.3. Poland
- IV. NCAs' decision-making powers
  1. Initial remarks
  2. Finding and termination of infringements
    - 2.1. EU legal framework
    - 2.2. The Czech Republic
    - 2.3. Poland
  3. Interim measures and their expedited judicial review
    - 3.1. EU legal framework
    - 3.2. The Czech Republic
    - 3.3. Poland
  4. Commitments
    - 4.1. EU legal framework

## 4.2. The Czech Republic

## 4.3. Poland

## V. Conclusions

**Summary:** This article critically discusses how legal frameworks in the Czech Republic and Poland correspond to the requirements of ECN+ Directive with regard to the powers of NCAs. For that purpose, the authors analyse the obligations of EU Member States – within this scope – under this directive, as well as the legal frameworks in the Czech Republic and Poland. Subsequently, the article compares the manner of regulating these issues in the national legal orders of these two countries to the standard required by the ECN+ Directive. The aim of this publication is to verify whether, and how, those two EU Member States meet those requirements, and to determine any potential differences in the approach taken by legislators in these EU Member States.

**Key words:** NCAs' Powers; Competition law; Competition law enforcement; Directive (EU) 2019/1; ECN+ Directive

**JEL:** K21, K42

**Łukasz Grzejdziak**, *Between Chicago and post-Chicago. Should the EU non-horizontal merger Guidelines be revised?*

#### Table of contents

- I. Introduction
- II. Non-horizontal mergers, the Chicago school and its criticism
  1. Vertical mergers and limiting access to the market
  2. The concept of a monopolist's single profit
  3. Vertical integration and the elimination of double marginalization
  4. The issue of other economic efficiencies resulting from vertical mergers
  5. Empirical studies on the effects of vertical mergers
- III. Harm and Efficiency Theories in Commission Guidelines
- IV. Evaluation of the Commission guidelines
- V. Summary

**Summary:** The assessment of vertical mergers is largely based on the paradigms of the Chicago school of law and economics. Its proponents emphasize the positive effects that such concentrations have on competition, while downgrading the significance of their possible anti-competitive consequences. They believed that vertical mergers inevitably lead to economic efficiencies, including the elimination of double marginalization. The current approach of competition authorities to vertical concentrations is now criticized on both sides of the Atlantic for being too lenient, and inconsistent with the contemporary economics scholarship. In the United States, this criticism resulted in the adoption, in 2020, by the Federal Trade Commission and the Department of Justice of new guidelines on vertical mergers. Although these guidelines provided for much stricter assessment rules, both US competition authorities decided to continue working on rules that go further in this direction. The EU Commission Guidelines on non-horizontal mergers are more in line with contemporary economics views and results of empirical studies, than their US counterpart. However, their revision is still necessary.

**Key words:** EU competition law; American antitrust law; nonhorizontal concentrations; Chicago school of law and economics; post-Chicago school

**JEL:** B25, D20, D23, D41, D42, D43, K21, L11, L12, L13, L14, L49

**Aleksander Maziarz**, Some remarks on the draft block exemption regulations for horizontal co-operation agreements

#### Table of contents

- I. Introduction
- II. Agreements on sustainable development
- III. Information sharing agreements
- IV. Joint purchasing agreements
- V. Unilateral specialization agreements
- VI. Consortium agreements
- VII. Summary

**Summary:** The article addresses the issues of the proposed changes in EU regulations establishing block exemptions for horizontal co-operation agreements. The article analyses the draft regulations (establishing block exemptions for research & development agreements and for specialization agreements, as well as guidelines on the application of Art. 101 TFEU to horizontal cooperation agreements) that are subject to public consultation. The aim of the article is to analyze selected changes designed by the European Commission and assess their impact on EU competition law.

**Key words:** horizontal cooperation agreements; block exemption; agreements on sustainable development; prohibition of agreements restricting competition

**JEL:** K21

**Jarosław Łukawski**, Commission's current approach to vertical restraints in light of Regulation 2022/720 and its accompanying guidelines

#### Table of contents

- I. Introduction
- II. Premises for the application of Regulation 2022/720 and its structure
- III. The most significant changes in Commission's approach to vertical restraints
  1. Dual distribution systems
  2. Redefined exclusive distribution
  3. Online distribution
  4. Entities providing online intermediation services
- IV. Other issues
- V. Summary

**Summary:** Agreements concluded between undertakings operating at different levels of trade, for the purpose of distributing goods or services, constitute one of the most often used agreements in the economic environment. The commonness of these types of agreements explains why antitrust assessment of certain clauses contained therein is of fundamental importance for business practice. The scale on which distribution agreements are concluded was one of the reasons why, as early as 1965, certain types of distribution agreements were exempted under EU competition

law from the prohibition of entering into competition restricting agreements. The approach to the assessment of such agreements has evolved significantly over the years, and is now reflected in Regulation 2022/720. This publication presents the Commission's current approach to the antitrust assessment of vertical agreements by comparing the solutions adopted in Regulation 2022/720 with its predecessor, Regulation 330/2010, which ceased to apply on 31 May 2022. Although the article focuses on EU rules, the assessment presented herein, including criticisms as to the European Commission's current approach, will also apply to domestic rules concerning the competition law assessment of vertical agreements. New national competition rules dedicated to distribution agreements replicate EU solutions almost entirely, both those that should be assessed positively from the suppliers' and distributors' perspective, and those that may raise doubts.

**Key words:** Competition; distribution; on-line sales; e-commerce; vertical agreements; European Commission

**JEL:** K21, L42

**Bartosz Targański**, Defining product markets in the digital economy in light of the new Draft Commission Notice on the definition of the relevant market for the purposes of Union competition law of 8 November 2022

#### Table of contents

- I. Introduction
- II. Product market definition for multi-sided platforms
  1. The Microsoft/LinkedIn case
  2. The Amazon Marketplace and Amazon Buy Box case
- III. Analysis of the substitutability on the buyers' side of the platform
- IV. Primary and secondary product markets
- V. Markets within the digital ecosystems and the Google Android case
- VI. Relevant market share and other indicators of market power
- VII. Reference period of market data
- VIII. Commentary

**Summary:** The Commission Relevant Market Notice (Notice on the definition of the relevant market for the purposes of Union competition law) is being reviewed for the first time since its publication in 1997. Since then, the explosion in data transfer rates, together with the increase in processor computing power, has enabled sales and product distribution processes to be largely shifted to ICT networks. The digital economy that has resulted from these processes is characterized by competition of a new dynamic nature. In addition to traditional competitive parameters, such as price and product quality, market position is a determinant of online advertising, data access, network effects, multilateral aspects, buyer behavior, and the simultaneous presence of the entrepreneur in multiple distribution channels. It is therefore necessary to adapt the basic tool for measuring market power, which is the definition of product markets, to the new digital realities. The purpose of this article is to present the main aspects of defining relevant markets in the digital economy in the new Draft Commission Relevant Market Notice. The principles for defining relevant markets in the digital economy constitute a new section of this EU soft-law document, and summarize the European Commission's decisional practice from the most high-profile cases of recent years.

involving Silicon Valley companies. Reading the Draft Notice raises a general question – to what extent will the new guidance be helpful to average entrepreneurs, e.g. manufacturers and distributors of goods offered to consumers, in assessing market power by themselves. The article also comments on the issue of substitutability testing among buyers on multi-sided platforms.

**Key words:** relevant market; market share; digital economy

**JEL:** K21

## Reviews of Law and Jurisdiction

**Wojciech Lewandowski**, Application of competition law by national competition authorities to sports on the example of the current activities of the Polish NCA (UOKiK)

### Table of content

- I. General information
- II. Application of EU competition law to sports
- III. Division of competences between NCAs and the European Commission
- IV. Current activities of the Polish NCA
  1. Basketball league decision
    - 1.1. Premises for the application of competition law to sports - subjective delimitation of the relevant market and effect on trade between Member States
    - 1.2. Restriction of competition - type of practice, public interest, prevention, restriction or distortion of competition
    - 1.3. Justification of restrictions of competition
  2. Speedway league proceedings
- V. Commentary
- VI. Conclusion

**Summary:** Since the entry into force of Regulation 1/2003, the application of the TFEU antitrust rules in the internal market has been decentralized. National Competition Authorities (NCAs) should take over some of the duties related to the enforcement of TFEU antitrust provisions to ensure their effectiveness at the national level. As is evident from *Case AT.40208 International Skating Union* conducted by the European Commission, the activities of the NCAs in relation to sports can be a testing ground when conducting an EU competition law assessment of certain practices of international sports federations and national sports associations. Therefore, actions taken against one national sports association by a NCA, may be of interest to other Member States' authorities and to the Commission itself, and contribute to the establishment of an EU-wide standard for the application of Articles 101 and 102 TFEU to sports. In this context, the current activities of the Polish NCA – the President of UOKiK (the Office of Competition and Consumer Protection ) may become a model or benchmark for future developments in the area of competition law enforcement across the EU. This article provides an analysis of the current activities of the UOKiK with respect to basketball leagues and related legal issues, also in a comparative international context.

**Key words:** Competition Law; EU sports law; NCA; restrictions of competition; basketball league

**JEL:** K210, L440

**Anna Mlostoń-Olszewska**, On the need for legislative changes in terms of the operating principles of district (municipal) consumer ombudsmen

### Table of contents

- I. Introduction
- II. Legal basis for the functioning of district (municipal) consumer ombudsmen and their evolution over time
  1. Historical background
  2. Current legal status
- III. Legislative changes postulated by consumer ombudsmen
  1. Financing rules
  2. Organizational and human resources
  3. Freedom of speech
  4. Statutory exemption of consumer ombudsmen from court costs and costs of legal representation
  5. Professional self-government of consumer ombudsmen
  6. Cooperation of consumer ombudsmen with the President of UOKiK (the Office of Competition and Consumer Protection)
- IV. Position of the President of UOKiK in relation to changes postulated by district (municipal) consumer ombudsmen
  1. Organizational and human resources
  2. Organizational support
  3. Tasks and competences
- V. Assessment of the position of the President of UOKiK
  1. Areas covered in the position of the President of UOKiK
    - 1.1. Organizational and human resources
    - 1.2. Organizational support
    - 1.3. Tasks and competences
  2. Areas not covered in the position of the President of UOKiK but postulated by district (municipal) consumer ombudsmen
  3. Other areas
- VI. Conclusions

**Summary:** The institution of the district (municipal) consumer ombudsman is regulated in the Polish Act on Competition and Consumer Protection. This institution has been functioning in the Polish legal system for over 20 years. During this period of time, several legislative changes were introduced to improve its operation. Despite significant changes in the legal environment having been made, the system has not been thoroughly reformed. Currently, the consumer ombudsman and the President of UOKiK are discussing further changes in the rules of operation of district (municipal) consumer ombudsmen. The purpose of this article is to present the main threads of this discussion and to evaluate the new legal solutions proposed in it.

**Key words:** administrative law; consumer protection law; consumer; consumer protection authority; the Office of Competition and Consumer Protection; local government; consumer ombudsman

**JEL:** K23



**Marcin Kulesza**, The scope of duties and powers of the ‘searching authority’ and the ‘searched entity’ during the search process initiated by the President of UOKiK – discussion of the order of SOKiK (the Polish Competition Court) of 22 November 2022 in *Case XVII Amz 92/22*

### Table of contents

- I. Introduction
- II. Allegations of the searched entities
  1. First plea
  2. Second plea
  3. Third plea
- III. Facts
- IV. Dismissal of the complaint and SOKiK’s arguments
  1. Information and evidence in the context of the scope of the search
  2. Interruption with the activities of the searched entity
  3. Right to Defence and Recording of Searches
- V. Short commentary

**Summary:** The article presents a discussion of the order of SOKiK (the Polish Competition Court) of 22 November 2022 in *Case XVII Amz 92/22* which dismissed the complaint made by the searched party against UOKiK’s search activities, concerning the compatibility of the evidence obtained within the scope of the search, the possibility for the searched party to record the search activities (including from the point of view of the protection of third parties by the searchers), and the interference with the operation of the searched party by securing the necessary equipment and access to e-mail. The ruling may be relevant from the point of view of the right of the searched to defend themselves in proceedings before the UOKiK President.

**Key words:** law enforcement; competition; duties and powers; explanatory proceedings; competition restricting conduct; human rights; administrative law; rights of defence; procedure; search; material scope of search

**JEL:** K21, K23, K38, K40, K41, K42

**Anna Kutylowska**, Commentary to the judgment of the Court of Justice in *Case C-721/20 DB Station & Service*

### Table of contents

- I. General remarks
- II. Summary of the facts
- III. Commentary
  1. Application of the Court of Justice’s view expressed in *CTL Logistics* and *Koleje Mazowieckie* Cases
  2. Actins for damages under Article 102 TFUE in cases concerning the regulation of the rail transport sector
- IV. Conclusions

**Summary:** This commentary concerns the judgment of the Court of Justice in *Case C-721/20 DB Station & Service*. It also discusses other jurisprudence of the Court of Justice related to the indicated proceedings, as well as relevant provisions of the EU regulation of the rail transport sector

and EU competition law. The commentary covers issues related to access to service facilities as well as rail-related services.

**Key words:** service facilities; rail-related services; rail transport sector; article 102 TFUE; actions for damages

**JEL:** K23

**Szymon Murek**, What constitutes the establishment of a joint venture? Remarks to SOKiK's (the Polish Competition Court) judgment of 21 November 2022, XVII AmA 11/21 (*Gazprom*)

#### Table of contents

- I. Introduction – general remarks
- II. Outline of the facts of the case
- III. Discussion on the position of SOKiK
- IV. Author's comments and conclusion

**Summary:** The article discusses the judgment of SOKiK (the Court of Competition and Consumer Protection) dealing with the appeal against the decision of the President of UOKiK (the Office of Competition and Consumer Protection) in *Nord Stream 2* (*Gazprom* and others). The article primarily discusses SOKiK's position on the types of transactions constituting the establishment of a joint venture, the concept of the circumvention of law under the Polish Competition Act, as well as the political and economic background of the case.

**Key words:** merger; establishment of a joint venture; Nord Stream 2

**JEL:** K21, K42

#### Reports

Report on the INP PAN seminar “*Ne bis in idem* principle in competition law and sectorial regulation – towards greater protection against double prosecution and punishment?”, Warsaw, December 6, 2022 (**Kamil Flis**)

# 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](http://www.ikar.wz.uw.edu.pl). Recenzja kończy się jednoznacznym wnioskiem co do dopuszczenia artykułu do publikacji lub jego odrzucenia.

Zbiorcza lista recenzentów iKAR jest publikowana w ostatnim numerze iKAR w danym roku.

### PRAWA AUTORSKIE

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](http://www.ikar.wz.uw.edu.pl).

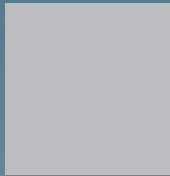
Jest udostępniany w wersji .pdf dostosowanej m.in. do e-booków.

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



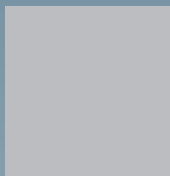
prowadzi badania naukowe



wydaje książki i periodyki,  
w tym YARS [www.yars.wz.uw.edu.pl](http://www.yars.wz.uw.edu.pl)  
oraz iKAR [www.ikar.wz.uw.edu.pl](http://www.ikar.wz.uw.edu.pl)



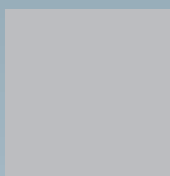
organizuje konferencje naukowe i warsztaty



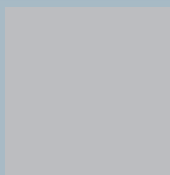
świadczy usługi doradcze i prowadzi  
szkolenia



oferuje studia podyplomowe ARIS  
[www.aris.wz.uw.edu.pl](http://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)